



*Trimestrale diretto da G. M. Ubertazzi e F. Capelli*

2007

*Editoriale Scientifica*



## **DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI**

Trimestrale diretto da *G. M. Ubertazzi*<sup>†</sup> e *F. Capelli*

### **INDICE 2007**

#### **ARTICOLI**

- Holger Backu - Antonio Furlanetto* - Competenza giurisdizionale e diritto applicabile nei sinistri internazionali del settore automobilistico Pag. 219
- Fausto Capelli* - Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina *antitrust* comunitaria » 5
- Victor Chimienti* - GATS, Servizi di telecomunicazione e problemi di interazione tra scambi e concorrenza: alcune riflessioni alla luce del caso *Telmex* » 433
- Angela Di Stasi* - Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato di arresto e "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea » 657
- Enrico Adriano Raffaelli* - L'evoluzione del concetto di posizione dominante collettiva nella disciplina *antitrust* » 23

---

<i>Angela Rustico</i> - La sede dei gruppi multinazionali	Pag. 467
<i>Maria Teresa Stile</i> - Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU	» 237
<i>Alberto Venezia</i> - Distribuzione commerciale e disciplina <i>antitrust</i>	» 75

## COMMENTI

<i>Enrica Adobati</i> - Le competenze degli architetti e degli ingegneri alla luce del diritto comunitario	» 343
<i>Marco Borraccetti</i> - La sentenza <i>Cresson</i> e i doveri dei Commissari europei	» 275
<i>Fausto Capelli</i> - La sentenza della Corte di giustizia sul sistema di vendita «bag in the box» per l'olio di oliva: una pronuncia incompleta per il carente apporto del giudice nazionale e per il mancato intervento dell'Avvocato Generale	» 499
<i>Fausto Capelli</i> - <i>Barbara Klaus</i> - Il Regolamento Ce n. 1924/2006 in materia di indicazioni nutrizionali e sulla salute da riportare sulle etichette dei prodotti alimentari	» 795
<i>Alessandra Compassi</i> - L'evoluzione del diritto comunitario in tema di ripetizione di tributi indebitamente versati e domanda per il risarcimento del danno	» 701
<i>Giuseppina Di Salvatore</i> - Sui limiti posti alla tutela del nome geografico come marchio di impresa	» 763
<i>Giacomo Gattinara</i> - Attuazione di una disposizione dell'accordo TRIPs con legge regionale: il caso del «Tocai friuliano»	» 621
<i>Federica Morrone</i> - Le proposte della "Commissione De Mistura" sulla condizione dei centri di trattenimento temporaneo e le novità introdotte dal disegno di legge delega sulle modifiche alla disciplina sull'immigrazione	» 383
<i>Massimiliano Notaro</i> - La pubblicità dei servizi transfrontalieri di <i>poker on line</i> : normative nazionali e principi comunitari a confronto sul tema del gioco d'azzardo	» 823
<i>Mario Panebianco</i> - L'Unione europea <i>post</i> costituzionale: verso il <i>reform treaty</i>	» 601
<i>Daniele Pisanello</i> - Applicazione della sentenza <i>Lidl Italia</i>	

all'interno degli Stati membri: legislazione interna e normativa comunitaria a confronto	Pag. 533
<i>Cristina Pozzi</i> - I nuovi orientamenti in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo: le conseguenze della decisione della Commissione con riferimento al caso <i>Charleroi/Ryanair</i>	» 549
<i>Valerio Sangiovanni</i> - Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria	» 363
<i>Andrea Soncini</i> - Gli affidamenti <i>in house</i> : rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza <i>TRAGSA II</i> del 2007	» 281
<i>Maria Teresa Stile</i> - La sentenza <i>Lucchini</i> sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?	» 733
<i>Pietro Troianiello</i> - Il trattamento delle denunce alla Commissione europea per violazione del diritto comunitario	» 575

#### COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Strategia a difesa del «Tocai friulano»	» 391
<i>Roberta Correnti</i> - <i>Karl von Hase</i> - La recente legge tedesca di riforma della disciplina <i>antitrust</i>	» 121
<i>Massimo Fragola</i> - <i>Deficit</i> democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea	» 629
<i>Miriam Immediato</i> - Il Codice civile alla prova del diritto europeo: a proposito di un manuale recente	» 403
<i>Peter Kunz</i> - Cenni sulla legislazione <i>antitrust</i> austriaca	» 197
<i>Gisella Levi Caroti</i> - La disciplina <i>antitrust</i> : il modello statunitense	» 137
<i>Ingrid Meeussen</i> - La legislazione <i>antitrust</i> in Belgio	» 157
<i>Michele Paparelle</i> - <i>Patrizia Quaia</i> - La politica urbana dell'Unione europea e la «Carta di Lipsia»	» 845
<i>Jean-François Sampieri-Marceau</i> - Cenni sulla legislazione <i>antitrust</i> francese (denominata <i>Pratiques anticoncurrentielles</i> )	» 183
<i>Gaetano Sardo</i> - Presentazione degli atti del Convegno "AIGLI"	» 119

**GIURISPRUDENZA COMUNITARIA****I. SENTENZE E COMMENTI****La Corte di giustizia si pronuncia sulla violazione degli obblighi derivanti dalla carica di Commissario europeo**

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2006 in causa n. C-432/04

*Commissione europea c. Édith Cresson*

(con commento di *Marco Borraccetti*)

Pag. 267

**La Corte di giustizia dichiara incompatibile il sistema di vendita «bag in the box» con le norme sulla commercializzazione dell'olio di oliva**

Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006 in causa n. C-489/04

*Alexander Jehle, Weinhaus Kiderlen c. Land Baden-Württemberg*

(con commento di *Fausto Capelli*)

» 493

**Ripetizione dell'indebito e domanda di risarcimento del danno: alcune riflessioni a margine della sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-446/04**

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04

*Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners on Inland Revenue*

(con commento di *Alessandra Compassi*)

» 695

**Aiuto di Stato dichiarato incompatibile con il mercato comune: responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale passato in giudicato**

Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05

*Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Spa*

(con commento di *Maria Teresa Stile*)

» 729

**II. MASSIMARIO ANNOTATO**

(a cura di *Enrica Adobati*)

**Ai segnali televisivi trasmessi nelle camere d'albergo si applica la direttiva sul diritto d'autore**

Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2006 in causa n. C-306/05

- Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles Sa* Pag. 319
- La direttiva comunitaria in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco è legittima**  
Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-380/03  
*Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* » 321
- La Corte di giustizia interpreta il diritto comunitario della concorrenza nell'ambito dei contratti di acquisto esclusivo di carburanti denominati «contratti di commissione di vendita in garanzia»**  
Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006 in causa n. C-217/05  
*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA* » 109
- L'autorizzazione concessa al cittadino tunisino ad esercitare la professione in uno Stato membro prolunga la durata del suo diritto di soggiorno in tale Stato**  
Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006 in causa n. C-97/05  
*Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim* » 322
- La Corte di giustizia precisa che all'attività di collocamento di mano d'opera si applica la normativa comunitaria relativa alla libera prestazioni di servizi**  
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2007 in causa n. C-208/05  
*ITC Innovative Technology Center GmbH c. Bundesagentur für Arbeit* » 513
- La Corte di giustizia interpreta nuovamente la direttiva sugli appalti pubblici di lavori con riferimento ad un'aggiudicazione senza gara in un caso di affidamento *in house***  
Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007 in causa n. C-220/05  
*Jean Auroux e a. c. Commune de Roanne*, in presenza di: *Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)* » 324
- La Corte di giustizia precisa i criteri di conversione in euro contenuti nei regolamenti comunitari**

- Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007 in causa n. C-359/05  
*Estager SA c. Receveur principal de la recette des douanes de Brive* Pag. 327
- La direttiva n. 80/987/Cee sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro non impone agli Stati membri di finanziare il trattamento di quiescenza**  
Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2007 in causa n. C-278/05  
*Carol Marilyn Robins e a. c. Secretary of State for Work and Pensions* » 328
- Il Tribunale di primo grado conferma la decisione della Commissione di condanna della compagnia France Télécom per abuso di posizione dominante sul mercato francese dell'accesso ad internet**  
Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 gennaio 2007 in causa n. T-340/03  
*France Télécom c. Commissione europea* » 112
- La Corte di giustizia conferma la sentenza del Tribunale di primo grado che sanziona un'intesa contraria al diritto comunitario della concorrenza nell'ambito del mercato belga della birra**  
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 febbraio 2007 in causa n. C-3/06  
*Groupe Danone c. Commissione europea* » 115
- La Corte di giustizia ritorna sulla nozione di diritto di stabilimento ed estende la portata della direttiva sui licenziamenti collettivi anche alle unità produttive**  
Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2007 in causa n. C-270/05  
*Chartopoiia AE c. Panagiotidis e altri* » 330
- La normativa tedesca che prevede un credito d'imposta solo sui dividendi versati da società residenti contrasta con gli artt. 56 e 58 CE**  
Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2007 in causa n. C-292/04  
*Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde, Marina Stöffler c. Finanzamt Bonn-Innenstadt* » 515

**Viola il Trattato CE una sanzione penale applicata per il mancato adempimento di una formalità amministrativa la cui osservanza è resa impossibile dalla normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario**

Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2007 in cause riunite n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04

Procedimenti penali a carico di *Massimiliano Placanica* (C-338/04), *Christian Palazzese* (C-359/04), *Angelo Sorricchio* (C-360/04)

Pag. 332

**Le disposizioni nazionali che fanno dipendere l'applicazione del trattamento fiscale favorevole dalla sede del contribuente contrastano con il Trattato CE**

Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2007 in causa n. C-524/04

*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*

» 517

**La normativa nazionale che prevede basi imponibili minime solo nei confronti dei contribuenti non residenti contrasta con la libertà di stabilimento garantita dal Trattato CE**

Sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 2007 in causa n. C-383/05

*Raffaele Talotta c. Stato belga*

» 521

**La Corte di giustizia interpreta la direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa**

Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007 in causa n. C-381/05

*De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA*

» 335

**L'esclusione del rimborso delle spese di ricovero in cliniche private di un altro Stato membro contrasta con la libera prestazione di servizi**

Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007 in causa n. C-444/05

*Aikaterini Stamatelaki c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmation (OAEE)*

» 337

**Contrasta con il Trattato CE una normativa nazionale che non copra, nell'ambito della RC auto, i danni subiti dalle persone in autoveicoli non adibiti al trasporto di passeggeri**



- Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007 in causa n. C-356/05  
*Elaine Farrell c. Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General e Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)* Pag. [522](#)
- La Corte di giustizia precisa quando il titolare del marchio può opporsi all'utilizzazione dello stesso in caso di riconfezionamento del prodotto da parte di terzi**  
Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04  
*Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e altri* » [524](#)
- La Corte di giustizia individua i criteri per il pagamento dei tributi nei trasferimenti di beni privati**  
Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2007 in causa n. C-392/05  
*Georgios Alevizos c. Ypourgos Oikonomikon* » [743](#)
- In caso di consegna di beni mobili in più luoghi di uno stesso Stato membro è competente a dirimere le controversie il giudice del luogo della consegna principale**  
Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007 in causa n. C-386/05  
*Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH* » [746](#)
- La normativa svedese che vieta di importare alcolici da parte di privati in Svezia contrasta con le regole della libera circolazione delle merci**  
Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2007 in causa n. C-170/04  
*Klas Rosengren, Bengt Morelli e altri c. Riksåklagaren* » [747](#)
- La Corte di giustizia si pronuncia sul principio della parità di trattamento in materia pensionistica**  
Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 2007 in causa n. C-231/06  
*Office national des pensions c. Emilienne Jonkman (C-231/06), Hélène Vercheval (C-232/06), e Noëlle Permesaen (C-233/06) c. Office national des pensions* » [750](#)
- Secondo la Corte di giustizia è legittima l'imposizione agli avvocati degli obblighi di comunicare le informazioni alle autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio**

Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007 in causa n. C-305/05  
*Ordine degli avvocati francofoni e germanofoni, Ordine francese degli avvocati del foro di Bruxelles, Ordine degli avvocati fiamminghi, Ordine olandese degli avvocati del foro di Bruxelles c. Consiglio dei Ministri*, intervenienti: *Consiglio degli ordini degli avvocati dell'Unione europea, Ordine degli avvocati del foro di Liegi* Pag. 753

**La caparra trattenuta in caso di disdetta della prenotazione alberghiera da parte del cliente non è soggetta ad imposta**  
Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n. C-277/05  
*Société thermale d'Eugénie-les-Bains c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* » 754

**Disparità di trattamento in base all'età**  
Sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 2007 in causa n. C-411/05  
*Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA* » 756

## GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**Il Consiglio di Stato si è pronunciato sulle professioni di architetto e di ingegnere statuendo che per il restauro di un immobile vincolato è competente l'architetto**  
Sentenza del Consiglio di Stato del 21 marzo-11 settembre 2006 n. 5239  
*Rauty c. Ministero per i beni culturali e ambientali e Ordine degli ingegneri della Provincia di Pistoia c. Rauty* » 339  
(con commento di *Enrica Adobati*)

**Esclusione della tutela come marchio di impresa individuale di un segno interamente costituito da una indicazione geografica precisa**  
Ordinanza del Tribunale di Bari del 18 maggio 2006  
*Soc. Botromagno c. Cantina Cooperativa Acli* » 759  
(con commento di *Giuseppina Di Salvatore*)

**Il distributore non è responsabile per la non corrispondenza tra etichetta e composizione del prodotto alimentare da esso commercializzato**

Sentenza del Giudice di Pace di Monselice del 24 maggio 2007-5 luglio 2007 n. 280/07

*Lidl Italia srl c. Comune di Arcole*

(con commento di *Daniele Pisanello*)

Pag. 529

**ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ**

**La nuova disciplina delle regole di condotta delle imprese di investimento**

Direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive n. 85/611/Cee e n. 93/6/Cee del Consiglio e la direttiva n. 2000/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 93/22/Cee del Consiglio

» 351

Direttiva n. 2006/73/Ce della Commissione del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva

» 354

(con commento di *Valerio Sangiovanni*)

**Trasporto aereo *low cost* e aiuti di Stato**

Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2005 - Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali

» 545

(con commento di *Cristina Pozzi*)

**Controllo dell'applicazione del diritto comunitario**

Ventiquattresima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2006)

» 567

(con commento di *Pietro Troianiello*)

**Nuove regole per le indicazioni nutrizionali e sulla salute nell'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari**

Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del

- Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari  
(con commento di *Fausto Capelli*  
e *Barbara Klaus*) Pag. 783

## DOCUMENTAZIONE

- Centri di accoglienza e Centri di trattenimento temporaneo per gli immigrati irregolari**  
Rapporto della Commissione Staffan De Mistura sulla condizione attuale dei Centri di accoglienza e dei Centri di trattenimento temporaneo per i migranti irregolari sul territorio italiano  
(con commento di *Federica Morrone*) » 379
- 50° Anniversario dei Trattati di Roma**  
Dichiarazione di Berlino del 26 marzo 2007 adottata dai Capi di Stato e di Governo in occasione del 50° anniversario della firma dei Trattati di Roma » 589
- Consiglio europeo**  
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 8-9 marzo 2007 » 387
- Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 21-22 giugno 2007  
(con commento di *Mario Panebianco*) » 591
- Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 14 dicembre 2007 » 839
- Adottata la legge regionale della Regione Friuli Venezia Giulia che consente l'utilizzo della denominazione «Tocai Friuliano» per l'omonimo vino prodotto e commercializzato in Italia**  
Legge regionale n. 24 del 2 ottobre 2007 – Attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo TRIPs)  
(con commento di *Giacomo Gattinara*) » 613
- Il testo unico delle leggi inglesi in materia di giochi, lotterie e scommesse**  
Gambling Act 2005 – Chapter 19 of 7th April 2005  
(con commento di *Massimiliano Notaro*) » 817

**A Lisbona è stato firmato, il 13 dicembre 2007, il Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sulla Comunità europea**

La Commissione plaude alla firma del Trattato di Lisbona e ne sollecita una celere ratifica

Pag. 835

Condurre l'Europa nel XXI secolo

» 837

**RECENSIONI**

*Alberto Alemanno*, Trade in Food - Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO (*Fausto Capelli e Barbara Klaus*)

» 646

*Laurence Burgogue-Larsen - Anne Levade - Fabrice Picod* (sous la direction de), Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parties I et IV, «Architecture constitutionnelle», Commentaire article par article (*Fausto Capelli*)

» 859

*Ugo Grozio*, Il diritto della guerra e della pace (ristampa anastatica dell'edizione pubblicata a Napoli nel 1777 a cura di A. Porpora, Editore De Dominicis)

*Francisco De Vitoria*, De iure belli (ristampa e traduzione dell'edizione pubblicata a Salamanca nel 1539) a cura di C. Galli  
*Pietrino Belli*, De re militari et bello tractatus (ristampa anastatica e traduzione dell'edizione pubblicata a Venezia nel 1563, Editore Portinariis) (*Massimo Panebianco*)

» 422

*Arturo Iannuzzi*, Il diritto delle espulsioni (*Anna Amendola*)

» 419

*Paolo Mengozzi*, Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea

*Luigi Ferrari Bravo*, Diritto comunitario

*Tito Ballarino*, Manuale breve di diritto dell'Unione europea (*Enrica Adobati*)

» 415

*Lorenzo Federico Pace*, Diritto europeo della concorrenza - Divieti *antitrust*, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi

European Antitrust Law - Prohibitions, Merger Control and Procedures

Derecho europeo de la competencia - Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación (*Gabriella Romano*)

» 417

---

<i>Massimo Panebianco</i> (a cura di), Codice delle leggi comunitarie ( <i>Miriam Immediato</i> )	Pag. 205
<i>Presidenza della Repubblica Italiana</i> , Discorsi e Messaggi sui temi Internazionali del Presidente della Repubblica Carlo A- zeglio Ciampi 1999-2006	» 643
<i>Presidenza della Repubblica Italiana, Giorgio Napolitano</i> , Per L'Europa-Discorsi e Interventi maggio 2006-febbraio 2007 raccolti in occasione del 50° anniversario dei Trattati di Roma ( <i>Massimo Panebianco</i> )	» 643
<i>Nicola Verola</i> , L'Europa legittima: principi e processi di legiti- mazione nella costruzione europea ( <i>Miriam Immediato</i> )	» 647
Libri ricevuti nell'anno 2006	» 425

**Hanno collaborato**

Pagg. 209, 427, 651, 861

# ARTICOLI

---

## PRINCIPI, OBIETTIVI E FILOSOFIA DELLA NUOVA DISCIPLINA ANTITRUST COMUNITARIA

**Sommario:** **I.** Osservazioni introduttive - **1.** In generale - **2.** Le regole economiche nei tempi antichi - **II.** Regole economiche applicabili ai mercati - **1.** Il riferimento al mercato europeo - **2.** Il riferimento al mercato degli Stati Uniti d'America - **III.** La disciplina della concorrenza - **1.** Principi e regole applicabili negli Stati Uniti d'America - **2.** Principi e regole applicabili nell'Unione europea - **IV.** La riforma della disciplina della concorrenza introdotta dal Regolamento Ce n. 1/2003 - **1.** In generale - **2.** La struttura del Regolamento Ce n. 1/2003 - **a.** I principi e gli obiettivi - **b.** Le competenze dei giudici nazionali - **c.** Il decentramento delle competenze e i poteri della Commissione europea - **d.** La cooperazione tra Commissione e Autorità garanti della concorrenza nazionali - **e.** La disciplina delle ammende - **f.** La regolamentazione delle penalità di mora - **g.** La disciplina delle prescrizioni - **3.** Valutazioni finali e conclusive.

### **I. Osservazioni introduttive**

#### **1. IN GENERALE**

Volendo cominciare con una battuta di spirito che ben si adatti al tema della mia relazione, sceglierei quella attribuita al noto economista *John Galbraith*, recentemente scomparso, secondo cui «*La concorrenza, in un libero mercato, è un ottimo strumento per separare il danaro dai cretini che lo posseggono*».

Gli scritti di *J. Galbraith* aiutano spesso il lettore a ritrovare verità dimenticate tramite espressioni e frasi ad effetto, di contenuto a volte paradossale, come quella, ugualmente famosa, secondo cui: «*In economia, la maggioranza ha sempre torto, perché presta attenzione soltanto alle cose che tutti vedono mentre trascura quelle nascoste che sono spesso le più importanti*».

Questa massima si attaglia perfettamente alla materia oggetto della mia relazione.

Nel corso dei secoli, solo poche persone illuminate hanno compreso l'importanza della concorrenza in economia<sup>1</sup>. La stragrande maggioranza l'ha sistematicamente avversata. Ed ha sempre avuto torto, come ricorda *Galbraith*.

Il celebre autore che per primo ha teorizzato in modo organico e sistematico il ruolo della concorrenza in economia è, come sappiamo, *Adam Smith*, nel suo capolavoro «*Sulla ricchezza delle nazioni*»<sup>2</sup>. In questo libro sono numerosissimi i riferimenti ai vantaggi che derivano dalla libertà di concorrenza sotto il profilo economico.

Oggi, ad oltre due secoli dalla pubblicazione dell'opera di *Adam Smith*, l'esperienza ha dimostrato che lo sviluppo economico ottenibile con un sistema di mercato basato sulla libertà di concorrenza è di gran lunga superiore a quello ottenibile con qualunque altro sistema e incomparabilmente più efficace rispetto a quello che ci si è illusi di realizzare con sistemi collettivistici o pianificati<sup>3</sup>.

Visti, quindi, i formidabili risultati che si possono ottenere in campo economico grazie al principio della libertà di concorrenza, possiamo chiederci come mai, nel corso dei secoli, tale principio sia sempre stato generalmente avversato e la sua applicazione all'interno della stragrande maggioranza degli Stati abbia incontrato ostacoli tanto difficili e numerosi che soltanto negli ultimi tempi è stato possibile superare.

La risposta può essere probabilmente trovata indagando nel profondo della natura umana<sup>4</sup>.

Ogni produttore che operando, ad esempio, in un mercato assoggettato alla concorrenza è necessariamente sottoposto alla fatica di competere con altri produttori suoi concorrenti, sarebbe umanamente disposto, con ogni probabilità, a risparmiarsi tale fatica se fosse certo di ricavare dalla sua attività gli stessi vantaggi con minore impegno e rischi inferiori.

Di conseguenza, non è sorprendente che, in tutte le epoche e a tutte le latitudini, soprattutto i produttori si siano generalmente dimostrati disposti a concludere fra loro i più diversi accordi per limitare la concorrenza all'interno del proprio mercato.

<sup>1</sup> V. i riferimenti a tali persone in F. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, spec. Capitolo I, «I fondamenti di una tutela della concorrenza. Libertà di concorrenza e sua giustificazione», Milano, Giuffrè, 1981, p. 19 ss.

<sup>2</sup> Vorrei anche ricordare un celebre studioso italiano, *Gaetano Filangieri* (anch'egli autore, tra l'altro, di massime divenute famose, come: «*Una legge sbagliata fa più danni di una guerra perduta*») che nel suo capolavoro «*Scienza della legislazione*» (ed. 1780) scrive: «I migliori regolamenti del mondo, le migliori leggi (...) non saranno mai efficaci a migliorare i lavori delle mani degli uomini senza l'emulazione, senza la *concorrenza* (...). Le leggi dunque che distruggono questa necessaria *concorrenza*, o che la restringono, sono il flagello delle arti e delle manifatture».

<sup>3</sup> Cfr. F. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, loc. cit., p. 21 ss. dove vengono riportate le testimonianze degli economisti dei Paesi che hanno sperimentato l'economia pianificata.

<sup>4</sup> In effetti, la concorrenza è invisa in ogni settore (anche al di fuori di quello economico) da tutti coloro che hanno paura di risultare soccombenti nel confronto con avversari più dotati ed agguerriti.



Orbene, appare evidente che è possibile impedire la conclusione di tali accordi soltanto ricorrendo ad una legge e, quindi, ad un atto del potere politico.

Ma il potere politico, come si può immaginare, è maggiormente incline a subire le pressioni di una forza economica coalizzata, come quella dei produttori, che non ad accogliere le proteste di consumatori isolati anche se numerosi.

Proprio nei confronti dei produttori, ad esempio, ciò che il potere politico è riuscito in qualche modo ad introdurre nel corso dei secoli, è unicamente il divieto di costituire monopoli o di creare posizioni monopolistiche.

## 2. LE REGOLE ECONOMICHE NEI TEMPI ANTICHI

Riferendoci all'antichità, possiamo ricordare che già nel «*Codice di Hammurabi*», Re di Babilonia nel 2000 avanti Cristo, sono contenute prescrizioni contro i monopoli.

Anche nell'opera di *Aristotele*, "Politica", del 347 a.C., si prende posizione contro la monopolizzazione dei torchi per la spremitura delle olive e la produzione dell'olio. Ugualmente nel «*Codice giustiniano*» del 533 d.C., sono stabiliti divieti contro le pratiche monopolistiche.

Nelle epoche successive, a partire dal Medioevo, rifacendosi alle esperienze del periodo imperiale romano, il potere politico ha scelto generalmente di impossessarsi dei monopoli o di affidarli in gestione ad organismi da esso controllati.

Per quanto riguarda l'attività economica, in generale, questa si è invece sviluppata nei vari Stati europei, nel corso del tempo, sulla base di sistemi normalmente controllati dalle corporazioni locali, vale a dire, dalle associazioni composte da coloro che esercitavano le arti e i mestieri secondo regole da essi stessi dettate e imposte nel proprio interesse.

Tenuto conto di questi precedenti, l'evoluzione dell'attività economica, per i profili che qui interessano, è avvenuta negli Stati europei, fino ad un'epoca relativamente recente, in assenza di discipline pubbliche vincolanti in materia di concorrenza<sup>5</sup>.

## II. Regole economiche applicabili ai mercati

### 1. IL RIFERIMENTO AL MERCATO EUROPEO

Per questo non può stupire che ancora tra il 1889 e 1899 fossero presenti in Germania ben 345 "cartelli", ufficialmente riconosciuti, riguardanti la pro-

<sup>5</sup> Cfr. su alcuni aspetti relativi a tale argomento A. SOMMA, *Esportare la democrazia economica. Diritti e doveri nella disciplina del contratto europeo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 677 ss.; v. anche J. RIFKIN, *Il sogno europeo*, Milano, Mondadori, 2004, p. 136 ss.

duzione e la commercializzazione dei più diversi prodotti (chinino, acciaio, bottiglie, cemento, etc.).

Ma analoghi "cartelli" hanno operato per lungo tempo in quasi tutti i Paesi europei (Francia, Inghilterra, Belgio, Svizzera, Italia, Olanda, Spagna, etc.). Inoltre, con riferimento ai diversi prodotti disciplinati dai cartelli nazionali, si sono aggiunti anche numerosi cartelli internazionali (114 prima della 1<sup>o</sup> Guerra Mondiale), destinati a regolamentare in modo globale l'importazione e l'esportazione dei prodotti rispettivi<sup>6</sup>.

Se consideriamo anche i monopoli statali, che si aggiungevano ai cartelli nazionali e a quelli internazionali, possiamo senz'altro concludere che nei mercati dei Paesi europei, per quanto riguarda la generalità dei prodotti, non hanno mai trovato applicazione, fino alla metà del XX Secolo, i principi e le regole della libertà di concorrenza.

## 2. IL RIFERIMENTO AL MERCATO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

Occorre anche sottolineare la circostanza che non solo in Europa, ma anche negli Stati Uniti d'America i principi della libertà di concorrenza sono stati per lungo tempo ignorati o disattesi.

È noto infatti che nella seconda metà del Secolo XIX erano presenti negli Stati Uniti d'America numerosi cartelli industriali, ufficialmente riconosciuti, nei più diversi settori (ferrovie, petrolio, acciaio, polvere da sparo, carbone, gas, zucchero, etc.). Si trattava per di più di cartelli molto potenti che esercitavano una notevole influenza sul potere politico<sup>7</sup>.

## II. La disciplina della concorrenza

### 1. PRINCIPI E REGOLE APPLICABILI NEGLI STATI UNITI D'AMERICA

La situazione, appena descritta, si è protratta negli Stati Uniti d'America fin verso la fine del Secolo XIX. A partire dal 1890, gli Stati Uniti d'America, come è risaputo, cambiano infatti completamente indirizzo, introducendo, tramite lo *Sherman Act*, la prima disciplina organica "antitrust" della storia, che sarà imitata dalla Comunità europea soltanto settant'anni dopo (1957) e, dall'Italia, addirittura un secolo dopo (1990).

Le ragioni che hanno portato all'adozione dello *Sherman Act* sono note.

Gli effetti negativi derivanti dai cartelli industriali sopra menzionati avevano provocato reazioni decise da parte degli utilizzatori dei prodotti e dei servizi sottoposti ai cartelli medesimi, che erano costretti a pagare prezzi più

<sup>6</sup> Cfr. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 11 ss.

<sup>7</sup> Cfr. M. B. BLAND, *Storia del capitalismo. Dal rinascimento alla New Economy*, Milano, Mondadori, 2000, p. 176 ss. V. anche, W. SOMBART, *Perché negli Stati Uniti non c'è il socialismo?*, Milano, Bruno Mondadori, 2006, p. 7 ss.

elevati e a sottostare a condizioni sfavorevoli o discriminatorie. Di conseguenza alcuni Stati federati, che introdussero anticipatamente specifiche leggi *antitrust* applicabili all'interno dei loro territori, fornirono alla Federazione l'occasione di adottare lo *Sherman Act*, come legge federale, destinata a trovare applicazione in tutto il territorio degli Stati Uniti d'America.

Anche in Europa, nello stesso periodo, vi furono proteste contro i cartelli industriali, ma le stesse non hanno determinato alcun risultato, soprattutto perché le forze politiche al potere nei Paesi europei erano più propense a privilegiare un mercato chiuso controllato dai cartelli che non un mercato aperto sottoposto alla libertà di concorrenza.

Emblematica, a questo proposito, è la sentenza del *Reichsgericht* di Berlino del 4 febbraio 1897 che aveva affermato la legittimità del cartello tedesco della cellulosa, al quale è stato riconosciuto il diritto di sanzionare un produttore che aveva operato in contrasto con le regole del cartello<sup>8</sup>. Questa sentenza ha condizionato purtroppo la politica economica della Germania per il futuro, legittimando ogni sorta di cartello limitativo della libertà di concorrenza.

Pur con sfumature diverse un indirizzo analogo è stato seguito anche negli altri Paesi europei.

Rispetto all'Europa, pertanto, gli Stati Uniti d'America, come già ricordato, diventano, grazie allo *Sherman Act* del 1890 e al *Clayton Act* del 1914, l'unico Paese al mondo che ha obbligatoriamente imposto a tutti gli operatori l'osservanza di specifiche regole in materia di concorrenza ("*antitrust*") nell'esercizio della loro attività economica.

Senza entrare nei dettagli, ci limitiamo ad osservare che la legislazione "*antitrust*" americana, nel suo complesso, si riferisce sia agli accordi, sia alle pratiche monopolistiche, sia, infine, alle concentrazioni e fusioni di imprese<sup>9</sup>. In questo settore il sistema americano ha fornito, in sostanza, un modello per il sistema che verrà successivamente introdotto in Europa<sup>10</sup>.

La particolarità del sistema americano sta però nel fatto che l'applicazione della legislazione *antitrust* è stata affidata essenzialmente all'Autorità giudiziaria ordinaria.

In effetti, come è noto, la disciplina della concorrenza, così come viene attualmente applicata negli Stati Uniti d'America, è frutto di una serie imponente di decisioni giudiziarie che hanno cominciato ad essere pronunciate già alla fine del secolo scorso, dopo l'entrata in vigore dello *Sherman Act* (1890), e che, da oltre un secolo, condizionano il modo di operare delle imprese americane.

<sup>8</sup> Cfr. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit. supra, nota 5, p. 4 ss.

<sup>9</sup> Cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia "antitrust"*, Bologna, Clueb, 1991.

<sup>10</sup> Cfr. sul punto, il contributo di G. LEVI CAROTI, *La disciplina antitrust: il modello statunitense*, infra, p. 137 ss.

L'affidamento ai giudici, voluto dal sistema americano, di competenze esclusive in materia di verifica della legittimità di accordi commerciali di elevata complessità e rilevante peso economico, ha determinato, come è pure noto, l'insorgere di difficoltà fin dalle prime sentenze, rendendo subito evidente la necessità di trovare opportuni rimedi destinati a limitare gli effetti pregiudizievoli delle decisioni giudiziarie<sup>11</sup>.

Il ricorso al principio della «*Rule of Reason*» che, come si sa, costituisce in sostanza l'unico rimedio escogitato dalla giurisprudenza per attenuare gli effetti derivanti da un'applicazione rigorosa della legislazione «*antitrust*», ha permesso all'Autorità giudiziaria di trovare soluzioni più rispondenti alle esigenze effettive del mercato, rendendo possibile un più ordinato sviluppo del commercio e, in ultima analisi, dell'economia<sup>12</sup>.

Ma per giungere al ritrovamento di tali soluzioni, l'Autorità giudiziaria ha dovuto superare non poche difficoltà nel corso degli anni, causando problemi agli operatori economici ed al mercato, dato che è stata costretta ad adottare, a periodi alterni, decisioni divergenti e contraddittorie, di volta in volta in linea con la corrente dottrinale dominante (prima della Scuola di Harvard e poi della Scuola di Chicago)<sup>13</sup>.

Quello, appena citato, della «*Rule of Reason*», è in verità un principio che, dopo aver trovato applicazione per quasi un secolo, non è stato ancora completamente definito in modo soddisfacente<sup>14</sup>. La ragione sta nel fatto che non è del tutto agevole trovare una definizione giuridicamente accettabile di un principio che dovrebbe regolare aspetti economici di diverso contenuto in grado di produrre effetti di difficile e complessa valutazione<sup>15</sup>.

Per concludere, su questo punto, bisogna ammettere che l'affidamento ai giudici di competenze esclusive in materia di applicazione della disciplina della concorrenza può determinare non poche difficoltà.

<sup>11</sup> Cfr. V. MANGINI, *La vicenda dell'Antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, p. 175.

<sup>12</sup> In generale, v. R. JOLIET, *The rule of reason in antitrust law*, La Haye, 1967; P. MANZINI, *La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 859.

<sup>13</sup> Cfr. V. MANGINI, *La vicenda dell'Antitrust*, cit. supra, nota 9 (passim).

<sup>14</sup> Cfr. V. MANGINI, *La vicenda dell'Antitrust*, loc. cit., p. 198 ss. e 207 ss.; cfr. pure R. KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la «règle de raison»*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1987, p. 237.

<sup>15</sup> Cfr. V. MANGINI, *La vicenda dell'Antitrust*, loc. cit. p. 226-227. Secondo R. A. Posner, *The rule of reason and economic approach: reflections on Sylvania decision*, in *Univ. Chicago Law Review*, 1977, p. 14: «*The content of the rule of reason is largely unknown; in practice, it is little more than a euphemism for nonliability*». Cfr. pure H. HOVENKAMP, *Economics and federal antitrust law*, St. Paul, Minn, 1985, p. 143 secondo cui: «*No Court has articulated a general theory of what the rule of reason in monopolization cases is, or how it should function*». Ulteriori argomenti che contribuiscono a comprendere la delicatezza ed anche la complessità di questo problema si ricavano dall'interessante analisi di G. MARENCO, *La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes*, in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, p. 1217.

## 2. PRINCIPI E REGOLE APPLICABILI NELL'UNIONE EUROPEA

Come già riferito, a differenza di quanto è avvenuto negli Stati Uniti d'America, nell'Europa comunitaria il ruolo determinante, nel settore qui esaminato, è stato invece svolto dalla Commissione europea sulla base degli indirizzi politici da essa seguiti e attraverso le decisioni amministrative da essa adottate in materia di concorrenza<sup>16</sup>.

Grazie alla competenza esclusiva di decidere quali accordi limitativi della concorrenza potessero essere autorizzati sulla base dell'art. 85 (ora 81) par. 3 del Trattato Ce, la Commissione ha avuto modo, nel corso di oltre quarant'anni, di stabilire una regolamentazione completa in materia di concorrenza, fornendo alle imprese operanti sul mercato europeo numerose linee-guida sufficientemente precise e ragionevolmente coerenti.

L'intervento costante e sistematico della Commissione Ce in materia di concorrenza, sottoposto in sostanza al solo controllo giurisdizionale del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, ha necessariamente avuto l'effetto di emarginare quasi del tutto i giudici nazionali che ben di rado si sono avventurati in questa materia per prendere decisioni autonome di loro propria iniziativa<sup>17</sup>.

Il ruolo dei giudici nazionali, nell'applicazione della disciplina sulla concorrenza, è stato quindi essenzialmente quello di adeguarsi alle decisioni in-

<sup>16</sup> I motivi che hanno portato la Commissione Ce a svolgere un ruolo determinante sono noti. Nell'Unione europea si è sempre perseguito l'obiettivo dell'integrazione del mercato anche mediante l'applicazione della disciplina della concorrenza: su tale aspetto, cfr. S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*. Questo orientamento ha provocato forti rigidità e un rigoroso formalismo nel sistema europeo, considerato che non esisteva agli inizi un mercato unico e dunque bisognava crearlo, nonché controllarlo. L'obiettivo dell'integrazione del mercato non è l'unica spiegazione della differenza tra il diritto europeo della concorrenza e quello americano. Sussiste anche una particolarità nella cultura europea in materia *antitrust*: la persistenza di una radicata fiducia nel controllo e nella regolamentazione pubblica dell'economia. Il sistema politico-economico dei Paesi europei ha, infatti, sempre privilegiato l'intervento del potere dello Stato in economia, nonché anteposto l'interesse dello Stato ai diritti privati. In linea con questi indirizzi si può dire che, a livello comunitario, è stata la Commissione, organo esecutivo per eccellenza, a detenere, in sostanza, ogni potere. Al contrario negli Usa, data la presenza di un mercato unico e competitivo già formato, non c'è stata la necessità di utilizzare la disciplina della concorrenza per crearlo. Inoltre gli operatori e i singoli hanno potuto tutelare i propri interessi sulla base della normativa applicabile così come interpretata ed applicata dall'autorità giudiziaria. Per questo, da un punto di vista pratico, l'orientamento in materia di concorrenza è stato condizionato dalla giurisprudenza dei Tribunali, pronunciata caso per caso, e tenendo presente il principio della *rule of reason*. Su questi aspetti si diffonde con interessanti osservazioni B. E. HAWK, *Giuliano Amato, Antitrust and the bounds of bounds of power*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 21 April 1998, n. 4, p. 1670, cfr. pure B. E. HAWK - L.L. LAUDATI, *Antitrust federalism in the United States and decentralization of competition law enforcement in the European Union: a comparison*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 20, November 1996, n. 1, p. 21-23.

<sup>17</sup> In Italia, le decisioni "autonome" dei giudici pronunciate in materia di concorrenza, vale a dire quelle emesse senza il ricorso preventivo ad interpretazioni pregiudiziali della Corte di giustizia, sono rarissime: cfr. come esempio, la sentenza del Tribunale di Milano del 13 marzo 1985 in causa *Candia Spa c. Calizzano*, in questa *Rivista*, 1987, p. 439. Sull'attività dei giudici, cfr. E. A. RAFFAELLI, *I giudici nazionali e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 1.

terpretative della Corte di giustizia, dopo averne provocato l'intervento mediante l'introduzione di procedimenti pregiudiziali ex art. 234 del Trattato Ce.

La Corte di giustizia, a sua volta (poi seguita dal Tribunale di primo grado), ha sostanzialmente assecondato nella sua giurisprudenza gli indirizzi tracciati dalla Commissione europea, contribuendo così a consolidare, nel suo complesso, il sistema messo a punto dalla Commissione medesima.

Sulla base delle regole applicabili, gli operatori, come è noto, dovevano (e, ovviamente, devono) rispettare i divieti stabiliti nell'art. 81 e nell'art. 82 del Trattato Ce.

Come è risaputo, l'art. 81 par. 1 vieta gli accordi e le pratiche concordate suscettibili di distorcere o limitare la concorrenza, mentre l'art. 82 vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato.

Per quanto riguarda però i divieti previsti dall'art. 81 par. 1 del Trattato Ce, gli operatori avevano la possibilità di chiedere direttamente alla Commissione, sulla base dell'art. 81 par. 3 dello stesso Trattato, l'esenzione dal divieto di stipulare accordi limitativi della concorrenza, notificandole gli accordi medesimi.

In effetti, secondo l'art. 81 par. 3 del Trattato, gli accordi limitativi della concorrenza possono essere autorizzati a determinate condizioni. In particolare l'autorizzazione può essere concessa se gli accordi consentono di ottenere vantaggi oggettivi promuovendo il progresso tecnico od economico tramite l'aumento dell'efficienza aziendale con ricadute positive sugli utilizzatori e i consumatori.

Secondo la Commissione, di questa facoltà le imprese hanno però abusato in quanto esse «*si sono servite di questo sistema centralizzato d'autorizzazione non solo per ottenere la sicurezza giuridica, ma anche per bloccare azioni private avviate dinanzi agli organi giudiziari e alle competenti autorità nazionali*»<sup>18</sup>.

#### **IV. La riforma della disciplina della concorrenza introdotta dal Regolamento Ce n. 1/2003**

##### **1. IN GENERALE**

In previsione dell'allargamento dell'Unione europea a 25 e più Stati e delle conseguenze determinate dall'integrazione dei mercati, si è ritenuto che il sistema centralizzato, precedentemente in vigore, che aveva come fulcro la Commissione europea, dovesse essere radicalmente modificato e modernizzato.

<sup>18</sup> Cfr. punto n. 6 della «*Sintesi*» del Libro bianco della Commissione sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato Ce, in *Guce* n. C 132 del 12 maggio 1999.

Dopo un ampio dibattito, che ha fatto seguito ad uno specifico *Libro bianco* della Commissione<sup>19</sup>, è stato alla fine adottato dal Consiglio dell'Unione europea, come è noto, il Regolamento n. 1/2003<sup>20</sup> sull'applicazione delle nuove regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato Ce, che ha abrogato il precedente Regolamento n. 17/62 ed è divenuto pienamente applicabile a partire dal 1° maggio 2004.

In estrema sintesi, i principi fondamentali su cui si fonda il Regolamento n. 1/2003 possono essere così precisati:

a. viene soppresso l'obbligo di notifica alla Commissione degli accordi restrittivi della concorrenza, vietati dall'art. 81, par. 1. Di conseguenza, se tali accordi non rispondono alle condizioni previste dall'art. 81, par. 3, essi sono vietati senza necessità di emettere alcuna decisione al riguardo. In caso contrario gli accordi sono legittimi;

b. viene soppressa la competenza esclusiva della Commissione ad applicare l'art. 81, par. 3 del Trattato, mediante l'adozione delle c.d. decisioni di esenzione individuali;

c. gli artt. 81 e 82 del Trattato vengono applicati in via decentrata tanto dalle Autorità garanti della concorrenza nazionali quanto dalle stesse Autorità giudiziarie degli Stati membri nei casi in cui sussista un pregiudizio al commercio degli Stati membri<sup>21</sup>.

Da questi principi fondamentali si deduce che le imprese devono ora decidere esse stesse della legittimità degli accordi che intendono stipulare, basandosi sulla loro esperienza e sui precedenti conosciuti<sup>22</sup>.

In sostanza, attualmente, sia la Commissione, sia le Autorità garanti della concorrenza nazionali, sia le Autorità giudiziarie degli Stati membri possono direttamente applicare l'art. 81 (nella sua totalità, compreso quindi l'art. 81, par. 3) nonché l'art. 82 del Trattato Ce<sup>23</sup>.

Per consentire tanto alle imprese quanto alle Autorità garanti della concorrenza nazionali e alle Autorità giudiziarie degli Stati membri di seguire un indi-

<sup>19</sup> In *Guce* n. C 132 del 12 maggio 1999.

<sup>20</sup> In *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003.

<sup>21</sup> Ovviamente la riforma introdotta dal Regolamento Ce n. 1/2003 lascia inalterata la disciplina in materia di fusioni e concentrazioni tra imprese che è attualmente contenuta, per quanto riguarda il versante comunitario, nel Regolamento Ce n. 139/2004, in *Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004 e nel relativo Regolamento Ce di esecuzione n. 802/2004, in *Gu-Ue* n. L 133 del 30 aprile 2004. Occorre anche tener conto della Comunicazione della Commissione pubblicata in *Gu-Ue* n. C 56 del 5 marzo 2005. Per il versante nazionale valgono le regole contenute nelle specifiche leggi nazionali rispettive.

<sup>22</sup> Per quanto riguarda gli accordi cosiddetti verticali, gli operatori dovranno tener conto delle prescrizioni contenute nel Regolamento Ce n. 2790/99, in *Guce* n. L 336 del 29 dicembre 1999 e delle Linee guida riportate nella Comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2000, in *Guce* n. C 291 del 13 ottobre 2000.

<sup>23</sup> Soltanto con riferimento alle regole applicabili nel settore della produzione e del commercio dei prodotti agricoli, permane una competenza esclusiva in materia di concorrenza a favore della Commissione europea, cfr. art. 2, par. 2 del Regolamento Ce n. 1184/2006, in *Gu-Ue* n. L 214 del 4 agosto 2006.

rizzo uniforme nelle loro decisioni, la Commissione, prima della data di applicazione del Regolamento n. 1/2003 (1° maggio 2004), ha adottato il relativo Regolamento di esecuzione n. 773/2004<sup>24</sup> nonché sei Comunicazioni che sono state tutte raccolte e pubblicate nella stessa *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*<sup>25</sup>.

Due di tali Comunicazioni hanno contenuti di carattere sostanziale, in quanto la prima Comunicazione definisce la nozione di pregiudizio al commercio fra Stati membri, mentre la seconda fornisce i criteri per l'applicazione dell'art. 81, par. 3 del Trattato Ce.

Di contro, altre due Comunicazioni hanno contenuti di carattere procedurale, in quanto la prima si riferisce al funzionamento della rete che il Regolamento n. 1/2003 ha introdotto per collegare fra loro le Autorità garanti della concorrenza nazionali mentre la seconda riguarda la cooperazione tra la Commissione e le Autorità giudiziarie degli Stati membri (su questi argomenti si tornerà più avanti).

Le ultime due Comunicazioni riguardano, rispettivamente, il sistema delle denunce e le cosiddette lettere di orientamento<sup>26</sup>.

Alla gestione delle denunce presentate alla Commissione e alle procedure di infrazione in materia di concorrenza avviate dalla Commissione è dedicato, infine, il già citato Regolamento n. 773/2004<sup>27</sup>.

Sulla base di questo apparato di istruzioni e linee guida messo a punto dalle citate Comunicazioni e tenendo presente i precedenti forniti dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, si è ritenuto che tanto le imprese, quanto le Autorità garanti della concorrenza nazionali e le Autorità giudiziarie degli Stati membri possano procedere ora ad un'applicazione corretta del Regolamento n. 1/2003 che verrà in prosieguo sinteticamente analizzato e succintamente commentato.

## 2. LA STRUTTURA DEL REGOLAMENTO CE N. 1/2003

### a. I principi e gli obiettivi

I primi tre articoli del Regolamento n. 1/2003 contengono i principi cui il Regolamento si ispira nonché gli obiettivi da esso perseguiti<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> In *Gu-Ue* n. L 123 del 27 aprile 2004.

<sup>25</sup> In *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004. Sul punto v. L. PIGNATARO, *Le misure di esecuzione del Regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2004, p. 1031 ss.

<sup>26</sup> Queste lettere di orientamento costituiscono una novità rispetto al passato.

<sup>27</sup> Cfr. su tali aspetti, P. TROIANELLO, *Le situazioni giuridiche di chi denuncia violazioni anti-trust tra diritto comunitario e nuovo procedimento amministrativo interno*, in questa *Rivista*, 2006, p. 7 ss.

<sup>28</sup> I principi e gli obiettivi del Regolamento Ce n. 1/2003 vengono attentamente esaminati nel saggio di M. TAVASSI, *Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia*



Come già più sopra anticipato, dall'art. 1 si deduce che attualmente le imprese assumono piena responsabilità per gli accordi da esse conclusi (o per le pratiche da esse concordate). Se tali accordi (o pratiche) anche se restrittivi della concorrenza, rispondono ai requisiti dell'art. 81, par. 3 (in quanto suscettibili di promuovere il progresso tecnico od economico) sono considerati legittimi, diversamente saranno illegittimi senza che occorra una decisione preventiva della Commissione (o di un'Autorità garante della concorrenza di uno Stato membro) che lo stabilisca.

La verifica della legittimità degli accordi verrà quindi effettuata "ex post", dopo la conclusione dei medesimi e, come precisa l'art. 2, l'onere di provare l'eventuale illegittimità degli accordi incombe alla parte (o all'Autorità) che sostiene l'accusa, mentre all'impresa (o alle imprese) incombe l'onere di provare il contrario.

Nell'art. 3 è contenuto, in sostanza, il nucleo essenziale della riforma introdotta dal Regolamento n. 1/2003.

Secondo l'art. 3, infatti, quando le Autorità garanti della concorrenza nazionali o le Autorità giudiziarie degli Stati membri applicano il loro diritto nazionale della concorrenza ad accordi (o a pratiche concordate) che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, essi applicano a tali accordi (o a tali pratiche) l'art. 81 nella sua totalità (compreso, quindi, il par. 3)<sup>29</sup>. Allo stesso modo devono procedere le medesime autorità con riferimento all'art. 82 del Trattato Ce, relativo allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato<sup>30</sup>.

#### *b. Le competenze dei giudici nazionali*

La competenza delle Autorità giudiziarie degli Stati membri ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato Ce viene ribadita all'art. 6 del Regolamento n. 1/2003.

*di concorrenza dalla Commissione europea alle Autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 2004, p. 315 ss.

<sup>29</sup> Sul punto cfr. S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, cit. *supra*, nota 14, p. 275.

<sup>30</sup> Per quanto riguarda l'Italia, con la legge n. 248 del 4 agosto 2006 (*Guri* n. 186 dell'11 agosto 2006, *suppl. ord.*) è stata modificata la legge italiana sulla concorrenza (n. 287/90) rafforzando i poteri dell'Autorità garante e adeguando la disciplina interna a quella comunitaria riformata dal regolamento Ce n. 1/2003 esaminato nel testo. Da tenere presente, in particolare, è la possibilità di adottare un "programma di clemenza" in sede nazionale (cfr. comma 2 bis dell'art. 15 della legge n. 287/90) alla stregua di quello previsto in sede comunitaria nella Comunicazione pubblicata in *Guce* n. C 45 del 19 febbraio 2002. Sul punto v. P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra "public" e "private enforcement"*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, p. 719 ss. Inoltre, aggiungendo l'art. 14 bis alla legge n. 287/1990, è stato attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di adottare misure cautelari «nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza». Sul punto v. L. ARNAUDO, *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, p. 983 ss.

Orbene, il "*punctum dolens*" della riforma che stiamo esaminando, riguarda proprio l'attribuzione ai giudici nazionali della competenza ad applicare direttamente anche l'art. 81, par. 3 del Trattato Ce. Come già accennato, l'applicazione dell'art. 81, par. 3, che finora era stata riservata in via esclusiva alla Commissione, richiede l'esercizio di un ampio potere discrezionale, dato il genere di indagini, essenzialmente di natura economica, che devono essere effettuate.

Basta leggere infatti il par. 3 dell'art. 81<sup>31</sup> per rendersi conto che l'accertamento della promozione del progresso tecnico od economico, come pure la verifica del miglioramento della produzione dei prodotti, comportano indagini di natura economica molto ampie concernenti, ad esempio, la riduzione dei costi di produzione e di distribuzione, i miglioramenti qualitativi dei prodotti, le nuove soluzioni tecnologiche, i servizi di vendita o di assistenza post-vendita. A ciò aggiungasi che occorre anche verificare se gli utilizzatori e i consumatori siano posti in grado di ricevere adeguati benefici dagli accordi restrittivi che le imprese intendono concludere<sup>32</sup>.

Come si vede, si tratta di indagini, come d'altra parte si ricava leggendo la citata Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione dell'art. 81, par. 3, che difficilmente un giudice, sfornito di adeguata preparazione soprattutto economica, sarebbe in grado di eseguire in modo corretto<sup>33</sup>.

A tali obiezioni, di carattere sostanziale, si aggiungono pure critiche pertinenti sotto il profilo giuridico. Un autore ha, infatti, con fondati argomenti, contestata la legittimità dell'attribuzione alle Autorità giudiziarie degli Stati membri del potere di applicare anche il par. 3 dell'art. 81, perché tale disposizione non è direttamente applicabile, per cui dovrebbe essere introdotta un'apposita modifica nel testo dello stesso Trattato Ce per rendere possibile l'attribuzione ai giudici di competenze non in precedenza previste, non essendo sufficiente, come base giuridica, l'attuale testo dell'art. 83 del Trattato medesimo<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Il testo è così redatto: «3. Tuttavia, le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei 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».

<sup>32</sup> Cfr. E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 64-65. V. anche L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, Cedam, 2007, p. 106 ss.

<sup>33</sup> Cfr. le ipotesi di fattispecie concrete formulate in F. CAPELLI, *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 402 ss.

<sup>34</sup> Cfr. L. F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust Ce come principio organizzatore del Regolamento n. 1/2003: luci ed ombre del nuovo Regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 147.

Chiaramente consapevole della difficoltà di affidare ai giudici nazionali indagini di tale natura ed ampiezza, il legislatore comunitario ha introdotto, nel Regolamento n. 1/2003, particolari regole di cooperazione tra la Commissione e tali giudici, da un lato, nonché tra la Commissione e le Autorità garanti della concorrenza, dall'altro lato.

Precisa, infatti, l'art. 15 del Regolamento n. 1/2003, che i giudici nazionali, per quanto riguarda i procedimenti da essi seguiti, possono chiedere alla Commissione tutte le informazioni di cui necessitano. Ugualmente gli stessi giudici devono inviare alla Commissione copia delle loro sentenze una volta emesse e comunicate alle parti in causa.

Tanto la Commissione quanto le Autorità garanti della concorrenza nazionali possono presentare alle Autorità giudiziarie degli Stati membri osservazioni scritte e, previa autorizzazione delle medesime Autorità giudiziarie, possono presentare anche osservazioni orali.

Il successivo art. 16 del Regolamento n. 1/2003 si preoccupa di evitare che, da un lato, le sentenze dei giudici degli Stati membri e, dall'altro lato, le decisioni delle Autorità garanti della concorrenza nazionali, possano risultare in contrasto con le decisioni adottate dalla Commissione.

Il par. 1 dell'art. 16 suggerisce ai giudici di sospendere i loro procedimenti qualora un procedimento su analoga questione sia stato avviato dalla Commissione, riconoscendo però, in ogni caso, il diritto degli stessi giudici di rivolgersi alla Corte di giustizia in base all'art. 234 del Trattato Ce.

Il par. 2 dell'art. 16, stabilisce invece in modo chiaro che le Autorità garanti della concorrenza nazionali non possono emettere decisioni in contrasto con quelle adottate dalla Commissione.

Come si vede, l'attribuzione ai giudici nazionali delle competenze sopra riferite, li espone a non poche difficoltà, pur tenendo conto della possibilità loro offerta di usufruire dell'assistenza prestata in base all'art. 15, sopra esaminato, nel quadro della citata Comunicazione sulla cooperazione fra la Commissione e i giudici nazionali<sup>35</sup>.

### *c. Il decentramento delle competenze e i poteri della Commissione europea*

Esaminate con attenzione le disposizioni sulle competenze contenute negli artt. 4, 5 e 6 del Regolamento n. 1/2003, da esse si deduce l'ampiezza e i limiti del decentramento introdotto dal medesimo Regolamento n. 1/2003.

Il sistema attualmente in vigore, a differenza di quanto anteriormente stabilito dal precedente Regolamento n. 17/62 ora abrogato<sup>36</sup>, non prevede più la Commissione come fulcro del sistema medesimo.

<sup>35</sup> Cfr. la già citata Comunicazione della Commissione sulla cooperazione con le Autorità giudiziarie, in *Gu-Ue* n. C 101 del 2004.

<sup>36</sup> In *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962.

Negli articoli da 7 a 10 del Regolamento n. 1/2003 sono descritti gli ampi poteri riconosciuti alla Commissione quando deve affrontare casi specifici di infrazione alla normativa comunitaria *antitrust*.

Grazie al decentramento delle competenze disposto dal Regolamento n. 1/2003, la Commissione ritiene, come è stato ampiamente pubblicizzato, di poter meglio esercitare i suoi poteri, compresi quelli relativi alle misure cautelari (art. 8), con riguardo ai casi più importanti che possono realmente comportare conseguenze pregiudizievoli per il mercato europeo. La disciplina concernente l'esercizio dei poteri della Commissione è contenuta nel citato Regolamento n. 773/2004<sup>37</sup> e nella Comunicazione, pure citata, sulle denunce<sup>38</sup>.

*d. La cooperazione tra Commissione e Autorità garanti della concorrenza nazionali*

L'applicazione decentrata della normativa comunitaria della concorrenza avviene in modo da garantire che la Commissione e le Autorità garanti della concorrenza nazionali operino tra loro «*in stretta collaborazione*», come precisa il par. 1 dell'art. 11 del Regolamento n. 1/2003.

Le Autorità nazionali sono quelle designate dagli Stati membri in base all'art. 35 dello stesso Regolamento n. 1/2003.

In effetti, dagli artt. 11-14 del Regolamento n. 1/2003 si deduce che tra la Commissione e le predette autorità deve essere instaurata una vera e propria rete europea della concorrenza (REC) in grado di consentire ad ogni membro delle rete di coordinare la propria attività scambiando le informazioni con gli altri membri e con la Commissione per il miglior funzionamento del sistema.

L'art. 11 par. 6 stabilisce, in ogni caso, che l'avvio di un procedimento direttamente da parte della Commissione blocca l'attività delle Autorità nazionali, impedendo loro di proseguire la propria procedura nello stesso caso.

Per quanto riguarda invece i rapporti tra le varie Autorità nazionali, tra loro, l'art. 13 regola tali rapporti stabilendo con precisione doveri e poteri delle predette Autorità.

L'art. 14 descrive la composizione e le funzioni del *Comitato consultivo*, che permette alla Commissione e alle Autorità nazionali di attuare, in modo organico e secondo criteri precisi, l'applicazione decentrata della normativa *antitrust*.

Gli artt. 17-21 disciplinano i poteri di indagine della Commissione che può esercitarli con l'assistenza delle Autorità garanti della concorrenza nazionali.

<sup>37</sup> In *Gu-Ue* n. L 123 del 27 aprile 2004.

<sup>38</sup> In *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004.

Poiché si tratta di poteri molto più ampi rispetto a quelli riconosciuti dalla precedente normativa, è stato necessario adottare il Regolamento n. 773/2004 già citato (e la Comunicazione sulle denunce, pure citata) che disciplina la specifica materia in modo adeguato.

Per ricordare alcune disposizioni interessanti, possiamo segnalare l'art. 18, par. 4 che consente agli avvocati, debitamente autorizzati dalle imprese loro clienti, di fornire tutte le informazioni richieste dalla Commissione.

L'art. 21 contempla in modo specifico la possibilità di effettuare accertamenti in locali diversi da quelli di pertinenza dell'impresa. In tale articolo si fa riferimento alla necessità dell'intervento dell'Autorità giudiziaria nazionale per le prescritte autorizzazioni e, nei casi previsti, di quello della Corte di giustizia.

L'art. 22 disciplina la cooperazione tra le Autorità garanti della concorrenza nazionali quando l'Autorità di uno Stato membro venga richiesta di effettuare, sul proprio territorio, apposite indagini su richiesta di un'Autorità di un altro Stato membro.

#### *e. La disciplina delle ammende*

L'art. 23 del Regolamento disciplina le ammende che la Commissione può irrogare<sup>39</sup>.

Esistono ammende irrogate per infrazioni di natura procedurale come quelle contemplate dal par. 1 dell'art. 23, consistenti, ad esempio, nella inadeguata risposta ad un'esplicita richiesta di informazioni inoltrata dalla Commissione all'impresa in base alle disposizioni del Regolamento n. 1/2003 che abbiamo sopra esaminato.

Per queste infrazioni l'ammenda può giungere fino all'1% del fatturato delle imprese coinvolte.

Le ammende più severe vengono ovviamente irrogate per infrazioni di natura sostanziale, come nel caso di violazione delle prescrizioni dell'art. 81 del Trattato Ce.

Per queste infrazioni l'importo dell'ammenda non deve superare il 10% del fatturato totale delle imprese coinvolte.

Le decisioni relative alle ammende, secondo il par. 5 dell'art. 23, «*non hanno carattere penale*».

È interessante notare che, in base al par. 4 dell'art. 23 del Regolamento n. 1/2003, se un'Associazione di imprese sanzionata per un'infrazione commessa, risulta non solvibile, in tal caso deve fare in modo di raccogliere l'importo dell'ammenda irrogata direttamente presso le proprie imprese associate.

<sup>39</sup> Sul calcolo delle ammende v. la Comunicazione della Commissione «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a. del regolamento CE n. 1/2003, in *Gu-Ue* n. C 210 del 1° settembre 2006, p. 2 ss. Cfr. il commento di S. CRESPI, *Spunti di riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato Ce*, in *Riv. it. dir. publ. comun.*, 2006, p. 811 ss.

*f. La regolamentazione delle penalità di mora*

L'art. 24 disciplina le penalità di mora che consistono in sanzioni applicabili alle imprese coinvolte il cui importo, determinato in misura fissa giornaliera, viene calcolato per ogni giorno di ritardo nell'osservanza di un obbligo imposto alle imprese medesime.

L'importo può giungere fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato dalle imprese coinvolte.

L'art. 24 indica anche gli obblighi la cui inosservanza può determinare l'applicazione delle penalità di mora. Ricordiamo la penalità più importante riferita all'imposizione prevista dal par. 1, lett. *a.*, dell'art. 24, quella cioè di porre fine ad un'infrazione all'art. 81 o all'art. 82 del Trattato, a seguito di un'apposita decisione della Commissione.

*g. La disciplina delle prescrizioni*

Gli artt. 25 e 26 si riferiscono ai termini di prescrizione applicabili con riferimento alle sanzioni.

L'art. 25 riguarda il termine di prescrizione del diritto della Commissione ad applicare le sanzioni di cui all'art. 23 (ammende) e all'art. 24 (penalità di mora). Si tratta di un termine di tre anni per quanto riguarda le infrazioni relative alla mancata comunicazione di informazioni e di cinque anni in tutti gli altri casi.

L'art. 26 si riferisce invece alla prescrizione del diritto a riscuotere le sanzioni disposte con le decisioni della Commissione. In tal caso il termine è di cinque anni.

Gli ultimi due articoli, che conviene rapidamente segnalare, sono l'art. 27 che riguarda il diritto di difesa delle parti coinvolte in procedimenti *antitrust* e l'art. 28 che riguarda il segreto d'ufficio.

Anche la materia disciplinata da questi due articoli è ripresa nel Regolamento n. 773/2004.

### 3. VALUTAZIONI FINALI E CONCLUSIVE

Dopo aver esaminato succintamente le disposizioni del Regolamento n. 1/2003, possiamo ora cercare di formulare alcune considerazioni conclusive.

Indubbiamente il Regolamento persegue obiettivi molto ambiziosi e, sotto certi profili, addirittura rivoluzionari.

Da valutare in modo sicuramente positivo è il progetto di rendere possibile una stretta forma di cooperazione fra le Autorità garanti della concorrenza nazionali e la Commissione, così da costituire una vera e propria rete europea di cooperazione per la concorrenza (REC). È da ritenere infatti che, oggiior-

no, non sia più possibile far fronte a problemi che sorgono su mercati estesi all'intero continente europeo, senza poter disporre di un'efficiente ed efficace rete di cooperazione. Che si trattasse di un'idea corretta, risulta confermato dai risultati fin qui ottenuti.

Nella «Relazione sulla politica della concorrenza» (Vol. 1), pubblicata nel 2006 dalla Commissione, viene segnalato, a p. 59, che: «Nel 2004 sono stati trasmessi alla rete [REC] un totale di 298 casi: «99 dalla Commissione e 199 dalle autorità nazionali garanti della concorrenza».

Poiché il Regolamento n. 1/2003 è divenuto applicabile soltanto a partire dal 1° maggio 2004, è da ritenere che le informazioni fornite documentino che la rete europea di cooperazione ha avuto un buon avvio.

Nella stessa relazione vengono inoltre fornite ulteriori informazioni, tutte positive, sulle conseguenze dell'applicazione del Regolamento n. 1/2003.

La parte del Regolamento n. 1/2003 alla quale occorrerà invece prestare molta attenzione, è quella che riguarda l'attività dei giudici nell'applicazione del diritto della concorrenza.

Occorrerà attendere qualche tempo per poter valutare i risultati. Quello che si può forse pensare di realizzare nel frattempo è la formazione di sezioni specializzate di giudici all'interno di determinati Tribunali, come è stato fatto per altre specifiche materie<sup>40</sup>.

**Fausto Capelli\***

<sup>40</sup> Cfr., a questo proposito, gli interessanti suggerimenti formulati da M. TAVASSI, *Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle Autorità garanti ed ai giudici nazionali*, cit. supra, nota 25, p. 359 ss.

\* Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.





## L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI POSIZIONE DOMINANTE COLLETTIVA NELLA DISCIPLINA *ANTITRUST*

**Sommario:** **I.** *Introduzione* - **II.** *La posizione dominante individuale* - **1.** *La posizione dominante individuale ai sensi dell'art. 82 CE* - **2.** *La posizione dominante individuale nel controllo delle concentrazioni* - **III.** *Il concetto di posizione dominante collettiva* - **1.** *La genesi della posizione dominante collettiva nel diritto comunitario* - **2.** *Parallelismo oligopolistico e divieto delle intese* - **3.** *L'evoluzione del concetto di posizione dominante collettiva con riferimento all'art. 82* - **3.a.** *Criteri di qualificazione della posizione dominante collettiva* - **3.b.** *I passaggi logici necessari ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante collettiva* - **4.** *La posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni* - *a.* *L'evoluzione giurisprudenziale ed il caso Airtours* - *b.* *Il nuovo test per il controllo delle concentrazioni orizzontali e le guidelines sulle concentrazioni orizzontali* - **5.** *I Criteri Airtours e oltre: lo standard di prova della posizione dominante collettiva nella sentenza Impala* - *Criteri per determinare l'esistenza di una posizione dominante collettiva* - **IV.** *L'esperienza britannica* - **V.** *Conclusioni.*

### **I. Introduzione\***

Per affrontare l'argomento della posizione dominante collettiva dobbiamo avere innanzitutto presente il fatto che in un'economia di mercato la normativa *antitrust* nasce dall'esigenza di garantire la concorrenza sul mercato in quanto fattore necessario per il regolare funzionamento del mercato stesso a vantaggio non solo dei consumatori, ma dell'economia in generale.

Senza la concorrenza il mercato non funziona regolarmente nel senso che non vi è efficienza allocativa e produttiva, non vi è innovazione tecnologica, la qualità dei prodotti diminuisce mentre inevitabilmente i prezzi salgono.

Il legislatore *antitrust* pertanto accetta a fatica le situazioni nelle quali la struttura del mercato è tale da non permettere alla concorrenza di svolgere correttamente il suo ruolo di regolatrice di mercato. È questo il caso ad esempio dei mercati nei quali vi è un'impresa in posizione dominante: la concor-

\* L'autore ringrazia l'Avv. David Ottolenghi e l'Avv. Pierpaolo di Lorenzo per il valido contributo alla realizzazione di questo lavoro.

renza c'è, ma poiché l'impresa dominante è indifferente alla pressione concorrenziale, il legislatore *antitrust* si è prefisso l'obiettivo non solo di vietare i comportamenti diretti a sfruttare la particolare posizione di forza sul mercato a danno dei consumatori (pratiche di sfruttamento), ma anche di vietare tutti gli abusi dell'impresa in posizione dominante diretti ad eliminare la residua concorrenza (pratiche escludenti), così da poter assicurare le condizioni per un futuro ripristino di normali condizioni di mercato concorrenziale: ad esempio, se una delle imprese minori diviene titolare di un brevetto per invenzione che le permette di guadagnare in poco tempo significative quote di mercato a danno della impresa in posizione dominante.

È proprio in considerazione del fatto che un mercato con una o più imprese in posizione dominante non funziona correttamente che esso deve essere attentamente monitorato.

Per evitare gli abusi di tale posizione, il legislatore *antitrust* ha istituito il controllo delle concentrazioni, attraverso il quale si evita che le imprese raggiungano o rafforzino una posizione dominante non attraverso normali dinamiche di crescita interna, ma attraverso l'artificiale strumento dell'acquisizione di altre imprese. In altre parole, non va dimenticato che il controllo delle concentrazioni è determinato proprio dalla necessità di evitare che attraverso le concentrazioni si creino mercati nei quali la concorrenza o è assente o, se è presente, non svolge il suo ruolo di regolatrice del mercato.

Se teniamo presenti questi aspetti fondamentali capiamo perché il legislatore *antitrust* e le autorità *antitrust* si sono trovati in difficoltà quando, grazie ai processi determinati dalla globalizzazione dei mercati, accentuata in Europa dall'integrazione comunitaria, si sono moltiplicati i mercati oligopolistici nei quali è possibile per le imprese che vi operano trovare, senza collusioni od abusi di sorta, un equilibrio non concorrenziale, talché il mercato viene privato di quel fattore, la concorrenza, che abbiamo invece visto essere necessario per il suo regolare funzionamento.

Ecco quindi che in alcuni ordinamenti il legislatore *antitrust* ha deciso di intervenire dotando le autorità *antitrust* di poteri di intervento nei mercati oligopolistici nei quali la concorrenza non è presente, tali da permettere il ripristino di condizioni strutturali atte a riportare la concorrenza nel mercato.

In altri ordinamenti, come quello comunitario e quello italiano, gli interventi del legislatore *antitrust* sono stati limitati (a livello comunitario l'estensione del *substantive test* di cui al nuovo Regolamento sul controllo delle concentrazioni), talché le autorità *antitrust* e le autorità giurisdizionali hanno dovuto affrontare le difficili problematiche dei mercati oligopolistici utilizzando la normativa in vigore, cioè quella relativa al divieto delle intese restrittive della concorrenza, al divieto di abuso della posizione dominante ed al controllo delle concentrazioni. Questa normativa peraltro si rifà a quella statunitense dello *Sherman Act* e del *Clayton Act* che risalgono rispettivamente alla fine

dell'ottocento ed all'inizio del novecento. Essa è stata concepita in un'epoca molto diversa da quella attuale sotto tutti i punti di vista rilevanti ai nostri fini: diversi i contesti economici, geopolitici, tecnologici e delle comunicazioni, diverse le dimensioni delle imprese, ecc. Oggi, come si è da più parti rilevato, i confini degli Stati non contengono più i mercati che sono molto spesso globalizzati; l'integrazione comunitaria ha davvero creato un enorme territorio nel quale il mercato è unico, con caratteristiche molto simili a quelle di un vero e proprio mercato interno. V'è da chiedersi se norme concepite in contesti tanto diversi da quelli attuali siano ancora adeguate allo scopo di tutelare la concorrenza sul mercato, senza frapporre ostacoli allo sviluppo delle imprese; nel frattempo però le Autorità incaricate dell'applicazione della normativa in vigore hanno fatto il possibile per utilizzarla al meglio anche nell'ambito dei mercati oligopolistici.

Si deve a questo sforzo di fronteggiare la situazione particolare nella quale si vengono a trovare le imprese nei mercati oligopolistici l'evoluzione che ha avuto negli ultimi decenni il concetto di posizione dominante collettiva. Prima di addentrarsi nelle problematiche della posizione dominante collettiva è utile ricordare quello che è oggi il concetto di posizione dominante individuale, sia con riferimento all'art. 82 CE, sia con riferimento al controllo delle concentrazioni.

L'esame che andremo a fare, giova ricordarlo, può essere effettuato congiuntamente per l'ordinamento comunitario e per quello italiano in quanto, com'è noto, non soltanto le norme *antitrust* italiane riproducono sostanzialmente quelle comunitarie, ma il legislatore italiano ha anche previsto espressamente che esse debbano essere interpretate sulla base dei principi elaborati a livello comunitario (art. 1, ultimo comma, l. n. 287/90).

L'Autorità Garante ed i giudici nazionali applicheranno quindi la normativa *antitrust* nazionale in perfetta sintonia con i principi che reggono quella comunitaria.

## II. La posizione dominante individuale

### 1. *La posizione dominante individuale ai sensi dell'art. 82 CE*

Ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE «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»<sup>1</sup>. Pertanto, l'art. 82 stabilisce il divieto per le imprese di utilizzare in

<sup>1</sup> Si nota sin da ora che la stessa disposizione normativa riconosce la possibilità che la posizione dominante sia detenuta da più imprese: tale espressione è dunque alla base dello sviluppo del concetto di posizione dominante collettiva.

forma anticompetitiva la propria posizione dominante<sup>2</sup>.

La definizione di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 (ex art. 86) non è riportata nel Trattato ed è stata sviluppata dalla giurisprudenza solo a partire dagli anni '70<sup>3</sup>, in grande ritardo rispetto all'applicazione dell'art. 81 (ex art. 85), che stabilisce il divieto di accordi o pratiche concordate che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

La nozione di posizione dominante è stata definita dalla Corte di giustizia nel *leading case United Brands*<sup>4</sup> come la «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»<sup>5</sup>.

Questa definizione include due elementi:

- a. la capacità di ostacolare la concorrenza e
- b. la capacità di muoversi sul mercato indipendentemente dagli altri operatori.

<sup>2</sup> Il concetto di abuso di posizione dominante differisce dal concetto di *abuso di posizione dominante relativa* (anche detto *abuso di dipendenza economica*), che rappresenta quei casi in cui una parte commerciale (generalmente cliente o fornitrice) si trova sottoposta a condizioni ingiustificatamente gravose dovute allo stato di dipendenza economica rispetto ad un'altra parte commerciale. In ambito nazionale, in seguito al tentativo, poi fallito, del legislatore di inserire l'abuso di dipendenza economica nell'ambito della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, che stabilisce le norme per la tutela della concorrenza e del mercato, tale istituto è stato inserito nella legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura delle attività produttive. Tale normativa è stata in seguito modificata dall'art. 11, comma 3 della legge n. 57 del 5 marzo 2001, che ha introdotto, a fianco della tutela civilistica, una tutela pubblicistica rimessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Tale norma ha aggiunto alla legge n. 192/1998 il nuovo art. 9, comma 3 bis, che afferma: «[F]erma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso». Per una posizione critica nei confronti di detta normativa, si veda FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 184 ss. Per un'analisi completa delle prime pronunce in materia si veda BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato: Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, Cedam, 2005, p. 415 ss. Sul punto si veda altresì BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>3</sup> RAFFAELLI, *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 1; si veda altresì PARDOLESI, *Art. 86 Trattato CE: il prezzo del decollo*, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 356.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978 in causa n. 27/76, *United Brands*, in *Raccolta*, 1978, p. 207.

<sup>5</sup> Tale definizione è stata costantemente accolta anche in ambito nazionale dall'AGCM. A titolo di esempio si veda AGCM, *Glaxo-Principi Attivi*, 8 febbraio 2006, n. A636; AGCM, *Posta Elettronica Ibrida*, 29 marzo 2006, n. A365. Sul punto, si veda FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, loc. cit., p. 129 ss.

La principale problematica che si pone nell'analisi della posizione dominante è la possibilità per l'impresa di agire indipendentemente dagli altri operatori. Ciò appare in linea con le teorie economiche che identificano la posizione dominante con un significativo potere di mercato<sup>6</sup>. L'elemento relativo alla capacità di ostacolare la concorrenza sembra invece avere un valore descrittivo e potrebbe essere stato inserito dalla Corte per via dell'applicazione dell'art. 82 sia agli abusi di sfruttamento (ossia a quei comportamenti in cui l'impresa sfrutta il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di raggiungere profitti anticompetitivi)<sup>7</sup> sia a quelli di esclusione (ossia a quelle condotte commerciali volte ad estromettere i concorrenti al fine di monopolizzare il mercato ed estrarre rendite monopolistiche a danno dei consumatori)<sup>8</sup>.

Ai fini dell'applicazione della definizione fornita dalla Corte di giustizia, è necessario determinare preliminarmente il mercato del prodotto, il mercato geografico ed il relativo potere economico dell'impresa<sup>9</sup>.

Con riferimento al mercato del prodotto, è necessario considerare se determinati prodotti appartengano o meno ad uno stesso mercato verificando quindi se detti prodotti sono tra loro intercambiabili. Come affermato dalla Corte nella sentenza *Continental Can*<sup>10</sup>, i prodotti scarsamente intercambiabili non fanno parte dello stesso mercato di riferimento, mentre quelli ragionevolmente intercambiabili potranno essere considerati come facenti parte dello stesso mercato<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> La nozione economica di potere di mercato è rappresentata dalla capacità di una o più imprese di limitare la produzione ed aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale. Tale capacità deriva dall'indipendenza o dall'assenza di ostacoli concorrenziali (si veda BISHOP - WALKER, *The economics of EC competition law*, London, Sweet & Maxwell, 1999, par. 2.27 ss.). In particolare, il potere di influire sul livello dei prezzi è assente nel caso di concorrenza perfetta, raggiunge un livello significativo in caso di oligopolio, per raggiungere il massimo livello in caso di monopolio (sul punto si veda PROSPERETTI - SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, Roma, Carocci, 2006, p. 211).

<sup>7</sup> Tipici esempi di abusi di sfruttamento sono l'imposizione di prezzi eccessivamente gravosi o pratiche discriminatorie nei confronti delle proprie controparti commerciali.

<sup>8</sup> Sono invece esempi di abusi di esclusione l'aumento dei costi di accesso al mercato o anche la preclusione di sbocchi od approvvigionamenti nei confronti di concorrenti. Per una analisi sul tema, si veda, FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. supra, nota 2, p. 140 ss. In proposito, si veda anche BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 232 ss.

<sup>9</sup> La posizione dominante può sussistere anche in forza di una riserva normativa costitutiva di un monopolio legale. In ambito nazionale, si vedano al riguardo i seguenti provvedimenti dell'AGCM: *Fremura-Assolagistica/Ferrovie dello Stato*, 24 febbraio 2000, n. A227; *Telsystem/Sip*, 10 gennaio 1995, n. A71; *Aeroporti di Roma/Tariffe Groundhandling*, 20 settembre 2000, n. A247.

<sup>10</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1973 in causa n. C-6/72, *Europemballage e Continental Can*, in *Raccolta*, 1973, p. 215.

<sup>11</sup> L'intercambiabilità deve essere ravvisata con riferimento ai consumatori e prendendo in considerazione la natura dei prodotti, il loro prezzo ed il loro utilizzo. Con riferimento al grado di intercambiabilità dei prodotti necessario ai fini della definizione del mercato rilevante, la Corte e la Commissione hanno precisato che il grado di intercambiabilità richiesto affinché determinati prodotti appartengano ad uno stesso mercato è, in generale, molto elevato: i prodotti altamente inter-

L'intercambiabilità deve essere anche valutata con riferimento all'offerta, anche se la Commissione precisa al riguardo<sup>12</sup> che l'intercambiabilità della domanda è il fattore primario nella definizione del mercato, mentre l'intercambiabilità dell'offerta viene presa in considerazione solo ove il suo impatto sia così efficace ed immediato da essere trattato come equivalente all'effetto dell'intercambiabilità della domanda.

Il mercato geografico di riferimento è rappresentato dal territorio in cui le pratiche poste in essere dall'impresa in questione incontrano la concorrenza effettiva di altre imprese. La delimitazione di tale territorio dipende dal luogo in cui è situata l'impresa e dalla natura delle pratiche esaminate dalla Commissione. In particolare, ai fini della determinazione del mercato geografico di riferimento, occorre individuare le fonti reali di approvvigionamento a cui i clienti dell'impresa o delle imprese oggetto di valutazione possono far ricorso dal punto di vista della localizzazione geografica del fornitore<sup>13</sup>.

Una volta definito il mercato rilevante è necessario valutare il grado di potenza economica detenuta dall'impresa oggetto di indagine<sup>14</sup>. Tale valuta-

cambiabili apparterranno probabilmente allo stesso mercato. Al contrario, i prodotti non intercambiabili o che lo sono solo in piccola parte saranno, probabilmente, parte di due mercati distinti. Così, nel caso *United Brands*, la Corte ha ritenuto che l'intercambiabilità stagionale esistente tra le banane e altri frutti freschi era troppo debole, dal momento che le banane sono disponibili in quantità sufficienti nel corso di tutto l'anno. Allo stesso modo, nel caso *Michelin*, la Corte ha ritenuto che le riserve espresse da certi utilizzatori circa l'utilizzo di pneumatici riciclati, segnatamente sull'assale anteriore del veicolo, erano sufficientemente importanti per giustificare la loro esclusione dal mercato dei pneumatici nuovi (si veda RAFFAELLI - BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 178 ss.).

<sup>12</sup> Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in *Guce* n. C 372 del 9 dicembre 1997, p. 5.

<sup>13</sup> Cfr. FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. supra, nota 2, p. 31 ss.

<sup>14</sup> Il grado di potere di mercato è rilevante anche in seguito alla determinazione dell'esistenza di una posizione dominante in capo all'impresa in questione. In generale sulle imprese che detengono una posizione dominante grava una particolare responsabilità in virtù della quale sono loro vietati comportamenti ritenuti leciti se posti in essere dalla generalità delle altre imprese. Con riferimento a tale considerazione, appare utile rilevare che esistono diversi gradi di dominanza e che le regole divengano *ancor più severe* nei confronti di imprese che si trovano in situazioni di monopolio o di quelle che detengono quote di mercato estremamente alte, che si trovano ossia in situazioni di "super-dominanza". L'argomentazione alla base di un tale approccio, particolarmente restrittivo nei confronti di imprese in situazione di super-dominanza, è che i comportamenti di tali imprese avrebbero un impatto maggiore sulla concorrenza rispetto a quelli posti in essere delle imprese dominanti "regolari"; pertanto, una impresa in posizione di super-dominanza dovrebbe astenersi da determinati comportamenti, leciti invece per imprese dominanti "regolari". La super-dominanza è stata definita dall'Avvocato Generale Fennelly nelle sue conclusioni del 29 ottobre 1998 in cause riunite n. C-395/96 e n. C-396/96, *Compagnie Maritimes Belge Transports SA e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1371 ss. come «una posizione di così netta supremazia, tendente al monopolio» da dar luogo ad uno «speciale obbligo, particolarmente oneroso», «per non pregiudicare ulteriormente la struttura della debole concorrenza esistente». Tale posizione giurisprudenziale è stata fortemente criticata dalla dottrina che la definisce addirittura contraria alla lettera dell'art. 82. Si afferma, infatti, che l'art. 82 pone nei confronti delle imprese in posizione dominante il divieto di porre in essere comportamenti abusivi, mentre la teoria della super-dominanza focalizza unicamente la posizione dell'impresa e non i suoi comportamenti. Pertanto la dottrina rileva che più una impresa cresce più sarà difficile per essa competere sul mercato. Tale discussione è particolarmente attuale per via delle conseguenze che potrebbe avere sul caso *Microsoft c. Commissione*, tuttora pendente davanti al Tribunale di primo grado (causa n. T-201/04: *Ricorso della società Microsoft*

zione viene svolta sulla base delle caratteristiche del mercato e delle imprese che vi operano. Il primo criterio che deve essere preso in considerazione per detta valutazione è la quota di mercato detenuta dall'impresa in questione (o *dalle imprese* nel caso di dominanza collettiva). In linea generale, la Corte di giustizia ha precisato nella sentenza *Akzo* che, in assenza di circostanze eccezionali, una quota di mercato pari o superiore al 50% costituisce la soglia di presunzione della dominanza<sup>15</sup>. Lo studio empirico del mercato può portare a considerare dominante un'impresa che detenga una quota di mercato inferiore al 40% del mercato ad esempio nel caso in cui la restante parte del mercato sia detenuta da un grande numero di imprese di dimensioni poco significative e lontane dalla quota detenuta dall'impresa in questione<sup>16</sup>. È invece poco probabile rilevare la dominanza sul mercato di un'impresa che detiene una quota di mercato inferiore al 25%<sup>17</sup>. Inoltre, nei casi in cui la quota di mercato non era sufficiente a determinare la dominanza, la Corte e la Commissione hanno considerato rilevante l'esistenza di ulteriori criteri, quali l'elevato grado di integrazione verticale, un severo controllo della qualità, il vantaggio tecnologico in relazione ai concorrenti, una forte individualizzazione del prodotto dovuta a campagne pubblicitarie e promozionali massicce e ripetute, una rete commerciale sviluppata, l'assenza di concorrenza potenziale, una vasta gamma di prodotti, lo stadio di sviluppo avanzato del mercato, l'esistenza di significative risorse tecnologiche e finanziarie e così via.

## 2. *La posizione dominante individuale nel controllo delle concentrazioni*

La creazione o il rafforzamento di una posizione dominante è stato il parametro sulla base del quale una concentrazione è stata ritenuta come incompatibile con il mercato comune e come tale suscettibile di essere bloccata dalla Commissione. Il *test* di dominanza era infatti alla base della valutazione

*Corporation contro la Commissione delle Comunità europee* del 7 giugno 2004, in *Gu-Ue* n. C 179 del 10 luglio 2004, p. 18). Cfr. APPELDOORN, *He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, super-dominance and article 82, ECLR*, 2005, p. 653-658.

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1991 in C-62/86, *Akzo c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3359. In proposito si rileva che con una recente decisione, il *Conseil de la Concurrence* (autorità garante della concorrenza in Francia) ha ritenuto non essere in posizione dominante una impresa con il 60% del mercato della regia pubblicitaria cinematografica, in considerazione del fatto che questa impresa risentiva della concorrenza del suo principale concorrente (*Conseil de la Concurrence*, 20 giugno 2006, in *Concurrences*, n. 3, 2006, p. 10).

<sup>16</sup> Cfr. decisione della Commissione n. 2000/74/Ce, del 14 luglio 1999, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 del Trattato CE (IV/D-2/34.780 - *Virgin/British Airways*), in *Guce* n. L 30 del 4 febbraio 2000, p. 1.

<sup>17</sup> Regolamento del Consiglio del 20 gennaio 2004 n. 139/2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1, *considerando* n. 32. Sul punto si veda PROSPERETTI - SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, *cit. supra*, nota 6, p. 212.

delle concentrazioni nell'ambito del Regolamento n. 4064/89<sup>18</sup>, il quale affermava, al secondo comma dell'art. 2, che «le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune»<sup>19</sup>.

Nel corso della presente trattazione si illustreranno le motivazioni e le modalità con le quali si è arrivati al nuovo Regolamento n. 139/2004<sup>20</sup>, nel quale il suddetto *test* di dominanza è stato sostituito con il cosiddetto SIEC (*significant impediment of effective competition*), che rappresenta un compromesso tra il c.d. *test* SLC (*substantive lessening of competition*), adottato in diversi ordinamenti, incluso quello statunitense, incentrato sulla riduzione sostanziale della concorrenza ed il *test* di dominanza di cui al Regolamento n. 4064/1989. In base a tale nuovo *test* adottato a livello comunitario l'ipotesi della dominanza non rappresenta più il fulcro della valutazione in sede di controllo delle concentrazioni, ma solo una delle possibili cause, anche se la più significativa, che possono determinare un pericolo alla concorrenza effettiva sul mercato.

In particolare, le linee guida della Commissione sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento n. 139/2004 definiscono la posizione dominante come «una situazione di forza economica detenuta da una o più imprese che conferirebbe loro il potere di ostacolare il mantenimento di un'effettiva concorrenza sul mercato di cui trattasi fornendo loro la pos-

<sup>18</sup> Regolamento del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (*Guce* n. L 257 del 21 settembre 1990, p. 13), come modificato dal regolamento (Ce) n. 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica il regolamento (Cee) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (*Guce* n. L 180 del 9 luglio 1997, p. 1).

<sup>19</sup> È opportuno notare che il Trattato CE non contiene previsioni specifiche applicabili al controllo delle concentrazioni. Tale lacuna non è assolutamente casuale, ma è stata il risultato della volontà politica volta ad incoraggiare lo sviluppo di imprese comunitarie, anche attraverso le concentrazioni. Ciò è stato del resto riconosciuto dalla stessa Commissione europea in un Memorandum del 1965, in cui si mostrava favorevole alle concentrazioni in quanto tali da rafforzare l'industria europea ancora troppo debole in rapporto al mercato internazionale. Solo l'anno successivo, la Commissione ha però riconosciuto la possibilità di applicare gli artt. 81 e 82 al controllo alle concentrazioni che si rivelassero incompatibili con il principio di concorrenza all'interno del mercato comune (sul punto STROUX, *US and EC oligopoly control*, 2004, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 201 ss.). La Corte di giustizia ha quindi riconosciuto, nella sentenza del 21 febbraio 1973 in causa n. 6/72, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, cit. *supra*, nota 10, che l'art. 82 può essere applicato alle concentrazioni, affermando tra l'altro che: «L'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'art. 85, non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante, a concretarsi in una compenetrazione fra le imprese. In mancanza di espresse disposizioni, non si può ritenere che il trattato, il quale vieta all'art. 85 talune decisioni di semplici associazioni d'impresе che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'art. 86 come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza».

<sup>20</sup> Regolamento del Consiglio del 20 gennaio 2004 n. 139/2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, cit. *supra*, nota 17.



sibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, infine, dei consumatori»<sup>21</sup>.

Ai fini della valutazione dell'esistenza della dominanza, è necessario effettuare una analisi delle caratteristiche strutturali del mercato e delle imprese che vi operano. Le modalità di tale valutazione sono però giocoforza diverse se adottate nell'ambito del controllo delle concentrazioni o nell'ambito dell'art. 82. Nel primo caso, si tratta infatti di una valutazione *ex ante*, ossia di un giudizio prospettico sulle possibili conseguenze di una operazione che non è ancora avvenuta, in cui l'esame delle caratteristiche strutturali del mercato rappresenta forse il principale elemento di valutazione a disposizione dell'Autorità della concorrenza chiamata a valutare l'operazione. Nel caso degli abusi di posizione dominante – nei quali la valutazione è invece *ex post* – l'analisi delle caratteristiche strutturali del mercato potrebbe assumere un rilievo minore, in quanto, spesso, lo stesso comportamento abusivo può costituire un indizio dell'esistenza della posizione dominante che si realizza – come abbiamo già visto – quando l'impresa, grazie al suo particolare potere di mercato ha la possibilità di «comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, infine, dei consumatori».

### III. Il concetto di posizione dominante collettiva

Come sopra ricordato, l'art. 82 proibisce l'abuso di posizione dominante da parte di «una o più imprese». La prima questione che si è posta con riferimento alla nozione di «più imprese» è se essa dovesse essere intesa in senso stretto – ossia intendendo più entità appartenenti allo stesso gruppo<sup>22</sup> – o in senso ampio – ossia intendendo più entità tra loro economicamente indipendenti.

L'approccio che finalmente è stato adottato, in sintonia con il sistema *antitrust* comunitario, è quello più ampio; ma non senza esitazioni: se, infatti, la Commissione ha affermato per la prima volta nel 1973, nel caso *Industria europea dello zucchero*, l'esistenza di una posizione dominante collettiva in ca-

<sup>21</sup> Definizione simile a questa è stata tra l'altro richiamata dal Tribunale di primo grado nella sentenza del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 753; sul punto si veda FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, in RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles - Milano, Bruylant - Giuffrè, (in corso di pubblicazione).

<sup>22</sup> In diversi casi, la Commissione ha rilevato l'esistenza di una posizione dominante detenuta da più entità appartenenti allo stesso gruppo. Così in *Continental Can* tre società – la statunitense Continental Can, la succursale tedesca SLW e la Europemballage, anch'essa succursale – hanno insieme posto in essere pratiche abusive ai sensi dell'art. 82; così ancora in *Commercial Solvents*, la Commissione ha rilevato l'esistenza di pratiche abusive poste in essere da due società appartenenti allo stesso gruppo, la Commercial Solvents e la succursale italiana ICI.

po a più di una impresa<sup>23</sup>, la Corte sembrava aver chiuso la porta a tale possibilità pochi anni dopo nel caso *Hoffman-La Roche*, affermando che «[L]a posizione dominante va pure distinta dai parallelismi di comportamento tipici delle situazioni di oligopolio, in quanto in un oligopolio i comportamenti s'influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa che si trova in tale posizione é, in gran parte, determinato unilateralmente»<sup>24</sup>. Successivamente, per un certo periodo, non ci sono state pronunce in merito alla dominanza collettiva, anche in casi in cui le Autorità ben avrebbero potuto esprimersi sul punto.

Così, nel caso *Alsatel c. NOVOSAM*<sup>25</sup>, la Commissione ha chiesto alla Corte di esprimersi in merito alla posizione dominante collettiva nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE, ma la Corte ha declinato l'invito. Ed anche nel caso *Magill*<sup>26</sup> la Commissione ha perso un'ottima occasione per definire il caso come un caso di abuso di posizione dominante collettiva. Si trattava, infatti, di un caso avente ad oggetto il rifiuto da parte di tre emittenti televisive indipendenti di fornire a terzi licenze per produrre guide TV. La Commissione, anziché cogliere l'occasione per affermare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, ha, invece, rilevato l'esistenza di tre diverse posizioni dominanti detenute da ciascuna delle emittenti televisive.

Nel 1989, quando gli interpreti ormai ritenevano che la possibilità di applicazione della posizione dominante collettiva da parte delle istituzioni comunitarie fosse destinata a non veder la luce, la Commissione ha rilevato che tre produttori italiani di vetro avessero abusato della posizione dominante che detenevano congiuntamente<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Decisione della Commissione n. 73/109/Cee, del 2 gennaio 1973, relativa ad una procedura d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE (IV/26.918 - *Industria europea dello zucchero*), in *Guce* n. L 140 del 26 maggio 1973, p. 17; tuttavia in appello la Corte di giustizia non si è espressa sul punto, negando l'esistenza di un abuso (sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1975 in cause riunite da n. 40 a n. 48, n. 50, da n. 54 a n. 56, n. 111, n. 113 e n. 114/73, *Suiker Unie c. Commissione*, in *Raccolta*, 1975, p. 1663). Nel 1975 la Commissione affermava che diverse raffinerie esercitavano una posizione dominante collettiva nel mercato petrolifero (Commissione europea, *Report on the Behaviour of the Oil Companies in the Community during the period from October 1973 to March 1974*, 10 dicembre 1975, COM(75)675).

<sup>24</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, p. 461. La Corte ha inoltre precisato nel caso *Züchner* – un rinvio pregiudiziale su presunte pratiche concordate tra banche – che «l'art. 86 riguarda lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, e non il caso delle pratiche concordate cui si applica esclusivamente l'art. 85» (Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1981 in causa n. 172/80, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank Ag*, in *Raccolta*, 1981, p. 2021).

<sup>25</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1988 in causa n. 247/86, *Alsatel c. Novasam*, in *Raccolta*, 1988, p. 5987.

<sup>26</sup> Decisione della Commissione n. 89/205/Cee del 21 dicembre 1988 relativa ad una procedura in applicazione dell'art. 86 del Trattato CEE (IV/31.851 - *Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE*), in *Guce* n. L 78 del 21 marzo 1989, p. 43. Tale decisione è stata poi confermata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 6 aprile 1995 in cause riunite n. C-241/91 e n. 242/91, *RTE c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 743.

<sup>27</sup> Decisione della Commissione n. 89/93/Cee del 7 dicembre 1988 relativa ad un procedimento a norma degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE (IV/31.906, *Vetro piano*), in *Guce* n. L 33 del 4 feb-

Nella successiva fase giurisdizionale di impugnazione della decisione, il Tribunale di primo grado ha annullato la decisione della Commissione in merito all'esistenza della posizione dominante collettiva – affermando che la Commissione si era limitata a "riciclare" le allegazioni su cui aveva fondato l'asserita violazione dell'art. 81 – ma ha allo stesso tempo confermato la possibilità di far rientrare la posizione dominante collettiva nell'ambito di applicazione dell'art. 82. Il Tribunale di primo grado ha infatti rilevato come «non vi sia alcun motivo, giuridico o economico, di supporre che l'espressione "impresa" che figura all'art. 86 abbia un significato diverso da quello che è ad essa attribuita nel contesto dell'art. 85. Non si può escludere in via di principio che due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato. Tale potrebbe ad esempio essere il caso in cui due o più imprese indipendenti dispongono in comune, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che concede loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e infine dei consumatori»<sup>28</sup>.

Già in quella sede il Tribunale ha astrattamente ammesso la nozione ampia di posizione dominante collettiva, che include la posizione dominante detenuta collettivamente da più imprese tra loro economicamente indipendenti.

La nozione "ampia" di posizione dominante collettiva si applica anche nell'ambito del controllo delle concentrazioni. Tale nozione, che è adesso espressamente considerata dal Regolamento n. 139/2004 e dalle relative linee guida sulle concentrazioni orizzontali, non era invece considerata dal precedente Regolamento n. 4064/1989. Ciononostante, anche nell'applicazione del precedente regolamento sulle concentrazioni, la Commissione ha più volte ri-

braio 1989, p. 44 ss. Con riferimento alla *nozione di "impresa"* si rileva che essa non è definita in nessuna parte del Trattato CE, ma è stata oggetto di definizione da parte della Commissione e delle Corti comunitarie. In particolare, secondo la Commissione, il termine "impresa" deve essere inteso nella sua accezione più ampia, ricomprendendo ogni entità autonoma/indipendente impegnata in attività economiche, industriali o commerciali. Di fatto, la pratica dimostra chiaramente che ogni persona fisica o giuridica che partecipa ad un'attività economica è qualificata come impresa (sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1991 in causa n. C-41/90, *Höefner e Elser c. Macrotron GmbH*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1979). Così, ad esempio, la Corte di giustizia ha affermato nella sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99 *Wouters c. Algemene raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, che gli avvocati rientrano nella nozione di impresa, mentre, nella sentenza del 16 marzo 2004 in cause riunite n. C-264/01, n. C-306/01, n. C-354/01 e n. C-355/01, *AOK Bundesverband e altri c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e altri*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2493 ha affermato che gli enti che esercitano un'attività puramente sociale, fondati esclusivamente sul principio di solidarietà e privi di qualsiasi scopo lucrativo, non costituiscono imprese ai sensi dell'art. 81. Si veda sul punto, VAN BAEL - BELLIS, *Competition law of the European Community*, The Hague, Kluwer Law, 2005, p. 40 ss.; RAFFAELLI, *Il Concetto di "unica entità economica" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1977, p. 396.

<sup>28</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 marzo 1992 in causa n. T-68/89, *Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa e Ppg Vernante Pennitalia Spa c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 1403, punto 358.

tenuto necessario ricorrere al concetto di posizione dominante collettiva al fine di vietare una concentrazione che avrebbe potuto pregiudicare la concorrenza all'interno del mercato comune.

La necessità di far ricorso a tale concetto era stata messa in rilievo in uno studio pubblicato dalla Commissione nell'*Annual report on Competition Policy* del 1986 – quindi alcuni anni prima dell'entrata in vigore del primo regolamento comunitario sul controllo delle concentrazioni – in cui affermava che «it should be the aim of competition policy to prevent situations arising which form a hotbed for tacit collusive behaviour»<sup>29</sup>. In seguito all'entrata in vigore del regolamento, la Commissione ha in un primo momento considerato la possibilità che le concentrazioni potessero condurre a un coordinamento tacito – pur senza arrivare ad un divieto dell'operazione – nei casi *Varta c. Bosch*<sup>30</sup> ed *Alcatel c. AEG Kabel*<sup>31</sup>.

Il primo caso in cui la Commissione ha richiesto alle parti determinati impegni ai fini dell'autorizzazione di una concentrazione che avrebbe creato o rafforzato una posizione dominante collettiva è stato il caso *Nestlé c. Perrier*<sup>32</sup>. La Commissione, nel giustificare l'applicazione del regolamento sul controllo delle concentrazioni a situazioni di posizione dominante collettiva, ha fatto tra l'altro riferimento all'art. 3, lett. g. del Trattato, affermando che in presenza di determinate situazioni di mercato sia la posizione dominante individuale sia quella collettiva possono ostacolare il gioco della concorrenza. In questo caso, la Commissione ha rilevato che la proposta concentrazione avrebbe creato una posizione dominante duopolistica nel mercato francese dell'acqua minerale in bottiglia tale da ostacolare la concorrenza e ledere i consumatori.

Successivamente, anche nel caso *Kali und Salz*<sup>33</sup> la Commissione ha richiesto alle parti determinati impegni al fine di autorizzare la concentrazione, mentre il caso *Gencor c. Lonrho*<sup>34</sup> è stato il primo in cui la Commissione ha proibito una concentrazione che avrebbe dato vita ad una posizione dominante collettiva. Come vedremo estensivamente in seguito, le decisioni della Cor-

<sup>29</sup> Commissione europea, *Annual Report on Competition Policy*, n. XVI, 1986, p. 285.

<sup>30</sup> Decisione della Commissione n. 91/595/Cee, del 31 luglio 1991, che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso n. IV/M012 - *Varta/Bosch*) in base al Regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio, in *Guce* n. L 320 del 22 novembre 1991, p. 26.

<sup>31</sup> Decisione della Commissione del 18 dicembre 1991 che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso n. IV/M.165 - *Alcatel/Aeg Kabel*) in base al Regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio, in *Guce* n. C 6 del 10 gennaio 1992.

<sup>32</sup> Decisione della Commissione n. 92/553/Cee, del 22 luglio 1992, relativa a una procedura a norma del regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio (Caso n. IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*), in *Guce* n. L 356 del 5 dicembre 1992, p. 1.

<sup>33</sup> Decisione della Commissione n. 94/449/Ce, del 14 dicembre 1993, relativa ad un procedimento a norma del regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio (Caso n. IV/M.308 - *Kali und Salz/MdK/Treuhand*), in *Guce* n. L 186 del 21 luglio 1994, p. 38.

<sup>34</sup> Decisione della Commissione n. 97/26/Ce del 24 aprile 1996 che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso n. IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*), in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1997, p. 30.

te di giustizia nel caso *Francia c. Commissione*<sup>35</sup> e del Tribunale di primo grado nel caso *Gencor c. Commissione*<sup>36</sup>, procedimenti di impugnazioni delle decisioni citate, hanno contribuito notevolmente allo sviluppo del concetto di posizione dominante collettiva. Tale concetto è stato ulteriormente sviluppato dal Tribunale di primo grado nel caso *Airtours c. Commissione*<sup>37</sup>, che ha annullato una molto contestata decisione della Commissione<sup>38</sup>. Con questa sentenza, il Tribunale ha delineato le condizioni necessarie per determinare se una concentrazione possa dar luogo ad una posizione dominante collettiva<sup>39</sup>; queste condizioni sono state recepite dalla Commissione e dalle corti comunitarie e sono state considerate come le condizioni necessarie a determinare la posizione dominante collettiva dalle Linee Guida sulle concentrazioni orizzontali del 2004. Infine, recentemente, nel caso *Impala*<sup>40</sup>, il Tribunale ha fornito ulteriori elementi per determinare la creazione od il rafforzamento di una posizione dominante collettiva, ed ha imposto alla Commissione uno *standard* di prova particolarmente elevato nell'ambito del controllo delle concentrazioni<sup>41</sup>.

### 1. *La genesi della posizione dominante collettiva nel diritto comunitario*

Come s'è detto, lo sviluppo del concetto di posizione dominante collettiva risponde soprattutto all'esigenza di far fronte ai problemi legati ai mercati oligopolistici. Tali mercati sono caratterizzati dalla presenza di relativamente pochi operatori e si pongono quindi idealmente a metà strada tra il mercato monopolistico, che vede un solo soggetto dal lato dell'offerta, e quello atomistico o a concorrenza perfetta nel quale operano innumerevoli imprese di varie dimensioni.

Il mercato oligopolistico è stato definito come «quel mercato ove operano aziende consapevoli del fatto che le decisioni di ciascuna di esse sono interdipendenti con quelle delle altre imprese presenti sul mercato»<sup>42</sup>. Tale carattere

<sup>35</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1998 in cause riunite n. C-68/94 e n. C-30/95, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1375.

<sup>36</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 753.

<sup>37</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 giugno 2002 in causa n. T-342/99, *Airtours c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2585.

<sup>38</sup> Decisione della Commissione n. 2000/276/Ce, del 22 settembre 1999, che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE (Caso IV/M.1524 - *Airtours/First Choice*), in *Guce* n. L 93 del 13 aprile 2000, p. 1 ss.

<sup>39</sup> Questo aspetto verrà analizzato più approfonditamente nel par. III.4, *infra*.

<sup>40</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione*, inedita in *Raccolta*.

<sup>41</sup> Questo aspetto verrà analizzato più approfonditamente nel par. III.5, *infra*.

<sup>42</sup> Si veda GRILLO - SILVA, *Impresa, concorrenza, organizzazione*, Roma, La nuova Italia scientifica, 1989, p. 165; RAFFAELLI, *European Union competition policy subsequent to the Airtours ca-*

di interdipendenza sembra essere il tratto più caratteristico del mercato in esame, ossia di un mercato nel quale il prodotto è omogeneo e vi sono notevoli barriere all'entrata che rendono particolarmente rischioso l'ingresso a nuovi concorrenti.

Tali mercati si differenziano quindi sia dai mercati in cui una singola impresa in posizione dominante può muoversi sul mercato senza tener conto delle reazioni degli altri operatori, sia dal mercato atomistico o a concorrenza perfetta, in cui le imprese si comportano liberamente alla ricerca del maggior profitto possibile. Nei mercati oligopolistici, la preoccupazione principale degli operatori è quella di studiare e prevedere i comportamenti delle altre imprese concorrenti presenti sul mercato. In questi mercati, caratterizzati da una notevole trasparenza, gli operatori potranno osservare facilmente le reazioni dei propri concorrenti ed agire di conseguenza. Ad esempio, se una impresa variasse i propri prezzi in aumento, essa potrebbe vedere come conseguenza di tale suo comportamento una diminuzione della propria quota di mercato a favore dei propri concorrenti se questi non adeguassero i propri prezzi; oppure una stabilità nella domanda ed un aumento dei profitti qualora i concorrenti adeguino in tempi brevi i propri prezzi.

Pertanto, in un mercato oligopolistico le imprese rivali sono interdipendenti: esse sono consapevoli delle reciproche mosse sul mercato e molto spesso sono pressoché "costrette" ad adeguare le rispettive strategie di mercato.

Gli economisti hanno a lungo studiato questo tipo di mercato ma, come è stato rilevato<sup>43</sup>, nel caso dell'oligopolio il ruolo che la teoria economica può svolgere è minore che non nel mercato monopolistico o in quello atomistico, in quanto per l'oligopolio vi è una serie praticamente infinita di funzionamenti, tanto da rendere pressoché impossibile enucleare leggi economiche universalmente applicabili. Tra i modelli elaborati per cercare di comprendere il mercato dell'oligopolio, ed ancor oggi utilizzati quali punti di riferimento, vi sono quelli di Cournot e di Bertrand. Il primo, risalente al 1838<sup>44</sup>, ritiene che gli oligopolisti competono sul livello di produzione: ciascuna impresa considera il livello di produzione dell'impresa concorrente come un dato e decide in base ad esso quanto produrre. Il risultato di tale teoria è che nei mercati oligopolistici, il prezzo è più alto di quello presente in un mercato perfettamente competitivo. Il modello di Bertrand, elaborato quarantacinque anni più tardi, nel 1883<sup>45</sup>, fa il caso di due sole imprese presenti sul mercato, di uguali di-

se, in *XXIX Annual Fordham Corporate Law Institute Conference*, Fordham University di New York, B. Hawk Ed, 2002.

<sup>43</sup> ZAMAGNI, *Economia politica*, Roma, La nuova Italia scientifica, 1985, p. 496.

<sup>44</sup> COURNOT, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie de la richesse*, Paris, L. Hachette, 1838.

<sup>45</sup> BERTRAND, *Review of researches les principes mathématiques de la théorie de la richesse*, in *Journal des Savants*, 1883, p. 499-508.

mensioni ed efficienza, che offrono sul mercato un prodotto pressoché identico. In questo modello le imprese competono sul prezzo al fine di spostare verso di sé la domanda della clientela dell'altra. L'economista ha rilevato che in siffatta situazione il prezzo finisce per fissarsi al livello del costo medio variabile con profitti correnti pressoché nulli. Così si è dimostrato che nel mercato oligopolistico propriamente detto ogni impresa deve preoccuparsi prima di tutto dei comportamenti delle altre imprese e delle reazioni di queste ai propri comportamenti<sup>46</sup>.

Il risultato è che la concorrenza sul prezzo tra le imprese rivali sarà minima o addirittura non esistente.

La letteratura sulla "Teoria dei Giochi" del 1944<sup>47</sup> ed in particolare quella sul "Dilemma del Prigioniero"<sup>48</sup>, che riconosce che le imprese prendono in considerazione le probabili azioni o reazioni dei concorrenti nel decidere le proprie strategie di mercato, conferma tale teoria degli oligopoli. Detta teoria può essere infatti trasposta al mercato oligopolistico, in cui le imprese debbono scegliere tra fissare prezzi alti o bassi (o il livello di produzione a seconda della variabile che si sceglie). Il risultato del "dilemma" è che entrambe le imprese fisseranno un prezzo più basso, guadagnando meno di quanto avrebbero guadagnato fissando entrambi un prezzo più alto<sup>49</sup>.

Sta comunque di fatto che le imprese adattandosi alla strategia dei concorrenti potranno fissare i prezzi comunque al di sopra del livello concorrenziale, senza dover comunicare in alcun modo tra loro. Le imprese potranno,

<sup>46</sup> Sul punto, si veda CREATINI, *Collusione tacita e tutela della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>47</sup> NEUMANN - MORGENTHAU, *Theory of games and economic behaviour*, 3<sup>rd</sup> edition, 1980 (original 1944), Princeton, Princeton University Press.

<sup>48</sup> Il dilemma del prigioniero può essere descritto come segue. Due criminali vengono accusati di aver compiuto una rapina. Vengono chiusi in due celle diverse e non possono comunicare. Ognuno di loro ha due scelte: confessare l'accaduto, oppure non confessare. Viene inoltre spiegato loro che:

a. se solo uno dei due confessa, chi ha confessato evita la pena; l'altro viene però condannato a 7 anni di carcere.

b. se entrambi confessano, vengono entrambi condannati a 6 anni.

c. se nessuno dei due confessa, entrambi vengono condannati a 1 anno.

Questo gioco può essere descritto con la seguente bimatrice:

confessa (6,6) (0,7)

non confessa (7,0) (1,1)

Il punto di equilibrio è confessa/confessa. Il motivo è che per ognuno dei due lo scopo è minimizzare la propria condanna; e ogni prigioniero

confessando: rischia 0 o 6 anni

non confessando: rischia 1 o 7 anni.

Il paradosso della conclusione sta nel fatto che anche l'altro prigioniero, trovandosi nella stessa situazione, farà lo stesso ragionamento; con un risultato complessivo che non è conveniente per nessuno dei due che saranno condannati a 6 anni di carcere a testa. Si veda sul punto FRANZOSI, *L'oligopolio e il dilemma del prigioniero*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1988, p. 56 ss. Si veda altresì, OSTI, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 115 ss.

<sup>49</sup> La strategia per la quale ogni impresa massimizza i propri profitti, sulla base della strategia scelta dai concorrenti, è conosciuta come l'"equilibrio di Nash" (NASH, *Non-cooperative games*, in *Annals of mathematics* 54, 1951, p. 286-295).

infatti, evitare di ricorrere alla conclusione di accordi collusivi, in quanto la stessa struttura del mercato è tale da permettere loro di innalzare i prezzi, attraverso l'interdipendenza e la consapevolezza dei rispettivi futuri comportamenti sul mercato<sup>50</sup>.

Le imprese vengono quindi a praticare quello che viene definito come il "parallelismo intelligente o consapevole", costituito da comportamenti *unilaterali* delle singole imprese oligopolistiche. Da ciò scaturisce la particolare problematica *antitrust* nei mercati oligopolistici.

Ed infatti, nel caso in cui le imprese pongano in essere accordi o pratiche concordate anticompetitive, esse ricadono senza dubbio nell'ambito di applicazione della normativa *antitrust*; l'applicazione di tale normativa risulta invece più problematica in caso di parallelismo intelligente o consapevole, pur dando luogo al medesimo risultato: che ci si arrivi con accordi o pratiche collusive o con il parallelismo di comportamento, in entrambi i casi la concorrenza viene eliminata o fortemente limitata e quindi essa non svolge quel ruolo regolatore sul mercato di cui invece, come abbiamo visto, il mercato ha la necessità per funzionare regolarmente. Del resto, come è stato autorevolmente considerato, «the fact that the interdependence exists is sufficient to be able to say anything about the performance of the firms in the industry and in particular whether or not they will engage in what legal experts of the Court define as anticompetitive parallel behaviour»<sup>51</sup>. E ciò anche perché, come è stato rilevato: «Whereas the concept of concerted practice necessarily supposes a parallel or at least coordinated behaviour, it does not follow that every parallel behaviour implies a concerted practice»<sup>52</sup>.

Tali considerazioni sono alla base dei problemi che incontra la normativa *antitrust* nell'affrontare gli oligopoli: è infatti la stessa struttura del mercato oligopolistico a permettere alle imprese in questa situazione di diminuire la concorrenza, praticando il c.d. parallelismo intelligente o consapevole, che si traduce in un adeguamento del proprio comportamento a quello dei propri concorrenti pur in assenza di pratiche collusive. Come è stato inoltre giustamente osservato, «il controllo della collusione maturata in ambiente oligopolistico diviene particolarmente problematico in considerazione del fatto che un certo parallelismo nel comportamento delle imprese corrisponde ad un comportamento razionale che può parere iniquo ed anche inutile voler sanzionare»<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> WHISH, *Competition law*, London, Butterworths, 2001, p. 460 ss.; RAFFAELLI, *Oligopolio e normativa antitrust*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, fasc. n. 6, p. 916.

<sup>51</sup> JENNY, *Collective dominance and the EC Merger Regulation*, in *XXIX Annual Fordham Corporate Law Institute*, 2001, B. Hawk Ed., p. 362.

<sup>52</sup> HAUPT, *Collective dominance under art. 82 EC and EC merger control in the light of Air-tours judgment*, *ECLR*, 2002, p. 434.

<sup>53</sup> OSTI, *Antitrust e oligopolio*, cit. *supra*, nota 48, p. 151.



Come vedremo nei paragrafi successivi, le problematiche *antitrust* relative ai mercati oligopolistici possono essere affrontate sia intervenendo direttamente sulla struttura del mercato, modificandola, anche in assenza di comportamenti anticompetitivi, sia facendo uso dei "classici" strumenti del diritto della concorrenza, ossia del divieto delle intese e degli abusi di posizione dominante. La prima di queste modalità di intervento, adottata ad esempio dal legislatore britannico, appare utile per cogliere le peculiarità di un mercato ed analizzare le misure necessarie al fine di renderlo più competitivo; la seconda, che è ancora l'unica prevista dal nostro ordinamento e da quello comunitario, sembra inadeguata ad intervenire efficacemente nei mercati oligopolistici, ogniquale le imprese vi operano praticando il "parallelismo intelligente o consapevole", sfruttando l'esistente trasparenza del mercato.

## 2. Parallelismo oligopolistico e divieto delle intese

La possibilità di controllare il fenomeno degli oligopoli attraverso il divieto dell'art. 81 dipende da quanto sia possibile estendere la portata del concetto di "pratica concordata"<sup>54</sup>.

La nozione di pratica concordata non è definita dal Trattato, e la Commissione ha effettuato diversi tentativi al fine di far rientrare nel suo ambito i comportamenti paralleli posti in essere dalle imprese nei mercati oligopolistici. Inizialmente la Corte è sembrata accettare tale approccio estensivo da parte della Commissione<sup>55</sup>; successivamente, ed in particolare con la nota sentenza *Pasta di legno*<sup>56</sup> la Corte ha ridimensionato l'approccio della Commissione.

Nel 1972 la Corte, nel caso *Materie Coloranti*<sup>57</sup> ha definito il concetto di pratica concordata come «una forma di coordinamento tra imprese che, senza essere stata spinta fino alla realizzazione di una convenzione propriamente detta, sostituisce scientemente una cooperazione pratica tra di esse al rischio della concorrenza».

Nel caso *Suiker Unie*<sup>58</sup>, la Corte ha chiarito che i criteri di «coordinamento» e di «cooperazione» utilizzati nella sentenza *Materie Coloranti*, non esigono l'elaborazione di un "piano" vero e proprio. Ogni operatore economi-

<sup>54</sup> Si veda OSTI, *Antitrust e oligopolio*, cit. supra, nota 48, p. 186 ss.

<sup>55</sup> Si veda STROUX, *US and EC oligopoly control*, cit. supra, nota 19, p. 8 ss., 71 ss.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993 in cause riunite n. C-89/85, n. C-104/85, n. C-114/85, n. C-116/85, n. C-117/85 e da n. C-125/85 a n. C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1307 (caso "Pasta di Legno").

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972 in causa n. 57/69, *Azienda Colori Nazionali - Acna Spa c. Commissione*, in *Raccolta*, 1972, p. 933 (caso *Materie Coloranti*).

<sup>58</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1975 in cause riunite da n. 40 a n. 48, n. 50, da n. 54 a n. 56, n. 111, n. 113 e n. 114/73, *Suiker Unie c. Commissione*, cit. supra, nota 23. Si veda in proposito, VAN BAELE - BELLIS, *Competition law of the European Community*, cit. supra, nota 27, p. 121 ss.

co deve determinare autonomamente la politica che intende seguire; di conseguenza, tale esigenza si oppone ad ogni presa di contatto diretta ed indiretta tra tali operatori, avente per oggetto o per effetto, sia di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, sia di svelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere sul mercato.

La citata giurisprudenza spiega che perché vi sia una pratica concordata occorre la presenza dei seguenti elementi:

1. una forma di coordinamento o di cooperazione pratica tra imprese che si sostituisce alla loro azione indipendente;
2. tale coordinamento deve realizzarsi per mezzo di contatti diretti o indiretti;
3. il fine perseguito deve essere di «eliminare in un momento anteriore l'incertezza relativa al comportamento futuro dei concorrenti».

Come abbiamo visto, però, in un mercato oligopolistico, le imprese possono adeguarsi parallelamente ed intelligentemente al comportamento delle imprese rivali, senza che sia necessaria una forma di coordinamento pratica attraverso contatti diretti o indiretti. L'ipotesi di permettere alle autorità *anti-trust* di proibire ogni tipo di parallelismo sul prezzo tra imprese oligopoliste, sarebbe tuttavia aberrante, in quanto avrebbe come risultato di proibire alle imprese di competere, obbligandole a comportarsi "irrazionalmente" sul mercato, al solo fine di prevenire una sanzione. Tale possibilità è stata ad ogni modo esclusa da parte della stessa Corte di giustizia, la quale in più occasioni ha considerato, chiarendolo, il rapporto tra le pratiche concordate ed il "parallelismo consapevole".

Un primo approccio della Corte a detta problematica era stato già effettuato nel caso *Materie Coloranti*<sup>59</sup>, in cui è stata chiamata ad esprimersi su una decisione in cui la Commissione aveva ritenuto non plausibile che «senza previa concertazione» le imprese avessero potuto aumentare più volte, simultaneamente ed in maniera uniforme i prezzi dei loro prodotti sostanzialmente surrogabili. In tale occasione la Corte ha affermato che il parallelismo consapevole di per sé non costituisce una pratica concordata: esso può tuttavia costituire un "serio indizio" della concertazione, qualora porti a condizioni di concorrenza che non corrispondono a quelle normali di mercato, tenuto conto dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato stesso. Secondo la Corte ciò si verifica quando il comportamento parallelo permette alle imprese di trovare l'equilibrio dei prezzi ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in un regime di concorrenza «nonché di cristallizzare le posizioni acquisite, a detrimento dell'effettiva libertà di circola-

<sup>59</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972 in causa n. 57/69, *Azienda Colori Nazionali - Acna Spa c. Commissione*, cit. *supra*, nota 57, punto 933.

zione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori»<sup>60</sup>.

In tale occasione, la Corte ha quindi dimostrato di voler riconoscere una distinzione tra pratica concordata e parallelismo consapevole, ma non ha chiarito con esattezza se vi sia ancora la possibilità di estendere l'applicazione del divieto di cui all'art. 81 alle ipotesi di parallelismo consapevole.

Tale problematica è stata poi nuovamente affrontata con maggior chiarezza nel caso *Pasta di legno*<sup>61</sup>, in cui la Corte ha chiarito che, in presenza di un parallelismo dei comportamenti tra le imprese in mercati tendenzialmente oligopolistici, in mancanza di documenti provanti direttamente l'esistenza di una intesa, è necessario accertare se i comportamenti costituiscano un «complesso di indizi seri, precisi e concordanti di una previa concertazione»<sup>62</sup>. La Corte precisa quindi, al paragrafo successivo che «[n]el determinare quale sia il valore probante di questi vari elementi, si deve ricordare che il parallelismo di comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. È infatti importante tener presente che l'art. 85 del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti». Pertanto, ove le imprese possano dimostrare una diversa motivazione per il loro comportamento parallelo, esse ben potranno sfuggire all'applicazione della normativa *antitrust*<sup>63</sup>. Risulta dunque da quanto sopra esposto che il divieto di cui all'art. 81 non è efficacemente utilizzabile per contrastare i comportamenti posti in essere all'interno di un mercato oligopolistico.

Salvo che vi siano prove dell'esistenza di una collusione tra le imprese, infatti, queste potranno praticare comportamenti paralleli senza ricadere nel

<sup>60</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972 in causa n. 57/69, *Azienda Colori Nazionali - Acna Spa c. Commissione*, cit. supra, nota 57, punto 52.

<sup>61</sup> Sul punto si veda STROUX, *US and EC oligopoly control*, cit. supra, nota 19, p. 77. Si veda altresì VAN BAELE - BELLIS, *Competition law of the European community*, 2005, cit. supra, nota 27, p. 57 ss.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione*, (caso "Pasta di Legno"), cit. supra, nota 56, punto 70.

<sup>63</sup> La difesa di un comportamento sulla base del parallelismo dovuto alla struttura del mercato non è, quindi, efficace in presenza di elementi provanti l'esistenza di un accordo. Così, la Commissione, nel caso *Cartoncino*, ha ritenuto che «l'uniformità degli aumenti di prezzo annunciati dai produttori di cartoncino e la simultaneità della loro introduzione su ciascun mercato nazionale dell'Europa occidentale per un periodo di diversi anni sono così lampanti che sarebbero bastate da sole per inferirne necessariamente» la previa collusione (Decisione della Commissione n. 94/601/Ce, del 13 luglio 1994, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/C/33.833 - *Cartoncino*, in *Guce* n. L 243 del 19 settembre 1994, p. 1). La Commissione ha aggiunto che il comportamento parallelo, insieme ai documenti acquisiti nel corso delle indagini, non lasciavano alcun dubbio in ordine ad un pianificato, organizzato e monitorato cartello tra i produttori di cartoncino. Si veda altresì RAFFAELLI, *Oligopolies and antitrust law*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, n. 3, volume 19, febbraio 1996.

divieto di intese. Tale incapacità solleva preoccupazioni quando, ad esempio, le imprese, con tali comportamenti allineino i propri prezzi ad un livello sovraconcorrenziale.

Al fine di contrastare tali situazioni, si è dimostrato più efficace far ricorso alla nozione di posizione dominante collettiva da utilizzare sia nel controllo *ex post* di comportamenti abusivi di cui all'art. 82, sia nel controllo *ex ante* delle concentrazioni. Vediamo allora come le istituzioni comunitarie hanno sviluppato il concetto di posizione dominante collettiva con riferimento all'art. 82 ed al controllo delle concentrazioni.

### 3. *L'evoluzione del concetto di posizione dominante collettiva con riferimento all'art. 82*

Abbiamo visto<sup>64</sup> come, con la sentenza *Società Italiana Vetro (SIV)*<sup>65</sup>, il Tribunale di primo grado per la prima volta abbia ammesso la possibilità che il concetto di posizione dominante collettiva venisse applicato nell'ambito dell'art. 82, affermando in particolare che due o più imprese tra loro indipendenti possono essere «unite da tali vincoli economici che, grazie ad essi, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori del mercato». In questo caso, tuttavia, il Tribunale ha evitato di fornire sufficienti elementi per valutare la natura dei "vincoli economici" esistenti tra le imprese, anche perché il punto non era rilevante ai fini della decisione. La Commissione, infatti, non aveva provato sufficientemente l'esistenza di un abuso e non era necessario verificare l'esistenza di una posizione dominante. In particolare, il Tribunale ha affermato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 82, la Commissione non può limitarsi a riciclare i fatti assunti come base per contestare un illecito ex art. 81, e considerare che, per il solo fatto che le parti di un accordo rappresentano congiuntamente una quota rilevante del mercato, queste detengono una posizione dominante collettiva ed il loro comportamento costituisce un abuso di posizione dominante collettiva.

La sentenza *SIV* è stata poi seguita dalla sentenza della Corte nel caso *Almelo*<sup>66</sup>, che ha fornito qualche ulteriore chiarimento sulla questione. In particolare, la Corte ha affermato che la «posizione dominante collettiva presuppone tuttavia che le imprese del gruppo siano sufficientemente legate tra loro per a-

<sup>64</sup> Vedi *supra*, nota 28.

<sup>65</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 marzo 1992 in causa n. T-68/89, *Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa e Ppg Vernante Pennitalia Spa c. Commissione*, cit. *supra*, nota 28. Si veda RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Concorrenza e Mercato*, 2000, p. 517 ss.

<sup>66</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 1994 in causa n. C-393/92, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1477.

dottare una linea d'azione comune sul mercato»<sup>67</sup>. La Corte, in ogni caso, ha lasciato alle giurisdizioni nazionali il compito di determinare l'esistenza di "vincoli" sufficienti a dar luogo ad una "linea d'azione comune" tra le imprese. In ogni caso, quel che appare rilevante è il fatto che la Corte sembra aver preso la posizione per la quale la mera possibilità di «adottare una linea comune» non è sufficiente; è invece necessaria la presenza di vincoli sufficienti a permettere l'adozione di tale linea comune<sup>68</sup>. La medesima posizione è stata assunta dalla Corte nel caso *Comune di Bassano del Grappa*<sup>69</sup>.

Tre settimane dopo la sentenza della Corte nel caso *SIV*, la Commissione ha adottato una nuova decisione fondata sulle accuse di violazione sia dell'art. 81 sia del divieto di abuso di posizione dominante collettiva, nel caso *Comitati armatoriali composti da armamenti francesi e dell'Africa occidentale*<sup>70</sup>. In questo caso, la Commissione ha considerato che il fatto che le imprese fossero organizzate in un ente cooperativo costituiva un legame sostanziale tra di loro, con il risultato che esse adottavano sul mercato la medesima condotta. Tale decisione non è stata impugnata davanti al Tribunale, che quindi non ha potuto esprimersi sulla correttezza delle considerazioni della Commissione. Pertanto, fino a quel momento, alla luce di detta decisione e della sentenza *SIV*, sembrava ancora necessario, ai fini della determinazione della posizione dominante collettiva, sia un legame tra le imprese, sia che questo legame avesse come effetto l'adozione di una medesima condotta sul mercato. Tuttavia, la questione relativa alla necessaria presenza dei vincoli ed alla loro natura restava aperta.

Elementi di maggiore chiarezza sono stati forniti dalla Corte di giustizia con la sentenza *Compagnie Maritimes Belges*<sup>71</sup>, in cui la Corte era stata chiamata ad esprimersi in merito alla correttezza della sentenza del Tribunale di primo grado<sup>72</sup>, che aveva sostanzialmente accolto la posizione della Commissione nella decisione *Cewal*<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, cit. supra, nota 66, punto 42.

<sup>68</sup> Sul punto, si veda, FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, cit. supra, nota 21.

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1995 in cause riunite n. C-140/94, n. C-141/94 e n. C-142/94, *DIP Spa c. Comune di Bassano del Grappa, Lidl Italia Srl c. Comune di Chioggia e Lingral Srl c. Comune di Chioggia*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3257.

<sup>70</sup> Decisione della Commissione n. 92/262/Cee, del 1° aprile 1992, relativa ad una procedura d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE (IV /32.450: *comitati armatoriali composti da armamenti francesi e dell'Africa occidentale*), in *Guce* n. L 134 del 18 maggio 1992, p. 1.

<sup>71</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2000 in cause riunite n. C-395/96 e n. C-396/96, *Compagnie Maritimes Belges Transports c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1365 ss. Si veda altresì VAN BAEL - BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit. supra, nota 27, p. 120.

<sup>72</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 ottobre 1996 in cause riunite n. T-24/93, n. T-25/93, n. T-26/93 e n. T-28/93, *Compagnie Maritimes Belges SA e Compagnie Maritimes Belges SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 1201.

<sup>73</sup> Decisione della Commissione n. 93/82/Cee, del 23 dicembre 1992, relativa ad un procedi-

Compagnie Maritimes Belges era membro della conferenza marittima Associated Central West Africa Lines (in prosieguo: la «Cewal»). La Commissione nella sua decisione aveva rilevato l'esistenza di intese anticompetitive e di un abuso di posizione dominante collettiva da parte di Cewal e di alcune imprese ad essa associate, tra le quali Compagnie Maritimes Belges e Dafra. In particolare, l'abuso consisteva nell'aver tali imprese partecipato all'esecuzione di un accordo di cooperazione con un organo del Governo dello Zaire, creato per promuovere il commercio navale dello Zaire e nell'aver partecipato alla pratica delle c.d. *fighting ships*<sup>74</sup>. Le imprese sanzionate hanno impugnato la decisione avanti il Tribunale di primo grado, il quale ha confermato che le imprese erano tra loro legate dai contratti tra le stesse conclusi per creare la conferenza Cewal, la quale a sua volta creava uno stretto legame economico tra loro.

La sentenza della Corte presenta due aspetti di particolare importanza:

- i. la determinazione di tre passaggi logici necessari ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante collettiva;
- ii. la descrizione dei criteri di qualificazione di una posizione dominante collettiva<sup>75</sup>.

Con riferimento al primo aspetto, la Corte ha affermato che:

«È pertanto necessario, ai fini di un'analisi ai sensi dell'art. [82] del Trattato, esaminare se le imprese interessate costituiscano insieme un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori su un mercato determinato. Solo in caso affermativo occorrerebbe esaminare se tale entità collettiva detenga effettivamente una posizione dominante e se essa si comporti in maniera abusiva»<sup>76</sup>.

Quanto ai criteri di qualificazione, la Corte ha precisato che, ai fini della determinazione di una posizione dominante collettiva:

- «occorre soprattutto verificare se esistono tra le imprese interessate legami economici che consentano loro di agire insieme, indipendentemente dai loro concorrenti, dai loro clienti e dai consumatori (v., a questo proposito, [...] *Michelin c. Commissione*)»<sup>77</sup>;

mento in forza degli artt. 85 del Trattato CEE (IV/32.448 e IV/32.450: *Cewal, Cowac, Ukwal*) e 86 del Trattato CEE (IV/32.448 e IV/32.450: *Cewal*), in *Guce* n. L 34 del 10 febbraio 1993, p. 20 ss.

<sup>74</sup> La pratica delle *fighting ships* consiste nel modificare le proprie tariffe in deroga alle tariffe vigenti al fine di offrire tariffe identiche o inferiori a quelle del principale concorrente indipendente per delle navi in partenza alla stessa data o in date vicine.

<sup>75</sup> Sul punto si veda: FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit. supra, nota 21; RINCAZAUX - DIENY, *Position dominante collective: vers une notion unifiée? (1<sup>^</sup> Partie)*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, 3, p. 129.

<sup>76</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2000 in cause riunite n. C-395/96 e n. C-396/96, *Compagnie Maritimes Belges Transports c. Commissione*, cit. supra, nota 71, punto 39. Si veda sul punto JEPHCOTT - WITHERS, *Where to go for EC oligopoly control*, *ECLR*, 2001, p. 295.

<sup>77</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2000 in cause riunite n. C-395/96 e n. C-396/96, *Compagnie Maritimes Belges Transports c. Commissione*, cit. supra, nota 71, punto 42.

- «[o]ccorre rilevare che la sola circostanza che due o più imprese siano legate da un accordo, da una decisione di associazioni di imprese o da una pratica concordata, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, non può costituire, di per sé, una base sufficiente per un siffatto accertamento»<sup>78</sup>;

«Invece, un accordo, una decisione o una pratica concordata (oggetto o meno di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato), nella rispettiva applicazione, possono incontestabilmente avere la conseguenza che le imprese interessate si siano vincolate quanto al loro comportamento su un mercato determinato in maniera tale che esse si presentino su tale mercato come un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori»<sup>79</sup>, e che

«[l]'esistenza di una posizione dominante collettiva può pertanto risultare dalla natura e dai termini di un accordo, dalla maniera della sua applicazione e, pertanto, dai legami o fattori di correlazione tra imprese che ne derivano. Tuttavia, l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici non è indispensabile all'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, accertamento che potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi»<sup>80</sup>.

Appare opportuno analizzare in primo luogo il profilo relativo alla qualificazione di una posizione dominante collettiva, ed analizzare in seguito quanto affermato dalla Corte in merito ai passaggi logici che debbono essere tenuti in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante collettiva.

### 3.a. Criteri di qualificazione della posizione dominante collettiva

Nel caso *Compagnie Maritimes Belges*, la Corte, per la prima volta, ha riconosciuto che, ai fini della determinazione di una posizione dominante collettiva è necessaria l'esistenza di un solo criterio (la presenza di un'entità unica) e non di due criteri (la presenza di un'entità collettiva e l'esistenza di legami tra le imprese), come precedentemente ritenuto nella sentenza *SIV*.

Così anche l'Avvocato Generale Fennelly, nelle sue conclusioni sul caso oggetto di analisi<sup>81</sup>, ha affermato che: «a me sembra che il duplice criterio –

<sup>78</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2000, *Compagnie Maritimes Belges Transports*, cit. *supra*, nota 71, punto 43.

<sup>79</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2000, *Compagnie Maritimes Belges Transports*, loc. cit., punto 44.

<sup>80</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2000, *Compagnie Maritimes Belges Transports*, loc. cit., punto 45.

<sup>81</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Fennelly del 29 ottobre 1998 in cause riunite n. C-395/96 P e n. C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belges Transports SA e altri c. Commissione*, cit. *supra*, nota 14. Sul punto si veda LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 563.

l'esistenza di vincoli economici sufficienti a comportare l'esistenza di una vera e propria entità unica sul mercato – sia in sostanza uno solo, e che il secondo elemento sia quello prevalente. Va provata l'esistenza di una posizione dominante individuale, vale a dire occorre stabilire se più imprese agiscono sul mercato come un'entità unica e quindi unilateralmente. Non occorre specificare dettagliatamente, anzi non occorre affatto specificare, la natura dei rapporti o dei vincoli economici. Essi potrebbero consistere nell'impiego di condizioni tipo per le forniture, stabilite da un'impresa comune (sentenza *Almelo*), in partecipazioni incrociate, in amministrazioni comuni o anche in vincoli familiari aventi conseguenze economiche. Essi potrebbero consistere altresì nel perseguimento di una strategia comune sul mercato o di una comune politica di vendita (sentenze *Bodson* e *Suiker Unie*). Essi possono essere definiti soltanto con riferimento al loro risultato, vale a dire la creazione di una situazione in cui un gruppo di imprese indipendenti opera sul mercato come un'entità unica».

L'esistenza di legami tra le imprese era stata in precedenza riconosciuta come indispensabile dalla Commissione nel caso *Vetro Piano*<sup>82</sup>. La decisione della Commissione è stata però oggetto di censura da parte del Tribunale di primo grado, il quale ha ritenuto che la Commissione si era limitata a "riciclare" le allegazioni su cui aveva fondato l'asserita violazione dell'art. 81.

Con la sentenza *Compagnie Maritimes Belges*, la Corte – oltre ad affermare la necessità dell'unico criterio dall'esistenza di una entità comune – ha accolto la posizione per la quale, al fine di determinare la presenza sul mercato di detta entità comune, l'esistenza di un accordo tra le imprese non è un elemento né sufficiente né necessario, in quanto essa può risultare da ulteriori fattori di correlazione tra le imprese e dipende da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi<sup>83</sup>.

Alcune perplessità in merito alla sentenza in commento derivano dal fatto che la Corte non ha chiarito se sia o meno possibile, in presenza di una determinata struttura di mercato, di determinare l'esistenza di una posizione dominante collettiva solo sulla base dell'esistenza di un mero parallelismo dei comportamenti di più imprese.

Ciò implicherebbe la possibilità di qualificare una posizione dominante collettiva unicamente sulla base della semplice interdipendenza tra i membri di un oligopolio<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Decisione della Commissione n. 89/93/Cee del 7 dicembre 1988 (Caso "Vetro piano"), *cit. supra*, nota 27.

<sup>83</sup> RINCAZAUX - DIENY, *Position dominante collective: vers une notion unifiée? (1<sup>e</sup> Partie)*, *cit. supra*, nota 75, p. 129.

<sup>84</sup> FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, *cit. supra*, nota 21; RINCAZAUX - DIENY, *Position dominante collective: vers une notion unifiée? (1<sup>e</sup> Partie)*, *cit. supra*, nota 75, p. 130.



Tale posizione era, in effetti, già stata espressa dalla Commissione nella sua Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni – Quadro normativo, mercati rilevanti e principi –, in cui ha affermato di non ritenere che: «sulla base della teoria economica o del diritto comunitario tali legami siano necessari da un punto di vista giuridico per determinare l'esistenza di una posizione dominante congiunta. Il tipo di interdipendenza che spesso deriva in presenza di situazioni oligopolistiche rappresenta un legame economico sufficiente. Non sembra sussistere alcuna motivazione a livello giuridico o economico a sostegno della necessità di altri legami economici tra imprese in posizione dominante congiunta»<sup>85</sup>.

L'accettazione di tale soluzione comporterebbe per le imprese un elevato grado di incertezza in merito alla liceità dei loro comportamenti. Come si è visto nei paragrafi precedenti, l'esistenza di una interdipendenza è quasi inevitabile in mercati oligopolistici nei quali le poche imprese presenti possono avere un rapido riscontro dei comportamenti degli altri operatori. Tale incertezza per le imprese potrebbe essere oltremodo ampliata in considerazione del fatto che la Corte non ha provveduto a definire, con riferimento all'art. 82 quali caratteristiche dovrebbe avere il mercato perché, la sua stessa struttura, possa determinare l'esistenza di una posizione dominante collettiva<sup>86</sup>.

In ogni caso, ancora non è possibile affermare se le corti comunitarie approvarebbero un simile approccio da parte della Commissione nell'ambito dell'art. 82. Certo è che tale approccio è stato ammesso dal Tribunale di primo grado nel caso *Gencor*, con riferimento ad un caso di controllo delle concentrazioni. Al riguardo occorre sin da ora considerare che se tale posizione appare giustificata nel controllo delle concentrazioni, in cui si effettua una analisi prospettica del mercato al fine di rilevare se la concentrazione è in grado di apportare effetti anticompetitivi, essa non appare giustificata in applicazione dell'art. 82, in cui si effettua una valutazione *ex post*, di comportamenti che sono stati effettivamente posti in essere dalle imprese che operano sul mercato.

### *3.b. I passaggi logici necessari ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante collettiva*

- La Corte ha precisato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 82 in casi di posizione dominante collettiva, è necessario verificare se:

<sup>85</sup> Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni - Quadro normativo, mercati rilevanti e principi, in *Guce* n. C 265 del 22 agosto 1998, p. 2. Sul punto si veda FRIGNANI, *La concorrenza*, capitolo IV in FRIGNANI - PODOGHE - ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale - Commento al TU della radiotelevisione*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>86</sup> RINCAZAUX - DIENY, *Position dominante collective: vers une notion unifiée? (1<sup>e</sup> Partie)*, cit. *supra*, nota 84, p. 131.

- i.* le imprese interessate costituiscono insieme un'entità collettiva;
- ii.* l'entità collettiva detiene effettivamente una posizione dominante;
- iii.* essa si comporti in maniera abusiva.

Come sopra evidenziato, la Corte ha affermato, nella stessa sentenza *Compagnie Maritimes Belges* che è possibile determinare l'esistenza di una entità collettiva non solo sulla base di legami – contrattuali, economici, ecc. – esistenti tra le imprese, ma anche sulla base di una valutazione economica ed in particolare, di una valutazione della struttura del mercato.

- Quel che più interessa ai nostri fini è, quindi, che la Corte afferma che, solo una volta accertata l'esistenza di tale requisito, è possibile passare a verificare che le due ulteriori condizioni siano soddisfatte.

- Con riferimento all'esistenza di una posizione dominante sul mercato e del relativo abuso, le autorità sono chiamate ad utilizzare il medesimo approccio analitico richiesto nei casi di una presunta posizione dominante individuale<sup>87</sup>.

Al riguardo, appare quanto mai importante che le autorità fondino il loro esame di una eventuale posizione dominante collettiva su elementi probatori oggettivi volti a determinare l'esistenza di una entità comune, e che non si limitino a constatare l'esistenza di una interdipendenza oligopolistica, per affermare che in tali mercati la collusione è inevitabile.

#### 4. *La posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni*

##### 4.a. *L'evoluzione giurisprudenziale ed il caso Airtours*

Come sopra osservato, il caso *Nestlé c. Perrier*<sup>88</sup> è stato il primo caso in cui la Commissione ha esaminato attentamente la posizione dominante collettiva nell'ambito della sua attività di controllo delle concentrazioni. Oggetto di analisi erano le condotte parallele poste in essere da un gruppo di imprese che, ad avviso della Commissione, detenevano una posizione dominante collettiva nel mercato dell'acqua minerale in Francia.

Nestlé intendeva acquisire Perrier con una operazione che avrebbe ridotto il numero delle principali imprese presenti sul mercato da tre a due. Le due imprese rimanenti avrebbero detenuto il 75% del mercato in volume e l'82% del mercato in valore. La Commissione ha rilevato che la trasparenza del mercato avrebbe fortemente contribuito ad una collusione tacita tra le imprese e che queste avrebbero potuto fissare i prezzi ad un livello sopra-competitivo, senza far ricorso a pratiche di cartello.

<sup>87</sup> FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, cit. supra, nota 21. Si veda altresì, GIORDANO, *Abuso di posizione dominante collettiva e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 260.

<sup>88</sup> Decisione della Commissione n. 92/553/Cee, del 22 luglio 1992, caso *Nestlé/Perrier*, cit. supra, nota 32.

Con riferimento alla natura della posizione dominante, la Commissione ha quindi affermato che: «Le limitazioni della concorrenza effettiva, che sono vietate, se risultato della posizione dominante detenuta da una singola impresa, non possono diventare lecite se dovute a più imprese. Se, ad esempio, a seguito di una concentrazione due o tre imprese acquisissero il controllo del mercato e fossero indotte a praticare prezzi eccessivi, ciò costituirebbe l'esercizio di un dominio collettivo che il regolamento sulle concentrazioni mira per l'appunto ad impedire, salvaguardando la struttura competitiva del mercato. La posizione dominante è l'unico mezzo con il quale si può ostacolare una concorrenza effettiva: che tale ostacolo sia dovuto al potere di una singola impresa o di più imprese non è criterio discriminante ai fini dell'applicazione o non applicazione dell'art. 2, par. 3 del regolamento sulle concentrazioni»<sup>89</sup>.

La Commissione ha quindi ritenuto che sarebbe incompatibile con i principi del Trattato permettere la creazione di mercati anticompetitivi, nei casi in cui una concentrazione abbia come effetto la creazione di un dominio oligopolistico. In altre parole, il Trattato e la normativa *antitrust* non si fermano di fronte ai mercati oligopolistici.

Nel caso di specie, la concentrazione è stata poi autorizzata in considerazione del fatto che Nestlé ha accettato le condizioni imposte dalla Commissione, tra le quali quella di cedere alcuni importanti marchi (tra i quali Vichy, Thonon, Pierval e Saint Yorre) ad una società terza, la quale sarebbe così divenuta un operatore attivo sul mercato.

Tale decisione, che ha dimostrato che la Commissione era disposta a proibire una concentrazione che avrebbe creato una posizione dominante collettiva, è stata positivamente accolta dalla dottrina anche se alcuni Autori hanno ritenuto che essa rappresentasse un tentativo di indebita estensione della portata del regolamento oltre la sua portata letterale<sup>90</sup>.

Sono dovuti passare alcuni anni perché la Corte riconoscesse espressamente l'applicabilità del regolamento a casi di posizione dominante collettiva. In particolare la problematica è tornata in evidenza nel caso *Francia c. Commissione*<sup>91</sup>, in cui la Corte è stata chiamata ad esprimersi in merito alla decisione della Commissione nel caso *Kali und Salz*<sup>92</sup>.

Anche in questa occasione la Commissione ha rilevato che la proposta concentrazione potesse creare una posizione dominante collettiva, salvo poi

<sup>89</sup> Decisione della Commissione n. 92/553/Cee, del 22 luglio 1992, caso *Nestlé/Perrier*, *cit. supra*, nota 32, punto 113.

<sup>90</sup> BRIGHT, *Nestlé/Perrier: new issues in EC merger control*, in *International Financial Law Review*, 1992, p. 22.

<sup>91</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1998 in cause riunite n. C-68/94 e n. C-30/95, *Francia c. Commissione*, *cit. supra*, nota 35.

<sup>92</sup> Decisione della Commissione n. 94/449/Ce, del 14 dicembre 1993, caso *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, *cit. supra*, nota 33.

autorizzarla in considerazione degli impegni che erano stati presi dalle società interessate. L'esistenza della posizione dominante collettiva era stata rilevata sulla base dei legami strutturali tra Kali und Salz e SCPA, una società francese operante sul mercato rilevante.

Nel giudizio di appello davanti alla Corte – iniziato dalla Repubblica francese –, l'Avvocato Generale Tesauo aveva rilevato che il Regolamento sulle concentrazioni n. 4064/89 non era applicabile alla posizione dominante collettiva e che allo scopo sarebbe stata invece necessaria una sua revisione da parte del Consiglio. La Corte non ha accolto tali conclusioni ed ha affermato che la Commissione deve analizzare prospetticamente la proposta concentrazione, considerando in particolare se essa possa dare «origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante venga ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, in particolare a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori»<sup>93</sup>.

Korah<sup>94</sup> ha osservato che avendo la Corte posto prima del riferimento ai fattori di correlazione, le parole «in particolare», avrebbe ammesso che tali fattori non sono necessari ai fini della determinazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva.

La nozione di posizione dominante collettiva si è ulteriormente evoluta con la sentenza del Tribunale di primo grado nel caso *Gencor*<sup>95</sup>. In questo caso il Tribunale ha affermato la possibilità dell'esistenza della posizione dominante collettiva, anche in assenza di legami strutturali tra le imprese. Inoltre, il Tribunale ha affermato che se legami economici possono essere richiesti ai fini della posizione dominante collettiva, ciò non vale anche nel caso dei legami strutturali, e che a tal fine è sufficiente che i membri di un oligopolio siano «in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e [siano] pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi». In tale contesto, ogni membro dell'oligopolio è consapevole del fatto che una sua strategia competitiva nei confronti degli altri operatori comporterebbe, come risposta, un'azione identica da parte degli altri operatori, con la conseguenza che la sua iniziativa non gli frutterebbe alcun van-

<sup>93</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1998 in cause riunite n. C-68/94 e n. C-30/95, *Francia c. Commissione*, cit. supra, nota 35, punto 221.

<sup>94</sup> KORAH, *Gencor v. Commission: collective dominance*, *ECLR*, 1999, p. 337 ss. Si veda altresì FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, cit. supra, nota 21.

<sup>95</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit. supra, nota 36.

taggio e che tutti gli operatori si troverebbero a vendere a prezzi inferiori<sup>96</sup>.

La sentenza *Gencor* è molto importante in quanto ha ammesso che, ai fini di stabilire la possibilità di esistenza di una posizione dominante in sede di controllo delle concentrazioni, non è necessario accertare l'esistenza di legami strutturali tra le imprese, nel significato espresso nella sentenza *SIV*<sup>97</sup>, anche se essi possono essere comunque rilevanti<sup>98</sup>. Il Tribunale di primo grado ha infatti rilevato che «non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimalizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Infatti, in un siffatto contesto, ciascun operatore sa che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa. Tutti gli operatori si troverebbero quindi a subire l'abbassamento del livello dei prezzi»<sup>99</sup>.

Il Tribunale di primo grado ha poi riconosciuto che «questa conclusione a maggior ragione si impone nel settore del controllo delle concentrazioni, il cui scopo è quello di impedire la comparsa o il rafforzamento di strutture di mercato anticoncorrenziali»<sup>100</sup>.

Le dette strutture possono risultare sia dall'esistenza di legami economici

<sup>96</sup> KORAH, *Gencor v. Commission: collective dominance*, cit. supra, nota 94 p. 339.

<sup>97</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 marzo 1992 in causa n. T-68/89, *Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa e Ppg Vernante Pennitalia Spa c. Commissione*, cit. supra, nota 28.

<sup>98</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit. supra, nota 36, punto 273.

<sup>99</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, loc. cit., punto 276.

<sup>100</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, loc. ult. cit., punto 277. Tale affermazione appare importante con riferimento alla possibilità di applicare i principi sviluppati con riferimento alla posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni, nell'ambito di casi di abuso ex art. 82. Si rileva infatti che la Corte aveva riconosciuto nel caso *Compagnie Maritimes Belges Transports* che «la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune (v. citata sentenza *Michelin c. Commissione*, punto 57)», e che «Questa stessa conclusione si impone in ordine alle imprese che detengono una posizione dominante collettiva. La constatazione che due o più imprese detengono una posizione dominante collettiva deve, in linea di principio, procedere da una valutazione economica della posizione sul mercato pertinente delle imprese interessate, prima di ogni esame della questione se tali imprese abbiano sfruttato in maniera abusiva la loro posizione sul mercato». Si veda altresì VAN BAELE - BELLIS, *Competition law of the European Community*, cit. supra, nota 27, p. 121 ss.

nello stretto senso sostenuto dalla Gencor sia da strutture di mercati di tipo oligopolistico, dove ciascun operatore può prendere coscienza degli interessi comuni e, in particolare, far salire i prezzi senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere a una pratica concertata. In ogni caso, si è affermato che se il par. 276 (sopra citato) dovesse essere inteso nel senso che la mera anticipazione delle reazioni dei concorrenti fosse sufficiente per affermare l'esistenza di una collusione, avrebbe una portata troppo ampia.

La Commissione, però, con la successiva decisione nel caso *Airtours*<sup>101</sup> sembra aver tentato di estendere ulteriormente il concetto di posizione dominante collettiva, al fine di poter impedire la realizzazione di un numero più ampio di concentrazioni nei mercati oligopolistici<sup>102</sup>.

In particolare, nel caso *Airtours c. First Choice*<sup>103</sup>, la Commissione ha proibito la proposta acquisizione di First Choice da parte di Airtours. Tale concentrazione avrebbe comportato – in un mercato già altamente concentrato, in cui quattro grandi imprese detenevano l'80% del mercato ed un largo numero di piccole imprese detenevano il resto del mercato – la riduzione delle grandi imprese da quattro a tre. La Commissione ha quindi considerato che, ai fini della proibizione di una concentrazione in un mercato oligopolistico, non è essenziale la capacità delle imprese di colludere tacitamente, essendo sufficiente che il grado di interdipendenza tra gli oligopolisti sia tale «per cui risulti razionale per gli oligopolisti limitare la produzione e quindi ridurre la concorrenza in modo che si verrebbe a creare una posizione dominante collettiva»<sup>104</sup>.

Questa decisione è stata oggetto di fortissime critiche da parte della dottrina, che ha osservato come con essa la Commissione abbia seriamente posto a rischio la credibilità del concetto di posizione dominante collettiva e comportato una forte incertezza giuridica, adottando un approccio evidentemente diverso rispetto alle proprie posizioni passate<sup>105</sup>. La decisione della Commissione nel caso *Airtours c. Commissione* è stata impugnata davanti al Tribunale di primo grado: la relativa sentenza, che ha annullato la decisione della Commissione, è stata accolta con grandissimo favore dai commentatori ed ha

<sup>101</sup> Decisione della Commissione n. 2000/276/Ce, del 22 settembre 1999, caso *Airtours/First Choice*, *cit. supra*, nota 38.

<sup>102</sup> STROUX, *US and EC oligopoly control*, *cit. supra*, nota 19, p. 216. RAFFAELLI, *European Union competition policy subsequent to the Airtours case*, *cit. supra*, nota 42, p. 133.

<sup>103</sup> Decisione della Commissione n. 2000/276/Ce, del 22 settembre 1999, caso *Airtours/First Choice*, *loc. cit.*

<sup>104</sup> Decisione della Commissione n. 2000/276/Ce, del 22 settembre 1999, caso *Airtours/First Choice*, *loc. ult. cit.*, punto 150. Sul punto, si veda MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>105</sup> KOKKORIS, *The reform of the European control Merger Regulation in the aftermath of the Airtours case - The eagerly expected debate: SLC v. dominance test*, *ECLR*, 2005, p. 37-47. Korah ha affermato che la decisione *Airtours*, piuttosto che chiarire il concetto di posizione dominante collettiva aveva "muddied the waters" (KORAH, *Cases and materials on EC competition law*, 2nd ed., Hart Publishing, North America, 2001, p. 606).

segnato un vero e proprio giro di boa nell'utilizzo del concetto di posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni<sup>106</sup>.

Il Tribunale di primo grado, al par. 61 della sentenza ha spiegato che la posizione dominante collettiva «può quindi verificarsi a seguito di una concentrazione qualora, tenuto conto delle caratteristiche stesse del mercato di cui trattasi e della modifica che apporterebbe alla sua struttura la realizzazione dell'operazione, il risultato di quest'ultima fosse che, prendendo coscienza degli interessi comuni, ciascun membro dell'oligopolio dominante ritenesse possibile, economicamente razionale e quindi preferibile adottare in modo duraturo una stessa linea d'azione nel mercato allo scopo di vendere al di sopra dei prezzi concorrenziali, senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere ad una pratica concertata ai sensi dell'art. 81 CE (v., in tal senso, sentenza *Gencor c. Commissione*, cit., punto 277), e ciò senza che i concorrenti effettivi o potenziali, o anche i clienti ed i consumatori, possano effettivamente reagire».

Il Tribunale ha inoltre chiarito che, ai fini del controllo delle concentrazioni non è sufficiente affermare e dimostrare la creazione di una posizione dominante collettiva, ma si deve anche rilevare se tale posizione sia in grado di ostacolare la concorrenza, ciò che accade in presenza congiunta di tre specifiche condizioni<sup>107</sup>:

- TRASPARENZA: ciascun membro dell'oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea di azione.

Non basta che ciascun membro dell'oligopolio dominante sia cosciente del fatto che tutti possono trarre profitto da un comportamento interdipendente nel mercato, ma deve anche disporre di un mezzo per sapere se gli altri operatori adottano la stessa strategia e se la mantengono. È essenziale inoltre per l'impresa di saper distinguere tra le deviazioni dalla politica comune e le alterazioni nel comportamento dovute alla volatilità della domanda. Il Tribunale aveva già enfatizzato l'importanza della trasparenza del mercato in *Nestlé e Gencor*, dove ha considerato azioni quali la pubblicazione dei prezzi e statistiche di vendite e produzione atte ad aumentare artificialmente la trasparenza del mercato.

- MECCANISMI DI RITORSIONE: È necessario che la situazione di coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, ossia deve esistere un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato. [...] Tale condizione

<sup>106</sup> Alcuni Autori riferiscono, invece, il vero giro di boa al caso *Gencor*, affermando che in *Airtours* il Tribunale non ha fatto che chiarire concetti già esistenti. Si veda NIKPAY - HOUWEN, *Tour de force or a little local turbulence? A heretical view on the Airtours judgment*, ECLR, 2003, p. 193.

<sup>107</sup> RAFFAELLI, *European Union competition policy subsequent to the Airtours case*, cit. supra, nota 42, p. 133.

integra quindi la nozione di ritorsione in caso di comportamento che devia dalla linea di azione comune.

In una situazione di mercato caratterizzata dal coordinamento tacito, consistente ad esempio nella fissazione dei prezzi a livelli sopra-competitivi, ogni impresa riterrà possibile (e conveniente) discostarsi da tale politica comune, vendendo i propri prodotti a prezzi inferiori, in modo da guadagnare quote di mercato. Perché ciò non avvenga, è necessario che tra gli oligopolisti esistano credibili meccanismi di ritorsione in virtù dei quali le deviazioni dalla politica comune saranno soggette a punizione. La Commissione nella decisione *Airtours c. First Choice* aveva negato la necessità di meccanismi di ritorsione, malgrado l'importanza ad essi attribuita nel caso *Gencor c. Lonrho*. Il Tribunale ha tuttavia precisato che «la Commissione non deve necessariamente provare l'esistenza di un determinato «meccanismo di ritorsione», più o meno rigido, ma deve dimostrare, comunque, l'esistenza di fattori deterrenti sufficienti perché ciascuno dei membri dell'oligopolio dominante non abbia interesse a scostarsi dal comportamento comune a spese degli altri membri dell'oligopolio». Ai fini della prova dell'esistenza di questo requisito, il Tribunale sembra chiedere alla Commissione una prova meno rigorosa. Al riguardo alcuni Autori<sup>108</sup> ritengono che il Tribunale abbia volutamente adottato una certa vaghezza al fine di non legare completamente le mani alla Commissione nello sviluppo della dottrina della dominanza collettiva.

Occorre notare infine come la considerazione da parte del Tribunale delle deviazioni dalla politica comune (i c.d. "doppi giochi") e la previsione di mezzi di monitoraggio, di deterrenti e di punizioni nei confronti di ogni deviazione dalla politica comune prova che i giudici hanno attribuito una grande importanza alla Teoria dei Giochi non cooperativi ai fini della determinazione dei requisiti necessari per l'esistenza della posizione dominante collettiva<sup>109</sup>.

- REAZIONE DEI CONCORRENTI E DEI CONSUMATORI: per dimostrare adeguatamente l'esistenza di una posizione dominante collettiva, la Commissione deve parimenti provare che la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione. La possibile reazione di concorrenti attuali o potenziali è tale da rompere gli equilibri di una politica comune tra le imprese oligopoliste. Tale fattore è stato alla base dell'autorizzazione della proposta concentrazione nel caso *Kali und Salz*.

Oltre a chiarire quali siano i requisiti necessari per la determinazione di una posizione dominante collettiva, in grado di ostacolare la concorrenza, la

<sup>108</sup> NIKPAY - HOUWEN, *Tour de force or a little local turbulence? A heretical view on the Airtours judgment*, cit. *supra*, nota 106.

<sup>109</sup> HAUPT, *Collective dominance under article 82 EC and EC merger control in the light of the Airtours judgement*, cit. *supra*, nota 52.



sentenza *Airtours* fissa altresì lo *standard di prova* richiesto alla Commissione nel controllo delle concentrazioni in mercati oligopolistici. Il Tribunale ha affermato infatti che la Commissione, per stabilire l'esistenza di una posizione dominante collettiva, deve accertare se la «creazione o il rafforzamento di una tale posizione, atta ad ostacolare in modo significativo e duraturo la concorrenza effettiva esistente nel mercato, sarebbe la conseguenza diretta ed immediata della concentrazione»<sup>110</sup>. La Commissione, ove ritenga che una concentrazione debba essere proibita in quanto tale da creare una posizione dominante collettiva, deve produrre «elementi di prova particolarmente solidi». Tali prove «devono riguardare in particolare gli elementi chiamati a svolgere un ruolo importante nella valutazione di un'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva, come la mancanza di un'effettiva concorrenza tra gli operatori asseritamente membri dell'oligopolio dominante e la debolezza della pressione concorrenziale che possa eventualmente essere esercitata dagli altri operatori». Il Tribunale ha pertanto chiarito che la Commissione deve provare rigorosamente l'esistenza di particolari caratteristiche del mercato che possano in futuro mettere a rischio il normale gioco della concorrenza.

L'importanza della sentenza *Airtours*, generalmente riconosciuta per aver chiarito rilevanti questioni relative alla determinazione della posizione dominante collettiva, è stata un po' ridimensionata da quegli Autori<sup>111</sup>, per i quali tale sentenza non rappresenta uno sviluppo radicale dalla precedente giurisprudenza, ed in particolare dalla sentenza *Gencor c. Commissione*. In ogni caso, come finiscono per riconoscere anche questi Autori, la sentenza *Airtours* ha indubitabilmente apportato importanti chiarimenti e posto le condizioni di base per l'utilizzo della nozione di posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni.

Secondo questi Autori, peraltro, la sentenza presenta alcune lacune. In particolare, il Tribunale non avrebbe chiarito il livello di prova che dovrebbe essere raggiunto dalla Commissione: la demolizione totale della decisione della Commissione da parte del Tribunale e la richiesta da parte del Tribunale di *elementi di prova particolarmente solidi* sembrano richiedere alla Commissione un livello di prova più elevato che in passato, ma non è chiaro quanto più elevato debba effettivamente essere. Al riguardo si è affermato<sup>112</sup> che, in mancanza di chiarimenti da parte del Tribunale, la sentenza può essere letta

<sup>110</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 giugno 2002 in causa n. T-342/99, *Airtours c. Commissione*, cit. *supra*, nota 37, punto 58.

<sup>111</sup> NIKPAY - HOUWEN, *Tour de force or a little local turbulence? A heretical view on the Airtours judgment*, cit. *supra*, nota 106, p. 193 ss.

<sup>112</sup> DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control: after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?*, ECLR, 2005, p. 638. Si veda altresì TODINO, *Recenti sviluppi nel controllo delle concentrazioni tra imprese - L'allocatione dei casi - Il Test di valutazione SIEC - Gli impegni - Lo standard probatorio*, in RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 21.

congiuntamente alla sentenza *Tetra Laval*, in cui il Tribunale aveva affermato la necessità di dimostrare una reale probabilità di effetti anticompetitivi: «Poiché la Commissione non ha effettuato una valutazione del genere nella decisione impugnata, ne consegue che, laddove la sua valutazione si basi sulla possibilità, o addirittura la probabilità, che la Tetra adotti un comportamento del genere sui mercati dei cartoni asettici, le conclusioni al riguardo devono essere respinte»<sup>113</sup>. Riguardo a tale problema si è anche rilevato che il livello di prova richiesto dal Tribunale nella sentenza *Airtours* sarebbe talmente elevato e richiederebbe un'analisi economica della questione talmente complessa da render lecito chiedersi se la posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni abbia ancora un futuro<sup>114</sup>.

Al di là dei ridimensionamenti che sono stati effettuati riguardo all'importanza della sentenza *Airtours*, resta il fatto che, con essa, il Tribunale ha ritenuto che in casi di posizione dominante collettiva, non è sufficiente dimostrarne l'esistenza sul mercato ma è necessario prevederne le dinamiche interne. Inoltre, con riferimento ai legami o vincoli esistenti tra le imprese, il Tribunale sembra non considerarli necessari ai fini dell'esistenza di una posizione dominante collettiva nel controllo delle concentrazioni.

#### *4.b. Il nuovo test per il controllo delle concentrazioni e le guidelines sulle concentrazioni orizzontali*

Come abbiamo visto, la decisione *Airtours*, ha sollevato forti critiche nei confronti della Commissione. La decisione ha però anche palesato l'esistenza di lacune nel regolamento sul controllo delle concentrazioni all'epoca in vigore (Regolamento n. 4064/89), che non permetteva di proibire alcune concentrazioni che possono avere degli effetti distortivi della concorrenza.

Si è sostenuto<sup>115</sup> che, in questo caso, la Commissione ha applicato il concetto di posizione dominante collettiva in un mercato le cui caratteristiche sono considerevolmente diverse da quelle che hanno caratterizzato i mercati coinvolti in precedenti casi di dominanza collettiva, ipotizzando che, in termini economici, la decisione sarebbe giustificabile sulla base della teoria degli *effetti unilaterali*. Infatti, un approccio ispirato al pensiero economico non richiederebbe alla Commissione di provare l'esistenza di un'alta probabilità di una dominanza, ma valuterebbe la possibilità per la concentrazione di dar luogo ad aumenti nei prezzi.

<sup>113</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 ottobre 2002 in causa n. T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 4381, punto 160.

<sup>114</sup> DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control*, *cit. supra*, nota 112, p. 638.

<sup>115</sup> MOTTA, *EC Merger Policy and the Airtours case*, *ECLR*, 2000, p. 199. Si veda altresì, FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 21.

In particolare, si è ipotizzato che la Commissione in questo caso potrebbe aver tentato di estendere il concetto di posizione dominante collettiva in modo tale da far rientrare in tale concetto anche i c.d. effetti unilaterali, cercando di colmare una significativa lacuna del regolamento n. 4064/89 che non permette di proibire le concentrazioni dannose per il benessere pubblico, se non nei soli casi in cui si crei o rafforzi una posizione dominante. Al fine di superare questo *gap*, si è proposto di introdurre la possibilità di proibire le concentrazioni che dessero luogo ad effetti non coordinati nei casi in cui non vi fosse dominanza. Tale previsione era già esistente da oltre dieci anni nelle linee guida sulle concentrazioni statunitensi<sup>116</sup>.

In ogni caso, come abbiamo visto, tale tentativo della Commissione non è stato ritenuto conforme alla legge dal Tribunale che ha interamente annullato la decisione della Commissione.

Le affermazioni in merito all'opportunità di estendere l'ambito di applicazione del regolamento a casi in cui le imprese concentrate e/o altre imprese potessero, come risultato della concentrazione, essere nella condizione di esercitare un forte potere di mercato senza dover ricorrere a pratiche coordinate con altre imprese, sono state per molto tempo oggetto di discussione tra giuristi ed economisti nel diritto della concorrenza. In particolare ci si domandava se il *test* di dominanza previsto dal regolamento n. 4064/89 fosse tale da poter includere l'applicazione agli effetti unilaterali o se invece fosse più opportuno adottare nell'ambito del diritto comunitario il c.d. *SLC test*, i.e. il *test* fondato sul criterio del *substantial lessening of competition* (una diminuzione significativa della concorrenza).

Ciò che si proponeva era quindi di sostituire al *dominance test*, un *test* fondato su un criterio – già utilizzato in USA, Canada, Irlanda e recentemente adottato in UK – che prendesse in considerazione le dinamiche concorrenziali tra le imprese, ponendo maggiore importanza su prove empiriche ed analisi economiche e che permettesse una migliore identificazione dei problemi concorrenziali, e dei possibili rimedi, soprattutto in casi relativi a situazioni di dominanza collettiva, che non possono essere "coperti" dal *test* di dominanza<sup>117</sup>.

Finalmente, in seguito ad una lunga serie di discussioni e proposte<sup>118</sup>, il 20 gennaio 2004 il Consiglio ha dato la sua approvazione al Regolamento n. 139/2004, entrato in vigore il 1° maggio 2004 che ha adottato il cosiddetto *SIEC test* (*significant impediment to effective competition*).

<sup>116</sup> Cfr. STROUX, *US and EC oligopoly control*, cit. supra, nota 19, p. 225.

<sup>117</sup> SNELDERS - DOLMANS, *Cross-border mergers in company law and competition law: removing the final barriers*, in *XX Congress of the Fédération Internationale pour le Droit Européen (FIDE)*, 2002.

<sup>118</sup> Per un'analisi dell'evoluzione della politica del controllo delle concentrazioni, si veda FOUNTOUKAKOS, *A new substantive test for EU merger control*, *ECLR*, 2005, p. 277. PROSPERETTI-SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, cit. supra, nota 6, p. 283 ss.

Al fine di comprendere il significato del nuovo *test* appare utile confrontarlo con il "vecchio" *test*.

Quest'ultimo prevedeva infatti che «Le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune».

Il nuovo *test* prevede invece che «Le concentrazioni che non ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune».

La somiglianza tra il vecchio ed il nuovo *test* è solo apparente. Le due parti del *test* «posizione dominante» e «ostacolo alla concorrenza» non sono più due elementi cumulativi. L'elemento principale è diventato l'ostacolo significativo alla concorrenza, mentre, in considerazione delle parole «in particolare», la creazione od il rafforzamento di una posizione dominante è divenuta solo una delle possibili cause di detto effetto.

Sostanzialmente, quindi, all'interno del diritto comunitario della concorrenza è stato introdotto un *test* concettualmente molto più vicino al *test SLC* di quanto non lo fosse il *test* di dominanza.

La Commissione, in seguito all'entrata in vigore del Regolamento n. 139/04, ha pubblicato le linee direttrici sulle concentrazioni orizzontali<sup>119</sup>, che prendono in considerazione sia gli effetti coordinati, sia gli effetti non coordinati nelle concentrazioni, in particolare, per quanto riguarda la determinazione della posizione dominante collettiva, la Commissione ha ripreso le tre condizioni sopra descritte poste dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Airtours*.

La Commissione deve quindi ora esaminare se l'operazione oggetto del suo esame permetterà alle imprese concentrate di elevare profittevolmente i prezzi. Tali effetti generalmente sorgono ove le imprese concentrate abbiano una quota di mercato sostanzialmente più elevata rispetto alla seconda impresa presente sul mercato. Un ostacolo significativo alla concorrenza può anche risultare dall'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali reciprocamente esercitati dalle imprese partecipanti alla concentrazione, anche in assenza di una probabilità di coordinamento tra i membri dell'oligopolio (effetti non coordinati o unilaterali). In proposito si rileva che, mentre in vigore del precedente Regolamento la creazione degli effetti unilaterali di una concentrazione era inserita nella verifica della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, il nuovo *test* adottato dal Regolamento n. 139/2004 sem-

<sup>119</sup> Commissione europea, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *Gu-Ue* n. C 31 del 5 febbraio 2004, p. 5.

bra richiedere una più attenta analisi dei concreti effetti sul mercato della progettata operazione<sup>120</sup>.

La Commissione deve altresì esaminare se la proposta concentrazione in un mercato già concentrato possa aumentare le possibilità di coordinamento tra le imprese, tale da permettere alle imprese di innalzare i prezzi (effetti coordinati)<sup>121</sup>.

Si può comunque dire che anche dopo l'introduzione del nuovo Regolamento n. 139/2004, la problematica della posizione dominante collettiva continua a rivelarsi particolarmente delicata specie in sede di controllo delle concentrazioni dove la valutazione non può che essere prospettica.

##### 5. *I Criteri Airtours e oltre: lo standard di prova della posizione dominante collettiva nella sentenza Impala - Criteri per determinare l'esistenza di una posizione dominante collettiva*

Il Tribunale di primo grado ha recentemente sottolineato la necessità di una completa ed approfondita analisi della concentrazione proposta, ai fini della determinazione dell'esistenza o della creazione di una posizione dominante collettiva.

Tale posizione è stata assunta con la sentenza *Impala c. Commissione*<sup>122</sup>, in cui il Tribunale di primo grado ha, per la prima volta, annullato una decisione con cui la Commissione aveva autorizzato un'operazione di concentrazione<sup>123</sup>. Si trattava, in particolare, della decisione con cui la Commissione aveva autorizzato (in applicazione del regolamento n. 4064/89) la concentrazione tra la Sony e la Bertelsmann AG<sup>124</sup>, le quali intendevano fondere le pro-

<sup>120</sup> Sul punto si veda PROSPERETTI - SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto anti-trust: un'introduzione*, cit. supra, nota 6, p. 294.

<sup>121</sup> A due anni dall'entrata in vigore del nuovo regolamento sulle concentrazioni, diversi commentatori hanno sviluppato alcune considerazioni in merito alla sua applicazione. Dethmers afferma che, da una parte, il fatto che in *Airtours* il Tribunale abbia elevato il livello di prova che deve essere raggiunto dalla Commissione per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva e, dall'altra, la previsione da parte del nuovo regolamento degli effetti unilaterali, potrebbero aver segnato la fine dell'applicazione della posizione dominante collettiva (DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control*, cit. supra, nota 112, p. 638). Si veda inoltre TODINO, *Recenti sviluppi nel controllo delle concentrazioni tra imprese - L'allocatione dei casi - Il test di valutazione SIEC - Gli impegni - Lo standard probatorio*, cit. supra, nota 112, che analizza i recenti sviluppi nell'applicazione del regolamento n. 139/2004, con ampi riferimenti a recenti pronunce della Commissione e della Corte, nonché BAXTER - DETHMERS, *Unilateral effects under the European Merger Regulation: how big is the gap?*, *ECLR*, 2005, p. 380.

<sup>122</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione*, cit. supra, nota 40. Sul punto si veda AIGNER - BUDZINSKI - CHRISTIANSEN, *The analysis of coordinated effects in EU merger control: where do we stand after Sony/BMG and Impala?*, 2006, <http://ssrn.com/abstract=933548>.

<sup>123</sup> Si veda sul punto THOUVENIN, *13 juillet 2006: première annulation d'une décision de la Commission autorisant une concentration entre Sony et BMG*, *RMCUE*, 2006, p. 524.

<sup>124</sup> Decisione della Commissione n. 2005/188/Ce del 19 luglio 2004 che dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE

prie attività mondiali di musica registrata (escluso il Giappone) in tre o più nuove imprese che avrebbero operato insieme sotto il nome di Sony BMG.

Nell'ambito del procedimento di valutazione della concentrazione, la Commissione aveva assunto un atteggiamento contraddittorio in quanto, mentre nello *Statement of Objections* aveva rilevato la presenza di elementi tali da far presumere l'esistenza di una posizione dominante collettiva, ha poi concluso nella decisione finale che una serie di fattori (in particolare: l'eterogeneità dei prodotti, la non trasparenza del mercato e l'assenza di misure di ritorsione tra le cinque maggiori imprese) determinavano l'assenza di una posizione dominante collettiva.

Il Tribunale ha censurato nettamente le conclusioni della decisione impugnata, affermando – con tono assai critico<sup>125</sup> – che l'analisi della Commissione era stata incompleta con riferimento al requisito della trasparenza, insufficiente con riferimento al requisito delle misure di ritorsione e fondata solo su osservazioni superficiali e formali con riguardo all'esistenza di una posizione dominante.

Con tale sentenza, il Tribunale sembra aver sviluppato gli insegnamenti della giurisprudenza relativi al controllo delle concentrazioni ed in particolare quelli enunciati nella sentenza *Airtours* - almeno sotto due profili.

- In primo luogo il Tribunale, nell'ambito di una premessa generale sul tema della posizione dominante collettiva<sup>126</sup>, opera una distinzione tra i casi in cui la concentrazione proposta è suscettibile di rafforzare una posizione dominante collettiva già esistente (qual è quello all'esame del Tribunale) ed i casi in cui la concentrazione è suscettibile di creare *ex novo* una posizione dominante collettiva<sup>127</sup>.

Al riguardo, il Tribunale osserva, infatti, che: «although when assessing the risk that such a dominant position will be created the Commission is required, *ex hypothesy*, to carry out a delicate prognosis as regards the probable development of the market and of the conditions of competition on the basis

(Caso n. COMP/M.3333 - *SONY/BMG*), in *Gu-Ue* n. L 62 del 9 marzo 2005, p. 30. Per un commento alla decisione, si veda DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control*, *cit. supra*, nota 112, p. 638.

<sup>125</sup> Che, del resto, si ritrovava già nella sentenza *Airtours*; sul punto, si veda RAFFAELLI, *European Union competition policy subsequent to the Airtours case*, *cit. supra*, nota 42, p. 133.

<sup>126</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione*, *cit. supra*, nota 40, punti 245-254.

<sup>127</sup> «It must be observed that [...] that case-law was developed in the context of the assessment of the risk that a concentration would create a collective dominant position and not, as in the context of the first part of the present plea, of the determination of the existence of a collective dominant position». Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione*, *cit. supra*, nota 40, punto 249. Si veda sul punto VÖLCKER - O'DALY, *The Court of First Instance's Impala judgement: a judicial counter-reformation in EU merger control?*, *ECLR*, 2006, p. 590.

of a prospective analysis, which entails complex economic assessments in respect of which the Commission has a wide discretion, the finding of the existence of a collective dominant position is itself supported by a concrete analysis of the situation existing at the time of adoption of the decision. The determination of the existence of a collective dominant position must be supported by a series of elements of established facts, past or present, which show that there is a significant impediment of competition on the market owing to the power acquired by certain undertakings to adopt together the same course of conduct on that market, to a significant extent, independently of their competitors, their customers and consumers» (punto 250).

- Dalla sentenza *Impala* – ed in particolare dal punto appena citato – emerge altresì il secondo aspetto interessante della sentenza: viene affrontata la questione dello *standard di prova* che la Commissione deve fornire al fine di dimostrare la sussistenza o meno dei requisiti della posizione dominante collettiva individuati in *Airtours*<sup>128</sup>.

Al riguardo, il Tribunale precisa che: «It follows that, in the context of the assessment of the existence of a collective dominant position, although the three conditions defined by the Court of First Instance in *Airtours v Commission*, paragraph 45 above, which were inferred from a theoretical analysis of the concept of a collective dominant position, are indeed also necessary, they may, however, in the appropriate circumstances, be established indirectly on the basis of what may be a very mixed series of indicia and items of evidence relating to the signs, manifestations and phenomena inherent in the presence of a collective dominant position» (Punto 248).

Pertanto, con particolare riguardo all'elemento della *market transparency*, il Tribunale osserva che: «[...] in particular, close alignment of prices over a long period, especially if they are above a competitive level, together with other factors typical of a collective dominant position, might, in the absence of an alternative reasonable explanation, suffice to demonstrate the existence of a collective dominant position, even where there is no firm direct evidence of strong market transparency, as such transparency may be presumed in such circumstances» (Punto 252).

<sup>128</sup> «It follows from the case-law of the Court of Justice (*Kali und Salz*, paragraph 245 above, paragraph 222) and of the Court of First Instance (*Airtours v Commission*, paragraph 45 above, paragraph 63) that the prospective analysis which the Commission is required to carry out in the context of the control of concentrations, in the case of collective dominance, requires close examination of, in particular, the circumstances which, in each individual case, are relevant for assessing the effects of the concentration on competition in the reference market and that the Commission must provide solid evidence». Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione*, cit. *supra*, nota 40, punto 248. Si veda sul punto VÖLCKER - O'DALY, *The Court of First Instance's Impala judgement: a judicial counter-reformation in EU merger control?*, cit. *supra*, nota 127, p. 595.

Dunque, il Tribunale di primo grado va oltre *Airtours*, precisando che – nei casi in cui la concentrazione scrutinata rischia di rafforzare una posizione dominante collettiva probabilmente presente sul mercato interessato – la prova dell'esistenza di una strategia comune (es. di prezzo), protratta nel tempo, unitamente alla presenza di altri fattori tipici della posizione dominante collettiva (stabilità delle quote di mercato, potere di mercato degli oligopolisti, ecc.) può, in particolari circostanze ed in assenza di spiegazioni alternative, non richiedere la positiva dimostrazione del requisito della trasparenza del mercato.

Da tale sentenza si deduce *a contrario* che, nel caso di creazione di una posizione dominante collettiva a seguito della concentrazione, la Commissione dovrà, nell'ambito della propria valutazione prospettica del mercato *post*-concentrazione, dimostrare positivamente che sussisteranno le condizioni di trasparenza atte a facilitare l'adozione di strategie di mercato comuni.

- La sentenza in esame affronta anche la questione della prova dell'esistenza di meccanismi di ritorsione atti a scongiurare comportamenti contrari alla condotta comune delle imprese in posizione dominante collettiva, già considerata dal Tribunale in *Airtours*<sup>129</sup>.

Nella decisione impugnata, la Commissione aveva escluso la sussistenza del requisito *de quo* sulla base della considerazione che, all'esito della propria investigazione, non aveva potuto constatare l'uso di meccanismi di ritorsione sul mercato.

Partendo dall'insegnamento reso in *Airtours*, il Tribunale di primo grado critica la decisione della Commissione, ricordando al riguardo che: «the mere existence of effective deterrent mechanisms is sufficient [ad integrare il requisito], in principle, since if the members of the oligopoly conform with the common policy, there is no need to resort to the exercise of a sanction. As the applicant observes, moreover, the most effective deterrent is that which has not been used» (punto 466).

Il fatto di non aver trovato prova "dell'uso" di meccanismi di ritorsione non dimostra che tali meccanismi non esistano: al contrario, nel caso di specie il Tribunale precisa che è la Commissione stessa ad aver individuato l'esistenza di importanti ed efficaci meccanismi di ritorsione (l'esclusione della *maverick company* dalle *compilations*).

Il Tribunale di primo grado, così come con riguardo al requisito della trasparenza, si spinge oltre, notando in ogni caso che: «[...] this plea relates to the finding of the existence of a collective dominant position, and not to its creation». Pertanto si ipotizza che «it might be considered that the condition

<sup>129</sup> In ciò smentendo chi (DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control*, cit. *supra*, nota 112, p. 638), dopo la decisione della Commissione, aveva sostenuto – forse affrettatamente – che «(...) the merging parties no longer have to engage in a detailed analysis of all the three conditions of collective dominance. Rather it is sufficient for them to concentrate only on one element».



relating to retaliation may consist, not, as was the case in *Airtours v Commission*, paragraph 45 above, in ascertaining the mere existence of retaliatory measures, but in examining whether there have been any breaches of the common course of conduct which have not been followed by retaliatory measures [...]» (punto 468).

A dire del giudice di prima istanza, dunque, se in un caso di creazione della posizione dominante collettiva occorre verificare solo l'esistenza o meno di meccanismi di ritorsione, in un caso di rafforzamento di una posizione dominante collettiva esistente prima della concentrazione (qual è il caso *Impala*), affinché la mancanza dell'uso di meccanismi di ritorsione possa valere come prova della non sussistenza del secondo criterio *Airtours* occorre dimostrare *i.* che qualcuna delle imprese dominanti abbia tentato di deviare dalla condotta comune e *ii.* che a tale devianza non sia seguita alcuna ritorsione. Nel caso di specie, osserva il Tribunale, «on neither of these aspects is the necessary proof set out in the Decision».

In generale, si deve osservare che il caso in questione appare senz'altro peculiare, in quanto la Commissione, contrariamente ai precedenti esaminati, si trovava a difendere un'autorizzazione e non un diniego della concentrazione proposta.

Ed infatti, se nel merito la decisione impugnata appare senza dubbio pervasa da numerose (e vistose) contraddizioni ed errori, appare plausibile sostenere che anche il brusco "cambiamento di rotta" intervenuto tra lo *Statement of Objections* (dove si ipotizza l'esistenza di una PDC) e la decisione (in cui la Commissione giunge a conclusioni opposte) abbia avuto un notevole peso, quantomeno sotto il profilo psicologico, nel senso di evidenziare al giudicante l'incertezza dell'operato della Commissione<sup>130</sup>.

Al di là di queste considerazioni specifiche, la sentenza *de qua* ha il pregio di evidenziare che:

*i.* l'evoluzione giurisprudenziale del concetto di PDC non si è fermata con *Airtours*, anche a seguito dell'emanazione del nuovo regolamento n. 139/04, e che i tre criteri ivi individuati sono un punto di partenza e non di arrivo; e

*ii.* che l'elevato *standard* di prova richiesto dalle corti comunitarie al fine di sostenere le decisioni di autorizzazione delle concentrazioni della Commis-

<sup>130</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione*, cit. *supra*, nota 40, punto 335: «the statement of objections is merely a preparatory document, the findings of which are purely provisional, ... that does not mean, however, that the statement of objections is wholly without merit or wholly irrelevant. In effect, unless the entire investigative administrative procedure is to be deprived of the slightest value, the Commission must be in a position to explain, not in the decision, admittedly, but at least in the context of the proceedings before the Court, its reasons for considering that its provisional findings were incorrect; but above all, the findings set out in the decision must be compatible with the findings of fact made in the statement of objections, in so far as it is not established that the latter findings were incorrect».

sione non è inferiore, quanto a rigore, a quello richiesto per il diniego di autorizzazione.

Quanto infine al merito dell'esame del caso, appare significativa la distinzione operata dal Tribunale, a livello probatorio, tra casi di concentrazioni che comportano il rischio di creazione di una posizione dominante collettiva e casi in cui la concentrazione pone il rischio di un rafforzamento di una posizione dominante collettiva esistente.

In particolare, con riguardo al secondo caso, non può negarsi che il Tribunale, nell'affermare che per dimostrare la sussistenza del requisito della *market transparency* è sufficiente che la Commissione dimostri l'esistenza di una *common policy* protratta nel tempo, connessa alla esistenza di altri fattori tipici della posizione dominante collettiva ed in assenza di una spiegazione alternativa, appare rievocare la Corte in *Pasta di Legno* con riguardo alle giustificazioni ai comportamenti paralleli. Ma se, come dice il Tribunale in *SIV*, gli elementi dell'art. 81 non possono essere "riciclati" per fondare una accusa ex art. 82, può allora il Tribunale stesso riciclarli nell'ambito del controllo delle concentrazioni?

- Le spiegazioni del Tribunale nel caso *Impala* forniscono, inoltre, alcuni spunti di riflessione con riferimento all'applicazione del concetto di posizione dominante collettiva nell'ambito dell'art. 82.

Il Tribunale, infatti, mentre fa esclusivo riferimento al controllo delle concentrazioni, senza rinviare in alcun modo alle fattispecie di abuso, allo stesso tempo indica i requisiti e gli *standard* di prova che debbono essere rispettati dalla Commissione nel rilevare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. In *Compagnie Maritimes Belge*, la Corte aveva affermato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 82, è necessario determinare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Così, appare ragionevole ritenere che i criteri posti dal Tribunale nella sentenza *Impala* in merito ai casi di presunta esistenza di una posizione dominante collettiva, possano essere applicati al relativo esame ex art. 82.

Sulla base di un confronto tra *Impala* e *Compagnie Maritimes Belge* sembra quindi possibile dedurre che il Tribunale vada oltre *Compagnie Maritimes Belge*, riconoscendo che il fatto di agire indipendentemente dai concorrenti, dai loro clienti o dai consumatori, deve essere:

- supportato da fatti passati o presenti,
- che dimostrino l'esistenza di un ostacolo alla concorrenza,
- a causa del potere acquisito da queste imprese sul mercato.

In tal modo, il Tribunale sembra aver integrato i criteri posti dalla Corte in *Compagnie Maritimes Belge* richiedendo la prova dell'esistenza di elementi fattuali ed oggettivi provanti. La sentenza *Impala* ha inoltre precisato che l'esistenza di una posizione dominante collettiva può essere rilevata sulla ba-

se dei principi *Airtours*<sup>131</sup> ed ha stabilito che, in via alternativa, essa può essere rilevata anche sulla base di indizi ed elementi probatori inerenti alla presenza di una posizione dominante collettiva. In particolare, il Tribunale ha precisato che alcuni elementi del mercato – quali l'allineamento dei prezzi per diversi anni mantenuto ad un livello stabile – possano, in determinate circostanze, suggerire od essere una indicazione del fatto che detta condotta non è il risultato di un normale gioco della concorrenza, ma la prova dell'esistenza di una posizione dominante<sup>132</sup>.

La sentenza in commento, ove ritenuta applicabile all'analisi ex art. 82, potrebbe quindi aver riconosciuto:

- l'accoglimento dei principi *Airtours*;
- la deducibilità dell'esistenza di una posizione dominante collettiva sulla

<sup>131</sup> Una questione che sembra non aver ancora ricevuto una risposta certa da parte della giurisprudenza è quella della possibile applicazione dei principi relativi al controllo delle concentrazioni nell'ambito di applicazione dell'art. 82. Tale possibilità non sembra poter essere accolta, alla luce delle evidenti differenze tra il controllo prospettico del controllo delle concentrazioni ed il controllo relativo all'art. 82, che si basa necessariamente sull'analisi di eventi presenti o passati. Tale possibilità sembra invece essere stata ammessa da parte delle stesse corti comunitarie. In particolare, ci si riferisce al caso *Piau* (sentenza del Tribunale di primo grado del 26 gennaio 2005 in causa n. T-193/02, *Piau c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 209; la sentenza è stata poi confermata dall'ordinanza della Corte di giustizia del 23 febbraio 2006 in causa n. C-171/05, *Piau c. Commissione, Fédération internationale de football association (FIFA)*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 37), in cui il Tribunale è stato chiamato ad analizzare la possibilità di riconoscere alcune previsioni del regolamento della FIFA (Fédération Internationale de Football Association) quali abusi di posizione dominante collettiva. Al riguardo, il Tribunale di primo grado ha riconosciuto che per l'esistenza di una posizione dominante collettiva è necessaria la presenza dei tre requisiti stabiliti nella sentenza *Airtours*. Il Tribunale ha quindi riconosciuto che «Una decisione come il regolamento FIFA che disciplina l'attività degli agenti di giocatori può, nella sua applicazione, sortire la conseguenza che imprese attive sul mercato in questione, vale a dire le società, si sono vincolate quanto al loro comportamento su un mercato determinato in maniera tale che esse si presentano su tale mercato come un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori (v. sentenza *Compagnie Maritime Belge Transports SA e altri c. Commissione, cit.*, punto 44). Orbene, dato il carattere obbligatorio del regolamento per loro previsto, le federazioni nazionali membri della FIFA e le società che esse raggruppano appaiono durevolmente vincolate nei loro comportamenti da regole che accettano e che gli altri soggetti (giocatori e agenti di giocatori) non possono trasgredire senza andare incontro a sanzioni fino, nel caso particolare degli agenti di giocatori, all'espulsione dal mercato. Ciò caratterizza, nel senso della giurisprudenza citata ai precedenti punti 110 e 111, una posizione dominante collettiva delle società sul mercato delle prestazioni di servizi da parte degli agenti di giocatori, poiché sono le società, tramite la regolamentazione cui aderiscono, che impongono le condizioni di prestazione di tali servizi». La posizione per la quale, ai fini della determinazione della posizione dominante collettiva nell'esame ex art. 82, sarebbe necessario il venire in essere dei criteri *Airtours*, è stata affermata sia dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) nel provvedimento di avvio del procedimento AGCM, *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, A357, 23 febbraio 2005, Avvio istruttoria n. 14045 (tuttora pendente), sia dalla Commissione, nel «*DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*». ([http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_review.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html), punti 43 - 50), il quale in ogni caso non ha alcun carattere vincolante. Per una attenta disamina riguardo ai rischi derivanti dall'applicazione dei medesimi criteri ai fini della posizione dominante collettiva nell'ambito dell'art. 82 e nel controllo delle concentrazioni, si veda RINCAZAUX - DIENY, *Position dominante collective: vers une notion unifiée?(2<sup>e</sup> Partie)*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, 4, p. 117.

<sup>132</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 luglio 2006 in causa n. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala Association Internationale) c. Commissione, cit. supra*, nota 40, punti 251-253.

base di una analisi approfondita delle dinamiche del mercato, anche in assenza di trasparenza;

- la possibilità per le imprese di dimostrare l'esistenza di una spiegazione alternativa ragionevole all'allineamento delle proprie condotte<sup>133</sup>.

La sentenza *Impala* potrebbe quindi aver apportato alcuni elementi di chiarezza anche nella valutazione di comportamenti abusivi; in ogni caso, è auspicabile che tali elementi siano applicati ed ulteriormente chiariti con riferimento a casi di abuso di posizione dominante specificamente relativi all'art. 82.

#### IV. L'esperienza britannica

Il legislatore comunitario sembra essere molto prudente nell'affrontare le problematiche *antitrust* nel mondo degli oligopoli. I problemi che nascono dagli oligopoli sono infatti dovuti più alle caratteristiche strutturali del mercato che a comportamenti concretamente posti in essere dalle imprese. Quel che si rileva sin da ora è che, trattandosi di problemi legati alla struttura del mercato, parrebbe più opportuno attribuire alle autorità della concorrenza il potere di intervenire direttamente nella struttura del mercato, deconcentrandolo, senza la necessità di provare l'esistenza di intese anticompetitive o di abusi di posizione dominante. Solo tale possibilità sembra infatti essere tale da permettere alle autorità garanti della concorrenza di intervenire nel mercato al fine di impedire alle imprese di trovarsi nella situazione di potersi adeguare, sia pur "intelligentemente" ai comportamenti delle altre imprese, eliminando di fatto la concorrenza nel mercato.

Tale possibilità è già prevista dal sistema normativo britannico, in cui l'*Office of Fair Trading* (OFT)<sup>134</sup> può, in presenza di determinate circostanze, riferire una indagine di mercato alla *Competition Commission* (CC)<sup>135</sup>, che, in tal caso ha il potere di intervenire direttamente nel mercato, anche ordinando modifiche strutturali o comportamentali<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Da tale affermazione del Tribunale non è in ogni caso chiaro in che modo una autorità *antitrust* possa determinare che l'allineamento di una condotta sia la prova di una posizione dominante collettiva, senza affermare l'esistenza di una collusione, che dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 81. Si vedano in proposito le affermazioni del Tribunale di primo grado nella sentenza del 10 marzo 1992 in causa n. T-68/89, *Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa e Ppg Vernante Pennitalia Spa c. Commissione*, cit. supra, nota 28, punto 360. Sul punto si veda FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, cit. supra, nota 21.

<sup>134</sup> L'OFT è un ente statutario britannico creato dall'*Enterprise Act 2002* al fine di garantire il rispetto della normativa in materia di concorrenza e la tutela dei consumatori.

<sup>135</sup> La CC è un ente pubblico indipendente creato dal *Competition Act 1998* ed ha sostituito il 1° aprile 1999 la *Monopolies and Mergers Commission*. La CC effettua indagini riguardo a concentrazioni ed a mercati. Ogni indagine della CC viene effettuata su richiesta da parte di altre autorità e, generalmente, dall'OFT.

<sup>136</sup> Il presente studio si limiterà a descrivere i rinvii effettuati dall'OFT: si precisa ad ogni buon conto che, ai sensi della *Section 131 e 132* dell'*Enterprise Act 2002*, una *market investigation* da

L'*Enterprise Act 2002* (di seguito anche "EA")<sup>137</sup> ha sostituito le disposizioni del *Fair Trading Act 1973* e prevede la possibilità per le autorità garanti della concorrenza britanniche di effettuare indagini di mercato e, senza la necessità di dimostrare l'esistenza di accordi o abusi, di ordinare modifiche strutturali del mercato. L'EA prevede, ai fini delle indagini di mercato, una procedura suddivisa in due fasi: una indagine iniziale da parte dell'OFT relativa ai potenziali problemi di un dato mercato e, ove l'OFT lo ritenga necessario, la richiesta (*reference*) alla CC, ai fini di una indagine più completa. La CC, ove rilevi l'esistenza di ostacoli concorrenziali all'interno del mercato oggetto di indagine, potrà ordinare l'adozione di rimedi. È il caso di sottolineare come tale esito non dipende da passati comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da parte delle imprese operanti nel mercato, come invece previsto dagli artt. 81 e 82.

A norma della *Section 131* dell'EA, l'OFT può richiedere una indagine di mercato alla CC ove abbia il ragionevole sospetto che una qualsiasi caratteristica di un mercato possa impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel Regno Unito o in una parte di esso. In ogni caso, la possibilità di effettuare detta richiesta è esclusa se le imprese abbiano accettato un impegno o se un Ministro – che detiene lo stesso potere di richiesta – abbia effettuato la medesima richiesta che non sia stata accolta dalla CC.

Appare evidente la differenza rispetto alla disciplina comunitaria, la quale richiede, ai fini di un intervento delle autorità preposte alla tutela della concorrenza, la presenza di una intesa (art. 81) o di un abuso di posizione dominante (art. 82)<sup>138</sup>; l'indagine del mercato e gli eventuali conseguenti rimedi, vengono pertanto utilizzati al fine di porre rimedio a caratteristiche anticompetitive del mercato, anche in assenza di condotte illecite da parte delle imprese.

parte della CC può anche essere richiesta dai regolatori di settore (Direttore generale per le telecomunicazioni, gas, Autorità dell'energia, Direttore generale per le acque, ecc.) nonché, in determinate circostanze, da un ministro.

<sup>137</sup> <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/20020040.htm>.

<sup>138</sup> Si rileva che la Commissione, in forza dei poteri ad essa attribuiti dall'art. 17 del regolamento n. 1/2003 può procedere ad istruttorie settoriali quando le circostanze sembrano indicare una restrizione od una distorsione della concorrenza all'interno di un determinato settore economico. Tale previsione permette alla Commissione di richiedere alle imprese o alle associazioni di imprese interessate di fornire le informazioni necessarie per l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato e svolgere i necessari accertamenti. La Commissione può, in particolare, chiedere alle imprese o associazioni di imprese interessate di comunicarle tutti gli accordi, decisioni e pratiche concordate esistenti. Tale previsione, che trova una disposizione corrispondente in ambito nazionale nell'art. 12 della legge n. 287/1990, sembra in ogni caso discostarsi dai poteri attribuiti alla CC nell'ambito delle *market investigations*. La Commissione infatti ha il potere di effettuare le indagini e di valutare l'esistenza di violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato; non può invece intervenire nel mercato ed ordinare modifiche strutturali alle imprese operanti in ambienti oligopolistici.

La Commissione può pubblicare una relazione sui risultati della sua indagine in settori specifici dell'economia o nell'ambito di tipi particolari di accordi in vari settori e invitare le parti interessate a presentare le loro osservazioni.

Tali considerazioni sono tanto più valide con riferimento alla posizione dominante collettiva. In questi casi, l'OFT può ritenere più opportuno ricorrere ad una *market investigation* piuttosto che far uso della proibizione del *Chapter II* del *Competition Act 1998* (CA98), equivalente all'art. 82 del Trattato. La stessa OFT ammette in proposito nelle sue *Guidelines* sulle *market investigations* che tale strumento «will be able to address wider competition concerns than could be addressed by a CA98 case...»<sup>139</sup>.

Con riferimento ai mercati oligopolistici, le *Guidelines* sulle *market investigations* considerano che le imprese che vi operano sono coscienti della reciproca interdipendenza e che le strategie di mercato di ogni impresa sono determinate almeno parzialmente dalle previsioni dei comportamenti delle altre imprese. In questi casi l'OFT non avrà bisogno di stabilire in modo definitivo l'esistenza di qualsiasi comportamento parallelo, ma dovrà dimostrare la presenza di caratteristiche del mercato tali da rendere la collusione possibile, e dovrà avere il ragionevole sospetto che tali imprese non operino efficacemente sul mercato<sup>140</sup>.

La CC, ricevuto il caso, condurrà una approfondita analisi di mercato al fine di determinare l'esistenza di caratteristiche di mercato tali da impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel Regno Unito o in una sua parte. Nel caso in cui tali effetti siano accertati dalla CC, questa valuterà l'opportunità di una propria azione al fine di risolvere le distorsioni del mercato. In questo caso, la CC avrà due anni di tempo per concludere la propria indagine ed il *report* finale.

Se la CC rileva l'esistenza di distorsioni del mercato, essa avrà il dovere di attivarsi al fine di rimediare, mitigare od impedire la distorsione del mercato, attraverso una azione coerente con le conclusioni cui essa è giunta nel *report* finale.

La CC potrà quindi accettare gli impegni assunti dalle parti od ordinare essa stessa determinate obbligazioni. La portata ed il contenuto di tale ordine sono determinati dalla *Schedule 8* dell'EA<sup>141</sup>.

I poteri sopra descritti relativi al sistema *antitrust* britannico sembrano essere particolarmente opportuni al fine di porre rimedio ad aspetti anticompetitivi del mercato. Tali aspetti possono infatti essere dovuti alla struttura del mercato piuttosto che a condotte poste in essere illecitamente dalle imprese in contrasto con i divieti di intese anticoncorrenziali o di abusi di posizioni dominanti. L'attribuzione di tali poteri alla Commissione europea ed all'AGCM potrebbe consentire di rendere maggiormente competitivi i mercati oligopoli-

<sup>139</sup> OFT, *Market investigation references*, <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/57C2BA34-81E8-4560-93CC-4BC4BBFC6DAF/0/oft511.pdf>, par. 2.5.

<sup>140</sup> OFT, *Market investigation references*, *cit. supra*, nota 139, punto 6.7.

<sup>141</sup> <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/20040-ad.htm#sch8>.

stici, in cui le imprese, pur non violando le regole della concorrenza, pongono in essere comportamenti i cui effetti sono identici a quelli che otterrebbero attraverso comportamenti anticompetitivi.

## V. Conclusioni

Dall'esame effettuato sembrano emergere alcune circostanze forse un po' trascurate anche dalle varie autorità che tutelano la concorrenza e dai giudici, che confermano come la questione della posizione dominante collettiva debba essere attentamente riconsiderata.

1. In primo luogo la grande diversità tra l'applicazione dell'art. 82 che si basa su di un'analisi *ex post* e l'applicazione della normativa sul controllo delle concentrazioni che è invece sempre necessariamente *ex ante* e prospettica.

2. La riforma della normativa sul controllo delle concentrazioni che ha modificato in maniera sostanziale il *substantive test* non rendendo più necessaria l'individuazione della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante per bloccare l'operazione.

Ebbene, la giurisprudenza *antitrust* cui tutti ancor oggi sembrano voler fare riferimento:

- riguarda il controllo delle concentrazioni;
- è stata emanata nel vigore dell'ormai superato Regolamento n. 4064/89 che richiedeva di individuare la creazione od il rafforzamento di una posizione dominante per bloccare l'operazione.

Se si tiene conto di tutto ciò bisognerà:

A. distinguere di più la repressione degli abusi della posizione dominante collettiva (casi di applicazione dell'art. 82 CE) dal controllo delle concentrazioni. I criteri che valgono per un'analisi *ex post* non possono infatti essere trasportati *tout court* nel diverso mondo di un'analisi solo prospettica e viceversa.

B. In particolare, nell'analisi per l'applicazione dell'art. 82 CE si dovranno valorizzare i criteri classici della individuazione della posizione dominante individuale e considerarli con quelli individuati *ad hoc* dalla Corte nel caso *Compagnie Maritimes Belges* e quindi:

- esistenza sul mercato di più imprese che si presentano o agiscono come un'entità collettiva;

- indipendenza di questa entità collettiva rispetto alla pressione concorrenziale, ai clienti ed ai consumatori;

dopodiché, verificata la sussistenza di una posizione dominante collettiva, bisognerà verificare se questa ha abusato di tale sua posizione.

In altre parole nell'applicazione dell'art. 82 CE bisognerà tornare a valorizzare soprattutto l'analisi dei comportamenti delle imprese: da sempre la giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado hanno determinato la pre-

senza della posizione dominante valutando solo ed esclusivamente il comportamento della impresa, la sua indifferenza alla pressione concorrenziale.

Così bisogna che continui ad essere perché altrimenti si rischiano processi alle intenzioni ed errori di valutazione: la quota di mercato elevata, ad esempio, può essere un indice della posizione dominante ma non la prova della stessa perché anche in presenza di una quota di mercato particolarmente elevata (ad esempio l'85% del mercato) l'impresa che la detiene non si troverà in posizione dominante se nel determinare il suo comportamento nel mercato terrà conto della possibile entrata dei *new-comers* perché esposta ad una forte concorrenza potenziale.

L'analisi della struttura del mercato nell'applicazione dell'art. 82 CE dovrà essere necessariamente ridimensionata perché ciò che conta è il comportamento tenuto dalle imprese che le autorità *antitrust* hanno la possibilità di verificare e provare, trattandosi di una valutazione *ex post*.

La situazione è come abbiamo visto diversa per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, ma anche in questo caso ritengo che i criteri *Airtours* debbano essere ridimensionati:

- perché elaborati in uno stato di necessità quando si doveva fronteggiare la tendenza della Commissione ad estendere il concetto di posizione dominante collettiva perché si trovava a dover applicare il Regolamento n. 4064/89 che richiedeva l'individuazione di una posizione dominante per poter bloccare la concentrazione che a suo avviso ostacolava la concorrenza. Ora non è più così perché con il nuovo Regolamento n. 139/04 è sufficiente dimostrare che la concentrazione ostacola la concorrenza.

- perché data la estremamente rapida evoluzione dei mercati, le autorità *antitrust* dovranno valorizzare di più la valutazione della dinamicità dei mercati e non fermarsi al suo aspetto statico. Cioè la valutazione prospettica *ex ante*, dovrà andare più in là dell'esame della situazione contingente del mercato che si verrà a creare dopo la concentrazione e prefigurarsi anche gli sviluppi che questo mercato potrà avere in tempi brevi.

In sostanza, quel che va sottolineato è che l'attenzione alla struttura del mercato è giustificata nel caso del controllo delle concentrazioni, perché l'esame *ex ante* e necessariamente prospettico non può che basarsi su valutazioni discrezionali delle autorità *antitrust* su quello che verosimilmente sarà il comportamento delle imprese sulla nuova struttura del mercato conseguente alla concentrazione. Il fine è di mantenere un ambiente concorrenziale ed evitare che si creino attraverso l'artificiale strumento della concentrazione situazioni di mercato che possano facilmente indurre le imprese ad adottare comportamenti non concorrenziali e di fatto eliminare la concorrenza sul mercato.

- D'altro canto è bene che le autorità *antitrust*, e la Commissione in primo luogo, stabiliscano, ferma la loro discrezionale valutazione, dei criteri generali che possano essere apprezzati anche dagli operatori.



Questi infatti, obbligati da un mercato in continua e rapida evoluzione a prendere scelte importanti, a volte vitali, per le proprie aziende in tempi brevissimi debbano poter disporre degli strumenti per poter valutare la fattibilità di un'operazione di concentrazione. Di fronte invece ad una eccessiva discrezionalità della Commissione le imprese non potrebbero effettuare questo "esame di fattibilità", e si verrebbero a trovare nella situazione di dover abbandonare progetti di concentrazione che, invece di permettere loro guadagni di efficienza, si trasformerebbero in pesanti aumenti dei costi ed in incertezze imprenditoriali (l'operazione sarà autorizzata o non sarà autorizzata? Si farà o non si farà?) che non sono davvero compatibili con la estrema dinamicità dei mercati contemporanei.

- Ed a questo riguardo vanno ribadite le critiche al sistema comunitario di controllo delle concentrazioni perché tra fase amministrativa ed eventuale successiva fase giurisdizionale (sia pur svolta fruendo della «fast-track procedure» istituita *ad hoc* dal Tribunale di primo grado) si conclude sempre nel giro di anni e quindi anche quando dovesse concludersi con la *clearance*, condanna sempre l'operazione all'insuccesso nel caso in cui la *clearance* non sia subito concessa dalla Commissione<sup>142</sup>.

Credo quindi che rimanga di attualità la proposta di seguire la strada sperimentata con successo negli Stati Uniti in materia di controllo delle concentrazioni e cioè quella di prevedere che il blocco delle operazioni possa essere disposto solo in sede giurisdizionale.

Alternativamente si potrà valutare la possibilità di dotare le autorità *antitrust* dei poteri di intervenire *ex post* sulle operazioni di concentrazione già autorizzate in modo da evitare i processi alle intenzioni che poco si adattano all'esame dei mercati quali quelli dominati da più imprese collettivamente nei quali le dinamiche di mercato possono essere, come abbiamo visto, le più diverse.

È proprio l'impossibilità per la Commissione di intervenire nell'operazione una volta autorizzata è una delle ragioni della severità e direi dell'"ansia" con la quale la Commissione svolge questa sua delicata funzione di controllo delle concentrazioni che è anche il momento nel quale la normativa *antitrust* ha il suo maggiore impatto sui mercati<sup>143</sup>.

<sup>142</sup> Dopo il caso *Sony/BMG* si può dire che ormai l'incertezza prosegue anche dopo la *clearance* della Commissione perché in questo caso, per la prima volta, la Commissione si è vista annullare la decisione con la quale aveva concesso la "*clearance*" dell'operazione, talché oggi le imprese che intendevano dare vita alla concentrazione si trovano a dover decidere: *a.* se abbandonare il progetto; *b.* se modificarlo e ripresentare l'operazione alla Commissione; *c.* appellare la sentenza del Tribunale di primo grado alla Corte di giustizia.

<sup>143</sup> Pensiamo quale rilevanza ha avuto sui mercati in considerazione il blocco della concentrazione GE/Honeywell ad opera della Commissione (Decisione della Commissione n. 2004/134/Ce del 3 luglio 2001 che dichiara l'incompatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE - Caso COMP/M.2220 - *General Electric/Honeywell*, in *Gu-Ue* n. L 48 del 18 febbraio 2004, p. 1) e confermata, sia pur con pesanti critiche all'operato della Commissione, dal Tribunale di primo grado (sentenza del 14 dicembre 2005 in cause riunite n. T-

Tutto questo ci porta a dire che, nonostante la riforma del diritto comunitario definita forse un po' pomposamente "modernizzazione" dello stesso, tante sono ancora le problematiche da affrontare per permettere al sistema *antitrust* comunitario di mantenere il passo con i tempi e l'evolversi dei mercati e non perdere la sua credibilità: non ultima tra queste la creazione di una autorità *antitrust* indipendente e separata dalla Commissione europea così da fare in modo che anche a livello comunitario si realizzino quelle condizioni di totale autonomia ed indipendenza dell'autorità *antitrust* dall'esecutivo che sono ricercate con particolare cura in pressoché tutti gli ordinamenti nazionali.

\*\*\*

Aggiungerei:

1. Non ha senso trattare alla stessa maniera la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante in capo ad una singola impresa con la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante collettiva perché nel primo caso la struttura del mercato che si viene a delineare è chiara (si sa già che il mercato sarà ineluttabilmente meno competitivo ed una impresa lo dominerà con tutto il suo potere di mercato) mentre nel secondo caso le imprese potrebbero atteggiarsi nelle maniere più disparate non presentandosi come un'entità collettiva e svolgendo una attività concorrenziale.

2. Va inoltre considerato che con il cambiamento del *substantive test* introdotto dal Regolamento n. 139/04 i criteri *Airtours* perdono di attualità anche per le concentrazioni perché non è più necessario dimostrare, per bloccare un'operazione, che questa darà luogo ad una posizione dominante collettiva o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva già esistente "in grado di ostacolare la concorrenza". Questi criteri andranno circoscritti tenendo presente che oggi a differenza di prima vi è una previsione testuale della posizione dominante collettiva nel nuovo regolamento sul controllo delle concentrazioni.

3. Un'ultima sottolineatura: nell'epoca dell'autovalutazione, del c.d. *self-assessment*, in cui le autorità *antitrust* invitano le imprese ad effettuare da sé l'esame preventivo delle varie situazioni che potrebbero venire in considerazione per l'applicazione della normativa *antitrust*, la persistente e sopra delineata complessità della valutazione inerente alla posizione dominante collettiva rendono ben difficile per le imprese ed i loro consulenti poter diagnosticare con un certo grado di probabilità quello che verosimilmente sarà l'esito finale di una procedura di autorizzazione di una concentrazione che potrebbe dare luogo ad una posizione dominante collettiva.

Il che significa incertezza persistente per gli operatori che potrebbero così essere indotti ad abbandonare sul nascere progetti che potevano rivelarsi vitali

per il successo delle proprie aziende.

È auspicabile, quindi, che la Commissione fornisca ulteriori elementi agli operatori in merito a quella che potrà essere la sua condotta nell'applicazione del regolamento n. 139/04 a queste situazioni, e che non perda l'occasione delle *Guidelines* sull'art. 82 CE, per meglio definire i contorni della posizione dominante collettiva ed i criteri che seguirà nell'applicazione dell'art. 82 CE a queste situazioni sempre più frequenti sui mercati a causa dei continui processi di concentrazione.

A questo punto si potrebbe chiudere con alcune domande che hanno sapore provocatorio fatte all'indomani della c.d. "modernizzazione del diritto *antitrust* comunitario":

- non è forse il caso di ripensare anche le norme sostanziali *antitrust* che sono state concepite in un ambiente economico, geografico, concorrenziale completamente diverso da quello di oggi?

- perché insistere ad identificare a livello comunitario l'autorità *antitrust* con il governo dell'Unione europea, cosa che in tutti gli ordinamenti compreso quello italiano si vuole invece attentamente evitare?

**Enrico Adriano Raffaelli\*\***

#### BIBLIOGRAFIA

AIGNER - BUDZINSKI - CHRISTIANSEN, *The analysis of coordinated effects in EU merger control: where do we stand after Sony/BMG and Impala?*, 2006, in <http://ssrn.com/abstract=933548>; APPELDOORN, *He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, super-dominance and article 82*, in *ECLR*, 2005, 26(12); BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2005; BAXTER - DETHMERS, *Unilateral effects under the European Merger Regulation: how big is the gap*, in *ECLR*, 2005, p. 380; BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato: Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, 2005, Padova, Cedam, p. 415 ss.; BERTRAND, *Review of researches les principes mathématiques de la théorie de la richesse*, in *Journal des Savants*, 1883, p. 499-508; BISHOP - WALKER, *The economics of EC competition law*, London, Sweet & Maxwell, 1999, par. 2.27 ss.; BRIGHT, *Nestlé/Perrier: new issues in EC merger control*, in *International Financial Law Review*, 1992, p. 22; COURNOT, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie de la richesse*, Paris, L. Hachette, 1838; CREATINI, *Collusione tacita e tutela della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002; DETHMERS, *Collective dominance under EC Merger control: after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?*, in *ECLR*, 2005, p. 638; FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004; FOUNTOUKAKOS, *A new substantive test for EU merger control*, *ECLR*, 2005, p. 277; FRIGNANI, *The collective dominant position in EC and Italian competition law*, in RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles - Milano, Bruylant - Giuffrè (in corso di pubblicazione); FRIGNANI, *La concorrenza*, capitolo IV in FRIGNANI - PODOGHE - ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digita-*

\*\* Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.

le - *Commento al TU della radiotelevisione*, Milano, Giuffrè, 2006; FRANZOSI, *L'oligopolio e il dilemma del prigioniero*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1988, p. 56 ss.; GIORDANO, *Abuso di posizione dominante collettiva e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 260; GRILLO - SILVA, *Impresa, concorrenza, organizzazione*, Roma, La Nuova Italia scientifica, 1989; HAUPT, *Collective dominance under article 82 EC and EC merger control in the light of the Airtours judgement*, in *ECLR*, 2002, p. 434; JEPHCOTT - WITHERS, *Where to go for EC oligopoly control*, in *ECLR*, 2001, p. 295; KORAH, *Gencor v. Commission: collective dominance*, in *ECLR*, 1999, p. 337 ss.; ID., *Cases and materials on EC competition law*, 2nd ed., Hart Publishing, North America, 2001; KOKKORIS, *The reform of the European control merger regulation in the aftermath of the Airtours case - The eagerly expected debate: SLC v. dominance test*, in *ECLR*, 2005, p. 37-47; LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 563; MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004; MOTTA, *EC merger policy and the Airtours case* in *ECLR*, 2000, p. 199; NASH, *Non-cooperative games*, in *Annals of mathematics* 54, 1951, p. 286-295; NEUMANN - MORGENSTERN, *Theory of games and economic behaviour*, 3<sup>rd</sup> edition, 1980 (original 1944), Princeton, Princeton University Press; NIKPAY - HOUWEN, *Tour de force or a little local turbulence? A heretical view on the Airtours judgment*, in *ECLR*, 2003, p. 193; JENNY, *Collective dominance and the EC Merger Regulation*, in *XXIX Annual Fordham Corporate Law Institute*, 2001, B. Hawk Ed., p. 362; OSTI, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, Il Mulino, 1995; PARDOLESI, *Art. 86 trattato CE: il prezzo del decollo*, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 356; PROSPERETTI - SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, Roma, Carocci, 2006; RAFFAELLI, *Il Concetto di "unica entità economica" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1977, p. 396; RAFFAELLI, *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 1; RAFFAELLI - BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2006; RAFFAELLI, *European Union competition policy subsequent to the Airtours case*, in *XXIX Annual Fordham Corporate Law Institute Conference*, Fordham University di New York, B. Hawk Ed, 2002; RAFFAELLI, *Oligopolies and antitrust law*, *Fordham International Law Journal* n. 3 Volume 19, febbraio 1996; RAFFAELLI, *Oligopolio e normativa antitrust*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, fasc. 6, p. 916; RINCAZAUX - DIENY, *Position dominante collective: vers une notion unifiée ?*, 1<sup>^</sup> Partie, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, 3, p. 125 - 2<sup>^</sup> Partie, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, 4, p. 117; RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Concorrenza e Mercato*, 2000, p. 517 ss.; SNELDERS - DOLMANS, *Cross-border mergers in company law and competition law: removing the final barriers*, in *XX Congress of the Fédération Internationale pour le Droit Européen (FIDE)*, 2002; STROUX, *US and EC oligopoly control*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 201 ss.; TODINO, *Recenti sviluppi nel controllo delle concentrazioni tra imprese - l'allocazione dei casi - il test di valutazione SIEC - gli impegni - lo standard probatorio*, in RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles - Milano, Bruylant - Giuffrè (in corso di pubblicazione); THOUVENIN, *13 juillet 2006: Première annulation d'une décision de la Commission autorisant une concentration entre Sony et BMG*, *RMCUE*, 2006, p. 524; VAN BAELE - BELLIS, *Competition law of the European Community*, The Hague, Kluwer Law, 2005, p. 40 ss.; VÖLCKER - O'DALY, *The Court of First Instance's Impala judgement: a judicial counter-reformation in EU merger control?*, *ECLR*, 2006, p. 590; WHISH, *Competition law*, London, Butterworths, 2001, p. 460 ss.; ZAMAGNI, *Economia politica*, Roma, La nuova Italia scientifica, 1985, p. 496.

## **DISTRIBUZIONE COMMERCIALE E DISCIPLINA ANTITRUST**

**Sommario:** **1.** *I contratti di distribuzione commerciale* - **1.1** *L'intensità del grado di collaborazione e le differenti strutture contrattuali* - **2.** *Disciplina comunitaria anti-trust degli accordi verticali* - **2.1** *Il Regolamento n. 2790/1999 e le linee direttrici* - **2.1.1** *Ambito di applicazione* - **2.1.1.a.** *Gli accordi di importanza minore* - **2.1.1.b.** *I contratti di agenzia* - **2.1.2** *La zona di sicurezza* - **2.1.3** *Le restrizioni fondamentali* - **2.1.4** *Obbligazioni non esentabili e criterio della separabilità* - **2.1.5** *Revoca e disapplicazione del regolamento* - **2.1.6** *Inapplicabilità del regolamento* - **2.1.7** *Il commercio elettronico.*

### **1. I contratti di distribuzione commerciale<sup>1</sup>**

Per contratti di distribuzione si intendono quegli strumenti contrattuali utilizzati dal produttore/fornitore di beni o servizi per diffondere gli stessi, tramite intermediari, ausiliari, dipendenti, collaboratori o altre imprese autonome (talora organizzati in vere e proprie reti distributive), raggiungendo in vario modo i consumatori finali.

La moderna distribuzione commerciale è caratterizzata, da un lato, dal necessario e funzionale collegamento tra produttore/fornitore di beni e servizi e mercato, nonché, dall'altro, dal processo di integrazione tra imprese che ne deriva e che può essere diversamente articolato a seconda della politica distributiva adottata dal produttore/fornitore.

La distribuzione commerciale, così come strutturata dal punto di vista economico, ha subito nel corso degli anni una rilevante evoluzione, con la conseguenza che alle figure contrattuali tipiche, tradizionalmente utilizzate ed elaborate in passato per regolarne il funzionamento, si sono affiancate nuove forme di collaborazione tra imprese (produttrici e distributrici) che hanno da-

<sup>1</sup> Cfr. A. VENEZIA, *Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita*, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2004, p. 5 ss.

to luogo alla nascita di contratti atipici sviluppatisi sulla base della prassi e delle sempre nuove esigenze di carattere economico.

Tale affiancamento è stato reso possibile dalla presenza, nel nostro codice civile, dell'art. 1322 cod. civ. che, nella sua ampiezza di potenziali contenuti, ha conferito legittimità a tutte quelle forme contrattuali mutuata dalla prassi che risultassero conformi ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, accanto alle figure tipiche del contratto di compravendita, di somministrazione, di agenzia e di commissione, si sono sviluppate ed affermate altre figure contrattuali atipiche e, più precisamente, il contratto di concessione di vendita (con le sue varianti, tra le quali spicca la distribuzione selettiva, basata come è noto su criteri di scelta di carattere qualitativo e quantitativo e sul divieto di vendita dei prodotti al di fuori della rete a terzi dettaglianti non autorizzati), il contratto di *franchising* (il cui sviluppo nella prassi commerciale è evidente e che trova una sua disciplina specifica nella legge n. 129 del 6 maggio 2004<sup>2</sup> «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale») nonché il contratto di procacciamento d'affari (che può essere considerato assimilabile ad un contratto di agenzia, seppur caratterizzato dalla mancanza di stabilità).

Nella prassi sono altresì riscontrabili ulteriori forme contrattuali ibride, difficilmente classificabili all'interno dell'una o dell'altra struttura contrattuale che, soprattutto se riferite a figure atipiche, si giustificano e legittimano proprio in virtù dell'elasticità connaturata alla natura stessa dei contratti atipici.

Certo è tuttavia che a ciascuna figura contrattuale risponde una specifica esigenza di carattere economico commerciale, peraltro non sempre statica e suscettibile quindi di determinare aggiustamenti ed evoluzioni che rendono estremamente complessa una precisa opera di classificazione ed inquadramento.

<sup>2</sup> In *Guri* n. 120 del 24 maggio 2004. Cfr. per un commento complessivo della nuova normativa G. DE NOVA - C. LEO - A. VENEZIA, *Il franchising*, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2004; A. VENEZIA, *Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita*, cit. *supra*, nota 1, p. 157 ss.; G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *I Contratti*, 2004, p. 761 ss.; A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, Giappichelli, 2004; A. VENEZIA, *La fase precontrattuale nella nuova legge sul franchising*, in *Agenti & rappresentanti di commercio*, n. 4/2004, p. 25 ss.; C. VACCÀ, *Franchising: una disciplina in cerca di identità*, in *Contratto e Impresa*, 2004, p. 870 ss.; G. COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 851 ss.; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1153 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.* 2004, p. 1163 ss.; F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, Padova, Cedam, 2004; E. M. TRIPOLI - V. PANDOLFINI - P. IANNOZZI, *Il manuale del franchising*, Milano, Giuffrè, 2005; G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005, p. 769 ss.; L. GUERRINI, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 1263 ss.; A. VENEZIA, *Responsabilità del franchisor nei confronti dei terzi per comportamenti del franchisee* (nota a C.A. Napoli 3/3/2005), in *I Contratti*, 2005, p. 1133 ss.; AA.VV., *L'affiliazione commerciale*, a cura di V. CUFFARO, Torino, Giappichelli, 2005; A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, Cedam, 2006; V. DE GIOIA, *Il franchising*, Forlì, Experta, 2006; A. VENEZIA, *Il completamento della normativa italiana ed i contratti internazionali di franchising*, in *I Contratti*, 2006, p. 995 ss.

Non a caso, infatti, la giurisprudenza, pur essendosi interessata in maniera massiccia dei fenomeni contrattuali collegati alla distribuzione commerciale, non ha ad oggi elaborato alcuna precisa categoria giuridica all'interno della quale sia possibile inserire i contratti di distribuzione.

Anche la dottrina, per la verità, che si è molto occupata del fenomeno, ha individuato con estrema difficoltà ed in maniera non sempre unitaria una categoria in grado di includere tutti i fenomeni in qualche modo riconducibili alla distribuzione commerciale moderna. Una parte autorevole della dottrina<sup>3</sup> ritiene configurabile una vera e propria categoria giuridica dei contratti di distribuzione, ispirata a principi comuni e con la conseguente possibilità di applicazione analogica delle norme previste, ad esempio, per il contratto di agenzia, ad altre figure contrattuali appartenenti alla categoria. Tale tesi non ha però trovato sino ad ora conferma (se si esclude la concessione di vendita alla quale vengono da tempo pacificamente applicate alcune delle norme dettate in tema di somministrazione), da parte della giurisprudenza.

Le predette difficoltà di individuazione di una categoria unitaria sono peraltro collegate, e direi anzi connaturate, alla struttura stessa dei contratti di distribuzione che, per definizione, sono destinati a regolare una realtà complessa ed in continuo divenire, difficilmente suscettibile di essere imbrigliata in rigide definizioni di carattere giuridico.

Evidentemente ciò è reso possibile proprio dall'assenza di una specifica regolamentazione di carattere legislativo, che ha consentito alla prassi di elaborare strutture contrattuali atipiche in parte nuove ed in parte collegate a contratti tipici preesistenti, ma senza dubbio estremamente duttili e funzionali al soddisfacimento di concreti interessi di carattere economico.

L'assenza di una precisa regolamentazione giuridica può quindi considerarsi, a mio avviso, un elemento estremamente positivo ancorché talvolta a scapito di quel valore fondamentale di certezza del diritto il cui sacrificio è tuttavia in alcuni casi necessario al fine di consentire lo sviluppo di nuove forme contrattuali.

Si spiega in questo modo lo scetticismo e lo scarso entusiasmo che, soprattutto tra gli operatori del settore, hanno incontrato alcuni recenti tentativi di inquadramento dal punto di vista legislativo di strutture contrattuali atipiche senza dubbio vincenti quali ad esempio il contratto di *franchising*. *Franchising* che ha trovato tuttavia, dopo un lungo e travagliato iter legislativo, una sua regolamentazione, ancorché limitata ad alcuni aspetti del contratto, con la già menzionata legge n. 129/2004 «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale»<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> R. BALDI, con la collaborazione di A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il Franchising*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 22 s.

<sup>4</sup> Sul punto cfr. *supra*, nota 2.

Dal punto di vista pratico, la giurisprudenza, al fine di risolvere i molteplici problemi relativi alle singole fattispecie di volta in volta sottoposte al suo esame, è ricorsa da un lato ai principi di carattere generale che regolano la redazione e l'esecuzione dei contratti e dall'altro al criterio dell'analogia che, come è noto, consiste nell'utilizzo di previsioni normative stabilite per contratti tipici assimilabili a quelli in esame. In particolare la giurisprudenza si è riferita alla disciplina prevista per il contratto di mandato, di somministrazione, di compravendita e di appalto ed alle figure del contratto misto, del contratto normativo e del contratto quadro.

In conclusione, quindi, pur non essendo stata individuata dalla giurisprudenza una definizione precisa della categoria dei contratti della distribuzione moderna, cosa che peraltro ne consente l'ulteriore sviluppo seguendo quindi l'evoluzione economico-strutturale della distribuzione stessa, possono dirsi rientrare nell'ambito dei contratti della distribuzione commerciale due sottocategorie:

*a.* I contratti di distribuzione tipici

- Agenzia
- Somministrazione
- Commissione
- *Franchising*

*b.* I contratti di distribuzione atipici

- Concessione di vendita
- Distribuzione selettiva
- Procacciamento d'affari.

### 1.1 *L'intensità del grado di collaborazione e le differenti strutture contrattuali*

Un elemento senza dubbio rilevante nella scelta della struttura contrattuale da adottarsi è costituito dal livello di integrazione che il produttore/fornitore si ripromette di instaurare con i propri collaboratori per la distribuzione di prodotti e/o servizi.

Tale livello di integrazione deve essere valutato anche sulla base delle intenzioni del produttore/fornitore in ordine alla propria presenza e controllo diretto sul mercato di riferimento ed ai conseguenti investimenti necessari.

Ciascun contratto di distribuzione assolve infatti ad una differente finalità ed è conseguentemente correlato ad un diverso grado di collaborazione ed integrazione tra le parti.

Il contratto (o meglio l'autorizzazione a svolgere attività) di procacciamento d'affari ad esempio viene di norma utilizzato in nuovi mercati, laddove il procacciatore abbia occasione di recarsi, senza peraltro essere legato ad alcun obbligo di svolgimento di attività promozionale e dove il fornitore/produttore intende effettuare dei *test* od in relazione ai quali non ha ancora



elaborato una precisa politica distributiva, desiderando semplicemente saggiare le potenzialità del mercato.

Ecco che un contratto di distribuzione quale il procacciamento d'affari si presenta ideale, poiché sostanzialmente privo di reciproche obbligazioni, senza particolari vincoli in tema di esclusiva, obblighi di non concorrenza, obblighi di promozione e nel quale il procacciatore si limita a segnalare potenziali opportunità di *business*. Il pagamento del compenso (di norma sotto forma di percentuale sull'importo della fornitura: altrimenti detto provvigione) è correlato all'esecuzione dell'affare, che può dirsi compiuta con il pagamento della fornitura da parte del cliente.

Qualora invece l'intendimento del produttore sia quello di introdursi in maniera più stabile in un determinato mercato, mantenendo il controllo dello stesso, con l'indicazione dei prezzi di rivendita, avocando a sé (o meno, per l'ipotesi di agenzia con rappresentanza) la conclusione dei contratti e la decisione ultima in ordine all'opportunità di contrarre con determinati soggetti, può essere utilizzato il contratto di agenzia senza rappresentanza. Con questo contratto il collaboratore del produttore/fornitore, denominato agente, è incaricato di svolgere attività promozionale volta alla conclusione (riservata al produttore/fornitore) di contratti di vendita dei prodotti del produttore/fornitore (denominato preponente) in una zona determinata, che può essere individuata non soltanto con criteri di tipo geografico, ma altresì tramite l'indicazione di categorie generali o gruppi di clienti.

Con questo tipo di contratto il preponente, pur affidandosi all'agente o più spesso ad una rete di agenti per lo sviluppo della distribuzione dei propri prodotti in un determinato mercato, mantiene sullo stesso un controllo elevato, senza dover sopportare particolari investimenti e riconoscendo di norma agli agenti un compenso costituito da una percentuale sull'importo incassato per ogni singolo affare (provvigione).

Il costo della distribuzione tramite agenti è dunque variabile in funzione del fatturato realizzato e non fisso, quale sarebbe quello derivante da una rete di vendita diretta. Va peraltro tenuto presente un ulteriore costo in occasione della cessazione del contratto, costituito dall'indennità di fine rapporto la cui concreta quantificazione, in diritto italiano, resta uno dei problemi fondamentali del contratto di agenzia<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Segnalo sul punto la recente pronuncia della Corte di giustizia del 23 marzo 2006 in causa n. C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl c. Mariella De Zotti*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2879, con la quale i criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto, così come previsti dagli aec del 1992, sono stati ritenuti non in linea con il contenuto della direttiva 18 dicembre 1986, n. 653. Cfr. sul punto il mio commento A. VENEZIA, *Agenti: l'indennità di fine rapporto tra accordi e direttiva comunitaria*, in *Guida al lavoro*, n. 15, 7 aprile 2006, p. 28 ss.

Alla predetta sentenza della Corte di giustizia appare essersi uniformata, seppure senza trarne le più drastiche conseguenze in termini di nullità degli aec, anche la Corte di cassazione, sezione lavoro, con la sentenza del 3 ottobre 2006 n. 21309. Cfr. sul punto A. VENEZIA, *Calcolo dell'indennità di fine rapporto nel contratto di agenzia*, in *I Contratti*, 2007, p. 274 ss.

Ulteriore vantaggio dell'utilizzo di contratti di agenzia è costituito dalla sostanziale disapplicazione delle norme a tutela della concorrenza, non rientrando l'agenzia, salvo eccezioni decisamente rare, tra gli accordi verticali soggetti alla disciplina *antitrust*<sup>6</sup>.

Differente è invece il fine del contratto di somministrazione, che può essere collegato al soddisfacimento di un determinato fabbisogno e che in quest'ottica può presupporre una sorta di distribuzione diretta da parte del fornitore/produttore al fruitore dei beni e/o dei servizi. D'altronde, il contratto di somministrazione può altresì essere utilizzato nei rapporti tra produttori (per la fornitura di materie prime e semilavorati) o nei rapporti tra produttori e distributori.

Altra possibilità per la creazione di una rete di distribuzione è l'utilizzo del contratto atipico di concessione di vendita (con o senza esclusiva), dove certamente è presente una maggiore integrazione tra le parti, una partecipazione da parte del distributore-concessionario agli investimenti necessari per potenziare la distribuzione ed un conseguente minore controllo da parte del produttore/fornitore (denominato concedente) sul mercato di riferimento.

Caratteristica del contratto di concessione di vendita è, infatti, l'acquisto diretto di beni da parte del distributore concessionario al fine della rivendita degli stessi nel mercato di riferimento.

Il concessionario, dunque, assume su di sé il rischio della rivendita dei prodotti, garantendo di norma al concedente l'acquisto di quantitativi minimi, a fronte della concessione di un'esclusiva e del diritto di utilizzo di nomi, marchi e segni distintivi del concedente.

Il concedente per contro finisce per perdere, quanto meno in parte, il controllo diretto del mercato, sul quale com'è ovvio continua ad influire, ma non in maniera così efficace come nella distribuzione diretta o tramite contratti di distribuzione differenti, quali ad esempio l'agenzia.

Il concessionario da parte sua necessita di una struttura e di un'organizzazione talvolta molto complesse e con investimenti notevoli di capitali. Pertanto è considerato da parte della normativa *antitrust* come un imprenditore indipendente ed è come tale soggetto ai relativi limiti e divieti in termini di prezzo imposto, utilizzo di *internet*, divieto di protezione territoriale assoluta e di compartimentazione del mercato.

Affine alla concessione di vendita è poi la distribuzione selettiva che, pur riprendendone lo schema generale, si caratterizza per una serie di peculiarità che consentono di considerarla a sé stante.

Questa formula contrattuale è utilizzata di norma per la distribuzione di prodotti ad elevato contenuto tecnologico e di particolare qualità, in relazione

<sup>6</sup> Cfr. sul punto il paragrafo successivo dedicato al Regolamento comunitario n. 2790/99 in tema di accordi verticali.

ai quali la figura del distributore assume un'importanza fondamentale al fine di garantire da un lato un'adeguata assistenza, sia prima sia dopo la conclusione del contratto di vendita del prodotto, e dall'altro un'immagine che sia in linea con le caratteristiche del prodotto e della rete di distribuzione.

La distribuzione viene dunque affidata esclusivamente a soggetti selezionati sulla base di precisi parametri di carattere qualitativo, stabiliti dal produttore. Come per la concessione di vendita, i distributori acquistano i prodotti per la rivendita, anche se sono soggetti ad un maggiore controllo da parte del produttore. Controllo che tuttavia deve rispettare l'autonomia ed indipendenza dei distributori.

All'interno della distribuzione selettiva sono peraltro individuabili figure assai diverse tra loro e caratterizzate dai criteri di massima che il produttore intende applicare alla propria rete.

A causa delle caratteristiche di questa forma di distribuzione, sono di norma vietate le vendite di prodotti ad altri intermediari non appartenenti alla rete, ed è altresì prevista la necessità che il distributore fornisca specifici servizi ai consumatori, sia prima della vendita, sia di assistenza *post* vendita.

Si realizza dunque con questa forma distributiva una certa integrazione tra produttore e distributore, con un maggior controllo da parte del primo sul mercato di riferimento e con una selezione dei distributori basata principalmente su criteri di carattere tecnico-qualitativo.

Da ultimo la figura contrattuale dotata del maggior e più intenso grado di integrazione tra produttore/fornitore e distributore è il contratto di *franchising*. Per certi versi simile (quanto meno in una delle sue varianti) al contratto di concessione di vendita, si caratterizza però per una maggiore compenetrazione tra produttore/fornitore (*franchisor*) e distributore (*franchisee*). Trattasi di una figura contrattuale di provenienza statunitense che è apparsa sulla scena europea sin dagli anni sessanta, venendo ad affermarsi quale nuovo strumento di espansione delle reti distributive negli anni ottanta e novanta.

Il contratto di *franchising*, caratterizzato da una notevole elasticità, è stato utilizzato in due grandi settori, quello distributivo (suddiviso, a seconda dell'oggetto, nel *franchising* relativo alla distribuzione di prodotti ed in quello concernente i servizi) e quello industriale.

Senza voler entrare nei dettagli, in linea generale si può evidenziare che l'utilizzo del contratto di *franchising* ha come presupposto la creazione da parte del *franchisor* (vale a dire di colui che intende creare o sviluppare la propria rete distributiva) di una vera e propria struttura imprenditoriale dedicata espressamente alla creazione prima ed alla gestione e sviluppo in un secondo tempo della rete di *franchising*. Rete di *franchising* che comporta, come detto, una forte integrazione tra il *franchisor* ed i *franchisee* (o affiliati), con l'inserimento di questi ultimi nella rete ed il conseguente godimento di una serie di benefici dalla stessa direttamente derivanti, quali ad esempio lo

sfruttamento della medesima immagine e segni distintivi, la possibilità di utilizzo di procedure e *know how* tecnico e commerciale sviluppato dal *franchisor* ed in continuo aggiornamento, anche sulla base delle esperienze dei membri stessi della rete.

Ed è proprio il *know how* una delle peculiarità a mio avviso più significative del contratto di *franchising* e che contribuisce a differenziarlo dagli altri contratti di distribuzione.

Anche nel contratto di *franchising* il *franchisee*, e cioè il distributore, è un'impresa indipendente che consente al *franchisor* di consolidare la sua presenza sul mercato e di rendere capillare la distribuzione dei propri prodotti e servizi senza eccessivi oneri finanziari, anche se, come detto, la creazione di una rete (con punti vendita pilota, elaborazione di un *business plan* e di un pacchetto *franchising*) ed il suo sviluppo comportano certamente investimenti di notevole entità.

Quale contropartita per il *franchisor* è di norma previsto un compenso, che va ad aggiungersi al vantaggio indiretto derivante dalla commercializzazione dei propri beni e servizi e dal continuo affermarsi dei propri marchi e segni distintivi, con l'accrescimento delle quote di mercato detenute.

Infine accanto al *franchising*, nei rapporti internazionali si è andata affermando la figura del *master franchising* (al quale è espressamente applicabile la legge n. 129/2004, «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale»<sup>7</sup>), vale a dire un accordo stipulato dal *franchisor* con un soggetto che si occupa di sviluppare la rete di *franchising* in una determinata zona (di solito coincidente con uno Stato straniero, dove il *franchisor* potrebbe trovare maggiori difficoltà ad inserirsi direttamente).

In conclusione non può che confermarsi che, tra i contratti di distribuzione, quello di *franchising* è il rapporto nel quale si attua con maggiore intensità la collaborazione ed integrazione tra produttore e/o fornitore di beni e servizi e distributore. In particolare il *franchising* si adatta in maniera estremamente efficace alla distribuzione di servizi, settore che anche negli ultimi anni risulta in continua crescita.

## 2. Disciplina comunitaria *antitrust* degli accordi verticali

La regolamentazione comunitaria *antitrust* degli accordi verticali, tra i quali rientrano i contratti di distribuzione, è contenuta in due testi di riferimento adottati di recente dalla Commissione, e più precisamente il Regola-

<sup>7</sup> A condizione peraltro che il contratto di *master franchising* sia sottoposto al diritto italiano.

mento di esenzione per categoria n. 2790/1999<sup>8</sup> e le Linee direttrici sulle restrizioni verticali<sup>9</sup>.

Il Regolamento n. 2790/99, frutto di una profonda revisione della politica comunitaria in tema di concorrenza, è stato emanato dalla Commissione in forza del Regolamento n. 19/65 Cee, con il quale quest'ultima è stata autorizzata dal Consiglio ad emanare, come previsto dall'art. 81, par. 3 del Trattato CE, regolamenti di esenzione dall'applicazione dell'art. 81, par. 1, ad intere categorie di accordi.

Tramite lo strumento dei regolamenti di esenzione un accordo, altrimenti vietato siccome in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 81, par. 1, può essere considerato ciò nonostante valido, a condizione peraltro che rientri nel campo di applicazione del regolamento di esenzione, soddisfandone i requisiti.

L'adozione del Regolamento sugli accordi verticali è stata preceduta dalla pubblicazione, all'inizio del 1997, del *Libro Verde sulle Restrizioni Verticali nella politica di concorrenza comunitaria*<sup>10</sup>, con il quale la Commissione ha riesaminato la propria politica della concorrenza applicata alle principali forme di distribuzione, e più precisamente alla distribuzione esclusiva, alla distribuzione selettiva, agli accordi di acquisto esclusivo ed agli accordi di *franchising*<sup>11</sup>.

La Commissione, dall'analisi della disciplina esistente e dai problemi emersi in relazione alla sua applicazione pratica, ha evidenziato tre principali linee di intervento e più precisamente:

<sup>8</sup> Regolamento (Ce) n. 2790/1999 del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Guce* n. L 336 del 29 dicembre 1999, p. 21. Cfr. sul punto per approfondimenti il mio articolo A. VENEZIA, *La nuova politica comunitaria in materia di restrizioni verticali ed il regolamento n. 2790/1999*, in *I Contratti*, 2000, 1042 ss.

Sull'applicazione degli artt. 81 e 82 CE si vedano anche Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, in *Guce* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 54 e Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Guce* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 81.

<sup>9</sup> Linee direttrici sulle restrizioni verticali, in *Guce* n. C 291 del 13 ottobre 2000, p. 1 e (per l'EFTA) in *Guce* n. C 122 del 23 maggio 2002, p. 1.

<sup>10</sup> Libro Verde sulle Restrizioni Verticali nella politica di concorrenza comunitaria del 22 gennaio 1997, in Com(96)721 fin.

<sup>11</sup> Forme di distribuzione già almeno in parte disciplinate da regolamenti di esenzione per categoria, prossimi alla scadenza all'epoca della pubblicazione del libro verde: Regolamento (Ce) n. 1983/83, del 22 giugno 1983, relativo a categorie di accordi di distribuzione esclusiva, in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1983, p. 1; Regolamento (Ce) n. 1984/83, del 22 giugno 1983, relativo a categorie di accordi di acquisto esclusivo, in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1983, p. 5 e Regolamento (Ce) n. 4087/88, del 30 novembre 1988, concernente categorie di accordi di *franchising*, in *Guce* n. L 359 del 28 dicembre 1988, p. 46. Questi regolamenti di esenzione si limitavano peraltro a prevedere, oltre ad una definizione abbastanza precisa delle categorie di accordi considerate, un elenco di clausole assolutamente vietate (lista nera) il cui inserimento comportava la nullità dell'intesa, ed un ulteriore elenco di clausole ammesse (lista bianca) che, ancorché da considerarsi restrittive della concorrenza, erano ritenute non ostative al mantenimento del beneficio. Questa impostazione aveva comportato una profonda ingerenza da parte della Commissione nella stessa redazione dei contratti di distribuzione, tanto che era stata accusata di dirigismo.

- la struttura dei regolamenti di esenzione, troppo rigorosi e formalistici;
- il mancato collegamento tra criteri di esenzione ed effettivo potere di mercato detenuto;
- l'oggetto delle esenzioni, limitate ad accordi verticali (conclusi cioè tra soggetti posti a stadi differenti della catena di distribuzione) relativi alla rivendita di beni finali, senza alcuna attenzione sia per i beni intermedi, sia per i servizi.

La struttura e i contenuti dei regolamenti di esenzione, dai quali derivavano molti dei problemi evidenziati, erano tuttavia conseguenza diretta della delega in proposito conferita alla Commissione dal Consiglio tramite il Regolamento n. 19/65<sup>12</sup>, con il quale si precisava che agli accordi interessati dall'esenzione dovevano partecipare soltanto due imprese, che ciascun regolamento avrebbe dovuto prevedere una definizione delle categorie di accordi ai fini della propria applicabilità, le restrizioni o clausole che non potevano figurare negli accordi, le condizioni che dovevano essere soddisfatte e le clausole che dovevano invece figurare negli accordi.

Il predetto mutamento di indirizzo della politica comunitaria in tema di restrizioni verticali<sup>13</sup> ha quindi comportato la necessaria preventiva modifica del regolamento n. 19/65, ad opera del Regolamento del Consiglio n. 1215/1999<sup>14</sup>.

Oltre a ciò s'impondeva la necessità di valutare ed analizzare gli effetti prodotti dagli accordi verticali sul mercato con un maggior ricorso ad un'analisi di tipo prettamente economico, che fosse in grado di meglio rappresentare i concreti effetti sulla libertà di concorrenza degli accordi verticali e delle eventuali restrizioni negli stessi contenute<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Regolamento n. 19/65, del 2 marzo 1965, in *Guce* n. L 36 del 6 marzo 1965, p. 533-535.

<sup>13</sup> Il confronto avviato sul testo del Libro Verde è stato molto approfondito, tanto che la Commissione ha ritenuto di emettere l'ulteriore Regolamento n. 1582/97 (del 30 luglio 1997, in *Guce* n. L 214 del 6 agosto 1997, p. 27) per prorogare la validità dei Regolamenti di esenzione in tema di distribuzione esclusiva e di acquisto esclusivo, facendone coincidere la scadenza con quello in tema di *franchising*, desiderando attendere la conclusione del dibattito in corso prima di effettuare interventi di sorta.

<sup>14</sup> Regolamento n. 1215/99, del 10 giugno 1999, in *Guce* n. L 148 del 15 giugno 1999, p. 1-4, che ha modificato gli artt. 1, 6 e 7 del regolamento n. 19/65, introducendo un nuovo art. 1 bis. La Commissione è stata abilitata ad adottare un regolamento di esenzione dall'applicazione dell'art. 85, par. 1 del Trattato a categorie di accordi verticali o pratiche concordate concluse tra due o più imprese e relative alle condizioni di acquisto, vendita e rivendita di beni e servizi e, ciò che è più importante alla luce della nuova tecnica di redazione, è stata eliminata la necessità di indicare espressamente le clausole che devono figurare negli accordi. L'art. 1 bis ha inoltre consentito alla Commissione di indicare in un regolamento (adottato a norma dell'art. 1) le condizioni alle quali sarà possibile escludere dal suo ambito di operatività reti parallele di accordi o pratiche concordate simili operanti in un determinato mercato, mentre il par. 2 dell'art. 7 ha conferito alle autorità preposte degli Stati membri la possibilità di revocare il beneficio dell'esenzione laddove le stesse riscontrino nel proprio territorio (che deve avere le caratteristiche di un mercato distinto) l'esistenza di accordi o pratiche concordate che, pur soddisfacendo i requisiti di un regolamento di esenzione, producessero effetti incompatibili con le condizioni di cui all'art. 81, par. 3.

<sup>15</sup> Difatti, l'incidenza sulla libertà di concorrenza delle restrizioni verticali è suscettibile di atteggiarsi in maniera diametralmente opposta a seconda della struttura del mercato di riferimento e del potere di mercato detenuto dall'impresa che, di fatto, le utilizza. In particolare, laddove la con-

Il Consiglio ha inoltre adottato un secondo strumento normativo preliminare, e cioè il regolamento n. 1216/99 (del 10 giugno 1999, in *Guce* n. L 148 del 15 giugno 1999, p. 5-6) che, modificando l'art. 4, par. 2 del regolamento n. 17/62, ha incluso gli accordi verticali tra quelli, previsti nel medesimo paragrafo, che sono dispensati dall'obbligo di notifica alla Commissione preliminare all'esenzione.

In questo modo, l'eventuale esenzione individuale concessa dalla Commissione potrà retroagire al momento della conclusione dell'accordo, anche nel caso in cui la notifica sia avvenuta successivamente<sup>16</sup>.

Il Regolamento n. 17/62 è stato tuttavia sostituito dal *Regolamento Ce n. 1/2003* del Consiglio del 16 dicembre 2002 in materia di concorrenza<sup>17</sup>. Il nuovo Regolamento, con applicazione a decorrere dal 1° maggio 2004, ha soppresso il precedente meccanismo di notifica delle intese, accordi, decisioni e pratiche concordate, per passare ad un sistema di eccezione legale.

Sono quindi le stesse imprese a dover procedere ad una valutazione di compatibilità dei loro accordi con il mercato interno. Da ciò scaturisce la valorizzazione del ruolo delle autorità nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie, con l'apertura ad un sistema di eccezione direttamente applicabile e la conseguente possibilità di immediata attuazione dell'art. 81, par. 3<sup>18</sup> del Trattato da parte delle autorità garanti e delle giurisdizioni nazionali.

correnza tra marche sia efficiente, è probabile che la presenza di restrizioni verticali (meno pregiudizievoli per la concorrenza rispetto a quelle orizzontali, a causa del potere di autodisciplina insito nelle prime) abbia come effetto il potenziamento del rendimento dal punto di vista economico, con conseguenti vantaggi per i consumatori. Al contrario, in un mercato caratterizzato da una concorrenza debole, con la presenza di una o più posizioni di potere non correttamente bilanciate, gli effetti potrebbero rivelarsi molto negativi, con la conseguente necessità di controllo e/o intervento.

Per un'analisi degli effetti delle intese verticali sulla concorrenza PROSPERETTI - SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Roma, Carocci, 2006, p. 173 ss.

<sup>16</sup> Tale possibilità era in precedenza preclusa, salvo rare eccezioni, dal vecchio testo del regolamento n. 17/62, che prevedeva espressamente l'impossibilità per un'esenzione individuale di avere efficacia per un momento anteriore alla data di notifica. L'introduzione di quest'efficacia retroattiva delle esenzioni individuali è collegata al nuovo sistema con una soglia espressa in termini di quota di mercato, suscettibile di ingenerare errori di valutazione da parte delle imprese, che potrebbero omettere la notifica dell'accordo, ritenendo erroneamente di essere al di sotto della quota di mercato stabilita.

<sup>17</sup> In *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003.

<sup>18</sup> Art. 81 (ex 85) 3. Tuttavia, le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese;
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni d'impresa, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei 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.

Vedi anche la Comunicazione della *Commissione Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81 par. 3 del Trattato*, in *Guce* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 97.

Come previsto infatti dall'art. 1 del Regolamento n. 1/2003 gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, par. 1 del Trattato<sup>19</sup>, che soddisfino le condizioni del par. 3 «(...) *non sono vietati, senza che occorra una previa decisione in tal senso*».

In altri termini, mentre in applicazione del Regolamento n. 17/62 gli accordi vietati ex art. 81, par. 1 potevano beneficiare dell'esenzione di cui al par. 3 solo attraverso un'autorizzazione della Commissione<sup>20</sup>, con il Regolamento n. 1/2003 la semplice rispondenza ai requisiti di cui all'art. 81, par. 3 comporta l'implicita autorizzazione *ex lege*, senza il necessario intervento di alcuna autorità.

È dunque sostanzialmente mutato il ruolo dei regolamenti di esenzione che sono passati da strumento indispensabile per ottenerla (anche se *a posteriori* a seguito della modifica a suo tempo effettuata dell'art. 4 del regolamento n. 17/62 al fine di uniformarne il contenuto all'emanando Regolamento n. 2790/99) a garanzia di legittimità di quegli accordi che ne rispettino le condizioni.

Difatti, una volta che la Commissione abbia stabilito, attraverso l'adozione di un regolamento di esenzione per categoria, che certi accordi beneficiano dell'esenzione ex art. 81, par. 3, tale scelta non appare ulteriormente sindacabile (se non attraverso meccanismi *ad hoc* ad esempio previsti nello stesso Regolamento n. 2790/99).

## 2.1 Il Regolamento n. 2790/1999 e le linee direttrici

In data 22 dicembre 1999 la Commissione ha adottato il Regolamento n. 2790/99<sup>21</sup>, e solo nel corso del 2000 il testo definitivo delle linee direttrici<sup>22</sup>.

Il Regolamento di esenzione per categoria ha sostituito integralmente i tre regolamenti di esenzione vigenti in tema di distribuzione esclusiva, acquisto esclusivo e *franchising* (con espressa esclusione del regolamento relativo agli

<sup>19</sup> Art. 81 (ex 85). 1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

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.

<sup>20</sup> Individualmente, previa notifica dell'accordo, o collettivamente con i regolamenti di esenzione per categoria. Cfr. sul punto BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit. *supra*, nota 2, p. 99.

<sup>21</sup> Il Regolamento è entrato in vigore il 1° giugno 2000 con scadenza il 31 maggio 2010.

<sup>22</sup> Linee direttrici sulle restrizioni verticali, cit. *supra*, nota 9.



accordi per la distribuzione di autoveicoli ed il relativo servizio di assistenza alla clientela<sup>23</sup>) e ha incluso nella sua disciplina tutte le restrizioni verticali aventi per oggetto beni e servizi, sia finali sia intermedi, ad esclusione di alcune limitate restrizioni non esentabili.

Il Regolamento unico è basato su di una lista di "clausole negative", con la conseguenza che ciò che non è incluso in dette clausole potrà considerarsi ammesso: alle imprese è quindi lasciato un più ampio margine di libertà, con il contemporaneo superamento dell'effetto costringente e dirigistico derivante dalle liste bianche e dalle precise definizioni contenute nei precedenti regolamenti.

Il superamento della principale lacuna riscontrata, costituita dal mancato collegamento tra restrizioni alla concorrenza ed effettivo impatto delle stesse sul mercato rilevante, è stato attuato con l'adozione di un meccanismo costituito dall'inserimento di una soglia espressa in termini di quote di mercato.

Le imprese che si troveranno a detenere un potere di mercato inferiore a tale soglia avranno la possibilità di utilizzare restrizioni verticali, ad eccezione di quelle rientranti nel cosiddetto nucleo di «restrizioni fondamentali», godendo della presunzione di inesistenza di effetti negativi sulla libertà di concorrenza.

L'eventuale superamento della soglia non comporterà peraltro una presunzione di illegittimità, ma esclusivamente un onere in termini di richiesta di esenzione individuale.

Le linee direttrici sono state emesse dalla Commissione allo scopo di riassumere i propri criteri di valutazione degli accordi verticali alla luce dell'art. 81 del Trattato, ed altresì per consentire alle imprese di effettuare un'autonoma valutazione degli accordi verticali sotto l'angolo visuale delle norme comunitarie in tema di concorrenza. A quest'ultimo proposito, nelle linee direttrici si precisa che i principi ivi contenuti debbono essere applicati di volta in volta ai singoli casi concreti, il che ne esclude un'applicazione meccanica, con la conseguenza che i criteri applicativi che saranno adottati dalla Commissione saranno ispirati a principi di flessibilità e ragionevolezza.

La Commissione ha evidentemente inteso fornire una possibile linea interpretativa, conservando peraltro una libertà di manovra assai ampia, anche al fine di poter eventualmente graduare l'incidenza delle novità sulla base del concreto impatto delle stesse dal punto di vista pratico.

Le linee direttrici risultano comunque molto utili, poiché analizzano in chiave interpretativa ogni disposizione del Regolamento e dedicano l'ultima sezione all'analisi della politica di applicazione della normativa comunitaria in tema di concorrenza nel caso in cui sia necessario ricorrere ad una richiesta di esenzione su base individuale.

<sup>23</sup> Regolamento che, data la specificità dell'argomento non è oggetto del presente intervento: cfr. sul punto per approfondimenti numerosi articoli e commenti in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, I, p. 1 ss. e II, p. 1014 ss.

È evidente che questa sorta di interpretazione autentica del Regolamento non può che essere di giovamento, anche in considerazione del fatto che lo stesso ne sostituisce tre ed abbraccia quasi tutte le forme di distribuzione verticale tra due o più imprese, compresi anche gli accordi di distribuzione selettiva (in precedenza non contemplati da alcun regolamento di esenzione per categoria e che pertanto necessitavano di esenzioni individuali), aventi ad oggetto beni finali, servizi e beni intermedi.

### 2.1.1 *Ambito di applicazione*

Nella delimitazione del suo ambito di applicazione, il regolamento n. 2790/99 adotta una formula di ampio respiro che definisce gli "accordi verticali".

La definizione, non limitata agli accordi tra due imprese, attiene a tutti gli accordi o pratiche concordate intervenuti tra due o più imprese caratterizzate dall'operare, ai fini dell'accordo, ad un differente livello della catena di produzione o distribuzione.

A questo primo requisito di carattere soggettivo si aggiunge un ulteriore elemento attinente all'oggetto dell'accordo o della pratica concordata, che deve riferirsi alle condizioni di acquisto, vendita o rivendita di determinati beni (anche intermedi) o servizi, pattuite tra le parti.

L'applicabilità del Regolamento, ricorrendo determinate condizioni, è inoltre estesa agli accordi verticali conclusi tra un'associazione di imprese ed i suoi membri o tra la prima ed i suoi fornitori.

Sono inoltre potenzialmente oggetto di esenzione anche gli accordi verticali contenenti disposizioni relative alla cessione o all'uso di diritti di proprietà industriale, a condizione tuttavia che presentino due caratteristiche:

- rappresentino un elemento secondario degli accordi;
- siano direttamente collegate all'uso, alla vendita o alla rivendita dei beni o servizi oggetto dell'accordo.

Infine, il par. 4 dell'art. 2 prevede un divieto generale di esenzione per tutti gli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti.

Questo divieto è suscettibile di eccezioni nel caso in cui i predetti accordi non siano reciproci e laddove siano riscontrabili ulteriori condizioni relative alternativamente alla quota di mercato dell'acquirente o alle caratteristiche di fornitore ed acquirente<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> In particolare, oltre alla condizione di non reciprocità, deve sussistere alternativamente almeno uno dei seguenti requisiti:

- che il fatturato annuo complessivo dell'acquirente non sia superiore a 100 milioni di euro;
- che il fornitore sia produttore e distributore di beni, mentre l'acquirente, pur essendo distributore (e in ciò si individuerebbe la concorrenza tra le due imprese), non produca beni concorrenti con quelli oggetto dell'accordo;
- che il fornitore sia un prestatore di servizi a diversi stadi commerciali, mentre l'acquirente

Tra gli accordi verticali esclusi dall'applicazione dell'art. 81, par. 1 del Trattato, e conseguentemente dall'applicabilità del regolamento di esenzione, le linee direttrici menzionano in primo luogo gli accordi di importanza minore e le piccole e medie imprese (punti 8-11) e di seguito uno tra i più utilizzati contratti di distribuzione, e più precisamente il contratto di agenzia (punti 12-20).

#### 2.1.1 a. *Gli accordi di importanza minore*

Gli accordi di importanza minore sono individuati dalla cosiddetta Comunicazione «*de minimis*»<sup>25</sup>, che fissa tre soglie, rappresentate rispettivamente dal 5%, dal 10% e dal 15% del mercato detenuto dalle imprese partecipanti, al di sotto delle quali gli accordi tra imprese di produzione o distribuzione di prodotti o di prestazione di servizi non ricadono nel divieto di cui all'art. 81, par. 1 del Trattato, in quanto si ritiene che non incidano sensibilmente sul commercio tra Stati membri.

L'esclusione dall'applicabilità dell'art. 81, par. 1 non viene meno anche nell'ipotesi in cui le quote siano superate in misura non superiore al 2%, nel corso di due esercizi consecutivi.

La Commissione precisa peraltro che la definizione in termini quantitativi dell'incidenza sensibile ha un valore puramente indicativo e che in ogni caso la Comunicazione non pregiudica l'applicazione dell'art. 81, par. 1 da parte dei giudici nazionali, così come l'applicabilità del diritto nazionale della concorrenza.

È inoltre escluso qualunque pregiudizio all'interpretazione dell'art. 81 effettuata da Corte di giustizia e Tribunale di primo grado delle Comunità europee.

La Commissione, pur ribadendo il carattere assolutamente non vincolante della Comunicazione, ha affermato che nei casi dalla stessa previsti non sarà intrapreso alcun procedimento da parte della Commissione stessa, né d'ufficio né su domanda e che, in caso di mancata notifica di un accordo, sul presupposto che lo stesso sia stato ritenuto in buona fede rientrante nella Comunicazione, non sarà imposta alcuna ammenda.

La presenza di tre soglie è in funzione del tipo di accordo considerato.

La prima soglia, pari al 10%, è relativa agli accordi orizzontali (conclusi cioè tra concorrenti effettivi o potenziali su uno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo), di norma ritenuti più pericolosi, dal punto di vista economico, in relazione ad eventuali restrizioni alla concorrenza negli stessi contenute.

non fornisca servizi concorrenti allo stadio in cui acquista i servizi oggetto del contratto.

<sup>25</sup> Più volte modificata nel corso degli anni e la cui ultima versione è stata pubblicata nel 2001: Comunicazione della Commissione del 22 dicembre 2001 relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea (*de minimis*), in *Guce* n. C 368 del 22 dicembre 2001, p. 13 ss.

La seconda, pari al 15%, attiene invece agli accordi tra non concorrenti.

Qualora risulti difficile stabilire se l'accordo sia concluso tra concorrenti o tra non concorrenti, verrà applicata la soglia del 10%.

La terza soglia attiene invece all'effetto cumulativo prodotto da reti parallele di accordi aventi efficacia simile sul mercato. In questi casi, sia per gli accordi tra concorrenti sia per quelli tra non concorrenti, la soglia in termini di quota di mercato è ridotta al 5%.

L'esenzione non è peraltro assoluta, in quanto la quota detenuta diviene irrilevante qualora gli accordi contengano restrizioni considerate gravi e più precisamente:

- Negli accordi tra concorrenti:
  - la fissazione dei prezzi;
  - la limitazione di produzione e vendita;
  - la ripartizione di mercati e clientela.
- Negli accordi tra non concorrenti
  - la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare i prezzi di vendita, con esclusione dei prezzi massimi o di quelli raccomandati;
  - le restrizioni di territorio e clientela ad eccezione delle seguenti, ritenute meno gravi:
    - restrizione delle vendite attive purché non vi siano restrizioni per i clienti dell'acquirente;
    - restrizioni delle vendite ai clienti finali per i grossisti;
    - restrizioni delle vendite a distributori non autorizzati nella distribuzione selettiva;
    - restrizioni della facoltà dell'acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli del fornitore;
    - le restrizioni delle vendite attive e passive agli utenti finali da parte dei membri di una rete di distribuzione selettiva operante nel commercio al dettaglio, salva la possibilità di proibire ai membri della rete lo svolgimento dell'attività in luogo non autorizzato;
    - la restrizione delle forniture incrociate tra i membri di una rete di distribuzione selettiva;
    - la restrizione pattuita tra un fornitore di componenti ed un acquirente che li incorpora, che limiti la possibilità del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione dei prodotti.

In questi casi dunque l'art. 81, par. 1 del Trattato potrà essere applicato normalmente, indipendentemente dalla quota di mercato detenuta.

In linea generale gli accordi conclusi tra piccole e medie imprese sono considerati con favore ai fini della concorrenza.

La Commissione precisa, infatti, che «raramente» saranno di natura tale da influenzare sensibilmente il commercio tra Stati membri.

Le linee direttrici hanno confermato che, fermo restando il rispetto delle condizioni stabilite nella Comunicazione «*de minimis*» con riguardo alle restrizioni fondamentali e agli effetti cumulativi, gli accordi verticali conclusi da imprese la cui quota del mercato rilevante non sia superiore al 10% (o 15%) sono generalmente esclusi dal campo di applicazione dell'art. 81, par. 1.

Per contro, laddove la quota detenuta sia superiore alla soglia del 10% (o 15%), non può presumersi esistente automaticamente una violazione dell'art. 81, par. 1: tali accordi potrebbero, infatti, non avere alcun effetto sul commercio tra Stati membri o comunque non costituire un'apprezzabile restrizione alla concorrenza. Tali accordi debbono quindi essere valutati nel loro specifico contesto legale ed economico.

Laddove invece siano presenti restrizioni fondamentali, come individuate nella «*de minimis*», l'art. 81, par. 1, può ritenersi applicabile anche al di sotto della soglia del 10% (o 15%), nel caso in cui si riscontri un effetto sensibile sul commercio tra Stati membri e sulla concorrenza.

È inoltre confermata la generale irrilevanza di accordi conclusi tra piccole e medie imprese in considerazione dei loro effetti, raramente suscettibili di creare intralcio al commercio tra Stati membri o di restringere la concorrenza.

È parimenti confermata, quanto meno in linea generale, l'esclusione dell'apertura di procedimenti da parte della Commissione, anche nell'ipotesi in cui si verificano le condizioni di cui all'art. 81, par. 1, per carenza di interesse dal punto di vista comunitario, a condizione ovviamente che tali imprese, collettivamente o individualmente considerate, non detengano una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune. Ciò non esclude peraltro eventuali interventi da parte delle singole autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza in applicazione delle proprie norme interne.

#### 2.1.1 b. *I contratti di agenzia*

Tra i contratti di distribuzione di maggior utilizzo, va certamente annoverato il contratto di agenzia che, a determinate condizioni, deve considerarsi del tutto estraneo all'applicabilità della normativa *antitrust*.

Difatti il contratto di agenzia è esaminato nella sezione II delle Linee direttrici (punti da 12 a 20), dedicata appunto agli accordi normalmente non rientranti nel campo d'applicazione dell'art. 81, par. 1.

Questo capitolo sostituisce la precedente Comunicazione relativa ai contratti di rappresentanza esclusiva con agenti commerciali del 1962, che escludeva totalmente dal campo di applicazione dell'art. 81, par. 1, tutti i contratti stipulati con rappresentanti di commercio nei quali questi ultimi si impegnavano a promuovere affari per conto di un'impresa, in una parte determinata

del territorio del mercato comune.

La predetta Comunicazione indicava quale condizione necessaria per non sottostare al divieto di cui all'art. 81, par. 1, che il rappresentante di commercio non svolgesse «(...) un'attività di commerciante in proprio».

Il criterio determinante per effettuare la distinzione tra agenti e commercianti in proprio era individuato nell'*assunzione di rischi finanziari* connessi con la vendita o con l'esecuzione del contratto. Veniva inoltre ribadita la funzione ausiliaria svolta dall'agente sul mercato dei prodotti, con la conseguente irrilevanza in termini di libertà di concorrenza.

Inoltre, in relazione al particolare mercato nel quale gli agenti svolgono la propria attività, la Commissione riteneva che l'agente monomandatario<sup>26</sup> e la nomina di agenti esclusivi per un determinato territorio, pur essendo da qualificarsi come restrizioni, fossero la naturale conseguenza dell'obbligo di difesa reciproca degli interessi che esiste tra agente e preponente. Per tali motivi era esclusa l'esistenza di restrizioni della concorrenza.

Anche le linee direttrici hanno in parte ripreso il criterio del rischio finanziario, ampliandone però la portata con particolare riferimento agli investimenti destinati al mercato<sup>27</sup>.

Dopo aver ribadito l'inapplicabilità dell'art. 81 alle obbligazioni gravanti sull'agente in relazione ai contratti promossi o conclusi per conto del preponente, il punto 13 precisa che il fattore determinante al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 81 è costituito dal *rischio finanziario e commerciale eventualmente assunto dall'agente in relazione alle attività per le quali è stato incaricato dal preponente*.

Tale rischio è suddiviso in due categorie principali: la prima direttamente connessa ai contratti promossi o conclusi dall'agente per conto del preponente (come il finanziamento nell'acquisto di *stock* di magazzino), e la seconda relativa agli investimenti destinati al mercato di riferimento.

Laddove l'agente non sopporti alcun rischio, l'accordo non rientrerà nel campo di applicazione dell'art. 81, con conseguente maggior libertà per il preponente nell'organizzazione della propria rete distributiva, mentre nel caso opposto l'agente sarà considerato come un commerciante indipendente, come tale libero di fissare la sua strategia commerciale al fine di recuperare gli investimenti effettuati.

La valutazione dei rischi va in ogni caso effettuata di volta in volta in relazione alle concrete ed effettive realtà di carattere economico, prescindendo da un esame meramente formale.

<sup>26</sup> Impegnato quindi a svolgere la propria attività, in forza di un'espressa pattuizione contrattuale, in favore di un unico preponente.

<sup>27</sup> Segnalo peraltro che nella definizione contenuta nelle linee direttrici appare rientrare anche il differente contratto di commissione, che si caratterizza appunto per essere relativo alla sola vendita o acquisto di beni da parte del commissionario in nome proprio, ma per conto del committente.

La Commissione precisa inoltre di non ritenere, in linea generale, che l'art. 81 si applichi a quelle obbligazioni dell'agente connesse alla promozione e/o conclusione di contratti per conto del preponente, nel caso in cui la proprietà dei prodotti contrattuali acquistati o venduti non passi all'agente, o nell'ipotesi in cui l'agente non fornisca egli stesso i servizi, e in ulteriori ipotesi, da non considerarsi esaustive, caratterizzate appunto dall'assenza per l'agente di rischi economici o finanziari comunque connessi con lo svolgimento della sua attività.

Le linee direttrici proseguono poi nell'esame degli accordi di agenzia indicando una serie di limitazioni connaturali al contratto stesso e come tali consentite nel caso in cui il preponente non scarichi sull'agente i rischi economici e finanziari connessi alla distribuzione.

Si puntualizza infine che mentre le clausole di esclusiva, attenendo alla regolamentazione della concorrenza *intra - brand*, normalmente non comportano effetti negativi per la concorrenza, le clausole di non concorrenza, comprensive di quelle relative ad un periodo successivo alla cessazione del contratto, potrebbero violare l'art. 81 laddove portino a preclusioni sul mercato rilevante nel quale i beni o servizi sono venduti o acquistati.

Dall'esame delle linee direttrici emerge chiaramente che la categoria dei contratti di agenzia (ai quali sono assimilati anche i contratti di commissione), può essere considerata destinataria della normativa a tutela della concorrenza solo in via meramente residuale, anche considerando che le caratteristiche ritenute necessarie per includere l'agente nell'ambito di applicazione del regolamento sono tali da alterarne sensibilmente la struttura.

In altri termini, qualora la rete di agenti risponda alle caratteristiche proprie dell'agente di commercio, la normativa a tutela della concorrenza deve considerarsi del tutto ininfluente.

### 2.1.2 *La zona di sicurezza*

L'art. 3 del Regolamento, nel quale si estrinseca a pieno l'impostazione economica della politica comunitaria, stabilisce la soglia al di sopra della quale l'esenzione di cui all'art. 2 non può ritenersi applicabile.

Tale soglia è costituita dall'effettiva quota di mercato rilevante detenuta dal fornitore (o dall'acquirente nel caso in cui l'accordo oggetto di esame preveda obblighi di fornitura esclusiva) di beni o servizi oggetto dell'accordo verticale.

È stato così introdotto il concetto di quota di mercato, da intendersi come la porzione del mercato rilevante detenuta dal fornitore o dall'acquirente (laddove l'accordo verticale preveda obblighi di fornitura esclusiva), al fine di creare una sorta di collegamento tra esenzione e potere di mercato.

L'importanza della quota di mercato, cui sono dedicati gli artt. 3 e 9 del

regolamento, è confermata dallo spazio ad essa riservato nelle linee direttrici, dove l'intera sezione quinta (punti da 88 a 99) è dedicata alla definizione del mercato ed ai criteri di calcolo della quota stessa.

L'art. 3 stabilisce come condizione di applicabilità dell'esenzione prevista dall'art. 2 che il fornitore, o in casi particolari l'acquirente, non detenga una quota di mercato superiore al *30% del mercato rilevante* nel quale esso opera vendendo i beni o i servizi oggetto del contratto.

L'art. 11 precisa inoltre che i termini «fornitore» ed «acquirente» vanno considerati come comprensivi delle imprese agli stessi collegate, enumerando sei ipotesi di collegamento tra imprese.

Le modalità di determinazione della quota di mercato detenuta sono invece precisate nell'art. 9, che stabilisce che la base di calcolo della quota è costituita dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto del contratto effettuate sul mercato dal fornitore (o dal valore degli acquisti, o di una loro stima, effettuati dall'acquirente, in caso di accordi verticali contenenti obblighi di fornitura esclusiva). Va inoltre aggiunto il valore degli altri beni o servizi venduti dal fornitore che siano considerati intercambiabili o sostituibili dall'acquirente.

Per l'ipotesi di indisponibilità dei dati relativi al valore delle vendite, è possibile riferirsi a stime basate sui volumi delle vendite sul mercato o su altre affidabili informazioni.

Il secondo paragrafo prevede poi due ulteriori parametri per il calcolo della quota ed una sanatoria su due livelli laddove nel corso del rapporto la quota di mercato, inizialmente inferiore al 30%, superi il limite previsto.

Il periodo di riferimento è costituito dall'anno civile precedente e la quota include i prodotti (beni o servizi) forniti, ai fini della rivendita, a distributori integrati.

La sanatoria è invece graduata a seconda del margine di sconfinamento e consente il prolungamento del beneficio dell'esenzione per un periodo di due anni civili consecutivi, decorrente dall'anno in cui la soglia del 30% è stata superata per la prima volta, nel caso in cui non sia superato il limite del 35%.

Laddove invece lo sconfinamento sia superiore al 5%, l'esenzione potrà essere mantenuta per un solo anno, decorrente da quello in cui la soglia del 35% è stata superata per la prima volta. Il periodo massimo di prolungamento è comunque biennale, essendo espressamente esclusa l'ipotesi di cumulo.

Le linee direttrici, dopo essersi riportate alla precedente Comunicazione della Commissione in tema di mercato rilevante<sup>28</sup>, hanno giustamente sottolineato come, ai fini del calcolo della quota, sia preliminare l'individuazione del mercato rilevante, che a sua volta presuppone la definizione del mercato rilevante del prodotto (che comprende tutti i beni o i servizi considerati inter-

<sup>28</sup> In *Guce* n. C 372 del 9 dicembre 1997.



cambiabili dall'acquirente in ragione delle loro caratteristiche, prezzi e utilizzo) e del mercato geografico rilevante.

Quest'ultimo riguarda invece l'area in cui le imprese interessate forniscono o domandano prodotti o servizi rilevanti, in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinta da aree geografiche vicine in ragione della differenza delle condizioni di concorrenza.

È proprio nell'individuazione del mercato rilevante che si riscontrano i maggiori problemi, soprattutto in considerazione dell'enorme quantità di variabili suscettibili di intervenire, con la conseguente estrema difficoltà da parte delle imprese di prevedere con sufficiente grado di certezza la quota di mercato dalle stesse detenuta.

L'applicabilità del regolamento è dunque limitata a quegli accordi verticali conclusi tra imprese la cui quota detenuta sia compresa tra il 15% (come precisato nella Comunicazione *de minimis* del 22 dicembre 2001, che prevede altresì le soglie del 10% per le imprese concorrenti e del 5% in caso di effetto cumulativo di accordi) ed il 30% del mercato rilevante di riferimento.

Nel successivo art. 4 sono indicate cinque restrizioni fondamentali («*hardcore restrictions*») la cui presenza comporta l'esclusione dell'intero accordo verticale dal campo d'applicazione del regolamento di esenzione.

Il combinato disposto degli artt. 3 e 4 è teso alla creazione di una "zona di sicurezza", ovvero di una presunzione di legalità (non assoluta stante la revocabilità dell'esenzione) per quegli accordi verticali nei quali da un lato la quota di mercato detenuta dal fornitore (o dall'acquirente nel caso di obblighi di fornitura esclusiva) non sia superiore al 30%, e dall'altro non sia presente alcuna delle clausole vietate menzionate nell'art. 4.

Laddove concorrano entrambe le predette condizioni, il contenuto dell'accordo verticale si presume conforme alla normativa comunitaria in tema di concorrenza ed è pertanto esentato.

Ciò comporta un ampio spazio di autonomia lasciato ai privati nella elaborazione di singoli testi contrattuali, che potranno dunque contenere le patteggiamenti più svariate, senza doversi necessariamente uniformare, come per il passato, ai modelli contenuti nei singoli regolamenti di esenzione.

Il prezzo da pagare per questa sorta di liberalizzazione è costituito dai problemi che possono sorgere nell'individuazione in concreto della quota di mercato detenuta da ogni singolo fornitore o acquirente, anche avuto riguardo al non meno rilevante e connesso problema costituito dall'individuazione del mercato rilevante di riferimento.

### 2.1.3 *Le restrizioni fondamentali*

L'art. 4 prevede l'inapplicabilità dell'esenzione di cui all'art. 2 a quegli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, individualmente conside-

rati o in connessione con altri fattori influenzabili dalle parti, abbiano per oggetto una delle cinque restrizioni alla concorrenza ivi indicate, considerate di fondamentale importanza<sup>29</sup>.

### **Determinazione dei prezzi**

La prima «*hardcore restriction*» è costituita dalla restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare autonomamente i prezzi di vendita dei prodotti (o servizi).

Quella dei prezzi imposti è una problematica che già è stata oggetto di accesi dibattiti in passato, sia prima sia durante la vigenza dei precedenti regolamenti di esenzione in tema di *franchising*, acquisto esclusivo e distribuzione esclusiva, e che aveva visto la ferma opposizione della maggior parte della dottrina a quell'atteggiamento estremamente rigido degli organi comunitari, che tendenzialmente escludevano la validità di qualunque obbligo attinente all'imposizione dei prezzi, anche se massimi.

Era consentita esclusivamente la comunicazione di prezzi raccomandati, purché la raccomandazione non finisse per costituire una sorta di imposizione indiretta, come tale considerata illegittima.

L'attuale orientamento è in linea con il passato, anche se vi è stato un mutamento rilevante consistente nella *possibilità offerta al fornitore di imporre il prezzo massimo di vendita* a condizione che ciò non costituisca, di fatto, l'imposizione di un prezzo fisso o di un prezzo minimo.

La Commissione ha, infatti, sottolineato la difficoltà di individuare con precisione il concetto di prezzo massimo il che imporrà, al di là delle enunciazioni di principio contenute nei singoli contratti, un attento esame della situazione in fatto.

Ulteriore categoria senza dubbio vietata è il prezzo imposto, all'interno della quale è possibile individuare la sotto-categoria del prezzo minimo imposto (del pari vietato).

Nelle linee direttrici, dopo aver elencato una serie di esempi vietati, si precisa che la previsione di un listino di prezzi raccomandati o di prezzi massimi praticabili non è di per sé considerata come un'ipotesi di prezzo imposto ed è dunque ammessa.

Sempre nelle linee direttrici sono elencate, a titolo esemplificativo, una serie di ipotesi nelle quali il prezzo viene imposto in via indiretta, ad esempio garantendo sconti o rimborsi di costi promozionali a condizione che venga osservato un determinato livello di prezzo, anche per il tramite del controllo dei prezzi praticati nella rete.

<sup>29</sup> Nelle linee direttrici si precisa altresì l'estrema difficoltà di ottenere esenzioni individuali per accordi verticali che contengano tali restrizioni.

### Restrizioni territoriali

La seconda restrizione fondamentale è costituita da quegli accordi o pratiche concordate che hanno per oggetto la restrizione delle vendite imposta all'acquirente in relazione al territorio od ai clienti ai quali quest'ultimo può vendere i beni o i servizi contrattuali.

Trattasi in sostanza di un divieto collegato ad un'ipotesi di compartimentazione del mercato.

Tale divieto di carattere generale è peraltro superabile.

Sono, infatti, previste *quattro eccezioni*, la prima delle quali consente al fornitore di vietare le vendite attive nel territorio esclusivo od in relazione alla clientela esclusiva riservati allo stesso fornitore o ad un altro acquirente, a condizione che non vengano in alcun modo limitate le vendite da parte dei clienti dell'acquirente.

È in sostanza consentita la creazione di reti di distributori esclusivi o la possibilità per il fornitore di riservare a sé clientela e aree territoriali determinate, a condizione peraltro che siano *garantite senza limitazioni le vendite passive*.

Le linee direttrici forniscono una definizione precisa di vendite attive e vendite passive, da intendersi le prime come la sollecitazione diretta di clientela (sia singolarmente considerata, sia sulla base di una suddivisione per gruppi) all'interno del territorio o del gruppo di clienti assegnati in esclusiva ad altro distributore. Sollecitazione attuabile tramite l'invio diretto di posta, visite, pubblicità su mezzi di comunicazione o altre promozioni specificamente mirate. Rientra ovviamente nelle vendite attive anche l'apertura di un magazzino o di un punto vendita nel territorio affidato in esclusiva ad altro distributore.

Per vendite passive devono intendersi invece la risposta (comprensiva di consegna di beni o servizi) a richieste spontanee provenienti da clienti individuali.

Rientrano inoltre in questa categoria anche le attività pubblicitarie o promozionali generali<sup>30</sup> effettuate sui mezzi di comunicazione o su *internet* che, pur raggiungendo clienti in altri territori esclusivi o altri gruppi di clientela, costituiscano un mezzo ragionevole per raggiungere consumatori al di fuori di quei territori o di quei gruppi di clientela, ad esempio al fine di entrare in contatto con clienti in territori non esclusivi o nel proprio territorio.

In sostanza vengono consentite quelle limitazioni che si riflettono sulla possibilità di effettuare attività promozionale o di sollecitazione diretta all'interno di una zona<sup>31</sup> affidata in esclusiva ad altri acquirenti o riservata allo stesso fornitore, mentre non può escludersi la possibilità di vendita (e consegna) a clienti anche non appartenenti alla propria zona, a condizione però che non vi

<sup>30</sup> Non mirate pertanto sulla base di singoli clienti o categorie di clientela.

<sup>31</sup> Zona che può altresì identificarsi con un determinato gruppo di clienti e non va esclusivamente individuata sulla base di suddivisioni di carattere geografico.

sia stata attività di sollecitazione in senso stretto, in violazione delle esclusive esistenti, e che quindi la richiesta del cliente possa considerarsi spontanea.

La terza eccezione al divieto di restrizioni territoriali attiene sia alle vendite attive, sia a quelle passive e prevede la possibilità di vietare all'acquirente all'ingrosso di effettuare vendite a consumatori finali. Tale possibilità è ovviamente tesa a tutelare l'eventuale distributore intermedio esistente tra il grossista ed il consumatore finale.

È altresì possibile vietare ai membri di una rete di distribuzione selettiva la vendita dei prodotti contrattuali a distributori non autorizzati. Questa quarta eccezione è peraltro a mio avviso connaturale alla definizione stessa di distribuzione selettiva.

Infine è possibile vietare all'acquirente di componenti, forniti al fine di essere incorporati (i cosiddetti prodotti intermedi), di venderli a clienti che li utilizzerebbero al fine di fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore.

### **Distribuzione selettiva**

Due delle ultime tre «*hardcore restrictions*» sono dedicate alla distribuzione selettiva, e più precisamente la restrizione delle vendite sia attive sia passive agli utenti finali da parte dei membri della rete operanti nel commercio al dettaglio e la restrizione delle forniture incrociate tra membri della rete, ivi compresi i distributori operanti a diversi livelli commerciali.

Il primo divieto comporta l'impossibilità di limitare in qualunque modo le vendite da parte dei membri di una rete di distribuzione selettiva con riferimento agli utilizzatori, siano essi utilizzatori professionali o consumatori finali.

Da ciò deriva la possibilità di integrazione tra distribuzione selettiva ed esclusiva solo nel caso in cui non sussista alcuna restrizione di vendita sia attiva sia passiva (in sostanza nessuna protezione territoriale), anche se collegata a esclusive di zona.

È tuttavia consentito imporre al distributore restrizioni con riferimento all'ubicazione dei locali all'interno dei quali svolgere la propria attività.

Può quindi essere vietato al distributore l'esercizio dell'attività in locali diversi, l'apertura di nuovi punti vendita e, in caso di punto vendita mobile, può essere definita una zona precisa di operatività.

Il secondo divieto in tema di distribuzione selettiva conferma un orientamento costante della Commissione, teso a consentire ai membri della rete di acquistare (e vendere) prodotti da altri membri, anche se posti a livelli commerciali differenti, senza alcuna limitazione.

Non è dunque possibile inserire in contratti di distribuzione selettiva clausole che tendano a indirizzare i membri della rete verso una sola fonte di approvvigionamento, né vietare le forniture incrociate tra gli stessi.

Appaiono inoltre consentite, in quanto non espressamente escluse, le reti di

distribuzione selettiva basate su criteri non qualitativi ma quantitativi, che in precedenza erano sempre state viste con grande sfavore da parte della Commissione, che peraltro potrebbe sempre avvalersi del suo potere di revoca.

### **Forniture di componenti come pezzi di ricambio**

Infine, l'art. 4 *e.* inserisce tra le restrizioni fondamentali quella eventualmente pattuita al fine di limitare (direttamente o indirettamente), in tema di fornitura di componenti incorporati dall'acquirente, la possibilità del fornitore di vendere i componenti oggetto del contratto di fornitura come pezzi di ricambio a utenti finali, riparatori o altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o manutenzione dei propri prodotti.

Questo divieto è teso a garantire la possibilità per utilizzatori finali, riparatori indipendenti e fornitori di servizi di approvvigionarsi direttamente dal produttore di pezzi di ricambio, anche nel caso in cui un acquirente che incorpori tali pezzi nei propri prodotti utilizzi la propria rete di distribuzione anche per la vendita dei pezzi di ricambio. Sono esclusi dal divieto i riparatori ed i prestatori di servizi incaricati dall'acquirente della manutenzione e riparazione dei propri prodotti. L'acquirente di pezzi di componenti di propri prodotti può quindi riservarsi la facoltà di fornire in via esclusiva la propria rete di assistenza dei necessari pezzi di ricambio.

#### *2.1.4 Obbligazioni non esentabili e criterio della separabilità*

L'art. 5 del Regolamento prevede tre obbligazioni non suscettibili di beneficiare dell'esenzione dallo stesso garantita, anche laddove la soglia costituita dal 30% della quota di mercato rilevante non sia superata.

Al contrario delle restrizioni contenute nell'art. 4, la cui eventuale presenza determina la revoca dell'esenzione per l'intero accordo, le obbligazioni non esentate comportano la revoca del beneficio esclusivamente per quella parte dell'accordo che attiene alle stesse.

Viene dunque applicato il criterio della separabilità, che consente di considerare valido l'accordo e prive di efficacia le sole clausole in contrasto con il contenuto dell'art. 5.

### **Obbligo di non concorrenza**

La prima delle obbligazioni incriminate è l'obbligo di non concorrenza, non vietato in quanto tale, ma in relazione alla sua durata, che non può eccedere un periodo di 5 anni.

Le linee direttrici precisano in proposito che si considerano obblighi di non concorrenza anche le clausole che impongono all'acquirente di approvvigionarsi dal fornitore o da altra impresa dallo stesso designata di oltre l'80%

dei propri acquisti totali, rapportati a quelli dell'anno precedente la conclusione del contratto.

È quindi esclusa la possibilità di prevedere un obbligo di non concorrenza a tempo indeterminato o comunque correlato alla durata del contratto, se superiore ai cinque anni.

Si precisa inoltre che, laddove sia previsto un obbligo di non concorrenza con rinnovo tacito superiore al quinquennio, lo stesso sarà considerato come a tempo indeterminato. A questo proposito le linee direttrici chiariscono che il rinnovo successivo al quinquennio è possibile, a condizione che presupponga l'esplicito rinnovo del consenso da entrambe le parti, senza quindi potersi considerare automatico.

Unica eccezione prevista attiene alla possibilità di collegare l'obbligo di non concorrenza alla durata del rapporto, anche se superiore al quinquennio, laddove i beni o i servizi oggetto del contratto siano venduti dall'acquirente in locali e terreni di proprietà del fornitore o da quest'ultimo presi in locazione da terzi, comunque non collegati all'acquirente. In tale ipotesi l'obbligo di non concorrenza potrà avere la medesima durata dell'effettiva occupazione degli immobili da parte dell'acquirente.

È questa una previsione molto pesante, soprattutto in relazione alla sua applicazione generalizzata a tutti gli accordi verticali e che, in casi specifici, quali ad esempio i concessionari di vendita, può comportare la necessità di richiedere un'esenzione individuale.

Per quanto attiene ai contratti di *franchising*, le linee direttrici precisano che un obbligo di non concorrenza imposto al *franchisee* per i beni o servizi dallo stesso acquistati può ritenersi irrilevante, ai sensi e per gli effetti dell'art. 81, par. 1, laddove sia necessario al mantenimento della comune identità e reputazione della rete. La durata del predetto obbligo non può in ogni caso essere superiore a quella del contratto di *franchising*.

Per i contratti di *franchising* quindi, la tutela dell'identità della rete può costituire un elemento sufficiente a consentire l'introduzione di clausole di non concorrenza di durata anche superiore al quinquennio.

### **Obbligo di non concorrenza dopo la cessazione del rapporto**

Anche la seconda delle obbligazioni non esentate attiene ad un obbligo di non concorrenza (divieto di produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi) imposto all'acquirente, ma successivo alla fine del rapporto.

Anche in questo caso è prevista un'eccezione alla regola generale, a condizione che vengano soddisfatti i seguenti quattro requisiti:

- che l'obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con quelli contrattuali;
- che sia limitato ai locali ed ai terreni nei quali l'acquirente ha svolto la

sua attività;

- che sia indispensabile alla protezione del *know how* trasferito dal fornitore all'acquirente;

- che la sua durata non ecceda un periodo massimo di un anno.

L'eccezione è sì prevista, ma pare costruita su misura sul contratto di *franchising* e dunque difficilmente estensibile agli altri accordi verticali, anche se la sua concreta efficacia mi pare discutibile in relazione ai limiti territoriali di operatività, identificati nei locali destinati allo svolgimento dell'attività.

### **Distribuzione selettiva**

Infine, l'ultima obbligazione non esentata si riferisce agli accordi di distribuzione selettiva e riguarda i divieti diretti o indiretti di vendere marche di determinati concorrenti.

Ciò significa che un eventuale obbligo di non concorrenza generalizzato non è di per sé illegittimo, ma lo diventa laddove sia finalizzato all'esclusione di determinati concorrenti.

Il divieto è teso ad evitare che alcuni fornitori, che utilizzino la medesima rete di distribuzione selettiva, siano in grado di dar vita a forme di boicottaggio nei confronti di uno o più concorrenti.

#### *2.1.5 Revoca e disapplicazione del regolamento*

La "zona di sicurezza" creata dal Regolamento con l'introduzione da un lato della soglia del 30% del mercato rilevante e dall'altro del divieto assoluto per le restrizioni fondamentali, ha introdotto una presunzione di legalità per gli accordi verticali, che peraltro non può considerarsi assoluta.

È infatti possibile che, sia la Commissione sia le autorità competenti dei singoli Stati membri, in applicazione degli artt. 6 e 7 del regolamento, revocino l'esenzione derivante dall'applicazione dello stesso.

Dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 risulta la competenza esclusiva della Commissione per la revoca dell'esenzione in relazione ad accordi verticali che limitino la concorrenza su di un mercato geografico rilevante più esteso del territorio di un singolo Stato membro.

Qualora invece gli effetti incompatibili con le previsioni dell'art. 81, par. 3, del Trattato, siano prodotti da accordi verticali nel territorio di uno Stato membro, o in una parte di esso, per la revoca dell'esenzione sussiste una competenza concorrente della Commissione e delle autorità nazionali.

Nel caso in cui uno Stato membro non abbia emesso disposizioni legislative nazionali che consentano alle competenti autorità interne di applicare il diritto comunitario della concorrenza o di revocare il beneficio del regolamento di esenzione, lo Stato membro può in ogni caso richiedere alla Com-

missione di intervenire.

È questo un effetto tangibile di quella nuova politica di decentramento la cui opportunità è stata sottolineata dalla Commissione sin dall'emanazione del *Libro verde*.

Ad ogni modo, la Commissione si riserva il diritto di avocare a sé determinati casi aventi particolare interesse dal punto di vista comunitario, come ad esempio quelli dai quali emerge una nuova questione di diritto.

Le condizioni per la revoca dell'esenzione sono indicate nell'art. 6 e consistono nell'accertamento della produzione di effetti incompatibili con il disposto dell'art. 81, par. 3, del Trattato da parte di accordi verticali, sia considerati individualmente che in combinazione con accordi simili posti in essere da fornitori o acquirenti concorrenti, che di per sé risulterebbero coperti dal regolamento di esenzione.

L'effetto combinato generato da reti parallele di restrizioni verticali simili, poste in essere da fornitori o acquirenti concorrenti, viene preso in considerazione laddove comporti restrizioni significative all'accesso al mercato rilevante o alla concorrenza esistente sullo stesso. Le reti parallele si considerano simili laddove siano simili gli effetti negativi sulla concorrenza prodotti dalle restrizioni in esse contenute.

Le linee direttrici precisano che ciò può accadere quando un fornitore o un acquirente (per accordi di fornitura esclusiva) stipulino un accordo verticale che non dia luogo a vantaggi significativi ed oggettivi, tali da compensare gli effetti negativi provocati sulla concorrenza. Tali ipotesi si riscontrano con maggiore frequenza in relazione alla distribuzione di beni a consumatori finali, per norma più deboli rispetto agli acquirenti professionali di beni intermedi, ed i cui effetti negativi sulla concorrenza sono generalmente di maggiore impatto.

Quando la procedura di revoca è avviata, la Commissione ha l'onere di dimostrare che l'accordo verticale rientra nel campo d'applicazione dell'art. 81, par. 1, e che nel contempo non soddisfa le quattro condizioni di cui al par. 3.

Un'eventuale decisione di revoca non può avere effetti che per il futuro, come precisato dalle linee direttrici.

Per quanto attiene alle decisioni emesse dai competenti organi nazionali, le stesse debbono essere adottate in linea con le procedure previste dalla legislazione nazionale e, com'è ovvio, esplicheranno i loro effetti esclusivamente all'interno del territorio nazionale.

Inoltre, le competenti autorità nazionali non potranno in alcun modo, con le loro decisioni, recare pregiudizio all'applicazione uniforme delle regole comunitarie in tema di concorrenza ed alla piena efficacia delle misure adottate in applicazione delle stesse. A tale scopo le autorità nazionali sono tenute ad uniformarsi ai criteri sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di prima istanza, anche alla luce delle decisioni e comunicazioni in precedenza emesse dalla Commissione.



La Commissione, oltre a poter revocare l'esenzione, è altresì autorizzata, in forza dell'art. 8, ad adottare regolamenti per stabilire l'inapplicabilità del regolamento di esenzione n. 2790/99 ad accordi verticali contenenti specifiche restrizioni relative ad un determinato mercato, laddove nello stesso sia riscontrabile la presenza di reti parallele contenenti restrizioni verticali simili che coprano una quota superiore al 50%.

Trattasi di una misura diretta a colpire non singole imprese, ma tutte le imprese i cui accordi rientrino nella definizione inserita nel regolamento di disapplicazione.

A differenza della procedura di revoca che, in caso affermativo, si chiude con un accertamento della violazione dell'art. 81 del Trattato, nell'ipotesi prevista dall'art. 8 del Regolamento la Commissione si limita ad escludere una determinata categoria di restrizioni, in uno specifico mercato, dall'applicazione del regolamento, con la conseguenza che tornerà ad essere applicabile normalmente l'art. 81, par. 1 e 3.

La Commissione, riscontrandone la necessità, potrà altresì emettere una decisione in un caso singolo che possa servire da termine di paragone per le imprese operanti nel mercato di riferimento.

È importante sottolineare che l'art. 8 non impone alla Commissione di intervenire ogni qualvolta sia superata la soglia del 50%, lasciandole quindi un'ampia libertà d'azione.

La Commissione potrà infatti di volta in volta ritenere più appropriata un'esenzione individuale tenendo presente il numero di imprese concorrenti coinvolte o il numero di mercati geografici interessati.

Il Regolamento di disapplicazione dovrà avere un contenuto molto preciso, sia con riferimento al tipo di restrizione verticale, sia ai prodotti ed ai mercati interessati. In particolare la Commissione, in relazione ai singoli scopi perseguiti, potrà modulare il contenuto del Regolamento di modo da colpire esclusivamente determinate restrizioni, con riferimento ad esempio alla quota di mercato detenuta dai partecipanti, alla durata delle restrizioni verticali ed a qualsiasi altro elemento che ritenga rilevante in relazione agli effetti negativi sulla concorrenza riscontrati nel mercato di riferimento.

Come per i provvedimenti di revoca, il Regolamento di disapplicazione non potrà avere effetti retroattivi e pertanto comporterà la perdita del beneficio dell'esenzione a partire dalla sua entrata in vigore.

#### *2.1.6 Inapplicabilità del regolamento*

Come è emerso dall'esame delle varie particolarità del Regolamento di esenzione in tema di accordi verticali, anche e soprattutto con riferimento alle difficoltà applicative del nuovo criterio costituito dalla quota di mercato, appare evidente che non tutti gli accordi verticali potranno rientrare nel suo

campo di applicazione.

A questo proposito, in relazione cioè a tutti quegli accordi che non potranno godere del beneficio dell'esenzione in applicazione del Regolamento poiché non rientranti nel suo ambito di applicazione, la Commissione ha inserito nelle linee direttrici un apposito paragrafo della sezione III, precisando che ciò non significa che gli accordi esclusi si presumano in violazione dell'art. 81 del Trattato, ma esclusivamente che gli stessi potrebbero essere oggetto di un'esenzione individuale.

La Commissione ha altresì sottolineato che l'approccio da prediligersi è quello di una valutazione autonoma da parte delle imprese dei propri accordi, senza che sia necessaria alcuna preventiva notifica.

Per l'ipotesi in cui la Commissione pervenga ad un esame individuale dell'accordo, è ribadito l'onere di quest'ultima di dimostrare la violazione dell'art. 81, par. 1, del Trattato, mentre, laddove emergano sostanziali effetti negativi sulla concorrenza, le imprese interessate potranno dimostrare i concomitanti effetti positivi dell'accordo in termini di efficienza economica e dimostrare altresì i motivi per i quali un determinato sistema distributivo sia in grado di apportare benefici rilevanti alla luce delle condizioni di esenzione di cui all'art. 81, par. 3.

Queste affermazioni di principio, il cui fine evidente è senza dubbio quello di tranquillizzare quelle imprese i cui accordi non rientrino nell'ambito di applicazione del Regolamento, lasciano qualche perplessità, soprattutto laddove il motivo di mancata applicazione risieda nel superamento di quella quota del 30% al di sotto della quale si presume che l'accordo non abbia effetti negativi sulla concorrenza superiori ai vantaggi apportati in termini di efficienza distributiva.

È difficile infatti immaginare, come sostenuto in dottrina, che il superamento della soglia consenta una valutazione assolutamente serena da parte della Commissione e non costituisca esso stesso una sorta di preliminare assolvimento di quell'onere probatorio che almeno teoricamente viene posto a carico della Commissione in termini di violazione del disposto dell'art. 81, par. 1, del Trattato.

Se così fosse, residuerebbe esclusivamente un onere probatorio a carico delle imprese, sulle quali graverebbe il non facile compito di dimostrare la prevalenza degli effetti positivi dell'accordo sui "quasi presunti" effetti negativi derivanti dalla mancata applicazione del Regolamento; è ad ogni modo auspicabile che ciò non avvenga.

Da ultimo, in tema di applicabilità del Regolamento, le linee direttrici prendono in considerazione l'ipotesi in cui un fornitore utilizzi il medesimo accordo di distribuzione al fine di commercializzare più beni o servizi che, in considerazione della rispettiva quota di mercato detenuta, rientrino solo in parte nel campo di applicazione del regolamento di esenzione.

La soluzione proposta è abbastanza ovvia e consiste nell'applicabilità dell'esenzione esclusivamente a quei beni o servizi in relazione ai quali il fornitore detenga una quota di mercato in linea con le disposizioni dell'art. 3, mentre per i beni e servizi esclusi dal campo di applicazione del regolamento, pur essendo negata l'esenzione, non potrà parlarsi di presunzione di illegalità.

Si applicheranno quindi le norme ordinarie relative a qualunque accordo verticale non compreso nell'ambito di applicazione del regolamento. Unica variante, in caso di accertata violazione dell'art. 81, è costituita dalla valutazione, da parte della Commissione, dell'eventuale esistenza di rimedi adeguati che consentano la soluzione degli accertati problemi di concorrenza. In quest'ultima ipotesi, e sul presupposto dell'adeguamento ai rimedi individuati, l'accordo di distribuzione potrà continuare ad essere utilizzato per tutti i beni o servizi. In caso contrario, il fornitore dovrà adottare differenti accordi di distribuzione.

#### 2.1.7 *Il commercio elettronico*

Ulteriore argomento di interesse in ordine alla disciplina comunitaria della concorrenza in tema di contratti di distribuzione è il commercio elettronico e la sua possibile influenza sull'esclusiva territoriale.

La seria minaccia del commercio elettronico all'esclusiva è di intuitiva evidenza sol che si considerino le potenzialità di diffusione di messaggi promozionali e/o di vera e propria attività di commercializzazione di beni o servizi tramite l'accesso a *internet* di un distributore e/o concessionario di vendita che apra un proprio sito. Chiunque, del tutto indipendentemente dalla sua collocazione territoriale, potrà infatti accedere al predetto sito e concludere contratti *on line* direttamente con il distributore che, avendo la materiale disponibilità dei beni, non dovrà far altro che recapitarli, così potenzialmente invadendo zone limitrofe o altrimenti assolutamente inaccessibili. A questo inconveniente potrebbe tentare di porre rimedio il produttore, con l'introduzione nei propri contratti di clausole che vietino espressamente l'utilizzo del canale informatico (che potrebbe in ipotesi essere riservato esclusivamente al produttore) o che ne regolamentino l'utilizzo predeterminando il contenuto delle pagine *web* o alternativamente imponendo l'adozione di mezzi specifici (quali ad esempio l'utilizzo di *password* per consentire la conclusione di veri e propri contratti) per garantire la protezione territoriale o per fasce di clientela corrispondenti alle zone concesse in esclusiva.

Si pone però a questo punto un problema di tutela della concorrenza ed in particolare, laddove ovviamente l'importanza del produttore e la quota di mercato dallo stesso detenuta siano di entità rilevante, di legittimità di tali limitazioni alla luce della normativa *antitrust* esistente sia in ambito comunitario che all'interno delle singole legislazioni nazionali.

In occasione del Regolamento comunitario n. 2790/99 la Commissione ha preso espressamente in considerazione la problematica.

L'atteggiamento della Commissione è assolutamente favorevole al commercio elettronico e del tutto contrario ad una limitazione del canale in favore del solo produttore o comunque a tutela di preesistenti esclusive territoriali.

In particolare, la Commissione si è occupata della commercializzazione e della promozione di prodotti o servizi attraverso *internet* nelle Linee direttrici del regolamento n. 2790/99.

Linee direttrici che, come ho già accennato, la Commissione ha emesso al fine di precisare i propri criteri di valutazione degli accordi verticali in relazione all'art. 81 del Trattato, e altresì per dare alle imprese alcuni strumenti per poter valutare autonomamente gli accordi verticali dalle stesse posti in essere nell'ottica delle norme comunitarie in tema di concorrenza.

In altri termini, il contenuto delle linee direttrici, pur non potendo considerarsi come definitivo ed applicabile automaticamente, costituisce pur sempre un utile strumento al fine di cercare di prevedere il futuro orientamento applicativo del regolamento ad opera della Commissione.

Le linee direttrici si occupano di *internet* nel punto 51, analizzando le cosiddette restrizioni fondamentali previste dall'art. 4 del Regolamento, e più precisamente la seconda, costituita dalla restrizione delle vendite imposta all'acquirente in relazione al territorio od ai clienti ai quali quest'ultimo può vendere i beni o i servizi contrattuali<sup>32</sup>, in altri termini le limitazioni connesse all'esclusiva territoriale.

Difatti, come già accennato nel precedente par. 2.1.3, il generale divieto di imporre all'acquirente restrizioni territoriali o con riferimento a clienti per la vendita di beni o servizi è suscettibile di eccezioni. Una di queste consente espressamente al fornitore di *vietare le cosiddette vendite attive* nel territorio esclusivo o in relazione alla clientela esclusiva riservata al fornitore medesimo o ad altro acquirente, a condizione però che non vengano limitate le vendite da parte dei clienti dell'acquirente e che siano comunque *garantite senza limitazioni le cosiddette vendite passive*.

Sono le stesse linee direttrici ad individuare (punto 50) la definizione di vendite attive e di vendite passive, inserendo espressamente tra queste ultime le azioni pubblicitarie o promozionali di portata generale (non mirate dunque sulla base di singoli clienti o categorie di clientela) effettuate via *internet*.

In definitiva sono ammesse le limitazioni che tendono a regolamentare la possibilità di svolgere attività promozionale o di sollecitazione diretta all'interno di una zona affidata in esclusiva ad altri acquirenti o riservata al fornitore, ma non può essere in alcun modo esclusa la possibilità di vendita e conse-

<sup>32</sup> Che si sostanzia nella compartimentazione dei mercati, attraverso clausole di protezione territoriale.

gna a clienti anche non facenti parte della propria zona, purché la richiesta del cliente possa considerarsi spontanea.

Dalle linee direttrici traspare in maniera evidente il netto favore della Commissione per l'utilizzo di *internet*, senza limitazioni di sorta, da riconoscersi quindi a qualunque distributore.

Il criterio generale enunciato è infatti quello di garantire a qualsiasi distributore la libertà di utilizzo di *internet* per pubblicizzare o vendere prodotti.

A questo criterio che, com'è facile intuire, è di per sé solo in grado di porre nel nulla qualunque clausola di esclusiva territoriale connessa ad un rapporto di distribuzione verticale (nell'ampia accezione accolta dal regolamento), è peraltro possibile porre delle limitazioni solo laddove l'utilizzo di *internet* si sostanzia in una sorta di vendita attiva in violazione di un'esclusiva di zona.

Si precisa peraltro che, quantomeno in linea generale, l'utilizzo di *internet* non può essere ritenuto come una forma di vendita attiva nella misura in cui si sostanzia in un mezzo ragionevole per raggiungere tutti i clienti.

La circostanza che l'uso di *internet* sia suscettibile di produrre effetti al di fuori del proprio territorio (o gruppo di clienti) è considerata come un'inevitabile conseguenza della tecnologia.

La possibilità di considerare un sito *web* come una modalità di vendita attiva è circoscritta all'ipotesi in cui la costruzione del sito sia chiaramente finalizzata, attraverso l'uso di *banners* o di *link* in pagine di *providers* dedicati, al raggiungimento primario di clienti all'interno di un territorio o di una clientela attribuiti in esclusiva ad altro distributore. Anche la lingua utilizzata all'interno del sito o della comunicazione è ritenuta di norma irrilevante.

È dunque necessario che le modalità con le quali il distributore si presenta su *internet*, così come gli strumenti informatici utilizzati, consentano di stabilire che lo scopo primario perseguito è quello di violare consapevolmente un diritto di esclusiva garantito ad altro distributore o allo stesso fornitore.

Al contrario, l'invio di posta elettronica non richiesta è ritenuto di per sé come un'ipotesi di vendita attiva<sup>33</sup>, in quanto la sua finalità primaria risulta evidente.

Al fornitore è esclusivamente riservata la possibilità di imporre *standard* qualitativi in relazione all'uso di siti *internet* per la rivendita dei suoi beni. Ciò significa in sostanza consentire un'ingerenza limitata ai contenuti, ed al mero fine di garantire *standard* qualitativi (sulla scorta di quanto avviene in una certa parte della distribuzione selettiva e nel *franchising*) ferma restando la piena legittimità di utilizzo del canale.

I siti *internet* vengono dunque considerati alla stregua di un qualunque punto vendita o dell'attività pubblicitaria e promozionale in generale.

Il divieto assoluto di vendere via *internet* o su catalogo è consentito solo

<sup>33</sup> Principi analoghi sono ritenuti applicabili alle vendite su catalogo.

alla presenza di una giustificazione di tipo oggettivo, non meglio precisata.

Infine e correlativamente, è vietato al fornitore di riservarsi in esclusiva la possibilità di utilizzare *internet* per la vendita o la pubblicità dei propri prodotti.

Questo atteggiamento della Commissione, che senza alcun dubbio ritiene prevalenti gli effetti potenzialmente positivi sulla concorrenza del canale informatico, di fatto, rischia di vanificare gli effetti positivi in termini di efficienza distributiva connessi alla concessione di un'esclusiva territoriale di zona, alla base quanto meno di una parte dei sistemi distributivi tradizionali strutturati tramite accordi verticali.

Alquanto diversa si prospetta la situazione con riferimento alle reti distributive organizzate attraverso contratti di agenzia e ciò non solo e non tanto in ragione della sostanziale inapplicabilità delle norme a tutela della concorrenza ai contratti di agenzia, ma quanto piuttosto con riferimento alla struttura stessa dei predetti.

Nel contratto di agenzia, infatti, l'agente si limita a promuovere la conclusione di contratti.

Conclusione che di fatto (salvo il caso in cui all'agente venga conferito il potere di rappresentanza) rimane appannaggio esclusivo del preponente il quale può altresì rifiutarsi<sup>34</sup> di concludere le proposte di contratto, così prevenendo l'invasione della zona.

Inoltre, anche nell'ipotesi in cui l'agente sia munito del potere di rappresentanza, è di norma il preponente che provvede alla fatturazione e consegna della merce ed ha quindi la possibilità di controllare la destinazione finale della stessa.

Anche nell'ipotesi in cui l'agente sia depositario, residua al preponente un certo potere di controllo, sia in relazione alla fatturazione, sia con riferimento al pagamento delle provvigioni.

È in sostanza sufficiente differenziare le provvigioni in ragione del luogo di consegna della merce per consentire al preponente di garantire all'agente invaso un equo indennizzo e nel contempo disincentivare l'agente potenzialmente invasore dal proseguire nell'attività in quanto scarsamente remunerativa.

I fattori sopra evidenziati consentono di considerare con maggiore serenità il commercio elettronico in relazione alle reti distributive strutturate tramite agenti in quanto, come detto, la stessa struttura del rapporto di agenzia consente al preponente un maggiore controllo della situazione, con la conseguente salvaguardia dell'esclusiva territoriale concessa, senza dover arrivare al divieto di utilizzo del canale informatico, con le conseguenze negative in termini di libertà di concorrenza sopra evidenziate.

**Alberto Venezia\***

<sup>34</sup> Sempre nel rispetto del principio generale di buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ.

\* Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006

# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

MASSIMARIO ANNOTATO\*

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA NELL'AMBITO DEI CONTRATTI DI ACQUISTO ESCLUSIVO DI CARBURANTI DENOMINATI «CONTRATTI DI COMMISSIONE DI VENDITA IN GARANZIA»**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 14 dicembre 2006 in causa n. C-217/05**

Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Concorrenza - Intese - Accordi fra imprese - Art. 85 del Trattato CEE (divenuto art. 85 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 81 CE) - Artt. 10-13 del Regolamento Cee n. 1984/83 - Contratti di acquisto esclusivo di carburanti denominati «contratti di commissione di vendita in garanzia» e «contratti di agenzia» conclusi tra gestori di distributori di benzina ed imprese petrolifere - Convenzione di distribuzione esclusiva di carburanti e di combustibili - Rischi finanziari e commerciali legati alla vendita ai terzi - Obbligo per il gestore di rispettare il prezzo di vendita finale al pubblico determinato dal fornitore.**

*L'art. 85 Trattato CEE (divenuto art. 85 Trattato CE, a sua volta divenuto art. 81 CE) si applica ad una convenzione di distribuzione esclusiva di carburanti e di combustibili come quella di cui alla causa principale, conclusa tra un fornitore ed un gestore di distributori di benzina, qualora tale gestore assuma, in parte non trascurabile, uno o più rischi finanziari e commerciali legati alla vendita ai terzi<sup>1</sup>.*

\* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

*Gli artt. 10-13 del Regolamento Cee della Commissione del 22 giugno 1983, n. 1984, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, Trattato CEE a categorie di accordi di acquisto esclusivo, devono essere interpretati nel senso che una simile convenzione non è coperta da tale Regolamento nella parte in cui essa prevede l'obbligo, per il citato gestore, di rispettare il prezzo di vendita finale al pubblico determinato dal fornitore<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> I rapporti giuridici tra un'impresa petrolifera spagnola e i gestori dei distributori di benzina da essa riforniti sono stati nuovamente posti sotto esame, alla luce del diritto comunitario della concorrenza (cfr. la decisione della Commissione del 12 aprile 2006, inedita, caso COMP/B-1/38.348 - *Repsol*). Tale questione, infatti, ha impegnato più volte le autorità e i tribunali spagnoli competenti a risolvere le controversie in materia di concorrenza sulla base del diritto nazionale, portando a risultati assai disomogenei.

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza, sopra massimata, è se una compagnia petrolifera possa imporre ai distributori di benzina, da essa riforniti, vincoli sui prezzi di vendita del proprio combustibile ai consumatori finali quando i vincoli sui prezzi sono previsti in accordi – denominati come contratti di commissione o di rappresentanza – che un'impresa petrolifera spagnola, la *Compañía Española de Petróleos S. A.* (di seguito denominata: *CEPSA*), conclude solitamente con i gestori dei distributori di benzina.

La *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (Confederazione spagnola degli imprenditori dei distributori di benzina; di seguito denominata: *Confederazione*), ritenendo che tale prassi avesse violato la concorrenza, ha avviato una procedura successivamente sfociata in una causa davanti alla Corte di cassazione spagnola.

La domanda di pronuncia pregiudiziale, sollevata dal giudice spagnolo, ha riguardato l'interpretazione degli artt. 10-13 del Regolamento Cee della Commissione del 22 giugno 1983, n. 1984, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato CEE a categorie di accordi di acquisto esclusivo (in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1983, p. 5 ss., e rettificata in *Guce* n. L 79 del 23 marzo 1984, p. 38).

Si precisa che il Regolamento n. 1984/83 esclude dall'ambito di applicazione del comma n. 1 dell'art. 85 del Trattato CEE (divenuto art. 85 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 81 CE) alcune categorie di accordi di acquisto esclusivo e di pratiche concordate che soddisfano normalmente le condizioni previste al comma n. 3 di tale disposizione, dal momento che esse comportano, in generale, un miglioramento nella distribuzione dei prodotti. Tale Regolamento contiene disposizioni specifiche per gli accordi relativi ai distributori di benzina agli artt. 10-13.

L'art. 10 del Regolamento in questione prevede che: «L'art. 85, par. 1, del Trattato è dichiarato inapplicabile, ai sensi dell'art. 85, par. 3, del Trattato e conformemente alle disposizioni di cui agli articoli da 11 a 13 del presente Regolamento, agli accordi ai quali partecipano soltanto due imprese e nei quali l'una, il rivenditore, si impegna nei riguardi dell'altra, il fornitore, in cambio della concessione di particolari vantaggi economici o finanziari, ad acquistare determinati carburanti per autoveicoli a base di prodotti petroliferi o determinati carburanti per autoveicoli e determinati combustibili a base di prodotti petroliferi specificati nell'accordo, destinati alla rivendita in una stazione di servizio specificata nell'accordo, soltanto da lui, o da un'impresa ad esso collegata, o da un'impresa terza incaricata della distribuzione dei suoi prodotti».

Questa disposizione, come è noto, non è attualmente più in vigore.

Nell'anno 1995 la Confederazione ha presentato una denuncia dinanzi al Servizio di tutela della concorrenza, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, contro alcune imprese del settore petrolifero, fra le quali la *CEPSA*. Secondo la Confederazione, le convenzioni stipulate alla fine dell'anno 1992 tra la *CEPSA* e le imprese di gestione dei distributori di benzina, inizialmente denominate «contratti di acquisto definitivi» e quindi, in seguito a modifica, «contratti di commissione di vendita in garanzia» e/o «contratti di agenzia» avevano un effetto restrittivo della concorrenza.

Essendo state respinte tutte le domande proposte nei diversi gradi di giudizio, la Confederazione proponeva un ricorso per cassazione dinanzi al Tribunale Supremo che decideva di



sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, alla Corte di giustizia se una convenzione di distribuzione esclusiva di carburante rientri nell'ambito applicativo dell'art. 85 del Trattato e del Regolamento n. 1984/83.

La Corte ha precisato innanzitutto che il Regolamento in questione si limita a prevedere un'esenzione per categorie, grazie alla quale talune categorie di accordi tra imprese sono sottratte al divieto di intese previsto all'art. 85, n. 1, del Trattato. Di conseguenza, possono rientrare nell'ambito applicativo del Regolamento n. 1984/83 soltanto accordi tra imprese ai sensi di tale disposizione. La questione è stata, pertanto, quella di verificare se le convenzioni in esame nella causa principale costituiscano accordi tra imprese e, quindi, se ad esse trovi applicazione l'esenzione per categorie prevista dal Regolamento comunitario n. 1984/83.

La Corte di giustizia, richiamando la propria costante giurisprudenza sull'argomento, ha precisato come gli accordi fra operatori che agiscono in stadi differenti delle varie fasi produttive, denominati accordi verticali, possano costituire accordi ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e ricadere, pertanto, nel divieto sancito da tale disposizione (cfr., sul punto, sentenze del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56/64 e n. 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 457 e del 24 ottobre 1995 in causa n. C-266/93, *Bundeskartellamt c. Volkswagen e VAG Leasing*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3477).

A parere della Corte di giustizia, gli accordi verticali, come le convenzioni tra la CEPSA e i gestori di distributori di benzina, rientrano nell'ambito dell'art. 85 del Trattato nell'ipotesi in cui il gestore sia considerato un operatore economico indipendente e sussista un accordo fra due imprese (sul concetto di impresa, cfr. sentenze del 23 aprile 1991 in causa n. C-41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1979; dell'11 luglio 2006 in causa n. C-205/03 P, *FENIN c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6295 e del 12 luglio 1984 in causa n. 170/83, *Hydroterm*, in *Raccolta*, 1984, p. 2999).

Inoltre, la Corte ha evidenziato come, per applicare le norme sulla concorrenza, la distinzione formale tra due contraenti non è determinante, dal momento che il criterio decisivo è l'esistenza o meno di un comportamento unitario sul mercato (cfr., in tal senso, sentenza del 14 luglio 1972 in causa n. 48/69, *ICI c. Commissione*, in *Raccolta*, 1972, p. 619).

Nel caso di specie, l'elemento determinante per stabilire se un gestore di un distributore di benzina sia un operatore economico indipendente, si rinviene nella convenzione conclusa con il committente e, in particolare, nelle clausole di tale convenzione, tacite o espresse, relative all'assunzione dei rischi finanziari e commerciali legati alla vendita di merci a terzi; è necessario valutare, altresì, se, nell'ambito della convenzione di cui si discute, i gestori di distributori di benzina assumano o meno alcuni dei rischi finanziari e commerciali legati alla vendita di carburanti ai terzi.

Al riguardo, secondo la Corte, è necessario individuare i criteri che consentono di valutare l'effettiva ripartizione dei rischi finanziari e commerciali tra i gestori di distributori di benzina e il fornitore di carburanti. In tal modo, il giudice nazionale dovrà considerare, da un lato, i rischi connessi alla vendita dei prodotti, come il finanziamento delle riserve di carburanti, e, dall'altro, i rischi legati agli investimenti specifici di tale mercato, cioè quelli necessari affinché il gestore del distributore di benzina possa negoziare o concludere contratti con soggetti terzi.

Al fine di poter determinare l'applicabilità o meno dell'art. 85 del Trattato, dovrà, infine, essere presa in considerazione la ripartizione dei rischi finanziari e commerciali tra il gestore e il fornitore di carburanti in funzione di criteri quali la proprietà dei prodotti, il contributo ai costi legati alla loro distribuzione, la loro manutenzione, la responsabilità di eventuali danni ai prodotti o causati dagli stessi a soggetti terzi, nonché la realizzazione di investimenti specifici per la vendita di tali prodotti.

Qualora al termine dell'esame dei rischi assunti dai gestori di distributori di benzina, gli obblighi imposti a questi ultimi nell'ambito della vendita di prodotti ai terzi non dovessero essere considerati legati ad accordi tra imprese ai sensi dell'art. 85 del Trattato, l'obbligo imposto a tali gestori di vendere il carburante ad un prezzo determinato non ricadrebbe all'interno di tale disposizione e, di conseguenza, rientrerebbe nella capacità della CEPSA di poter limitare l'ambito di attività dei propri agenti.

Nell'esaminare il caso di specie, la Corte ha perciò concluso affermando che l'art. 85 del

Trattato si applica ad una convenzione di distribuzione esclusiva di carburanti e di combustibili come quella di cui alla causa principale, solamente nell'ipotesi in cui il gestore assuma uno o più rischi finanziari e commerciali legati alla vendita a terzi. Tuttavia, la convenzione in questione non ricade nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 1984/83 nella parte in cui si prevede l'obbligo, da parte del gestore, di rispettare il prezzo di vendita finale al pubblico determinato dal fornitore.

**IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO CONFERMA LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE DI CONDANNA DELLA COMPAGNIA FRANCE TÉLÉCOM PER ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE SUL MERCATO FRANCESE DELL'ACCESSO AD INTERNET**

**Tribunale di primo grado**

**Sentenza del 30 gennaio 2007 in causa n. T-340/03**

France Télécom SA c. Commissione delle Comunità europee

**Domanda di annullamento della decisione della Commissione del 16 luglio 2003, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 82 Trattato CE (caso COMP/38.233 - *Wanadoo Interactive*) - Concorrenza - Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17 - Fornitura di servizi relativi all'accesso alla rete locale e all'utilizzazione della rete locale residenziale - Posizione dominante sul mercato - Abuso di posizione dominante - Mercato dei servizi d'accesso ad *Internet* ad alta velocità - Prezzi predatori.**

*Quanto alle condizioni d'applicazione dell'art. 82 CE e alla distinzione tra oggetto ed effetto della pratica abusiva, occorre sottolineare che, ai fini dell'applicazione di tale articolo, la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale possono, eventualmente, confondersi. Infatti, se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, tale comportamento potrà anche avere tale effetto. Così la Corte, per quanto concerne le pratiche in materia di prezzi, ha statuito nella sua sentenza AKZO c. Commissione (sentenza del 3 luglio 1991 in causa n. C-62/86, in Raccolta, 1991, I, p. 3359) (...), che prezzi inferiori alla media dei costi variabili praticati da un'impresa che detiene una posizione dominante sono giudicati di per sé abusivi, in quanto l'unico interesse che l'impresa può avere a praticare simili prezzi è quello di eliminare i propri concorrenti e che prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, sono abusivi allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente. La Corte non ha preteso in tale causa nessuna dimostrazione degli effetti con-*

creti delle pratiche di cui trattasi (cfr., in tal senso, sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2003 in causa n. T-203/01, Michelin c. Commissione, in Raccolta, 2003, II, p. 4071, punti 241 e 242)<sup>1</sup>.

Nella sentenza AKZO c. Commissione (...) la Corte ha sancito l'esistenza di due metodi d'analisi diversi per verificare se un'impresa abbia o meno praticato prezzi predatori. In primo luogo, vanno sempre considerati abusivi i prezzi inferiori alla media dei costi variabili. In questo caso, non è immaginabile una finalità economica diversa dall'eliminazione di un concorrente, dal momento che ogni unità prodotta e venduta comporta una perdita per l'impresa. In secondo luogo, prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili devono essere considerati abusivi soltanto quando si possa dimostrare l'esistenza del disegno di eliminazione di un concorrente<sup>2</sup>.

Il ricorso è respinto<sup>3</sup>.

<sup>1-3</sup> L'art. 12, n. 1, del Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17, primo Regolamento d'applicazione degli artt. 81 e 82 CE (in *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204), relativamente alla fornitura di servizi per l'accesso alla rete locale e per l'utilizzazione della rete locale residenziale, conferisce alla Commissione europea il potere di svolgere indagini nell'ambito dello sviluppo dell'accesso ad *internet* ad alta velocità.

La Commissione ha, pertanto, deciso di avviare, nel luglio del 1999, alcune indagini in tal senso in seno all'Unione europea e le informazioni raccolte l'hanno condotta ad esaminare in particolare, le condizioni tariffarie di fornitura praticate dalla Wanadoo Interactive SA (di seguito denominata: WIN che era, all'epoca della controversia, una società del gruppo France Télécom e il suo capitale era detenuto al 99,9% dalla Wanadoo SA.), per i servizi d'accesso ad *internet* ad alta velocità a destinazione della clientela residenziale in Francia. A tal fine, essa ha avviato d'ufficio un procedimento nel settembre del 2001.

Il gruppo formato dalla Wanadoo e dalle sue controllate riuniva tutte le attività relative ad *internet* del gruppo France Télécom così come le attività di edizione di elenchi telefonici; in seno al gruppo Wanadoo, la WIN assicurava le responsabilità operative e tecniche connesse ai servizi di accesso ad *internet* in Francia, inclusi i servizi ADSL, ossia la linea digitale simmetrica per l'abbonato.

Con la decisione del 16 luglio 2003, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 82 CE (caso COMP/38.233 - *Wanadoo Interactive*), la Commissione constatava che la WIN aveva violato l'art. 82 CE, «praticando per i suoi servizi eXtense e Wanadoo ADSL prezzi predatori che non le hanno permesso di coprire i suoi costi variabili fino all'agosto 2001 e che non le hanno permesso di coprire i suoi costi totali a partire dall'agosto 2001, nell'ambito di un disegno diretto ad appropriarsi prioritariamente del mercato dell'accesso ad *internet* ad alta velocità in una fase importante del suo sviluppo».

La WIN proponeva così un ricorso contro tale decisione dinanzi al Tribunale di primo grado chiedendo *in primis* l'annullamento della decisione stessa e, in subordine, la riduzione dell'importo della sanzione inflitta (l'ammenda ammontava a euro 10,35 milioni).

Sulla domanda di annullamento della decisione, in particolare, sulla violazione dell'art. 82 CE (il Tribunale si sofferma, altresì, sui motivi relativi alla violazione dei diritti della difesa e delle forme sostanziali, al difetto di motivazione, alla violazione del principio della personalità della pena) il Tribunale di primo grado osserva come, secondo una propria costante giurisprudenza (cfr. sentenza del 9 novembre 1983 in causa n. 322/81, *Michelin c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 3461; sentenze del Tribunale del 30 marzo 2000 in causa n. T-65/96, *Kish Glass c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 1885 e del 17 dicembre 2003 in causa n. T-219/99, *British Airways c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 5917), ai fini della valutazione della posizione, eventualmente dominante, di un'impresa su un mercato settoriale determinato, le possibilità di concorrenza vanno valutate nell'ambito del

mercato comprendente tutti i prodotti o servizi che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti o servizi. Il Tribunale, innanzitutto, ha confermato le conclusioni della Commissione in merito all'assenza di un sufficiente grado di intercambiabilità tra l'alta velocità e la bassa velocità e ha definito correttamente il mercato in questione come quello dell'accesso ad *internet* ad alta velocità per la clientela residenziale.

A parere del Tribunale, la Commissione, inoltre, ha correttamente valutato che la WIN deteneva una posizione dominante nel mercato in questione durante il periodo considerato. Infatti, la Commissione, integrando la propria analisi della posizione dominante della WIN con l'esame comparativo delle quote di mercato detenute, durante il periodo controverso, dalla WIN e dai suoi concorrenti, ha accertato che la stessa WIN ha sempre detenuto un numero di abbonati all'ADSL in misura superiore ad otto volte quello degli abbonati del primo dei suoi concorrenti. Orbene, secondo la giurisprudenza, le quote di mercato detenute dall'impresa interessata in relazione a quelle dei suoi concorrenti costituiscono indizi validi di una posizione dominante (cfr. sentenza della Corte del 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, p. 461, in questa *Rivista*, 1979, p. 649). WIN, inoltre, ha beneficiato, grazie allo stretto collegamento con il gruppo France Télécom, di vantaggi considerevoli che hanno contribuito alla sua posizione dominante.

Sull'abuso di posizione dominante, secondo la WIN, la Commissione ha commesso un errore di diritto e diversi errori di valutazione nell'attuazione del *test* sulla strategia predatoria che giustificerebbero l'annullamento della decisione per violazione dell'art. 82 CE.

La WIN ha sostenuto il suo diritto ad allinearsi ai prezzi dei suoi concorrenti nonché l'assenza di una strategia predatoria pregiudizievole per la concorrenza.

Il Tribunale ha ricordato come, secondo una giurisprudenza costante, benché una posizione dominante non possa privare un'impresa che si trova in siffatta posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, qualora essi siano messi in pericolo, e benché le si debba concedere, entro limiti ragionevoli, la facoltà di compiere gli atti che essa ritiene opportuni per la protezione dei suoi interessi, non possono ammettersi comportamenti del genere qualora abbiano lo scopo di rafforzare la posizione dominante o di abusarne (cfr., sentenza della Corte del 14 febbraio 1978 in causa n. 27/76, *United Brands c. Commissione*, in *Raccolta*, 1978, p. 207 e in questa *Rivista*, 1978, p. 683; sentenze del Tribunale del 1° aprile 1993 in causa n. T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, II, p. 389 e dell'8 ottobre 1996 in cause riunite da n. T-24/93 a n. T-26/93 e n. T-28/93, *Compagnie maritimes belges transports e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 1201).

Sugli obblighi specifici imposti alle imprese in posizione dominante, il Tribunale ha dichiarato, nella propria sentenza del 17 luglio 1998 in causa n. T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione* (in *Raccolta*, 1998, II, p. 2937), che risulta dalla natura degli obblighi imposti dall'art. 82 CE che, in circostanze specifiche, le imprese in posizione dominante possono essere private del diritto di adottare comportamenti, o di compiere atti, che non sono in se stessi abusivi e che sarebbero persino incensurabili se fossero adottati, o compiuti, da imprese non dominanti.

A parere del Tribunale, la WIN non può sostenere un diritto assoluto ad allinearsi ai prezzi dei concorrenti per giustificare il proprio comportamento: benché l'allineamento da parte dell'impresa dominante ai prezzi dei concorrenti non sia in sé abusivo o condannabile, non può essere escluso che esso lo divenga qualora non sia diretto solo a proteggere i propri interessi, ma abbia per obiettivo di rafforzare la posizione dominante o di abusarne.

Relativamente al disegno predatorio, la Commissione ha affermato che risulta dalla giurisprudenza comunitaria sull'argomento che l'elemento intenzionale è presunto nel caso di prezzi inferiori alla media dei costi variabili e dev'essere provato, sulla base di indizi gravi e concordanti, nel caso di prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili. La Commissione, al riguardo, ha richiamato la presentazione da parte della WIN nel 2001 e all'inizio del 2002 di obiettivi commerciali alquanto ambiziosi, che un'impresa non dominante poteva avere difficoltà a raggiungere nelle condizioni di redditività sfavorevoli del momento.

Il Tribunale, giungendo alla conclusione che la Commissione abbia fornito indizi gravi e concordanti in merito all'esistenza di un disegno predatorio (la dimostrazione di un recupero delle perdite non costituisce una condizione per la constatazione di una pratica di prezzi

predatori) durante tutto il periodo d'infrazione provando che l'impresa si era impegnata intenzionalmente in una strategia di appropriazione predatoria del mercato e di limitazione della concorrenza, ha concluso che la WIN ha abusato della propria posizione dominante e ha confermato conseguentemente l'importo dell'ammenda che era stata inflitta alla WIN.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA CONFERMA LA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO CHE SANZIONA UN'INTESA CONTRARIA AL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA NELL'AMBITO DEL MERCATO BELGA DELLA BIRRA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza dell'8 febbraio 2007 in causa n. C-3/06**

Groupe Danone c. Commissione

**Art. 56 Statuto della Corte di giustizia - Ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado - Concorrenza - Intesa - Ammende - Orientamenti per il calcolo dell'importo delle ammende - Comunicazione sulla cooperazione - Art. 15, n. 2, del Regolamento del Consiglio n. 17 - Recidiva - Art. 229 CE - Art. 17 del Regolamento del Consiglio n. 17 - Competenza giurisdizionale anche di merito - Principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato - Diritti della difesa - Infondatezza.**

*Occorre rammentare, in via preliminare, che se è vero che la Corte ha dichiarato che gli orientamenti non costituiscono il fondamento normativo delle decisioni adottate dalla Commissione nella materia di cui trattasi (...), la Corte ha altresì giudicato che gli orientamenti garantiscono la certezza del diritto delle imprese, dato che determinano la metodologia che la Commissione si è imposta per la fissazione dell'importo delle ammende (...)<sup>1</sup>.*

*Infatti, è l'art. 15, n. 2, del Regolamento n. 17 che costituisce il fondamento normativo rilevante in forza del quale la Commissione può infliggere ammende ad imprese ed associazioni d'imprese per violazioni degli artt. 81 CE e 82 CE. Ai sensi di tale disposizione, per determinare l'importo dell'ammenda devono essere prese in considerazione la durata e la gravità dell'infrazione<sup>2</sup>.*

*Nell'ambito dell'impugnazione, il controllo della Corte è volto, da un lato, a verificare che il Tribunale abbia preso in considerazione in maniera giuridicamente corretta tutti i fattori essenziali per valutare la gravità di un determinato comportamento alla luce degli artt. 81 CE e 82 CE, nonché dell'art. 15 del Regolamento n. 17 e, dall'altro, ad appurare se il Tribunale abbia risposto in termini giuridicamente sufficienti all'insieme degli argomenti invocati dalla ricorrente per ottenere l'annullamento o la riduzione dell'ammenda (v., segna-*

tamente, sentenza del 17 dicembre 1998 in causa n. C-185/95 P, *Baustahlge-webe c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 8417, punto 128)<sup>3</sup>.

*Il ricorso è respinto*<sup>4</sup>.

<sup>1-4</sup> Il ricorso presentato dal Gruppo Danone è stato rivolto contro la sentenza del Tribunale di primo grado del 25 ottobre 2005 (in causa n. T-38/02, *Groupe Danone c. Commissione*, di seguito: la sentenza impugnata, in *Raccolta*, 2005, II, p. 4407). Tale causa riguardava la decisione della Commissione n. 2003/569/Ce, del 5 dicembre 2001, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 81 CE, caso IV/37.614/F3 PO c. *Interbrew e Alken-Maes*, (in *Guce* n. L 200 del 7 agosto 2003, p. 1) che infliggeva un'ammenda alla ricorrente per la sua partecipazione ad un cartello nel settore della birra nel Regno del Belgio. In particolare, l'infrazione contestata consisteva nella sua partecipazione, diretta e tramite la controllata Alken-Maes, ad un insieme complesso di accordi e/o pratiche concordate riguardanti un patto generale di non aggressione, i prezzi e le promozioni nel commercio al dettaglio, la ripartizione dei clienti nel settore alberghiero e della ristorazione (di seguito denominato: «horeca»), ivi compresi i clienti nazionali, la limitazione degli investimenti e della pubblicità sul mercato *horeca*, una nuova struttura tariffaria per il settore *horeca* e per il settore del commercio al dettaglio e lo scambio di informazioni sulle vendite per il settore *horeca* e per il settore del commercio al dettaglio. Il Tribunale di primo grado confermava la decisione impugnata, ma riduceva l'ammenda inflitta (da 44,043 a 42,415 milioni di euro).

Orbene, nel ricorso oggetto della sentenza, sopra massimata, che riguarda unicamente la determinazione dell'ammenda, la ricorrente ha sostenuto che il Tribunale di primo grado ha commesso un errore di diritto basandosi su un'erronea interpretazione della nozione di recidiva modificando in modo illegittimo il metodo di calcolo della Commissione.

Si precisa che all'epoca dei fatti, l'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE, era regolato dal Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17, primo Regolamento di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE (in *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204), mentre la decisione impugnata è antecedente all'entrata in vigore del Regolamento CE del Consiglio del 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1) e all'adozione dei nuovi orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a., del Regolamento Ce n. 1/2003 (in *Guce* n. C 210 del 1° settembre 2006, p. 2).

L'art. 15, n. 2, del Regolamento n. 17, prevedeva che: «la Commissione può, mediante decisione, infliggere alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende che variano da un minimo di mille [EUR] ad un massimo di un milione, con facoltà di aumentare quest'ultimo importo fino al dieci per cento del volume d'affari realizzato durante l'esercizio sociale precedente da ciascuna delle imprese che hanno partecipato all'infrazione, quando intenzionalmente o per negligenza: a. commettano una infrazione alle disposizioni dell'art. [81], par. 1, o dell'art. [82] del Trattato, b. non osservino un onere imposto in virtù dell'art. 8, par. 1 [del Regolamento]. Per determinare l'ammontare dell'ammenda, occorre tener conto oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata».

Gli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, par. 2 del Regolamento n. 17 e dell'art. 65, par. 5 del Trattato CECA (in *Guce* n. C 9 del 14 gennaio 1998, p. 3) istituiscono una metodologia applicabile per la determinazione dell'ammontare delle suddette ammende che consiste nella fissazione di un importo di base, al quale si applicano maggiorazioni in caso di circostanze aggravanti e riduzioni in caso di circostanze attenuanti.

La Danone ha quindi chiesto, davanti alla Corte di giustizia, l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 25 ottobre 2005.

Tuttavia, la Corte ha respinto integralmente il ricorso del Gruppo Danone.

Prima di tutto, la Corte ha dichiarato che gli orientamenti, anche se non costituiscono il fondamento normativo delle decisioni adottate dalla Commissione in materia (cfr. sentenze del 28 giugno 2005 in cause riunite n. C-189/02 P, n. C-202/02 P, n. C-205/02 P a n. C-208/02 P e n. C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, I,

p. 5425 e del 21 settembre 2006 in causa n. C-167/04 P, *JCB Service c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8935), garantiscono la certezza del diritto delle imprese, dato che determinano la metodologia che la Commissione si è imposta per la fissazione dell'importo delle ammende. È, infatti, l'art. 15, n. 2, del Regolamento n. 17 che costituisce il fondamento giuridico grazie al quale la Commissione può infliggere ammende ad imprese ed associazioni d'imprese per violazioni degli artt. 81 e 82 CE. Inoltre, per determinare l'importo dell'ammenda devono essere prese in considerazione la durata e la gravità dell'infrazione.

Sulla gravità dell'infrazione, la Corte ha dichiarato che essa va accertata in funzione di una grande quantità di elementi, in ordine ai quali la Commissione dispone di un margine di discrezionalità. Secondo la Corte, il fatto di tener conto di circostanze aggravanti, in sede di fissazione delle ammende, risponde al compito della Commissione di garantire il rispetto delle norme sulla concorrenza (cfr., al riguardo, sentenza del 29 giugno 2006 in causa n. C-308/04 P, *SGL Carbon c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5977).

La Corte, al riguardo, ha altresì precisato che un'eventuale recidiva rientra fra gli elementi da prendere in considerazione in sede di analisi della gravità dell'infrazione di cui trattasi (così statuito nella sentenza del 7 gennaio 2004 in cause riunite n. C-204/00 P, n. C-205/00 P, n. C-211/00 P, n. C-213/00 P, n. C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 123).

Ne è conseguito che la Commissione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha potuto legittimamente considerare l'elemento connesso alla recidiva come relativo alla gravità dell'infrazione commessa dal Gruppo Danone.

Sulla violazione del principio di certezza del diritto la Corte ha confermato quanto deciso dal Tribunale al riguardo, ossia l'esclusione di qualsiasi violazione del principio di certezza del diritto per il fatto che né il Regolamento n. 17, né gli orientamenti prevedono un termine massimo per constatare una recidiva.

Anche il terzo motivo, attinente ad una violazione dell'obbligo di motivazione è stato respinto dalla Corte così come il quarto motivo, attinente ad un eccesso dei poteri giurisdizionali. Infine, sul quinto motivo, attinente ad una violazione dei diritti della difesa, nonché del principio di irretroattività delle disposizioni repressive più severe, la Corte di giustizia ha confermato integralmente la sentenza del Tribunale di primo grado precisando che questi, in virtù della sua competenza anche di merito, ha applicato all'importo di base dell'ammenda, inflitta al Gruppo Danone, l'aumento del 40% determinato in funzione della circostanza aggravante connessa alla recidiva. Ne è conseguito che, nell'esercizio della propria competenza, il Tribunale si è fondato esclusivamente sulle disposizioni degli orientamenti senza considerare altri elementi, circostanze o criteri di cui il Gruppo Danone non avrebbe potuto prevedere l'esame.





# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## PRESENTAZIONE DEGLI ATTI DEL CONVEGNO "AIGLI" svoltosi a Palermo-Mondello nei giorni 21-24 settembre 2006

L'Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana (AIGLI)<sup>1</sup> conformemente alle proprie finalità e al proprio statuto<sup>2</sup>, ha scelto, per il Convegno 2006, un tema di grande attualità e di notevole interesse: «Il diritto comunitario *antitrust* dopo le riforme e il suo impatto negli ordinamenti interni».

La scelta si è rivelata felice, considerata la qualità dei lavori che qui vengono pubblicati e l'interesse manifestato dai partecipanti che hanno contribuito al successo dell'iniziativa alimentando un ampio dibattito.

È noto che il processo di integrazione europea, ispirato alle istanze liberalizzatrici ormai in atto da qualche decennio, perseguendo l'obiettivo di armonizzare le diverse discipline *antitrust* nazionali, tende a valorizzare il ruolo del mercato in favore della tutela della concorrenza, sul presupposto, ormai generalmente condiviso, che da un mercato competitivo non possano che derivare effetti benefici per l'economia in generale e, in particolare, per i consumatori.

Il Convegno ha consentito ai relatori di trattare argomenti di indubbio interesse che hanno soddisfatto le aspettative dei partecipanti.

*Fausto Capelli*<sup>3</sup> ha illustrato gli aspetti innovativi della disciplina introdotta dal Regolamento n. 1/2003 che ha inciso sul ruolo (finora prevalente) della Commissione, attribuendo maggiori funzioni e compiti alle autorità garanti e ai tribunali nazionali nelle ipotesi di restrizione della concorrenza con pregiudizio

<sup>1</sup> L'AIGLI è costituita da avvocati stabiliti in venti Paesi europei e in quattordici Paesi non-europei che parlano la lingua italiana. Per informazioni consultare il sito internet [www.aigli.com](http://www.aigli.com); e-mail [g.sardo@aigli.com](mailto:g.sardo@aigli.com).

<sup>2</sup> Cfr. art. 10 dello Statuto: «Al fine di realizzare compiutamente gli scopi previsti dall'art. 5, l'Associazione terrà un congresso almeno una volta all'anno, per l'esame ed il dibattito, in lingua italiana, di argomenti giuridici di comune interesse».

<sup>3</sup> V. il testo della relazione, *supra*, p. 5 ss.

al commercio tra gli Stati membri. A sua volta *Enrico Adriano Raffaelli*<sup>4</sup> ha affrontato il tema della "posizione dominante collettiva", intesa come posizione assunta da imprese collegate che, in virtù del loro potere economico, possono restare indifferenti agli effetti della concorrenza presentandosi sul mercato come un'entità unica e coesa nel perseguire una medesima linea d'azione.

A tali relazioni occorre aggiungere quella di *Alberto Venezia*<sup>5</sup> che ha trattato un argomento ugualmente interessante: «Distribuzione commerciale e disciplina *antitrust*».

Oltre ai relatori citati, hanno svolto interventi e partecipato al dibattito giuristi di varie nazionalità che, conformemente allo Statuto dell'AIGLI, si sono espressi tutti in lingua italiana. Hanno presentato i loro contributi relativi alle discipline *antitrust* nazionali: *Roberta Correnti* e *Karl von Hase* (Germania); *Gisella Levi Caroti* (Stati Uniti d'America); *Ingrid Meussen* (Belgio); *Jean-François Sampieri* (Francia); *Peter Kunz* (Austria). Anche i loro contributi sono pubblicati in questo numero della Rivista *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* nella rubrica «Comunicazioni e note informative».

A tutti va il ringraziamento dell'AIGLI per l'interesse dimostrato e per l'impegno profuso nel solco di una tradizione ormai ventennale della nostra Associazione.

**Gaetano Sardo**  
Presidente AIGLI

<sup>4</sup> V. il testo della relazione, *supra*, p. 23 ss.

<sup>5</sup> V. il testo della relazione, *supra*, p. 75 ss.

## **LA RECENTE LEGGE TEDESCA DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA ANTITRUST**

**Sommario:** **I.** *La riforma della legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza* - **1.** *La novella del 2005: l'adeguamento del diritto nazionale a quello comunitario* - **2.** *Il definitivo superamento della teoria della "doppia barriera"* - **II.** *Il nuovo sistema delle pratiche restrittive della concorrenza* - **1.** *Il divieto generale delle intese restrittive della concorrenza* - **2.** *Il principio dell'eccezione legale (Legalausnahme): le intese esenti dal divieto* - **3.** *Ambiti rimasti esenti dal divieto* - *a. Le intese tra piccole e medie imprese (Mittelstandskartelle)* - **b.** *La protezione degli accordi tra imprese attive nella produzione agricola* - **c.** *I prezzi vincolati per giornali e riviste* - **III.** *L'abuso di posizione dominante* - **1.** *Il concetto di posizione dominante* - **2.** *L'abuso di posizione dominante* - **3.** *Lo sfruttamento illecito della posizione dominante* - **4.** *Sviluppi attuali del controllo degli abusi* - **IV.** *La riforma degli organi e le sanzioni* - **1.** *Gli organi* - **2.** *Il rafforzamento degli strumenti di intervento delle autorità garanti* - **3.** *L'inasprimento delle sanzioni civili* - **4.** *L'aumento delle sanzioni pecuniarie* - **V.** *Il controllo delle concentrazioni di imprese (Fusionskontrolle)* - **1.** *La disciplina nazionale* - **2.** *Presupposti di applicazione e fattispecie oggetto di controllo* - **VI.** *Conclusione.*

### **I. La riforma della legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza**

#### **1. La novella del 2005: l'adeguamento del diritto nazionale a quello comunitario**

La normativa *antitrust* tedesca, la c.d. «legge contro le restrizioni della concorrenza» (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, abbreviato *GWB*), fu emanata il 27 giugno 1957<sup>1</sup> sotto l'influenza delle autorità americane, al fine di agevolare la costruzione di un'economia di mercato fondata sulla con-

<sup>1</sup> Un primo regolamento sui cartelli fu emanato già nel 1923: *Kartellverordnung* 2 novembre 1923, RGBl. I, 1067.

correnza. Scopo preliminare era disfarsi di quella struttura economica basata principalmente sulla proliferazione dei cartelli, che era stata favorita, in precedenza, dalla vasta espansione dell'industria pesante e di quella estrattiva sviluppatasi enormemente per scopi bellici. La legge del 1957 ha costituito il corpo normativo di base negli ultimi cinquanta anni, sebbene sia stata periodicamente aggiornata. L'ultima novella legislativa, la settima, in vigore dal 1 luglio 2005<sup>2</sup>, ha introdotto la più rilevante riforma della normativa tedesca in materia: essa ha, infatti, previsto un recepimento capillare del Regolamento Ce n. 1/2003<sup>3</sup> concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato CE ed ha così consentito un ampio adeguamento della legislazione nazionale a quella comunitaria<sup>4</sup>. Il legislatore tedesco ha mirato ad eliminare l'incertezza scaturita dalla coesistenza di due discipline – quella europea e quella nazionale – a tratti qua e là difformi, come per esempio nel campo delle restrizioni verticali della concorrenza (v. di seguito al paragrafo II.1). Per le intese rilevanti all'interno dei confini statali il diritto nazionale è stato in larga parte adeguato a quello europeo al punto tale che si è di recente affermato, con parole forse un po' eccessive, che «d'ora in poi non esisterà più il diritto della concorrenza tedesco, bensì il diritto della concorrenza in Germania»<sup>5</sup>.

## 2. Il definitivo superamento della teoria della «doppia barriera»

In mancanza di una norma per le questioni di conflitto tra sistemi giuridici, l'applicazione del diritto tedesco e del diritto europeo della concorrenza è stata, in Germania, inizialmente disciplinata in base al principio della c.d. «doppia barriera» (la c.d. «*Zwei-Schranken-Theorie*»)<sup>6</sup>: tale teoria escludeva *a priori* la configurabilità di un conflitto di norme affermando che i due sistemi normativi fossero finalizzati alla tutela di due sfere distinte, ossia da un lato quella del commercio intracomunitario e dall'altro quella del commercio nazionale. Le fattispecie di rilevanza comunitaria e tedesca erano, pertanto, oggetto della parallela applicazione delle norme europee e di quelle nazionali tedesche. Il cumu-

<sup>2</sup> La settima novella è stata emanata il 7 luglio 2005 e pubblicata il 15 luglio 2005 sulla Gazzetta Federale (BGBl.) I, p. 2144.

<sup>3</sup> Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 (*Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1), in vigore dal 1° maggio 2004, che sostituisce il Regolamento del Consiglio del 21 febbraio 1962, n. 17/62 (*Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204).

<sup>4</sup> In merito ci si è orientati ai tre regolamenti Ce di esenzione per categoria n. 2790/1999, n. 1400/2002 e n. 772/2004, BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, 4<sup>a</sup> ed., München, Verlag C.H. Beck, 2006, p. 7 n. 17.

<sup>5</sup> „Es gibt zukünftig nicht mehr das deutsche Kartellrecht, sondern das Kartellrecht in Deutschland.“, BECHTOLD - BUNTSHECK, „Die 7. Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 2003 bis 2005“, *NJW* 2005, p. 2966.

<sup>6</sup> Elaborata da KOCH, *Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in *Betriebs-Berater*, 1959, p. 241.

lo delle norme imponeva l'adeguamento alle regole più severe.

La progressiva capitolazione della teoria della doppia barriera è andata di pari passo con l'affermarsi del principio della preminenza del diritto comunitario. Nella materia del diritto dei cartelli fu decisiva la sentenza della Corte europea di giustizia *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt* del 1969<sup>7</sup>. Tale sentenza determinò una svolta nella dottrina tedesca la quale accettò che fattispecie comunitarie dichiarate dalla Commissione europea espressamente esenti dal divieto di cui all'ex art. 85 (nuovo art. 81) TCE non potevano più essere vietate e sanzionate in base al diritto nazionale tedesco<sup>8</sup>. Qualora, tuttavia, il diritto tedesco vietasse determinate fattispecie e tali fattispecie non fossero state oggetto di una decisione di esonero dal divieto di cui al vecchio art. 85 TCE, allora tornava ad applicarsi il diritto tedesco in base al principio della doppia barriera<sup>9</sup>. Tale impostazione è stata superata con i progressivi arresti della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il rapporto tra gli artt. 81 e 82 TCE e le corrispondenti norme nazionali ha però trovato un'espressa regolamentazione per la prima volta nell'art. 3 del Regolamento n. 1/2003 cui corrisponde, adesso, l'art. 22 GWB. L'art. 3, comma 2 del Regolamento n. 1/2003 – come anche l'art. 22, comma 2 GWB – prevede il principio del primato assoluto del diritto comunitario per le fattispecie di rilevanza comunitaria<sup>10</sup>. Una disciplina nazionale più severa o più mite deve soccombere rispetto a quella comunitaria più mite o più severa, anche nei casi in cui non sia stata emanata una decisione esplicita da parte di organi europei.

Un'eccezione al principio del primato del diritto comunitario è stata mantenuta con riguardo alla possibilità per gli Stati membri di emanare norme nazionali più severe per vietare o sanzionare atti unilaterali di abuso di posizione dominante. Il sistema tedesco ha così potuto mantenere in materia la propria più severa regolamentazione, per esempio gli artt. 19 e 20 GWB<sup>11</sup>. Inoltre, all'applicazione dell'art. 3, comma 1 e 2 Regolamento n. 1/2003 è stata espressamente sottratta la materia del controllo delle concentrazioni per la

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1969 in causa n. 14/68, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt* (anche nota come «*Farbenhersteller*»), in *Raccolta*, 1969, p. 1, 14; in tale sentenza veniva giudicata ammissibile l'applicazione del diritto nazionale a condizione che la decisione nazionale non contrastasse con la piena e uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza: in caso di conflitto il giudice tedesco avrebbe d'ora in poi dovuto applicare il principio del primato del diritto comunitario.

<sup>8</sup> MAILÄNDER, *Grundzüge der Wettbewerbsregeln der EWG*, in MÜLLER-HENNEBERG - SCHWARZ, *Kommentar zu EG-Kartellrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1972, p. 173; GLEISS - HIRSCH, *Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1993, p. 30.

<sup>9</sup> MÖSCHEL, *Das Verhältnis des GWB zum europäischen Wettbewerbsrecht*, in *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, p. 91, n. 136-137.

<sup>10</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. *supra*, nota 4, art. 22, n. 5.

<sup>11</sup> In merito si veda di seguito, *sub III*.

quale il rapporto tra norme comunitarie e nazionali è, invece, regolato nell'art. 21, comma 3 del Regolamento Ce n. 139/2004 sul controllo delle operazioni di concentrazione<sup>12</sup>.

## II. Il nuovo sistema delle pratiche restrittive della concorrenza

### 1. Il divieto generale delle intese restrittive della concorrenza

In linea con lo spirito comunitario di un più snello funzionamento degli organi garanti ed in conformità alle disposizioni del Regolamento Ce n. 1/2003, il tradizionale sistema tedesco dei procedimenti di esenzione è stato abbandonato. L'impianto della legge tedesca della concorrenza vigente sino a prima della novella del 2005 conosceva un divieto generale solo per le restrizioni orizzontali<sup>13</sup> tra imprese concorrenti. Le intese verticali erano, in linea di principio<sup>14</sup>, precedentemente ammesse<sup>15</sup>. Inoltre esisteva tutta una serie di norme di esenzione per diverse categorie di cartelli<sup>16</sup>. La ricorrenza dei presupposti di esenzione previsti da tali norme doveva essere valutata dall'autorità federale o regionale dei cartelli dietro notifica di specifica domanda da parte delle imprese interessate (v. Regolamento Ce n. 17/1962). La notificazione di tali domande era quindi prassi diffusa e il numero dei procedimenti aperti (c.d. «*Antragskartelle*») o di quelli che si chiudevano con l'automatica ammissione dei cartelli per mancata risposta delle autorità, dopo tre mesi dal ricevimento delle relative domande (c.d. «*Anmeldekartelle*»), sempre più consistente ed ingovernabile. Il sistema dell'esenzione concessa caso per caso,

<sup>12</sup> Art. 3, comma 3, del Regolamento Ce 1/2003 e art. 22, comma 4 GWB. BECHTOLD in BECHTOLD - BOSCH - BRINKER - HIRSBRUNNER, *EG-Kartellrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2005, Art. 3 VO 1/2003, p. 192 n. 23.

<sup>13</sup> Per restrizioni orizzontali si intendono le intese poste in essere tra imprese concorrenti, per esempio per la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati, lo scambio di informazioni, ecc.

<sup>14</sup> Le intese verticali erano disciplinate dagli artt. 14-18 GWB, adesso abrogati. L'abrogato art. 15 GWB vietava in modo assoluto solo gli accordi verticali aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi.

<sup>15</sup> L'autorità dei cartelli si riservava tuttavia la facoltà di vietare, volta per volta, gli accordi verticali sulla distribuzione già in atto, qualora avessero l'effetto di creare delle insormontabili barriere all'accesso di concorrenti sul mercato. GLOY - LOSCHELDER, *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, München, Verlag C.H. Beck, 2005, § 1, n. 55.

<sup>16</sup> Si trattava per esempio dei c.d. *Normenkartelle* e *Typenkartelle* (abrogato art. 2 GWB), ossia di cartelli aventi ad oggetto l'imposizione del rispetto di requisiti tecnici o di qualità o di norme relative alla sicurezza, all'utilizzo, al controllo dei prodotti; oppure dei *Konditionenkartelle*, ossia di cartelli contenenti la previsione di precise condizioni generali di contratto, NORDEMANN in LOEWENHEIM - MEESEN - RIESENKAMPPF, *Kartellrecht, Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2006, art. 2, n. 49-50; n. 57-59. Ed ancora di *Spezialisierungskartelle* (abrogato art. 3 GWB); di *Mittelstandskartelle* (abrogato art. 4 GWB, adesso art. 3 GWB); di *Rationalisierungskartelle* (abrogato art. 5), per il miglioramento della redditività delle imprese; di *Strukturierungskartelle* (abrogato art. 5 GWB); di *Strukturrisenkartelle* (abrogato art. 6 GWB) e di "altri cartelli" (abrogato art. 7 GWB), BECHTOLD, *GWB-Kommentar, cit. supra*, nota 4, art. 2, n. 1).

come anche sperimentato dalla Commissione europea per i relativi procedimenti a livello comunitario, era estremamente macchinoso ed inidoneo a garantire un agile controllo degli abusi.

In conformità al diritto CE<sup>17</sup>, il nuovo art. 1 GWB (corrispondente all'art. 81, comma 1 TCE) ha adesso introdotto un divieto generale di intese e pratiche restrittive prevedendo un inasprimento della disciplina precedente: è stata, infatti, abolita la tradizionale distinzione tra le intese orizzontali e quelle verticali<sup>18</sup>.

## 2. *Il principio dell'eccezione legale (Legalausnahme): le intese esenti dal divieto*

Nel nuovo sistema le pratiche restrittive sono in linea di massima vietate ma sono automaticamente esenti dal divieto di cui all'art. 1 GWB se soddisfano i requisiti richiesti dall'art. 2, comma 1 GWB (che rispecchia l'art. 81, comma 3 TCE)<sup>19</sup> o quelli previsti dai Regolamenti Ce di esenzione per categoria cui fa rinvio il comma 2 dell'art. 2 GWB. Per verificare la ricorrenza dei presupposti d'esenzione non è, ormai, più necessaria una decisione con effetto costitutivo da parte delle autorità garanti: sono le imprese, adesso, a dovere autonomamente valutare se le intese da esse di volta in volta raggiunte integrino i requisiti richiesti dall'art. 2, comma 1 GWB (= art. 81, comma 3 TCE) o quelli previsti dai regolamenti di esenzione per categoria<sup>20</sup>. L'affidamento di tale compito alle imprese comporta per le stesse una notevole responsabilità ed implica un alto rischio di valutazioni erranee: le imprese non dispongono, infatti, degli strumenti di indagine delle autorità garanti né di un quadro completo dei dati economici necessari al fine di emettere un giudizio sulle relazioni di mercato. Si teme che ciò possa andare a tutto discapito delle imprese, della certezza giuridica, dell'affidamento dei terzi ed, in definitiva,

<sup>17</sup> A livello comunitario le intese verticali erano state specificamente regolate – prima del Regolamento n. 1/2003 – dal Regolamento di esenzione per categoria n. 2790/1999 (*Guce* n. L 336 del 29 dicembre 1999, p. 21).

<sup>18</sup> Le intese verticali sono quelle tra imprese non concorrenti, collocate a stadi commerciali diversi (di produzione e distribuzione) per la fissazione dei prezzi, la distribuzione selettiva, gli accordi discriminatori. A livello comunitario tali intese erano state specificamente regolate dal Regolamento di esenzione per categoria n. 2790/1999, *loc. cit.*

<sup>19</sup> Il divieto di cui all'art. 1 GWB è inapplicabile, in base all'art. 2 GWB, se le intese contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei 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.

<sup>20</sup> Le imprese possono comunque sempre rivolgersi alle autorità garanti per chiedere un parere, ma questo non avrà più natura vincolante, LOEWENHEIM - MEESSEN - RIESENKAMPFF, *Kartellrecht, Kommentar, cit. supra*, nota 16, art. 2, n. 198.

della tutela della concorrenza<sup>21</sup>: è possibile, infatti, che un'intesa restrittiva giudicata dalle imprese esente dal divieto sia successivamente considerata illecita dalle autorità garanti o dai tribunali con conseguenti sanzioni pecuniarie per le imprese<sup>22</sup>.

### 3. *Ambiti rimasti esenti dal divieto*

Prima della riforma erano sottratte al divieto di restrizioni della concorrenza le intese concluse in alcuni settori: tra queste vale fare accenno alle intese delle piccole e medie imprese, alle intese nel settore creditizio e assicurativo o in quello della concorrenza tra associazioni sportive, in quello dell'agricoltura, dell'energia, delle poste e telecomunicazioni. Solo alcune di queste esenzioni sono state mantenute dopo la riforma:

#### a. *Le intese tra piccole e medie imprese (Mittelstandskartelle)*

Una rilevante eccezione all'adozione pedissequa del sistema del Regolamento Ce n. 1/2003 è rappresentata dal mantenimento della deroga al divieto di cui all'art. 1 GWB in favore dei cartelli – di portata solo nazionale – tra piccole e medie imprese (art. 3 GWB)<sup>23</sup>. A differenza che nel passato, quando la concessione di tali cartelli doveva preventivamente essere accordata o controllata dalle autorità, dopo la riforma la deroga al divieto generale sussiste, per effetto di una valutazione delle stesse imprese, quando gli accordi di cooperazione tra piccole e medie imprese sono finalizzati ad aumentare la competitività delle stesse nei confronti delle concorrenti di maggiori dimensioni. Il legislatore ha, tuttavia, desiderato garantire una maggiore sicurezza giuridica alle imprese medio-piccole ed ha previsto che queste possano richiedere una decisione delle autorità garanti riguardo ai loro cartelli, stabilendo che le autorità siano obbligate (come sotto il previgente regime e a differenza di quello attuale per le grandi imprese) ad emetterla<sup>24</sup>. Ciò vale comunque solo fino al 30 giugno 2009, per una prima fase di adattamento, e comunque solo all'interno dei confini nazionali: qualora da tali intese derivi un pregiudizio al

<sup>21</sup> LOEWENHEIM - MEESEN - RIESENKAMPFF, *Kartellrecht, Kommentar, cit. supra*, nota 16, art. 2, n. 195-198.

<sup>22</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar, cit. supra*, nota 4, art. 2, n. 8.

<sup>23</sup> Le piccole e medie imprese non sono definite dall'art. 3 GWB. Il riferimento alla piccola o media dimensione è relativo e dipende dal ramo economico preso di volta in volta in considerazione, LOEWENHEIM - MEESEN - RIESENKAMPFF, *Kartellrecht, Kommentar, loc. cit.*, art. 3, n. 15.

<sup>24</sup> Si tratta solo di una possibilità: in tal senso le piccole-medie imprese sono adesso sollevate dai pesanti oneri connessi ai costi del vecchio procedimento di notificazione che costituivano già di per sé un pregiudizio nella concorrenza con le imprese di maggiore dimensione: LUTZ, *Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle in Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, n. 8/2005, p. 720.



commercio intra-comunitario, il principio del divieto generale ex art. 81, comma 1 TCE torna ad estendersi anche alle intese qui in oggetto<sup>25</sup>.

*b. La protezione degli accordi tra imprese attive nella produzione agricola*

L'agricoltura è considerata degna di particolare protezione, trattandosi di un settore che per le sue particolarità non può adattarsi con la necessaria velocità ai cambiamenti imposti dalle relazioni di mercato<sup>26</sup>. Pertanto l'art. 28 GWB ammette in tal caso, allo scopo di una stabilizzazione del mercato, il ricorso ad accordi o a pratiche – a livello nazionale – aventi ad oggetto la produzione agricola, l'uso comune di macchine e sistemi necessari alla produzione agricola. Le imprese partecipanti all'intesa non possono però imporre prezzi di vendita le une alle altre (a livello orizzontale) e non devono escludere del tutto la concorrenza.

*c. I prezzi vincolati per giornali e riviste*

Le proposte di modifica relative al trattamento della stampa e dei prodotti editoriali hanno costituito l'oggetto più aspramente dibattuto in occasione di questa ultima riforma della legge *antitrust* tedesca (GWB) in particolare con riguardo al tema del controllo sulle concentrazioni tra imprese attive nell'ambito della stampa. Lo scontro politico in materia ha rallentato l'emanazione della novella senza che, tuttavia, si sia poi raggiunto un accordo sulla normativa da emanare<sup>27</sup>. Con la novella ci si è, pertanto, solo limitati a confermare – all'art. 30 GWB – l'eccezione legale ammessa per i prezzi vincolati di giornali e riviste sia a livello dei produttori che impongono i prezzi, sia a livello di tutti gli ulteriori distributori e rivenditori di tali prodotti.

### **III. L'abuso di posizione dominante**

*1. Il concetto di posizione dominante*

La novella del 2005 non ha modificato il capo della legge *antitrust* relativo alla definizione delle fattispecie di posizione dominante e del suo abuso. Esistendo in materia norme simili a quelle di diritto comunitario ed essendo

<sup>25</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. supra, nota 4, art. 3, n. 4-5.

<sup>26</sup> LOEWENHEIM - MEESSEN - RIESENKAMPFF, *Kartellrecht, Kommentar*, cit. supra, nota 16, art. 28, n. 1 e ss.

<sup>27</sup> BECKER - HOSSENFELDER, *Einführung in das neue Kartellrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2006, p. 26 ss.

consentito, in base a queste ultime, che le norme nazionali siano più severe (art. 3, comma 2, Regolamento Ce n. 1/2003), sono state mantenute le norme più severe: queste si applicheranno, ovviamente, solo agli abusi commessi con un comportamento unilaterale e non rientranti nella sfera di applicazione dell'art. 81 TCE<sup>28</sup>.

Come anche in base all'art. 82 TCE, è vietata non la posizione dominante in sé, bensì il suo abuso (art. 19, comma 1 GWB). La posizione dominante è definita dall'art. 19, comma 2 GWB come la posizione detenuta da un'impresa che non abbia concorrenti o che rispetto ai concorrenti si trovi in una posizione di supremazia. Questa si presume esistente quando un'impresa, con riguardo alla porzione di mercato detenuta, alla sua forza economica, alla concentrazione con altre imprese, alla capacità di cambiare la sua offerta o richiesta di beni o servizi (art. 19, comma 2, frase 1 GWB), controlla – sul mercato rilevante per i suoi prodotti – un campo d'azione in cui la concorrenza non si svolge più in modo sufficiente.

Inoltre la legge *antitrust* tedesca presume che detengano una posizione dominante

1. un'impresa che controlla una quota di mercato di almeno 1/3;
2. due o tre imprese che controllano una quota di mercato di almeno 1/2 oppure
3. quattro o cinque imprese che controllano una quota di mercato di almeno 2/3.

Una novità introdotta con l'ultima riforma è l'ampliamento del concetto di mercato rilevante ai fini della valutazione della posizione dominante: il mercato rilevante può, infatti, adesso essere più vasto del campo di applicazione nazionale della legge, può estendersi cioè al di là dei confini nazionali (art. 19, comma 2, frase 3 GWB). Criterio orientativo per l'accertamento della ricorrenza di una posizione dominante deve essere il mercato rilevante dal punto di vista economico, non da quello geografico-politico<sup>29</sup>.

## 2. L'abuso di posizione dominante

Una volta identificato il mercato rilevante di prodotti e servizi al quale un'impresa è rivolta, misurato il grado di controllo detenuto su di esso dall'impresa e appurata l'esistenza di una posizione dominante, occorre verificare se ricorra un abuso. Accanto alla norma generale di divieto dell'abuso (art. 19, comma 1 GWB, c.d. «*Generalklausel*»), l'identificazione della fattispecie

<sup>28</sup> BECKER - HOSSENFELDER, *Einführung in das neue Kartellrecht*, cit. supra, nota 27, p. 11, n. 27.

<sup>29</sup> In tal senso si era già espresso il *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione, abbreviato *BGH*) con sentenza del 24 ottobre 1995 nel caso «*Backofenmarkt*» (in *WuW/E*, *BGH*, p. 3029-3031), LUTZ, *Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle*, cit. supra, nota 24, p. 723.

illecita va fatta in base ai criteri elencati dall'art. 19, comma 4 GWB. È necessario che l'impresa in questione

a. pregiudichi le possibilità di concorrenza delle altre senza giustificato motivo;

b. richieda l'esecuzione di prestazioni supplementari o imponga condizioni per lo svolgimento della relazione commerciale che in una situazione di normale concorrenza non potrebbero essere richieste;

c. applichi prezzi o condizioni dissimili a una clientela proveniente da mercati simili;

d. impedisca l'accesso alla propria rete di distribuzione e di infrastrutture<sup>30</sup> quando ciò ostacoli il normale svolgimento della concorrenza.

Tale elenco di presunte situazioni di abuso è fatto dal legislatore a mero titolo esemplificativo. Assai simile è l'enumerazione dei casi di abuso contenuta nell'art. 82 TCE. In caso di abuso con effetti sul commercio intra-comunitario l'autorità garante o giudicante tedesca dovrà applicare l'art. 82 TCE e parallelamente l'art. 19 GWB. Nel caso, invece, non ricorrano i presupposti richiesti dall'art. 82 TCE, la fattispecie di abuso potrà essere sanzionata in base all'art. 19 GWB<sup>31</sup>.

### 3. *Lo sfruttamento illecito della posizione dominante*

La legge *antitrust* vieta che della posizione dominante si faccia abuso ai sensi dell'art. 19 GWB, ma vieta altresì che la posizione dominante sia sfruttata

- al fine di trattare altre imprese attive sullo stesso mercato ingiustamente in modo diverso o di ostacolarle direttamente o indirettamente (art. 20, comma 1 GWB)

- o al fine di accaparrarsi vantaggi ingiusti (art. 20, comma GWB).

Con riguardo a quest'ultima ipotesi dello sfruttamento della posizione dominante al fine di ottenere vantaggi ingiusti (per esempio condizioni di preferenza) si deve far cenno ad un'altra rilevante novità introdotta con la riforma, ossia all'ampliamento del raggio di applicazione del divieto. Fino al luglio 2005 era necessario, infatti, che un'impresa con posizione dominante o un'associazione di imprese riuscisse a farsi accordare determinati vantaggi da parte di altre imprese. Presupposto per la violazione del divieto era, quindi, la materiale concessione di tali vantaggi o condizioni di preferenza o anche la conclusione di un accordo in merito alla concessione degli stessi. A seguito della riforma è, invece, già sufficiente che un'impresa con posizione domi-

<sup>30</sup> Qui si intende la rete di connessione di quei luoghi che devono essere raggiunti nel corso ed al fine dell'esecuzione della prestazione: strade, binari, telefono: BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. *supra*, nota 4, art. 19, n. 88.

<sup>31</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, loc. cit., art. 19, n. 64, e art. 22, n. 12 ss.

nante o un'associazione di imprese chieda di ricevere determinati vantaggi in considerazione della propria posizione di forza economica: non occorre più, pertanto, che i vantaggi siano poi materialmente accordati<sup>32</sup>.

#### 4. *Sviluppi attuali del controllo degli abusi*

La materia del controllo degli abusi di posizione dominante (*Missbrauchsaufsicht*) è divenuta, in Germania, recentemente oggetto di discussione con riguardo al campo dell'energia elettrica. Nel mirino sono le quattro imprese che detengono in Germania l'oligopolio della produzione e distribuzione dell'elettricità<sup>33</sup>. Tale situazione ha finora reso possibile un sensibile aumento dei prezzi dell'energia elettrica a fronte di profitti record incassati dalle quattro imprese che si spartiscono il mercato dell'elettricità. Il Governo ha di recente pianificato di inasprire il controllo degli abusi di posizione dominante compiuti attraverso il continuo aumento dei prezzi ed ha già presentato una proposta di legge per combattere più efficacemente tali abusi. La proposta riforma mira a rendere più rapida ed agevole la procedura di controllo degli abusi, in modo che le cause avviate contro le imprese che controllano il mercato dell'energia elettrica non durino più per anni a spese dei consumatori. Con la nuova proposta di legge e l'inasprimento dei controlli il Governo mira, inoltre, a indurre le imprese che attualmente gestiscono il mercato tedesco dell'energia elettrica ad aprire le proprie reti a centrali elettriche indipendenti in modo da liberalizzare la concorrenza su questo mercato<sup>34</sup>.

### IV. La riforma degli organi e le sanzioni

#### 1. *Gli organi*

La novella della legge *antitrust* ha riformato anche il capo riguardante le autorità garanti e le sanzioni ampliando lo spettro degli organi e potenziando i loro strumenti di intervento.

Competente all'applicazione del diritto della concorrenza nazionale, oltre che di quello europeo (artt. 81 e 82 TCE), non è più solo l'autorità garante fe-

<sup>32</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. supra, nota 4, art. 19, n. 64, e art. 20, n. 66 ss.

<sup>33</sup> Le imprese sono: E.on, in Baviera e Germania del nord; RWE nella Germania dell'ovest; EnBW in Baden-Württemberg e Vattenfall nella zona tra Berlino e Amburgo e nella Germania dell'est. La discussione sul tema degli abusi in materia è stata di recente inasprita a seguito del *black out* che ha lasciato al buio buona parte dell'Europa ad inizio novembre 2006 mettendo ulteriormente in cattiva luce le citate imprese del gruppo per l'incapacità di garantire l'approvvigionamento dell'elettricità nel caso di danno ad una delle centrali.

<sup>34</sup> „Bis zum nächsten Blackout“, articolo tratto da [http://boerse1.web.de/news\\_detail.asp?nr=447523](http://boerse1.web.de/news_detail.asp?nr=447523).

derale (*Bundeskartellamt*) ma lo sono anche le autorità dei diversi *Länder* (le *Landeskartellbehörden*)<sup>35</sup>. Tali autorità intervengono in tutti i casi in cui non sussista una competenza esclusiva dell'autorità federale o del Ministero dell'economia<sup>36</sup>.

## 2. *Il rafforzamento degli strumenti di intervento delle autorità garanti*

Sebbene il Regolamento Ce n. 1/2003 non abbia disposto nulla in merito ai poteri di decisione delle autorità garanti nazionali, il legislatore tedesco ha voluto allinearsi anche in questa materia a quanto stabilito per la Commissione. La nuova configurazione dei poteri conferiti agli organi garanti, contenuta negli artt. 32, 32a-32e GWB, segue in sostanza quanto previsto dagli artt. 7-9 del Regolamento Ce n. 1/2003. Accanto al potere di imporre la cessazione di un certo comportamento concorrenziale, l'art. 32, comma 2 GWB recepisce la più significativa innovazione del Regolamento introducendo a livello nazionale il potere delle autorità di imporre l'adozione di "tutti" i rimedi necessari a far cessare effettivamente l'infrazione. La norma usa una formula ampia e non specifica – come la norma europea – se l'imposizione di rimedi strutturali<sup>37</sup>, oltre che di quelli comportamentali, sia consentita. La tesi dominante ritiene che l'imposizione di provvedimenti strutturali, non essendo esclusa, debba ritenersi ammessa<sup>38</sup>. In ogni caso le autorità garanti possono adesso indicare il tipo di provvedimento concretamente ritenuto necessario affinché l'infrazione cessi e non si ripeta. Nel riconoscimento di tale potere si riscontra una nuova comprensione del ruolo e dell'attività degli organi garanti nazionali<sup>39</sup>.

Nei casi di urgenza con rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza le autorità garanti possono, inoltre, adottare misure cautelari. A differenza che nel diritto europeo, tali misure sono imponibili per la durata massima di un anno (art. 32 a GWB).

Infine, uno strumento di rapido intervento è costituito dal nuovo potere a disposizione delle autorità nazionali, come pure della Commissione, di dichiarare obbligatori gli impegni assunti dalle imprese alla cessazione di pratiche sospette, salva la possibilità delle autorità di revocare la propria disposi-

<sup>35</sup> Art. 50 c. 1 GWB.

<sup>36</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. supra, nota 4, Art. 49 GWB, n. 10.

<sup>37</sup> Per rimedi strutturali si intendono quelli che vanno a toccare la struttura dell'impresa, per esempio l'obbligo dell'impresa di vendere i settori di attività in cui si attua una restrizione della concorrenza, l'eliminazione di una posizione dominante, sino a giungere alla deconcentrazione dei gruppi di imprese dove ciò sia necessario ad eliminare l'infrazione, BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, loc. cit., Art. 32 GWB, n. 16.

<sup>38</sup> LUTZ, *Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle*, cit. supra, nota 24, p. 725. Tale interpretazione è tuttavia controversa BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, loc. ult. cit., Art. 32 GWB, n. 17.

<sup>39</sup> BECKER - HOSSENFELDER, *Einführung in das neue Kartellrecht*, cit. supra, nota 27, p. 15.

zione e riprendere il procedimento di accertamento dell'infrazione<sup>40</sup>.

### 3. *L'inasprimento delle sanzioni civili*

In linea con l'ampliamento dei poteri delle autorità garanti nazionali è anche il rafforzamento della tutela dei titolari del diritto al risarcimento del danno. Ciò costituisce un punto essenziale della riforma, in quanto l'effetto monitorio delle sanzioni civili giova all'attuazione del diritto e così alla tutela della concorrenza.

La disciplina introdotta dalla riforma prevede (con il nuovo art. 33 GWB) un diritto alla cessazione delle infrazioni perpetrate ed un diritto al risarcimento del danno che possono essere fatti valere sia per le infrazioni commesse a livello nazionale sia, adesso, anche nelle ipotesi di infrazione di cui agli artt. 81 e 82 TCE<sup>41</sup>.

Inoltre, la nuova formulazione fa riferimento ad una più vasta cerchia di titolari dei diritti suddetti: non occorre più – come prima – che l'intesa o la pratica anticoncorrenziale sia diretta contro un certo acquirente o fornitore affinché questi possa far valere il suo diritto alla cessazione dell'atto illegittimo e al risarcimento del danno. Il legislatore ha recepito qui il concetto elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per cui *chiunque* abbia subito un danno – anche indiretto – da pratiche anticoncorrenziali ha diritto ad essere risarcito. Tra i titolari rientrano, pertanto, le imprese concorrenti – attive nello stesso ambito territoriale e nello stesso settore –, nonché, dall'altro lato, i consumatori finali che siano stati pregiudicati. È stato, tuttavia, precisato che mentre il diritto alla cessazione di un'infrazione può essere fatto valere da chiunque "possa" ricevere un pregiudizio dall'infrazione, l'esercizio del diritto al risarcimento del danno deve essere limitato a chi ne sia stato direttamente danneggiato<sup>42</sup>.

È stato, infine, introdotto il principio per cui il già compiuto accertamento di un'infrazione da parte della Commissione, di autorità garanti o di tribunali ha un'efficacia vincolante nelle cause risarcitorie successivamente avviate<sup>43</sup>. I tribunali nazionali non sono tuttavia illimitatamente tenuti a rispettare la già pronunciata decisione di accertamento: qualora non siano d'accordo, essi pos-

<sup>40</sup> Art. 32 b GWB e 9 Regolamento n. 1/2003/Ce.

<sup>41</sup> Prima, per le violazioni degli artt. 81 e 82 TCE bisognava che ricorressero i presupposti della norma generale prevista dal codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*, abbreviato BGB), e cioè l'art. 823, c. 2 BGB, BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. supra, nota 4, Art. 33 GWB, n. 1.

<sup>42</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, loc. cit., Art. 33 GWB, n. 9, 10.

<sup>43</sup> Art. 33, comma 4 frasi 1, 2 GWB: c.d. cause in "follow-on", LUTZ, *Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle*, cit. supra, nota 24, p. 728; BECHTOLD, *GWB-Kommentar*, cit. supra, nota 4, Art. 33 GWB, 35.

sono richiedere che la Corte di giustizia si esprima preventivamente in base all'art. 234 TCE<sup>44</sup>.

#### 4. *L'aumento delle sanzioni pecuniarie*

Sempre nell'intento di garantire una complessiva maggiore tutela alla concorrenza, anche la normativa relativa alle sanzioni pecuniarie (l'art. 81 GWB) è stata riscritta e allineata al quadro della normativa europea. In futuro anche le violazioni del diritto europeo (artt. 81, 82 TCE) potranno essere punite da autorità garanti nazionali con l'inflizione di sanzioni pecuniarie, laddove ciò era stato finora possibile solo con riguardo alle violazioni di disposizioni emanate dall'autorità federale dei cartelli.

Per le violazioni più gravi – di norme di diritto materiale –<sup>45</sup> si registra un forte inasprimento delle sanzioni che sono state raddoppiate fino ad un massimo di un milione di Euro, dovendosi rispettare il limite del 10% del fatturato raggiunto l'anno precedente dall'impresa sanzionata. Per le altre violazioni – di obblighi formali – le sanzioni sono state aumentate da 25.000 euro a 100.000 euro. Scopo di tale inasprimento è stato quello di aumentare l'efficacia del sistema sanzionatorio mediante l'azione deterrente di pene severe a fronte di gravi violazioni di legge.<sup>46</sup> In tale quadro si inserisce anche la possibilità di condannare le imprese che abbiano commesso un'infrazione, oltre che al pagamento di sanzioni pecuniarie ed al risarcimento del danno, anche a dovere restituire gli utili che si siano illecitamente accaparrate attraverso la violazione delle norme europee o nazionali a tutela della concorrenza<sup>47</sup>. Ciò non è dovuto in ogni caso: è infatti possibile che, attraverso l'inflizione della sanzione pecuniaria, siano già stati compensati gli utili illecitamente conseguiti<sup>48</sup>. Qualora, invece, la sanzione pecuniaria si limiti a penalizzare la violazione commessa e non comporti per l'impresa la perdita dei profitti illecitamente realizzati, si può separatamente condannare l'impresa a pagare altre somme in modo che essa perda i profitti prima raggiunti<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Art. 33 c. 4 frase 3 GWB.

<sup>45</sup> Le violazioni più gravi sono in base all'art. 81, comma 4 GWB quelle degli artt. 81, comma 1, 82 comma 1 TCE e, per la legge nazionale – a titolo esemplificativo – quelle degli artt. 1 GWB (divieto generale di accordi e pratiche anticoncorrenziali); 19, comma 1 GWB (abuso di posizione dominante); 20 GWB (divieto di discriminazione); 21, comma 3, 4 GWB (divieto di costringere altre imprese a pratiche anticoncorrenziali); 41, comma 1 GWB (divieto di concentrazione di imprese).

<sup>46</sup> BECKER - HOSSENFELDER, *Einführung in das neue Kartellrecht*, cit. supra, nota 27, p. 37.

<sup>47</sup> Si tratta della c.d. «*Vorteilsabschöpfung*», letteralmente dell'«assorbimento» o del «prelievo» dei vantaggi economici illecitamente conseguiti, art. 34, 34a GWB.

<sup>48</sup> Art. 34, comma 2, frase 1 e 81, comma 5, frase 1 GWB.

<sup>49</sup> Art. 34, comma 1, 34a GWB.

## V. Il controllo delle concentrazioni di imprese (*Fusionskontrolle*)

### 1. *La disciplina nazionale*

La materia del controllo delle concentrazioni di imprese (*Fusionskontrolle*), regolata negli artt. 35-43 GWB, era stata oggetto di riforma con la precedente novella della legge *antitrust* eseguita nel 1998<sup>50</sup> e non è stato ritenuto necessario ritoccare la disciplina in occasione della riforma del 2005, se non per pochi aspetti procedurali.

Lunghe discussioni politiche sono state condotte, invece, nel campo delle fusioni tra le imprese attive nel campo della stampa e dell'editoria, ma l'inconciliabilità delle posizioni espresse, dopo avere complessivamente ritardato l'emanazione della riforma della legge *antitrust*, non ha alla fine consentito che anche questo tema ricevesse una nuova completa disciplina.

### 2. *Presupposti di applicazione e fattispecie oggetto di controllo*

In materia di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, presupposto per l'applicazione del diritto tedesco è, oltre all'esclusione dell'applicabilità delle relative norme europee<sup>51</sup>, il raggiungimento di certe soglie minime di fatturato:

- € 500 mio. a livello mondiale di tutte le imprese coinvolte;
- € 25 mio. a livello nazionale per almeno un'impresa coinvolta<sup>52</sup>.

Occorre altresì accertare che ricorrano i requisiti descritti dall'art. 37 GWB, e cioè che si sia verificata:

- l'acquisizione dell'intero patrimonio di un'altra impresa o di una sua parte rilevante;
- l'acquisizione del controllo di un'altra impresa attraverso diritti, contratti o altri mezzi che consentano di esercitare una determinata influenza sull'attività dell'impresa controllata;
- l'acquisizione di partecipazioni ad una società di capitali o di persone quando le partecipazioni raggiungano il 25% o il 50% del capitale o dei diritti di voto;

<sup>50</sup> La sesta novella della GWB del 26 agosto 1998, *Gazzetta Federale (BGBl.)* I, 1998, p. 2521.

<sup>51</sup> Il Regolamento Ce n. 139/2004 sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (*Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1).

<sup>52</sup> V. art. 35 GWB. A confronto, per l'applicazione del diritto comunitario, l'art. 1 del Regolamento Ce n. 139/2004 richiede un fatturato minimo di rispettivamente:

- € 5 mrd. a livello mondiale di tutte le imprese coinvolte;
- € 250 mio. a livello comunitario per almeno due imprese coinvolte.

In alternativa è sufficiente che sia raggiunta a livello mondiale una soglia minima di fatturato pari a € 2,5 mrd. purché siano soddisfatti tutta la serie di presupposti enunciata dal comma 3 dell'art. 1 Regolamento Ce n. 139/2004.



- qualunque altra connessione sulla base della quale una o più imprese possano esercitare – a livello della concorrenza – una rilevante influenza su un'altra impresa.

Con riguardo all'ipotesi dell'acquisto di partecipazioni di almeno il 25% o il 50% in altra società si rileva che è ritenuto necessario il mero raggiungimento formale di tali soglie. Il diritto tedesco prevede così una disciplina più severa di quella del diritto comunitario (art. 3, comma 1, lett. *b*. Regolamento Ce n. 39/2004) per la quale una fattispecie di fusione può considerarsi integrata quando l'acquisto di partecipazioni in altra società comporti l'assunzione di un controllo sulla stessa (anche quando tale controllo sia esercitato insieme ad altre imprese). L'art. 37, comma 1, frase 3 GWB, specifica inoltre che, per verificare la ricorrenza di una concentrazione, devono prendersi in considerazione non solo le partecipazioni acquisite da un'impresa (per esempio A) su un'altra (per esempio C) bensì anche le partecipazioni già detenute da altra impresa (per esempio B) controllata dalla prima (A) sulla stessa società partecipata (C). Una concentrazione con l'impresa partecipata ricorre anche quando l'acquisizione delle partecipazioni alla stessa impresa («*Gemeinschaftsunternehmen*») avvenga da parte di più imprese contemporaneamente o successivamente e comunque da minimo due imprese nella misura di almeno il 25%<sup>53</sup>. In tal caso la legge tedesca prevede una particolarità: oltre alla concentrazione tra l'impresa che abbia acquistato una partecipazione di minimo il 25% (A) e l'impresa partecipata (C) si realizza anche una fusione tra le imprese (A e B) che abbiano acquistato una partecipazione – di almeno il 25% – sulla stessa partecipata (C)<sup>54</sup>.

La concentrazione di imprese deve essere preventivamente notificata<sup>55</sup> all'autorità garante federale quando essa espliciti effetti sul territorio nazionale tedesco e indipendentemente dal fatto che alla concentrazione partecipino imprese straniere. Pertanto devono essere notificati i casi in cui stranieri acquistino quote di partecipazione ad imprese tedesche, come anche i casi in cui un'impresa tedesca acquisti quote di società straniere<sup>56</sup>.

L'autorità federale deve vietare la concentrazione quando sia prevedibile che attraverso di essa venga creata o rinforzata una posizione dominante e non sia dimostrato che tale fusione possa apportare anche un miglioramento delle condizioni della concorrenza in grado di superare o comunque controbilanciare gli svantaggi che insorgerebbero per effetto della posizione dominante<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> LOEWENHEIM - MEESEN - RIESENKAMPFF, *Kartellrecht, Kommentar, cit. supra*, nota 16, art. 37, n. 49.

<sup>54</sup> Art. 37, comma 1, frase 3, ultimo caso GWB.

<sup>55</sup> Art. 39 GWB.

<sup>56</sup> BECHTOLD, *GWB-Kommentar, cit. supra*, nota 4, Art. 39 GWB, n. 25.

<sup>57</sup> Art. 36 GWB.

## VI. Conclusione

Con la settima novella è stato completato il processo di "europeizzazione" del diritto *antitrust* tedesco. Quest'ultimo ha perso la propria tipica configurazione, continuando a distinguersi dal diritto europeo ormai solo per la disciplina del controllo degli abusi di posizione dominante in cui il legislatore europeo aveva lasciato libertà di normazione ai legislatori nazionali. L'ampio adeguamento al diritto europeo ha reso possibile una più agile applicazione delle norme da parte delle autorità garanti e giudiziarie nazionali. Il rischio di disparità di trattamento di fattispecie europee e nazionali è stato ridotto. Inoltre l'esistenza di norme simili giova alle imprese, sia nazionali sia di altri Stati membri, attive sul mercato nazionale e/o europeo: esse possono fare riferimento a due sistemi di regole quasi del tutto parificati e pertanto più facili da conoscere e rispettare.

Anche la nuova configurazione dei poteri di intervento e di sanzione delle autorità garanti nazionali ha consentito un allineamento agli *standard* europei. Grazie al nuovo sistema sanzionatorio anche il diritto tedesco dispone ora di un più efficace deterrente alla commissione di infrazioni e ciò contribuisce in modo essenziale ad una migliore tutela di tutti coloro che siano e potranno essere pregiudicati dalle violazioni della concorrenza.

**Roberta Correnti**  
**Karl von Hase\***

\* Versione riveduta e corretta della relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.

## LA DISCIPLINA ANTITRUST: IL MODELLO STATUNITENSE

Le leggi americane sulla libera concorrenza (c.d. «*Antitrust Laws*») intendono prevenire, regolandola, l'illecita formazione e lo sviluppo di posizioni dominanti o monopolistiche e di qualunque tipo di accordo inteso ad ostacolare la libera concorrenza nel mercato.

Tra le molteplici leggi che disciplinano la materia in esame, le più importanti, sono: lo *Sherman Act* del 1890; il *Clayton Act*, del 1914 (poi modificato dal *Robinson-Patman Act* del 1936); il *Federal Trade Commission Act* del 1914 e lo *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* del 1976.

In linea generale, nel caso di violazione delle leggi *antitrust*, sono legittimati attivamente a promuovere azioni, sia di carattere amministrativo sia di carattere giudiziario civile e penale, i seguenti organi: *a.* la Commissione Federale per il Commercio (c.d. «*Federal Trade Commission*» o «FTC»<sup>1</sup>), *b.* il Dipartimento di Giustizia (c.d. «*Department of Justice*» o «DOJ»<sup>2</sup>), *c.* i Procuratori Generali dei vari Stati e *d.* i soggetti privati<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La Commissione Federale per il Commercio fu creata nel 1914 con il *Federal Trade Commission Act*. Questa Commissione ha il compito di eliminare e prevenire le pratiche contrarie alla libera concorrenza, attuando le leggi *antitrust*, esaminando le proposte di fusione di società e investigando su altri tipi di pratiche od operazioni con potenziali effetti anticompetitivi.

<sup>2</sup> Il Dipartimento della Giustizia, cioè il ministero della giustizia americano condivide con la FTC e con altre agenzie federali l'autorità per l'applicazione della normativa in materia *antitrust*. A seconda delle particolari situazioni e dei tipi di violazioni o del tipo di mercato che è coinvolto, il DOJ e la FTC decidono quale delle due agenzie investigherà la condotta in violazione delle leggi *antitrust*. Tuttavia solo il DOJ può agire penalmente e lo fa solitamente quando le prove sono sufficienti a superare l'onere, molto più stringente, tipico di un'azione penale, altrimenti può decidere di agire civilmente per l'imposizione di una sanzione risarcitoria del danno causato.

<sup>3</sup> Alla stregua dei soggetti privati, anche gli Stati ed altri enti amministrativi, per esempio i comuni, possono agire civilmente per ottenere il risarcimento dei danni che ritengono di aver subito, quali acquirenti di beni, per comportamenti che contravvengono il *Clayton Act*. Si ricorda che essendo le leggi *antitrust* di natura federale, la loro applicazione a livello penale viene rimessa unicamente all'autorità federale. La maggioranza delle cause civili introdotte dai procuratori generali statali intendono recuperare, quale risarcimento del danno, i maggiori costi che lo Stato o le sue suddivisioni amministrative, ha sostenuto a causa di manipolazioni dei prezzi. Gli Stati sono anche legittimati ad agire a favore di singoli cittadini – persone fisiche – che abbiano subito un danno a causa della violazione di una norma dello *Sherman Act*.

Di particolare rilievo per la loro peculiarità e per i risvolti pratici che esse comportano, sono le azioni intentate dal soggetto privato (sia esso persona fisica o giuridica) che lamenta di aver sostenuto dei danni derivati direttamente dalla violazione delle leggi *antitrust*<sup>4</sup>.

Il soggetto privato, essendo legittimato attivamente, ha la possibilità di promuovere azioni legali per far rispettare le leggi *antitrust* e per ottenere la condanna al risarcimento dei danni, inclusi quelli punitivi<sup>5</sup>.

## I. Lo *Sherman Act*

Lo *Sherman Act del 1890* è stata la prima legge americana di tutela del mercato in un contesto di libera iniziativa imprenditoriale emanato per eliminare il rischio di restrizioni illegittime della concorrenza a livello commerciale, con conseguente danno per il consumatore.

Lo *Sherman Act* fu emanato in risposta alla concentrazione del potere economico nella mani di grandi gruppi industriali. Al tempo, infatti, alcuni operatori industriali in forte sviluppo ed in concorrenza tra di loro, tra i quali le ferrovie, l'industria petrolifera e quella del tabacco, avevano deciso di evitare la reciproca concorrenza consolidando le rispettive forze in entità più grandi che le raggruppavano<sup>6</sup>. Nello "*Standard Oil Trust*", costituito nel 1882, vennero fatte confluire le azioni di nove società petrolifere fino a quel momento in concorrenza tra loro. Il consiglio di amministrazione del *trust* adottava le decisioni per tutte le nove società riunite nel *trust*, dando così vita ad un vero e proprio monopolio.

Lo *Sherman Act* aveva lo scopo di limitare la concentrazione di potere economico di questi *trust*. Benché numerosi Stati dell'Unione avessero già emanato norme per limitare i monopoli all'interno dei propri confini, lo *Sherman Act* si prefiggeva di disciplinare quanto accadeva in più Stati a livello federale. Poiché molti dei termini chiave dello *Sherman Act* non furono tuttavia adeguatamente definiti dal legislatore, la materia subì successivamente

<sup>4</sup> Lo *Sherman Act* ed il *Clayton Act* (così come modificato dal *Robinson-Patman Act*) attribuiscono al soggetto privato la legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione di queste leggi. Il *Clayton Act* autorizza il risarcimento per un ammontare fino a tre volte i danni effettivamente sofferti dall'attore, incluse spese legali ed onorari. Perché l'attore possa ottenere la triplicazione dei danni in base alla legge *antitrust*, deve provare il danno subito da un'impresa o da beni a causa della violazione della legge *antitrust* e, contemporaneamente, che vi sia stato un danno pubblico, c.d. «*antitrust injury*».

<sup>5</sup> I danni punitivi consistono in una misura risarcitoria che eccede il danno effettivamente subito dalla parte attrice. Essi svolgono una funzione punitiva e deterrente rispetto alla condotta lesiva e sono previsti solo nei casi di illeciti caratterizzati dalla volontarietà e dalla gravità della condotta. In Italia sono stati recentemente dichiarati contrari all'ordine pubblico dalla Corte di cassazione (Cass. civ., sez. III, n. 1183 del 19 gennaio 2007).

<sup>6</sup> V. sul punto l'articolo di F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina anti-trust comunitaria*, *supra*, p. 5 ss.

un notevole sviluppo tramite la giurisprudenza.

La Sezione I dello *Sherman Act* definisce i tre tipi di comportamenti ritenuti illegittimi e, quindi, vietati nella misura in cui restringano il commercio tra gli Stati dell'Unione o tra uno di essi ed uno Stato straniero: *a.* il contratto, che consiste in un accordo formale; *b.* la «*conspiracy*», che consiste in un'azione organizzata per ottenere scopi illeciti; e *c.* la «*combination*» cioè un accordo tra più parti, sotto forma di cartello od in altra forma.

La Sezione II dello *Sherman Act* definisce altresì come comportamenti illegittimi *a.* la monopolizzazione, *b.* il tentativo di monopolizzare e *c.* la cospirazione o l'accordo volti a monopolizzare qualsiasi parte del commercio tra gli Stati dell'Unione o tra uno di essi ed uno Stato straniero. Il comportamento illegittimo consiste non solo nell'abuso di posizione dominante, ma può arrivare a comprendere, in casi determinati, anche la mera acquisizione o l'esercizio di una posizione dominante, anche se raggiunta mediante crescita interna.

La distinzione tra «*monopolization*» e «*attempt to monopolize*» si basa sulla "soggettività" del comportamento illecito. Nel primo caso non è necessario un proposito specifico diretto a raggiungere una posizione monopolistica; l'intento viene, infatti, valutato sulla base di dati di fatto che, peraltro, non prendono in considerazione la dimensione della società che pone in essere la condotta illegittima.

L'«*attempt to monopolize*» è, invece, caratterizzato da un elemento soggettivo paragonabile al dolo specifico, e consiste nella cospirazione, con una o più parti, allo scopo di conseguire la posizione monopolistica o nell'effettivo, volontario conseguimento di tale posizione. È inoltre necessario che sia riscontrata, nel caso di "tentativo", una probabilità notevole che la suddetta condotta dia effettivamente luogo ad un monopolio.

La Sezione II, a differenza della Sezione I dello *Sherman Act*, si applica anche alla condotta di singole persone fisiche o giuridiche, indipendentemente da accordi con terzi, purché dette persone cerchino di monopolizzare il mercato o di condurre trattative a ciò finalizzate.

A seguito di successivi emendamenti apportati al testo originale dello *Sherman Act*, a decorrere dal 2004 le sanzioni per i comportamenti illegittimi previsti nelle Sezioni I e II dello stesso possono consistere in: *a.* ammende fino a 10 milioni di dollari per le società e 350.000 dollari per i singoli individui; *b.* pene detentive fino a tre anni; oppure *c.* una combinazione di pene pecuniarie e detentive.

I c.d. «*Corporate Officers*», ovvero coloro che ricoprono cariche operative in una società, quali quelle di presidente, vicepresidente e tesoriere, rispondono penalmente per la condotta della società e spesso la sanzione pecuniaria a carico della società è combinata con la irrogazione di una pena detentiva a carico personalmente dei *Corporate Officers* medesimi.

Con riguardo alla legittimazione ad agire, il Governo federale può eserci-

tare un'azione penale che si conclude con l'irrogazione di una pena detentiva o pecuniaria; oppure può esperire azione civile, precisamente attraverso l'istituto dell'ingiunzione, che consiste nell'emanazione di divieti ed ordini vincolanti per le parti per un certo numero di anni o in perpetuo, il cui contenuto può essere il più vario.

## II. Il *Clayton Act*

Il *Clayton Act* fu emanato nel 1914 con il preciso scopo di integrare la normativa *antitrust* dettata dallo *Sherman Antitrust Act*, estendendola alle fattispecie di restrizione della concorrenza non ancora sottoposte al controllo federale. Attraverso quest'Atto il legislatore americano irrigidì i principi già dettati in materia di concorrenza con una normativa che verrà poi seguita anche dalla legislazione europea: perché un'attività sia considerata anticoncorrenziale in base a questa legge è sufficiente che essa possa avere l'effetto di diminuire in modo sostanziale la concorrenza o tenda a costituire un monopolio in qualsiasi campo commerciale. Non viene censurata, quindi, soltanto l'attività che limita la concorrenza in concreto, bensì quella che si ritiene possa farlo in via anche solo *ipotetica*.

I comportamenti vietati in concreto da questa norma ruotano, fondamentalmente, attorno al concetto di «discriminazione nei prezzi tra differenti acquirenti dei beni, che abbia l'effetto di diminuire sostanzialmente la concorrenza o di tendere a creare un monopolio»<sup>7</sup>.

I limiti di questa legge sono rappresentati dalle due eccezioni al principio di legalità sancite nella Sezione II: da una parte, la mancata previsione dell'entità dello sconto che può essere praticato agli acquirenti, dall'altra, la previsione di un'eccezione a favore di chi ha compiuto la discriminazione in buona fede onde far fronte alla concorrenza.

La Sezione III della legge in esame vieta anche un particolare tipo di contratti denominati «vessatori», nonché quelli con clausola di esclusiva. Nei contratti cosiddetti vessatori, la vessatorietà consiste nell'obbligare gli acquirenti a comprare altri prodotti dalla medesima impresa al fine di poter ottenere il bene o servizio richiesto. Per quanto riguarda, invece, la clausola di esclusiva, questa impone all'acquirente di rifornirsi solo presso un determinato fornitore, che diventa l'unica controparte possibile. Naturalmente, anche questo genere di restrizioni, per essere perseguito, deve presentare l'effetto potenziale di diminuire la concorrenza in modo sostanziale o di tendere alla creazione di un monopolio.

La sezione VII della legge in esame, con le modifiche apportate nel

<sup>7</sup> *Clayton Act*, sez. 2.

1950<sup>8</sup>, vieta ad una società la cui attività consista nel commercio interstatale o internazionale (non importa se *holding*) di acquistare, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, le azioni o il patrimonio di altre società della stessa natura se, naturalmente, l'effetto è quello di creare un monopolio o restringere la concorrenza in modo sostanziale.

La Sezione IV del *Clayton Act* conferisce a coloro che provino di aver subito un danno nella propria attività commerciale, a causa della violazione della normativa federale *antitrust*, il diritto ad un'azione per ottenere il risarcimento del danno subito. Il risarcimento può ammontare fino al triplo dei danni subiti, oltre al rimborso delle spese legali.

La Sezione VIII (aggiunta nel 1980), proibisce ad una persona fisica di svolgere contemporaneamente il ruolo di "*Director*" (cioè di amministratore) od *Officer* (cioè, di funzionario operativo) di due o più società, qualora: 1. la somma del capitale, riserve e profitti di ciascuna delle due o più società sia superiore ai 10 milioni di dollari; 2. ognuna delle società svolga attività commerciale; e 3. le società siano tra loro concorrenti.

### III. Il *Robinson Patman Act*

Il *Robinson Patman Act* del 1936 (detto anche «*Anti-Price Discrimination Act*»), da alcuni studiosi americani ritenuto non confacente alla realtà economica e di mercato dell'epoca, vieta qualsiasi tipo di discriminazione basata sul prezzo di vendita di prodotti "*dello stesso grado e tipo di qualità*", destinati alla vendita od uso nel mercato statunitense, qualora da ciò possa derivare un danno sostanziale alla libera concorrenza (l'Atto, sostanzialmente, proibisce ai produttori di permettere alle "*chain stores*" di acquistare i loro beni ad un prezzo inferiore rispetto a quello praticato agli altri "*retailers*").

Sono sei gli elementi di prova su cui deve essere fondata un'azione proposta in base a questa legge, e cioè: 1. che l'operazione commerciale in questione abbia luogo tra residenti in due o più Stati americani; 2. che esista una differenza nel prezzo (che può essere anche una differenza nei termini di credito o sconti o rimborsi o costi di trasporto); 3. che siano stati completati almeno due acquisti (non avendo rilievo le offerte a cui non abbia fatto seguito un effettivo acquisto, né vendite in conto deposito, locazioni o licenze); 4. che l'acquisto sia di beni mobili, esclusa la vendita di servizi, assicurazioni, strumenti finanziari o beni immobili; 5. che i beni siano sostanzialmente simili per quel che riguarda

<sup>8</sup> Nel 1950 fu emanato il *Celler-Kefauver Antimerger Amendment Act*, che ampliò il disposto del *Clayton Act* nel senso di far ricadere sotto il suo dettato le concentrazioni compiute tramite l'acquisto sia di azioni, sia di parte del patrimonio non azionario, sempre in presenza del rischio di effettive restrizioni della concorrenza o di monopolio. Inoltre, tale emendamento ha sancito l'applicabilità del *Clayton Act* anche a fusioni verticali e conglomerali.

la loro qualità (i prodotti riportanti un marchio d'impresa sono considerati allo stesso modo di quelli che non hanno alcun marchio); ed infine, 6. che l'uso o la vendita dei prodotti avvenga negli Stati Uniti.

Il *Robinson Patman Act* non si applica a vendite in esportazione, né a vendite nelle quali un acquirente risieda negli Stati Uniti e l'altro all'estero. Si tenga tuttavia presente che il *Robinson Patman Act* trova applicazione ogni qual volta un venditore intenda applicare prezzi diversi, sconti o termini di credito ad acquirenti con sede negli Stati Uniti.

#### IV. Il *Federal Trade Commission Act*

La *Federal Trade Commission*, ed in particolare la Sezione volta a tutelare la libera concorrenza ("*Bureau of Competition*"), è un organo creato per esercitare una generica funzione di vigilanza sull'applicazione della normativa *antitrust*, grazie alla competenza del collegio di esperti che la compone. Da un punto di vista più specifico, il *Bureau of Competition* ha la funzione di investigare alcuni tipi di proposte di fusioni tra società ed altri atti e pratiche che possono avere effetti anticompetitivi e, quando appropriato, raccomandare alla Commissione di instaurare un procedimento per proteggere i consumatori e l'economia nel suo complesso<sup>9</sup>. Ulteriore competenza attribuita a tale commissione è quella d'investigare preventivamente le pratiche e gli accordi che possono comportare restrizioni della concorrenza<sup>10</sup>.

Il *Federal Trade Commission Act*, pur non apportando modifiche tecniche di rilievo alla normativa allora vigente, servì principalmente per ampliare la competenza della FTC a tutti i «metodi sleali di concorrenza nel commercio» e, quindi, non solo ai casi di «concorrenza sleale» identificati dalle norme *antitrust*.

Va notato che, in sede giurisdizionale, questa legge attribuisce l'onere della prova alla FTC ed al soggetto leso; tale onere probatorio è stato – tuttavia – attenuato da una modifica apportata al *Federal Trade Commission Act* dal *Wheeler-Lea Amendment Act* (1938) che, dichiarando illegali «gli atti e le pratiche sleali ed ingannevoli», oltre che i generici «sleali metodi di concorrenza», ha sollevato la Commissione ed il soggetto leso dalla necessità di provare la specifica rilevanza di alcune pratiche anticoncorrenziali al fine di dimostrarne l'illiceità. L'emendamento in parola, infatti, attribuisce alla FTC sia il potere di agire in qualsiasi ipotesi di offesa ad un interesse pubblico (e ciò a prescindere dall'effettiva presenza di una lesione alla concorrenza), sia quello di emettere

<sup>9</sup> Si noti che la legislazione statunitense tende a disciplinare unitariamente la prevenzione e la repressione della concorrenza sleale e dei monopoli.

<sup>10</sup> In particolare, questo tipo di attività della Commissione ha ad oggetto i «*trusts*».



ordini di ingiunzione e sanzioni pecuniarie a chi viola la legge.

Nella sostanza ed in base al *FTC Act*, la Commissione federale per il commercio può intraprendere azioni legali ogni qualvolta accerti la sussistenza di una condotta proibita sia ai sensi del *Clayton Act*, sia ai sensi del *Robinson-Patman Act*, oltre che ai sensi del *FTC Act*.

Inoltre, benché la FTC non abbia autorità in materia di violazioni dello *Sherman Act*, grazie all'art. 5 del *FTC Act*, la stessa può – di fatto – legittimamente agire qualora un comportamento violi apertamente anche quanto previsto dallo *Sherman Act*. Invero, la previsione normativa di cui al *FTC Act* è talmente generica che anche qualora una condotta non violi le previsioni specifiche delle summenzionate leggi contro la concorrenza, la FTC potrà sempre giudicare la condotta medesima scorretta od ingannevole.

## V. Lo Hart-Scott-Rodino Act

Lo *Hart-Scott-Rodino Act* (c.d. «*HSR Act*») del 1976 stabilisce che le parti intenzionate ad acquistare azioni (c.d. «*stock purchase*») o beni di una società (c.d. «*asset purchase*»), o a fondere due o più società, sono tenute a darne comunicazione mediante notifica alla Commissione federale per il commercio, nonché alla Divisione *Antitrust* (c.d. «*Antitrust Division*») del Dipartimento di Giustizia (c.d. «*Department of Justice*» o «*DOJ*»), prima di finalizzare l'operazione di acquisto o di fusione.

La notifica è richiesta al sussistere di determinati prerequisiti concernenti il valore della transazione e la dimensione commerciale delle parti coinvolte nella transazione. In particolare, a decorrere dal 2004, il prerequisito del valore si applica ad operazioni che abbiano un valore di almeno cinquanta milioni (USD. 50.000.000) di dollari.

Quanto alla dimensione delle parti, invece, si devono prendere in considerazione le dimensioni dell'intero gruppo societario di cui fa parte l'acquirente, così come di quello di cui fa parte la cedente (c.d. «*target*»). Fanno parte del gruppo, quali controllate, tutte le società di cui la controllante detenga, direttamente od indirettamente, il 50% o più delle azioni con diritto di voto, o abbia il diritto di eleggere almeno il 50% dei «*Directors*».

Sussistono inoltre gli estremi per la notifica qualora una delle parti, anche intesa come gruppo, disponga di un attivo a livello internazionale o di vendite nette internazionali per un valore di almeno cento milioni di dollari (USD. 100.000.000) e l'altra parte abbia a sua volta un attivo o vendite nette internazionali per un valore di almeno dieci milioni di dollari (USD. 10.000.000).

Qualora sia richiesto il deposito di documentazione, entrambe le parti saranno tenute a fornire alla FTC ed al DOJ: a. informazioni dettagliate relative alle loro attività, ivi inclusi i ricavi negli Stati Uniti derivanti da tutte le socie-

tà anche non americane per l'anno fiscale più recente, nonché per l'anno 1997 fissato come anno di riferimento *standard*; *b.* una lista di tutte le società controllate a livello mondiale; *c.* una lista di tutti gli azionisti di minoranza (cioè azionisti con più del 5% ma meno del 50% delle azioni della società); e *d.* una lista di ogni altra società in cui ognuna delle controllate detenga più del 5% ma meno del 50% delle azioni con diritto di voto.

Il deposito della documentazione comporta il pagamento di una tassa di deposito, solitamente a carico della parte acquirente (benché le parti possano negoziare una differente ripartizione) che viene determinata in base al valore dell'operazione considerata.

## VI. Interpretazione ed applicazione della legge *antitrust* americana

Occorre in proposito evidenziare che i tribunali federali applicano due criteri d'analisi per i casi di *antitrust*: un primo criterio, legato alla *responsabilità oggettiva* (c.d. «*Per Se Violation*»), qualora la condotta sia ritenuta di portata tale e talmente dannosa alla concorrenza che non si ritenga esservi alcuna valida giustificazione; ed un secondo criterio, detto di *ragionevolezza* (c.d. «*rule of reason*»), in base al quale il convenuto può giustificare la propria condotta, giustificazione che comporta un'analisi molto sofisticata e dettagliata, oltre che onerosa, sia dal punto di vista economico sia da quello giuridico, dei mercati e della concorrenza coinvolti nell'operazione.

### 1. *Responsabilità oggettiva* (c.d. «*Per Se Violation*»)

Le «*Per Se Violation*» sono azioni ritenute talmente dannose per la libera concorrenza che la sola esistenza del fatto è prova sufficiente della responsabilità del convenuto, il quale non potrà giustificare le proprie azioni. In base alla normativa sulla responsabilità oggettiva, una limitazione della concorrenza è considerata irragionevole senza che vi sia la necessità di effettuare alcuna indagine sull'effettiva esistenza del danno o le motivazioni commerciali per l'azione. La parte convenuta potrà solo cercare di limitare l'ammontare del risarcimento<sup>11</sup>.

In generale, la normativa sulla responsabilità oggettiva trova applicazione nei casi di «*limitazioni orizzontali alla libera concorrenza*» ovvero i casi in cui le parti sono concorrenti o sono, comunque, parte dello stesso livello nella catena di distribuzione.

<sup>11</sup> *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Storse, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959).

Ipotesi tipiche delle «*Per Se Violation*» sono gli accordi tra concorrenti per fissare il prezzo di vendita di un prodotto<sup>12</sup>; gli accordi tra concorrenti per ridurre o limitare la produzione; gli accordi tra concorrenti per ripartire i mercati o la clientela; gli accordi tra concorrenti per boicottare od escludere altri concorrenti<sup>13</sup>.

Le suddette attività *antitrust* sono state perseguite sia come limitazioni della libera concorrenza in base all'art. 1 dello *Sherman Act*, sia come cospirazioni disciplinate dall'art. 2 della stessa legge.

È importante ricordare che la condotta unilaterale non viene esaminata in base alla normativa sulla responsabilità oggettiva o «*Per Se Violation*», poiché quest'ultima trova applicazione solo qualora vi sia un accordo tra le parti. In genere, quindi, è più difficile provare una violazione dello *Sherman Act* se un produttore decide di aumentare il prezzo della propria merce, in assenza di un accordo in tal senso con gli altri produttori, e le società concorrenti fanno altrettanto, o qualora il produttore decida, in base al proprio piano di *marketing* e distribuzione, di ripartire determinati territori geografici tra i suoi distributori. Per questo un'eventuale azione legale viene esaminata in base alla regola della ragionevolezza dell'attività in questione.

## 2. Criterio di ragionevolezza dell'attività in questione (c.d. «*Rule of Reason*»):

I principi legislativi in materia di concorrenza negli USA sono da lungo tempo<sup>14</sup> temperati dal fondamentale principio della ragionevolezza: la c.d. «*Rule of Reason*», che permette di considerare lecito un accordo vietato dalle norme *antitrust* se e nei limiti in cui esso è ragionevole e proficuo nell'interesse della collettività.

Ipotesi tipiche dell'esame in base al «*Rule of Reason*» sono: gli accordi verticali legati a territori o clienti (ad esempio l'esclusiva per determinati territori o aree di primaria responsabilità)<sup>15</sup>; la risoluzione degli accordi di rivendita (c.d. «*dealer*») o il rifiuto unilaterale a concludere accordi con certe parti; gli accordi che legano un prodotto ad un altro (c.d. «*tying arrangements*»), cioè che condizionano la vendita di un prodotto all'acquisto di un altro prodotto; le esclusive, cioè i casi in cui il venditore accetta di vendere i suoi prodotti solo a condizione che l'acquirente accetti di non acquistare lo stesso prodotto da altri rivenditori; e le pratiche monopolistiche o tentativi di creare dei monopoli.

<sup>12</sup> *Jay Palmer v. BRG of Georgia, Inc.* 498 U.S. 46, (1990); *Ariz. v. Maricopa County Medical Cos.*, 457 U.S. 332 (1982).

<sup>13</sup> *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985).

<sup>14</sup> La *rule of reason* fu per la prima volta applicata nei casi *Standard Oil* e *American Tabacco* dalla Corte Suprema degli USA nel 1911.

<sup>15</sup> *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

Questo principio – sebbene contrastato per un certo periodo dal summenzionato principio della «*per se condemnation*», che condanna in ogni caso determinati esempi di monopolio o concentrazioni di notevole rilievo – è tuttora seguito dalla Corte Suprema, poiché la tendenza americana è quella di considerare le norme *antitrust* come protettive del corretto andamento dell'economia. Laddove l'economia, che si presume in grado di correggere autonomamente le sue degenerazioni di minor rilievo, non subisce alterazioni rischiose per il bene comune, lo Stato non ha ragione di condannare le attività in essa svolte, intervenendo con restrizioni non necessarie.

Un esempio di applicazione del criterio della *Rule of Reason* si trova in quella che negli Stati Uniti è chiamata «*dottrina del caso GTE Sylvania*»<sup>16</sup>, dall'omonimo caso, nel quale è stato sancito il principio secondo cui un accordo tra un produttore ed un distributore che tende a pregiudicare l'esclusiva di un altro distributore non va considerato illegittimo e vietato in sé e per sé; tale valutazione andrà fatta sulla scorta del principio della ragionevolezza, che impone al giudice di fare una valutazione che tenga conto di tutte le circostanze del caso al fine di valutare se una pratica restrittiva debba essere proibita in quanto determina un'irragionevole restrizione della concorrenza.

Il criterio della ragionevolezza tende a creare uno *standard* di rispetto dell'equilibrio del mercato che crea una sorta di presunzione di liceità nei confronti delle intese verticali riguardanti i prezzi.

Diverso è il caso delle intese orizzontali, laddove queste consistano in accordi tra distributori di un prodotto volti a fissare i prezzi da applicare al consumatore finale in maniera uniforme, ovvero mirino a ripartire le zone di vendita al pubblico: come già precisato a questi tipi di accordi va applicato il criterio della *per se violation*.

## VII. Accordi verticali

A partire dal *leading case Sylvania*<sup>17</sup> si è assistito al progressivo abbandono di ogni velleità interventista delle agenzie federali nei confronti delle intese verticali non di prezzo<sup>18</sup>. Si tratta, ovviamente, di uno dei principali successi della scuola *antitrust* di Chicago o, meglio, del c.d. «*New Learning*»,

<sup>16</sup> *Continental TV, inc. v. GTE Sylvania, inc.* 433 U.S. 36 (1977).

<sup>17</sup> *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 36 (1977).

<sup>18</sup> Solo 10 anni prima, in *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967), la Corte Suprema aveva concluso che le restrizioni territoriali o sulla clientela erano «*obviously destructive of competition*» e, basandosi sul risalente principio della *Common Law* in materia di «*restraints on alienation*», aveva applicato un divieto per sé.

che ha profondamente influenzato le Corti e le autorità dalla seconda parte degli anni '70 del secolo scorso<sup>19</sup>.

Sino a quel tempo, i giudici ed i giuristi che si occupavano di *antitrust* non prestavano troppa attenzione all'analisi economica, per cui la teoria economica – spesso non rigorosa, che talvolta veniva evocata in qualche causa – non costituiva certo la base del ragionamento dei giudici, né delle stesse parti che la proponevano<sup>20</sup>.

In breve tempo, il paradigma del *New Learning* (e, dunque, della Scuola di Chicago) divenne dominante. In materia di intese verticali, delle molte restrizioni ritenute in precedenza anticompetitive, veniva mostrata la ragionevolezza, la neutralità o, addirittura, la procompetitività, con positive ricadute sull'interesse dei consumatori. I problemi dell'opportunismo e del *free riding*, spesso solo evocati dalle parti, furono per la prima volta inquadrati nell'ambito di un ragionamento teorico semplice, ma convincente<sup>21</sup>. D'altro lato, iniziava a farsi strada l'idea che il benessere del consumatore fosse maggiormente tutelato e promosso dalle politiche che proteggono il processo competitivo, piuttosto che i singoli concorrenti.

E, in effetti, in *Sylvania* la Corte affermò esplicitamente che gli *standard* di valutazione *antitrust* avrebbero dovuto basarsi su un «demonstrable economic effect rather than ... formalistic line drawing», e che «an antitrust policy divorced from market considerations would lack any objective benchmarks»<sup>22</sup>, riconoscendo inoltre implicitamente che una norma incentrata sulla tutela dei consumatori non avrebbe potuto colpire politiche imprenditoriali procompetitive<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Il termine, come è noto, prende spunto dall'opera GOLDSCHMID - MANN - WESTON (eds.), *Industrial Concentration: The New Learning*, Boston, Little Brown, 1974. Gli scritti che ancor oggi rappresentano meglio le posizioni di questa corrente di pensiero sono quelli di POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in 127 *U. Pa. L. Rev.* 1979, p. 925 e di BORK, *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978.

<sup>20</sup> Su questi aspetti, cfr. LEARY, *Antitrust Economics: Three Cheers and Two Challenges*, Talk given at a Conference sponsored by Charles River Associates, Nov. 15, 2000.

<sup>21</sup> Cfr. ELZINGA, *The Economics of Distribution*, ALI-ABA Continuing Legal Education March 9, 2000. Basterebbe por mente al titolo, quantomai indicativo, dell'importante lavoro di POSNER, *The Next Step in Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, in 48 *U. Chi. L. Rev.* 1981, p. 6, ove l'A. afferma esplicitamente che «economic theory (...) teaches that a manufacturer will (unilaterally) restrict distribution only in order to be more competitive». Sul punto si veda altresì GINSBURG, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, in 60 *Antit. L.J.*, 1991, p. 67.

<sup>22</sup> *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 US, 58-59. La regola di ragione dovrebbe rappresentare il metodo di analisi prevalente, riservando l'applicazione del principio dell'illiceità per sé alle pratiche manifestamente anticompetitive che soddisfino il criterio della presenza di un "effetto pernicioso sulla concorrenza e della mancanza di ogni valore redimente". Sulla sentenza, cfr. per tutti POSNER, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in 45 *U. Chi. L. Rev.*, 1977, p. 1. Cfr., inoltre, *Valley Liquors Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742 (7<sup>th</sup> Cir. 1982), resa dallo stesso Posner, divenuto giudice del Settimo Circuito.

<sup>23</sup> Affermazione, quest'ultima, contenuta esplicitamente in *Reiter v. Samtor Corp.*, 442 US 330, 343 (1979), ove si sottolinea che lo *Sherman Act* è una «consumer welfare prescription».

La Corte sottolineò<sup>24</sup> che, in linea di principio, questo mutamento di approccio non rappresentava, di per sé, una rivoluzione in punto di valutazione sostanziale, posto altresì che nella successiva sentenza *Professional*<sup>25</sup> il giudice Stevens ebbe modo di sostenere con forza che l'applicazione del principio di ragionevolezza alle intese verticali non di prezzo «does not open the field of antitrust inquiry to any argument in favor of a challenged restraint that may fall within the realm of reason». Al contrario, il principio di ragionevolezza ed i divieti per sé dovevano considerarsi categorie complementari dell'analisi *antitrust*, ciascuna creata «to form a judgment about the competitive significance of the (challenged) restraint»<sup>26</sup>.

Ciononostante, se sul piano degli *standard* di valutazione si assistette ad una quasi generalizzata applicazione del principio di ragionevolezza, su quello sostanziale si giunse ben presto ad una situazione di generalizzata tolleranza, se si escludono alcune tipologie di restrizioni di prezzo, quali la fissazione dei prezzi minimi di rivendita<sup>27</sup>.

Di fatto, prevalse l'approccio suggerito dal giudice Easterbrook: le Corti non avrebbero dovuto condannare le imprese per violazioni *antitrust*, a meno che l'evoluzione economica non avesse dimostrato in modo incontrovertibile «con un giudizio legittimo e completo, che una certa pratica è dannosa»<sup>28</sup>.

Data la posizione assunta dalle Corti, ed anche il mutato quadro politico<sup>29</sup>, le agenzie federali cessarono di promuovere azioni giudiziarie in questo campo, quantomeno fino ai primi anni '90, con ciò aderendo alla corrente di pensiero per cui la maggior parte delle restrizioni verticali producevano risultati neutrali o addirittura positivi sotto il profilo del benessere del consumatore, aumentando certamente quello generale<sup>30</sup>.

Solo alcuni *attorneys general* statali, rifiutando – in quanto a loro avviso fondamentalmente fallaci – le teorie economiche che si fondavano sulla pre-

<sup>24</sup> ARTHUR, *A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Role for the Federal Courts*, in 68 *Antitrust L.J.* 337, 2000, p. 352-353.

<sup>25</sup> *National Soc'y of Prof'l Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

<sup>26</sup> *National Soc'y of Prof'l Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

<sup>27</sup> Del resto, nella stessa sentenza *Sylvania* la Corte aveva specificato che l'adozione del principio di ragionevolezza non poteva certamente estendersi alle restrizioni di prezzo, né agli accordi tra concorrenti. Considerazioni di natura giuridica ed economica giustificavano il mantenimento della condanna per sé nei confronti dell'imposizione dei prezzi di rivendita e delle intese volte a coordinare il comportamento o a restringere le politiche distributive (433 US 52, n. 18 e 59, n. 29).

<sup>28</sup> EASTERBROOK, *Workable Antitrust Policy*, in 84 *Mich. L. Rev.*, 1986, p. 1712. Cfr., dello stesso A., *The Limits of Antitrust*, in 63 *Tex. L. Rev.*, 1984, p. 1.

<sup>29</sup> Sottolineano in particolare questo aspetto BAER - BALTO, *Antitrust Enforcement and High-Technology Markets*, 5 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.*, 1999, p. 67.

<sup>30</sup> Del resto, nel 1985 furono emanate le Department of Justice *Vertical Restraints Guidelines*, 50 Fed. Reg. 6,263, che ricalcavano in modo quasi "pedissequo" gli insegnamenti – anche quelli più radicali – della Scuola di Chicago. Rarissimi, in dottrina, gli autori che in quegli anni osavano confutare le fondamenta della nuova "ortodossia". Tra questi, COMANOR, *Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions and the New Antitrust Policy*, in 98 *Harv. L. Rev.*, 1985, p. 983.

valenza e sull'importanza quantitativa del «*free rider effect*» e sui benefici, in termini di efficienza, dell'integrazione verticale raggiunta attraverso restrizioni contrattuali, continuarono a perseguire con un qualche rigore questa tipologia di intese<sup>31</sup>.

Si aprì dunque uno scontro, in parte ancora in atto, tra agenzie federali e *attorneys general* statali. Questi ultimi, ad esempio, propendevano (e propendono tuttora) per l'applicazione di sanzioni penali anche nei confronti di alcune restrizioni verticali<sup>32</sup>, e non hanno mancato di portare in giudizio imprese a causa degli effetti restrittivi – sostanzialmente *intra-brand* – di accordi di distribuzione con esclusiva territoriale<sup>33</sup>.

Ancora, quando la Corte Suprema si trovò a dover sciogliere il nodo dello *standard* di valutazione da applicarsi in caso di imposizione di prezzi di rivendita massimi (giungendo nel *leading case State Oil v. Khan*<sup>34</sup> ad abbandonare l'approccio del divieto per sé in favore della *rule of reason*, mentre la Federal Trade Commission e l'*Antitrust Division* si schierarono apertamente in favore di questo mutamento di indirizzo<sup>35</sup>), oltre trenta Stati americani richiesero con forza il mantenimento della *per se rule*<sup>36</sup>.

Si può quindi affermare che, mentre a seguito della svolta rappresentata dalla sentenza della Corte Suprema nel caso *Sylvania*, e del diffondersi, anche presso le Corti statali e federali, degli insegnamenti della scuola di Chicago, l'analisi concorrenziale degli accordi verticali sembrava avere perso di interesse, in un periodo più recente l'atteggiamento delle autorità sembra essere più cauto e problematico.

Sotto questo profilo, un primo segnale di grande impatto si ebbe con l'avvento dell'amministrazione Clinton. I nuovi vertici delle autorità *antitrust* sta-

<sup>31</sup> HARBOUR - CONNERS, *Antitrust Enforcement in the Area of Vertical Trade Restraints by State Attorney General*, ALI-ABA Continuing Legal Education, Jan. 21, 1999. Si vedano, in proposito, le critiche particolarmente accese di KOVACIC, *Lessons of Competition Policy Reform in Transition Economies for U.S. Antitrust Policy*, in 74 *St. John's L. Rev.* 2000, p. 361. A suo avviso, non solo la posizione sostanziale degli Stati è teoricamente infondata e ha la conseguenza di frenare accordi procompetitivi o neutrali, ma dimostra come il sistema di *enforcement* americano sia eccessivamente complicato, e finisca così per generare conflitti decisionali ed incertezza. Su questi aspetti cfr. HAWK - VELTROP, *Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons for European Community?*, in SLOT, McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EU and US Competition Law*, London 1993, p. 23-24, i quali ritengono che, entro certi limiti, i conflitti tra State e Federal Enforcement siano stati una funzione dell'ideologia, soprattutto negli anni '80, sotto l'amministrazione Reagan. HAWK - LAUDATI, *Federalismo antitrust negli Stati Uniti e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza nell'UE: un esame comparativo*, in *Temi e problemi a cura dell'Autorità garante* (Ed. Spec.), ottobre 1996.

<sup>32</sup> L'orientamento vale soprattutto per l'imposizione dei prezzi di rivendita. Si vedano in tal senso le *NAAG's Vertical Restraints Guidelines*, reprinted in 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* § 13,400.

<sup>33</sup> Cfr. *New York v. Anheuser-Busch, Inc.*, 811 F.Supp. 848 (E.D.N.Y. 1993).

<sup>34</sup> *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

<sup>35</sup> Si veda la Brief for the United States and the Federal Trade Commission as Amici Curiae supporting reversal *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), in 1996, U.S. Briefs, LEXIS 871.

<sup>36</sup> Cfr. la Brief of Thirty-Three States and the Territory of Guam in Support of Respondents *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), in U.S. Briefs, LEXIS 871.

tunitensi ritirarono, infatti, le *Guidelines* sulle intese verticali, largamente fondate sull'insegnamento della scuola di Chicago.

Il messaggio di questa scelta era molto chiaro: d'ora in poi occorre guardare agli accordi verticali in una maniera più equilibrata.

Il mutamento d'orientamento portò nuovamente ad un certo "interventismo" nei confronti degli accordi verticali di prezzo, e di quelli che potevano favorire contatti e accordi tra produttori e distributori in materia<sup>37</sup>.

Più in generale, recenti sentenze e provvedimenti, quali *Toys "R" Us*<sup>38</sup> e *MAP*<sup>39</sup>, dimostrano una rinnovata attenzione alle intese verticali, quando esse portino a tentativi di esclusione o discriminazione ingiustificati, abbiano effetti "perversi" sui prezzi, o possano cumulativamente contribuire a stabilizzare e innalzare il livello generale dei prezzi al dettaglio, potendo pertanto qualificarsi alla stregua di pratiche facilitanti accordi di cartello, o comportamenti interdipendenti nei mercati a monte.

La rilevanza delle due vicende segnalate merita qualche approfondimento.

Nel primo caso, la principale catena di negozi di giocattoli statunitense (con una quota di mercato superiore al 20%) aveva cercato di bloccare sul nascere la pressione competitiva di alcuni esercizi commerciali di nuova concezione – i c.d. *warehouse clubs* – che vendono con margini molto contenuti una vasta gamma di prodotti, senza tuttavia offrire alcun servizio di *pre* e *post* vendita. Sfruttando il suo potere di mercato, *Toys "R" Us* aveva chiesto ed ottenuto dai produttori di limitare le vendite nei confronti dei concorrenti più agguerriti, di offrire loro una gamma di prodotti meno vasta, nonché di vendere esclusivamente pacchetti combinati di giocattoli, in modo da frustrare la capacità della clientela di fare comparazioni dirette tra i prezzi dei *clubs* ed i propri. In breve, le vendite di giocattoli nei *warehouse clubs* diminuirono fortemente, e *Toys "R" Us* riuscì a mantenere inalterata la sua quota di mercato, pur vendendo i propri prodotti con un margine superiore del 30% rispetto alla concorrenza.

Nella vicenda che la portò di fronte alla *Federal Trade Commission* e, in seguito, alla Corte d'Appello del Settimo Circuito, *Toys "R" Us* fondò gran

<sup>37</sup> Si vedano, ad esempio, *New Balance Athletic Shoes Inc.*, 122 FTC 137 (1996) e *Reebok Int'l Ltd.*, 130 FTC 20 (1995). Su questa evoluzione cfr. BAER - BALTO, *Antitrust Enforcement*, cit. *supra*, nota 29, p. 72. Si vedano inoltre le *National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines* (1995), che possono leggersi in 68 *Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA)* (Spec. Supp.).

<sup>38</sup> *Toys "R" Us, Inc.*, Docket No 9278 (1998). La Corte del Settimo circuito ha respinto l'appello dell'impresa in data 1° agosto 2000. Cfr. *Toys "R" Us, Inc., v. FTC*, 221 F.3d 928 (7<sup>th</sup> Cir. 2000). Per alcune osservazioni su questa vicenda, cfr. PATTERSON, *The Role of Power in the Rule of Reason*, in 68 *Antitrust L.J.*, 2000, p. 429.

<sup>39</sup> I *Consent orders* della *Federal Trade Commission*, assunti in data 30 agosto 2000 nei confronti di ciascuna delle *major* musicali (Docket No. C-3971), sono consultabili alla pagina: <http://www.ftc.gov/os/2000/09/sony.do.htm> (per la "decision and order" nei confronti di Sony). Si veda inoltre la posizione comune dei Commissari della FTC alla pagina <http://www.ftc.gov/os/2000/09/musicstatement.htm>.



parte delle proprie difese sulla teoria del *free riding*. A suo avviso, infatti, la richiesta rivolta ai produttori di giocattoli di cessare o modificare radicalmente i rapporti con i *warehouse clubs* era giustificata, poiché questi ultimi sfruttavano opportunisticamente gli sforzi promozionali e pubblicitari che profondeva *Toys "R" Us* in relazione a tutti i prodotti messi a disposizione dai produttori. Inoltre, doveva mantenere un allestimento molto vasto di giocattoli e accettare di esporre tutta la gamma di nuovi prodotti sin dai primi mesi dell'anno, mentre i concorrenti potevano acquistare solo i prodotti che avessero avuto successo sotto il profilo commerciale.

Tuttavia, come osservarono i giudici della Corte d'Appello, il ragionamento che sta dietro alla teoria del *free ride* è esattamente l'opposto di quanto avvenne nella realtà. Infatti, «the manufacturers wanted a business strategy under which they distributed their toys to as many different kinds of outlets as would accept them: exclusive toy shops, TRU, discount department stores, and warehouse clubs. Rightly or wrongly, this was the distribution strategy that each one believed would maximize its individual output and profits. The manufacturers did not think that the alleged "extra services" TRU might have been providing were necessary. This is crucial, because the most important insight behind the free rider concept is the fact that, with respect to the cost of distribution services, the interests of the manufacturer and the consumer are aligned, and are basically adverse to the interests of the retailer (...). What TRU wanted or did not want is neither here nor there for purposes of the free rider argument. Its economic interest was in maximizing its own profits, not in keeping down its suppliers' cost of doing business»<sup>40</sup>.

Ma, in modo ancor più decisivo, la FTC aveva dimostrato che tutte le spese di promozione, pubblicità ed assortimento erano direttamente e quasi totalmente pagate dai produttori, tanto che queste voci rappresentavano meno dello 0,2% dei costi di *Toys "R" Us*. Dunque, l'impresa non doveva sostenere alcun onere aggiuntivo di cui si sarebbero potuti scorrettamente "appropriare" i concorrenti. In mancanza di alcuna giustificazione, sia la FTC, sia successivamente la Corte d'Appello del Settimo Circuito ritennero che l'intesa verticale dovesse considerarsi vietata in quanto *Toys "R" Us* aveva utilizzato il proprio potere di mercato a valle per imporre ai produttori di non vendere ai suoi concorrenti i giocattoli più rinomati<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Si veda il paragrafo C della sentenza *Toys "R" Us, Inc., v. F.T.C.*, cit. *supra*, nota 38.

<sup>41</sup> Sul punto cfr. anche PATTERSON, *The Role of Power*, cit. *supra*, nota 38, p. 441-442, il quale nota, più in generale, che «the absence of manufacturer power makes the anticompetitive effect more likely, in that the manufacturer will have little ability to resist the retailer». Si noti che, come ha sottolineato la FTC, in questo caso la quota di mercato di TRU non poteva considerarsi un indicatore corretto del suo potere di mercato, occorrendo al contrario considerare che «TRU purchases such a great share of all toys and of each toy manufacturer's output that no other retailer could make up for lost sales volume should TRU decide to terminate its relationship with the supplier». Peraltro, la situazione può ribaltarsi, poiché potrebbe essere il produttore dominante ad imporre ai

Deve essere, infine, ricordato che la FTC ritenne che la pratica di esclusione attuata a livello verticale da *Toys "R" Us* avesse altresì comportato un coordinamento orizzontale tra produttori, nessuno dei quali avrebbe intrapreso la nuova politica nei confronti dei *warehouse clubs* senza la certezza che anche gli altri lo avrebbero fatto<sup>42</sup>.

Nella seconda vicenda, le maggiori case produttrici musicali (Sony Music Entertainment, la Warner Bros, la BMG Music, UMG Recording, Universal Music & Video Distribution, Capitol Records e EMI Music Distribution) statunitensi sono state accusate di avere introdotto uno schema di promozione pubblicitaria (il c.d. «MAP», o «*minimum advertised price*») al fine di bloccare la guerra di prezzo nel canale *retail* e le conseguenti richieste di sconti da parte di quest'ultimo anello della catena distributiva.

Per usufruire di un finanziamento parziale alla pubblicità ed alla promozione dei dischi (di cui beneficiano, ovviamente, anche i produttori), i dettaglianti avrebbero dovuto rispettare i prezzi minimi consigliati dai produttori con riferimento a tutti i mezzi pubblicitari utilizzati, anche quelli, cioè, pagati autonomamente senza alcun contributo da parte delle *major*. L'eventuale mancato rispetto dei *MAP* nelle comunicazioni pubblicitarie veniva "sanzionato" con la sospensione di qualsiasi finanziamento alle promozioni per un periodo piuttosto lungo (fino a tre mesi). La nuova politica assicurò che anche i dettaglianti e le catene di distribuzione più aggressive cessassero di pubblicizzare prezzi al di sotto di quello "consigliato".

Pur fondandosi sullo *standard* della regola di ragione (non si trattava infatti dell'imposizione di prezzi di rivendita minimi), la *Federal Trade Commission* ha ritenuto che questo comportamento fosse vietato poiché, mentre l'effetto delle condotte era stato quello di far incrementare e stabilizzare il livello dei prezzi al dettaglio, la politica non era giustificata da alcuna ragione

distributori di escludere un proprio concorrente dai mercati di sbocco. In questo senso, cfr. *PepsiCo, Inc. v. Coca-Cola Co.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13440 (S.D.N.Y. 1998).

<sup>42</sup> Questa accusa peraltro era supportata da alcune chiare evidenze documentali. Come spiega la Corte del Settimo Circuito, «The evidence showed that the companies wanted to diversify from TRU, not to become more dependent upon it; it showed that each manufacturer was afraid to curb its sales to the warehouse clubs alone, because it was afraid its rivals would cheat and gain a special advantage in that popular new market niche. The Commission was not required to disbelieve the testimony of the different toy company executives and TRU itself to the effect that the only condition on which each toy manufacturer would agree to TRU's demands was if it could be sure its competitors were doing the same thing. That is a horizontal agreement. As we explain further below in discussing TRU's free rider argument, it has nothing to do with enhancing efficiencies of distribution from the manufacturer's point of view. The typical story of a legitimate vertical transaction would have the manufacturer going to TRU and asking it to be the exclusive carrier of the manufacturer's goods; in exchange for that exclusivity, the manufacturer would hope to receive more effective promotion of its goods, and TRU would have a large enough profit margin to do the job well. But not all manufacturers think that exclusive dealing arrangements will maximize their profits. Some think, and are entitled to think, that using the greatest number of retailers possible is a better strategy. These manufacturers were in effect being asked by TRU to reduce their output (especially of the popular toys), and as is classically true in such cartels, they were willing to do so only if TRU could protect them against cheaters».

di efficienza. Gli esercizi commerciali che avevano intrapreso la guerra di prezzi rendevano infatti ai consumatori servizi di prevendita uguali, se non superiori, a quelli offerti dai canali più tradizionali. Non poteva applicarsi, pertanto, la tradizionale giustificazione basata sul rischio di «free riding»<sup>43</sup>.

Non diversamente da quanto avvenuto in *Toys "R" Us*, le condotte delle *major* musicali furono censurate anche in quanto *pratica facilitante un comportamento interdipendente*.

Tutte le *major* musicali avevano iniziato ad introdurre i *MAP* nello stesso periodo, ed avevano aumentato le restrizioni contenute in questi programmi tra la fine del 1995 e l'inizio del 1996. Questo comportamento uniforme, che aveva avuto un effetto di stabilizzazione e di uniformazione dei prezzi al dettaglio, avveniva nell'ambito di un'industria strettamente oligopolistica, con alte barriere all'entrata, e nella quale le *major* potevano facilmente controllare i prezzi e le politiche dei concorrenti.

In ambedue i casi, tuttavia, la condanna dei comportamenti è avvenuta principalmente per gli effetti verticali di esclusione o di uniformazione dei prezzi e delle politiche commerciali.

Le due vicende ci fanno chiaramente capire come non sempre gli insegnamenti della scuola di Chicago possono essere applicati e, laddove manchino stringenti giustificazioni imprenditoriali ai comportamenti tenuti sul mercato, gli accordi verticali non sono (o non sono più) protetti da una sorta di immunità dalle leggi *antitrust*.

Questi casi, esemplificativi di un rinnovato sforzo di *enforcement* delle autorità *antitrust* americane, anche nel campo degli accordi verticali, non rappresentano comunque un ritorno al passato, poiché la base del giudizio è costituita da un'accurata analisi economica (e dei fatti) dei comportamenti delle parti.

Peraltro, nel campo degli accordi verticali sussiste una complicazione ulteriore, poiché i recenti contributi della teoria economica «*Post Chicago*»<sup>44</sup>, che hanno iniziato a fare breccia presso le autorità<sup>45</sup>, pur non negando in radice le tesi della scuola di Chicago, ne hanno mostrato la fragilità.

Così come le analisi della Scuola di Chicago avevano fatto emergere i costi derivanti dai «falsi positivi» e dunque di «*over-enforcement*», gli economisti *post-Chicagoans* hanno contribuito ad evidenziare in modo più con-

<sup>43</sup> Per alcune osservazioni al riguardo cfr. LEARY, *Distribution Law Developments at The Federal Trade Commission, 21<sup>st</sup> Anniversary Seminar – Law Journal Seminars*, New York, June 26, 2000.

<sup>44</sup> Molti scritti degli economisti che si riconoscono in questo filone sono contenuti in SCHMALENSEE - WILLIG (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, Amsterdam 1989.

<sup>45</sup> Cfr. ad esempio, l'impostazione "à la Salop" di MELAMED, *Exclusionary Vertical Agreements*, Address Before the American Bar Association - Antitrust Section, Washington D.C., Apr. 2, 1998. Sull'influenza delle teorie post-Chicagoans sulle autorità *antitrust* statunitensi, con particolare riferimento alle *guidelines* sulle concentrazioni orizzontali, cfr. BAKER, *Policy Watch: Developments in Antitrust Economics*, in *13 J. Econ. Persp.*, 1999, p. 181.

vincente il rischio opposto e la conseguente preoccupazione di un eccesso di "falsi negativi".

In sintesi, come è stato autorevolmente notato, «vertical restraints are very complex matters. They can improve efficiency or they can degrade it (...). From my own observation, I would say that those cases in which vertical restraints tend to increase efficiency, or are neutral, probably outnumber by a very substantial margin those cases in which vertical restraints are efficiency-reducing»<sup>46</sup>.

Di conseguenza, appare in linea di principio appropriato l'approccio fondato sul principio di ragionevolezza ed i divieti devono colpire esclusivamente le restrizioni che hanno un chiaro impatto anticompetitivo, difficilmente evitabile.

Vi sono, peraltro, ulteriori punti in cui si è raggiunta una sostanziale convergenza sotto il profilo teorico ed applicativo.

In primo luogo, l'analisi degli effetti pro e anticompetitivi delle restrizioni verticali deve essere condotta nell'ambito di un mercato di riferimento propriamente definito, al fine di verificare anzitutto il potere di mercato delle parti, anche se, talvolta, il problema è proprio quello di individuare che cosa si intenda per potere di mercato nell'ambito delle relazioni verticali<sup>47</sup>.

Infatti, ad eccezione delle intese verticali tendenti a facilitare la collusione orizzontale e a quelle di fissazione dei prezzi minimi di rivendita, è altamente improbabile che tali limitazioni della libertà di comportamento delle parti abbiano un effetto nel complesso anticompetitivo a meno che non sussista un elevato livello di potere di mercato in uno dei mercati interessati, oppure l'accordo, considerato singolarmente o unitamente ad altre restrizioni simili, abbia il potere di escludere o di pregiudicare un numero significativo di concorrenti a motivo della sua diffusione nei mercati di riferimento.

In tal caso, occorre ulteriormente procedere individuando il livello delle barriere all'entrata, al fine di comprendere se il comportamento anticompetitivo, ad esempio in materia di prezzi, possa rivelarsi non redditizio a motivo della

<sup>46</sup> Cfr. SCHERER, *The Economics of Vertical Restraints*, in 52 *Antitrust L.J.*, 1983, p. 687, 706.

<sup>47</sup> Su questo importante aspetto è d'obbligo il rinvio al più volte menzionato lavoro di PATTERSON, *The Role of Power*, cit. supra, nota 38, nonché alle tesi "eterodosse", ma ora certamente più in voga, di SALOP, *The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millennium*, in 68 *Antitrust L.J.*, 2000, p. 187, 188, ad avviso del quale «market power and market definition (...) should not be analyzed in a vacuum or in a threshold test divorced from the conduct and allegations about its effects. Instead, market power should be measured as the power profitable to raise or maintain price above the competitive benchmark price, which is the price that would prevail in the absence of the alleged anticompetitive restraint (this integrated approach to antitrust analysis is the first principles approach. The first principles approach can be contrasted to one advocated by Judge (then Professor) Easterbrook, who suggested that courts should carry out a threshold analysis of market power at an early stage to use a preliminary "filter" to evaluate antitrust claims. Unfortunately, Judge Easterbrook's threshold test approach is fraught with potential for error. It is impossible to evaluate market power accurately without understanding the conduct and effect claims at issue and analyzing market power in the context of those claims». Il riferimento è a EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in 63 *Tex. L. Rev.* 1984, p. 1 ss., 14-16.

possibile entrata di nuove imprese o dell'aumento della capacità di quelle esistenti: barriere all'entrata che possono anche derivare da misure normative restrittive della concorrenza e, pertanto, non direttamente imputabili alle imprese.

Infine, nel valutare gli effetti di una determinata restrizione, occorre considerare che l'obiettivo principale delle autorità *antitrust* è quello di promuovere l'efficienza ed il processo competitivo, piuttosto che i singoli concorrenti. Ne deriva che le autorità *antitrust* non dovrebbero promuovere azioni nei confronti di restrizioni verticali per il solo fatto che esse colpiscono taluni concorrenti attuali o potenziali, nazionali o esteri.

Per concludere, ritengo opportuno analizzare la sentenza *Kingray Inc. v. National Basketball Association, Inc.*<sup>48</sup>.

La Basketball Association aveva concluso un accordo con la televisione satellitare tale per cui quest'ultima sarebbe stato l'unico distributore dei *games "out-of-market"*.

I consumatori sostenevano che l'accordo non fosse ragionevolmente necessario e che, anzi, arrivasse a restringere ingiustificatamente il mercato. La Corte respinse l'accusa dei consumatori sostenendo che non vi era tra le parti convenute alcun accordo verticale di fissazione dei prezzi «*but rather set forth a formula to set a wholesale price that the satellite provider had to pay for each unit of the league pass*». La Corte infatti sostenne che un'esclusiva di distribuzione in sé e per sé non costituiva una violazione delle norme *anti-trust*. La televisione satellitare e la Basketball Association, infatti, non erano *competitor* e quindi non si trattava di accordo orizzontale, ma verticale, che come abbiamo visto non è più soggetto alla *per se rule*, ma al principio di ragionevolezza. In questo caso la Corte ritenne che l'accordo non violasse i principi della libera concorrenza.

**Gisella Levi Caroti, Esq.\***

<sup>48</sup> *Kingray, Inc. v. National Basketball Association, Inc.*, 188 F. Supp. 2nd 1177 (S.D. Cal. 2002).

\* Versione riveduta e corretta della relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.



## LA LEGISLAZIONE ANTITRUST IN BELGIO

**Sommario:** *Introduzione - A. Brevi cenni sulla legislazione comunitaria in materia di concorrenza - I. La normativa comunitaria - II. La disciplina di attuazione della normativa comunitaria - B. I caratteri generali della legge belga sulla concorrenza - I. Campo d'applicazione - II. Gli organi - III. Le procedure - IV. Misure provvisorie - V. Controllo delle decisioni del Consiglio della concorrenza, del suo Presidente e del Consiglio dei Ministri - VI. Applicazione della legge da parte delle giurisdizioni ordinarie - VII. Rassegna delle decisioni rilevanti assunte dagli organi competenti in materia di concorrenza - C. La riforma della legge sulla protezione della concorrenza economica.*

### Introduzione

Le legislazioni in materia di pratiche della concorrenza, in vigore nei paesi industrializzati, hanno come fine di promuovere o perlomeno di salvaguardare la concorrenza effettiva fra le imprese. La concorrenza effettiva tende, infatti, a realizzare l'ottimale allocazione delle risorse economiche e stimola costantemente il ricorso all'innovazione tecnica, contribuendo così alla massima soddisfazione dei bisogni individuali e collettivi. Essa offre le garanzie migliori circa il conseguimento di significativi risultati economici relativamente ai prezzi e alla qualità dei prodotti.

Un sistema economico operante in condizioni di concorrenza effettiva assicura la trasparenza del mercato e giova ai produttori ed ai consumatori perché garantisce una scelta libera di beni e servizi di qualità, a prezzi favorevoli.

La concorrenza sul mercato può essere pregiudicata da:

- intese;
- acquisizioni di posizioni dominanti;
- concentrazioni.

Tali pratiche non sono di per sé lesive della concorrenza, ma solo nella misura in cui sono tali da nuocere all'interesse economico generale, ovvero agli interessi economici delle altre imprese o dei consumatori.

La tutela del mercato, grazie alle regole sulla concorrenza, ha una duplice finalità:

- permettere agli operatori economici di esercitare la loro attività in un ambiente caratterizzato da regole certe;
- definire i limiti nei quali la libertà di operare sui mercati possa essere esercitata senza compromettere la libertà degli altri operatori economici.

La necessità di un intervento dinamico dei poteri pubblici nel settore della concorrenza è da tempo generalmente riconosciuta in tutti i paesi industrializzati e nell'ambito della Comunità europea.

## **A. Brevi cenni alla legislazione comunitaria in materia di concorrenza**

### *I. La normativa comunitaria*

#### *a. Gli artt. 3, 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea<sup>1</sup> (di seguito TCE)*

L'obiettivo fondamentale delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza è stato, fin dal principio, quello di garantire che quest'ultima costituisca non un fine ma una condizione di realizzazione del mercato comune. Ai sensi dell'art. 3, g. TCE, si è posto quindi il problema di fissare un regime volto a garantire che la concorrenza non fosse falsata nel mercato interno. La disciplina della concorrenza ha trovato originariamente applicazione in relazione a due aspetti:

- accordi tra imprese diretti a eliminare, restringere o falsare la concorrenza;
- sfruttamento abusivo di posizione dominante.

L'art. 81 del TCE vieta pertanto tutti gli accordi volti a «pregiudicare il commercio tra Stati membri e che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune», mentre l'art. 82 del TCE vieta lo «sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante nel mercato comune o su una parte sostanziale di questo».

#### *b. Regolamento (Ce) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese<sup>2</sup>*

Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni solo nel 1989 si era giunti alla definizione di una normativa specifica. Successivamente, con il

<sup>1</sup> Trattato che istituisce la Comunità europea, in *Guce* n. C 325 del 24 dicembre 2002.

<sup>2</sup> Regolamento (Ce) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), in *Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.



Regolamento n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (che abroga e sostituisce dal 1° maggio 2004 il Regolamento (Cee) n°4064/89<sup>3</sup>), la CE ha stabilito che le operazioni di concentrazione che superano determinate soglie di fatturato devono essere preventivamente notificate alla Commissione europea.

Tale regolamento riguarda le concentrazioni che hanno rilievo sulla concorrenza nel mercato unico europeo, mentre per quelle che hanno rilievo esclusivamente nazionale vale la legislazione dei singoli Stati membri.

## II. *La disciplina di attuazione della normativa comunitaria*

L'applicazione delle norme sulla concorrenza è stata disciplinata fino al 2003 dal Regolamento di attuazione n. 17 del 1962<sup>4</sup>, che ha permesso lo sviluppo di una politica comunitaria in materia di concorrenza ed ha contribuito alla diffusione di una cultura della concorrenza nella Comunità.

Alla luce dell'esperienza acquisita, tuttavia, alla fine del 2002, il Consiglio UE, dopo un travagliato *iter* durato circa cinque anni, ha approvato la nuova disciplina di attuazione (Regolamento n. 1/2003<sup>5</sup>) volta ad introdurre disposizioni adeguate per far fronte alle sfide di un mercato integrato e a quelle derivanti dall'allargamento della Comunità. Questo nuovo regolamento ha trovato applicazione dal 1° gennaio 2004. L'art. 1 del Regolamento n. 1/2003 fissa i principi generali in materia di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE. La norma prevede che le intese, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, par. 1 TCE, nonché lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, così come disciplinato dall'art. 82 del Trattato, sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

Il nuovo regolamento ha attribuito competenze specifiche ai singoli Stati, ed ha definito i criteri in base ai quali disciplinare il rapporto tra la legislazione comunitaria e quella nazionale degli Stati membri.

È evidente che le legislazioni nazionali sulla concorrenza trovano applicazione per le pratiche concorrenziali che producono effetti nei rispettivi mercati nazionali. Qualora invece le suddette pratiche incidano sul commercio intra-comunitario, troverà applicazione la disciplina comunitaria che, in ogni caso, sarà prevalente in caso di conflitto con il diritto nazionale.

<sup>3</sup> Regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *Guce* n. L 40 del 13 febbraio 1998, p. 17 ss.

<sup>4</sup> Regolamento (Cee) n. 17 del Consiglio, d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, in *Guce* n. 013 del 21 febbraio 1962, p. 204 ss.

<sup>5</sup> Regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

## B. I caratteri generali della legge belga sulla concorrenza

Il Belgio si è dotato dal 1° aprile 1993 di una legislazione relativa alla protezione della concorrenza<sup>6</sup>, modificata successivamente da una legge del 1° luglio 1999<sup>7</sup>. Il 29 giugno 2006 è stata da ultimo pubblicata la legge di riforma della disciplina della concorrenza, entrata in vigore il 1° ottobre 2006<sup>8</sup>.

In linea con il diritto europeo e con le altre legislazioni nazionali, la legge sulla protezione della concorrenza economica ha tradotto la volontà del legislatore belga di salvaguardare una concorrenza effettiva sul mercato interno, al fine di garantire una politica economica efficace.

La legge si è proposta un duplice obiettivo:

- garantire alle imprese individuali il diritto d'esercitare la propria attività sul mercato di riferimento entro limiti chiari e nettamente circoscritti;
- creare un sistema volto ad assicurare alle imprese ed ai consumatori i vantaggi derivanti dagli effetti provocati dalla concorrenza sui prezzi e sulla qualità dei prodotti.

Per raggiungere tali obiettivi, e per assicurare la certezza del diritto, la legge si è stata espressamente allineata alla legislazione comunitaria in materia di concorrenza.

Esporremo innanzi tutto la disciplina belga sulla concorrenza contenuta nella legge del 1993 e, di seguito, le modifiche apportate dalla legge di riforma di recente approvata (in vigore dall'ottobre 2006).

### I. *Campo d'applicazione*

#### a. *Ratione materiae*

La legge disciplina due categorie di pratiche lesive della concorrenza:

- le pratiche restrittive della concorrenza (section 1, art. 2-5, coincidenti con gli artt. 81 e 82 TCE);
- le concentrazioni tra imprese (section 2, art. 6-10).

#### a.1. *Le pratiche restrittive della concorrenza*

Le pratiche restrittive della concorrenza vietate dalla legge comprendono:

- le intese tra imprese, le decisioni delle associazioni d'imprese e le pratiche concertate che hanno come oggetto o per effetto di impedire, di restringe-

<sup>6</sup> Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, M.B., 11 octobre 1991 (in vigore dal 1° aprile 1993).

<sup>7</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique, M.B., 1<sup>er</sup> septembre 1999 (in vigore dal 1° marzo 2001).

<sup>8</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 sur la protection de la concurrence économique, M.B., 29 juin 2006 (entrerà in vigore dal 1° ottobre 2006).

re o di distorcere in maniera sensibile la concorrenza sul mercato belga di riferimento o all'interno di una parte sostanziale di esso (art. 2);

Questo divieto non si applica:

- quando i suddetti accordi contribuiscano a migliorare la produzione, la distribuzione o la posizione delle piccole e medie imprese (art. 2, par. 3);

- alle intese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concertate per le quali l'art. 81, par. 3 del Trattato CE è stato dichiarato applicabile con un regolamento del Consiglio delle Comunità europee o con un regolamento o una decisione della Commissione europea (art. 5);

- alle intese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concertate che non pregiudicano il commercio tra Stati membri o che non restringono, non impediscono o non falsano la concorrenza nel mercato comune e che avrebbero beneficiato della protezione di un regolamento del Consiglio delle Comunità europee o di un regolamento o di una decisione della Commissione europea, nel caso in cui avessero influito sul commercio intracomunitario (o avessero ristretto, eliminato o distorto la concorrenza);

- alle categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate che rientrano nel campo d'applicazione di un regio decreto adottato a norma dell'art. 50;

- l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese sul mercato belga o su una parte sostanziale dello stesso (art. 3).

La possibilità precedentemente riconosciuta alle società interessate di notificare preventivamente agli accordi e le suddette pratiche restrittive, in vista di ottenere un'esenzione, è stata formalmente eliminata. Quindi le società dovranno valutare autonomamente la liceità delle pratiche da realizzare sul mercato.

Quanto all'abuso di posizione dominante, il divieto è assoluto: non esiste pertanto alcuna possibilità di ottenere esenzioni dall'applicazione della disciplina relativa.

#### a.2. *Le concentrazioni d'impresa (fusioni, acquisto di controllo, creazioni di imprese comuni; art. 9)*

Le concentrazioni di imprese sono fenomeni di crescita esterna delle imprese e sono soggette ad una procedura di notifica preventiva (art. 9, § 1er) all'Autorità belga della concorrenza (Udicatorato), che diventa obbligatoria al superamento di certe soglie di fatturato<sup>9</sup>.

Queste due condizioni sono cumulative.

Il Re può modificare le suddette soglie con un «*arrêté délibéré*» (decreto

<sup>9</sup> Sull'Udicatorato e sugli altri Organi competenti in materia, v. *infra*.

Per quanto riguarda la notifica, la stessa è obbligatoria quando:

- le imprese coinvolte nell'operazione di concentrazione totalizzano insieme in Belgio un giro d'affari consolidato di più di 100 milioni di euro e

- quando almeno due delle imprese interessate realizzano ciascuna in Belgio un giro d'affari di almeno 40 milioni di euro (art. 7, §1).

deliberato dal Consiglio dei Ministri), dopo aver consultato il Consiglio e la Commissione della concorrenza. Il Consiglio della concorrenza, ogni tre anni, procede ad una valutazione delle soglie previste, tenendo conto dei carichi amministrativi per le imprese e dell'inflazione.

Qualora al termine della procedura di valutazione si arrivi a constatare che le imprese interessate controllano insieme meno del 25% del mercato relativo, la concentrazione è dichiarata ammissibile. Altresì ammissibili sono dichiarate le concentrazioni che non creano o non rafforzano una posizione dominante e che quindi assicurano una concorrenza effettiva sul mercato belga o in una parte sostanziale di esso.

Le altre operazioni devono essere dichiarate inammissibili (art. 8, par. 3).

Per prendere le decisioni suddette, che rivestono margini di discrezionalità, l'organo preposto al controllo, ovvero il Consiglio della concorrenza, deve tener conto di una serie di parametri:

- la posizione sul mercato delle imprese coinvolte;
- gli interessi dei consumatori intermedi e finali;
- l'evoluzione del progresso tecnico ed economico;
- la necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato nazionale.

#### b. *Ratione personae*

Ai sensi dell'art. 1, la legge è applicabile alle imprese, ovvero a tutte le persone fisiche o giuridiche che perseguono in modo stabile un obiettivo economico.

Questa definizione si ispira al diritto comunitario e presenta un'ampia accezione: essa non considera la forma dell'impresa, la sua natura pubblica o privata, o la sua nazionalità.

La sola restrizione, ispirata all'art. 86, par. 2 TCE, riguarda le imprese pubbliche e le imprese a cui lo Stato o le pubbliche autorità assicurano diritti speciali o esclusivi. L'art. 47 della legge belga prevede che queste siano soggette alla disciplina della concorrenza nella misura in cui tale applicazione non pregiudichi il raggiungimento degli obiettivi, di fatto o di diritto, ad esse assegnati in virtù della legge.

## II. *Gli organi*

La legge ha affidato il controllo della concorrenza ai seguenti organi:

- il Servizio della concorrenza;
- il Consiglio della concorrenza;
- la Commissione della concorrenza.

Determinate competenze sono attribuite altresì al Ministro per gli affari economici nonché al Consiglio dei Ministri.

a. *Il Servizio della concorrenza (artt. 34-35)*

Il Servizio della concorrenza, istituito presso il Servizio pubblico federale economico, PME, Classi medie ed Energia, ha il compito di individuare la realizzazione delle pratiche restrittive della concorrenza vietate dalla legge. Esso istruisce tutte le pratiche per le quali deve essere avviata una procedura di controllo, verificando il rispetto delle decisioni intervenute. Il Servizio della concorrenza, che si compone di funzionari del ministero dell'economia, aiuta i membri dell'Uditorato<sup>10</sup> nello svolgimento delle loro funzioni.

b. *Il Consiglio della concorrenza*

Il Consiglio della concorrenza, istituito presso il Servizio pubblico federale economico, PME, Classi medie ed Energia, è una giurisdizione amministrativa che ha competenze di decisione<sup>11</sup> (art. 11, par. 1).

Il Consiglio della concorrenza è composto da:

- Assemblea generale del Consiglio
- Uditorato
- Cancelliere.

L'Assemblea generale è composta da sei membri permanenti e da sei membri non permanenti.

L'Uditorato è stato integrato nel Consiglio della concorrenza per renderlo indipendente dall'amministrazione.

Tutte le notifiche delle concentrazioni, i ricorsi relativi agli ostacoli alla libera concorrenza e le domande di provvedimenti urgenti devono essere indirizzati all'Uditorato (non più al Consiglio della concorrenza).

I membri dell'Uditorato conducono ed organizzano ricerche sulle violazioni della legge in materia di concorrenza; essi dispongono di ampi poteri.

Anche senza avere adottato alcun provvedimento essi possono archiviare procedure e *dossier* ed hanno il potere di decidere in relazione alle concentrazioni ammissibili.

Il Consiglio valuta, nell'ambito dei poteri di decisione attribuitigli dalla legge, l'esistenza o meno di un'infrazione al divieto di pratiche restrittive della concorrenza e si pronuncia sull'ammissibilità delle concentrazioni.

L'Assemblea generale del Consiglio è composta da dodici consiglieri. Il presidente, il vicepresidente ed i membri del Consiglio sono nominati dal Re con decreto adottato dal Consiglio dei Ministri. Il loro mandato è di sei anni, tuttavia, dopo tre anni, il presidente ed il vicepresidente invertono le loro funzioni. Il mandato è rinnovabile. Le modalità ed i programmi di selezione sono fissati dal Re.

<sup>10</sup> Sull'Uditorato v. *infra*.

<sup>11</sup> Bisogna sottolineare che è stata eliminata l'espressione «potere di proposta e avviso» contenuta nella legge in vigore prima dell'ottobre 2006.

c. *La Commissione della concorrenza (artt. 42-43)*

La Commissione della concorrenza, istituita presso il Consiglio centrale dell'economia, è un organo consultivo in seno al quale sono rappresentati gli interessi dei lavoratori, dell'industria, dell'agricoltura, del commercio, dell'artigianato e dei consumatori. Ha il compito di esprimere proposte su tutte le questioni di politica generale della concorrenza e di informare i soggetti interessati al deposito dell'istruttoria dei relatori, presso il Consiglio della concorrenza, al fine di consentire agli stessi di contestarne le conclusioni.

d. *Il Ministro ed il Consiglio dei Ministri*

Presso il Consiglio centrale dell'economia è istituita una Commissione paritaria consultativa denominata Commissione della concorrenza che può esprimere pareri su tutte le questioni generali di politica della concorrenza. Tale potere è esercitato d'ufficio o su domanda del Ministro.

L'Uditorato procede all'istruzione delle pratiche d'ufficio o su domanda del Ministro. L'Uditorato può, d'ufficio o su domanda del Ministro o dei Ministri competenti secondo i settori interessati avviare o far avviare inchieste generali o settoriali se esistono seri indizi circa l'esistenza di pratiche vietate dagli artt. 2, par. 1 e 3 della legge belga e dagli artt. 81 e 82 TCE.

Qualora l'interesse generale lo richieda, il Consiglio dei Ministri può autorizzare d'ufficio o su domanda delle parti, la realizzazione di una concentrazione dichiarata inammissibile dal Consiglio (art. 8, par. 6).

Il Consiglio della concorrenza presenta annualmente al Ministro ed alle camere legislative un rapporto sull'applicazione della legge sulla protezione della concorrenza economica. Il Consiglio della concorrenza pubblica questo rapporto.

### III. *Le procedure*

a. *La procedura di istruzione relativa alle pratiche restrittive della concorrenza*

Le domande ed i reclami relativi alle pratiche restrittive della concorrenza devono essere presentati all'Uditorato (art. 45, par. 1). Se decide sull'irricevibilità del ricorso, l'Uditorato archivia il reclamo o la domanda con decisione motivata. Questa decisione è notificata, mediante raccomandata, al ricorrente segnalandogli la possibilità di consultare il *dossier* presso la cancelleria (ottenendone copia dietro pagamento) e precisando che può presentare ricorso contro la decisione di archiviazione presso il Consiglio.

Se il Consiglio ritiene che il ricorso sia fondato, il *dossier* è rinviato all'Uditorato per l'attività istruttoria e il rapporto alla Camera del Consiglio

(art. 45, par. 3). Quando l'Uditorato ritiene che il reclamo o la domanda o, eventualmente, un'indagine d'ufficio, sono fondati, deposita, a mezzo di un proprio membro, una relazione motivata presso la Camera del Consiglio. Questa relazione comprende la relazione relativa all'istruzione, le obiezioni ed una proposta di decisione.

L'Uditorato può, d'ufficio o su richiesta del Ministro o del Ministro competente secondo il settore interessato, procedere o far procedere ad indagini generali o settoriali se sussistono indizi seri circa l'esistenza di pratiche vietate.

#### *Parere alle parti*

L'uditore comunica il deposito della relazione alle imprese la cui attività è stato oggetto d'indagine e trasmette loro una copia della relazione. Le informa altresì della possibilità di consultare il *dossier* presso la cancelleria e di ottenere copia dietro pagamento.

#### *Riservatezza del dossier*

Il cancelliere comunica l'avvenuto deposito della relazione alle persone fisiche o giuridiche che hanno introdotto il reclamo. Se la Camera del Consiglio alla quale è assegnato l'affare lo stima necessario, le persone fisiche o giuridiche che hanno introdotto il reclamo e le altre persone che il Consiglio ritiene interessate possono ricevere una versione della relazione.

Il presidente della Camera del Consiglio incaricata invita le imprese le cui attività sono state oggetto dell'indagine a segnalare le parti della relazione che devono restare confidenziali, in previsione della trasmissione di una versione non confidenziale della stessa alle persone fisiche o giuridiche che hanno introdotto il reclamo e a tutte le altre persone interessate secondo la decisione del Consiglio. Il presidente della Camera del Consiglio incaricata adotta a questo proposito una decisione, non suscettibile d'appello autonomo.

Le persone che hanno introdotto il reclamo, e tutte le altre persone fisiche o giuridiche ascoltate dal Consiglio, non hanno normalmente accesso al *dossier*, a meno che il presidente della Camera del Consiglio incaricata della procedura non decida diversamente. Quando persone diverse dalle imprese che sono oggetto dell'indagine, desiderano comunicare informazioni confidenziali al Consiglio, un membro del Consiglio che non fa parte della camera incaricata della procedura, si pronuncia sulla riservatezza. I documenti confidenziali, di conseguenza, non fanno parte del *dossier* e sono sostituiti da una versione o da un riassunto non confidenziale da redigere con le parti che hanno fornito le informazioni entro il termine fissato dal membro del Consiglio. Questa decisione non è suscettibile d'appello autonomo.

### *Termini delle osservazioni e repliche*

Appena le parti hanno ricevuto accesso al *dossier*, il presidente di sezione fissa i termini entro i quali l'uditore e le parti interessate depositano le loro osservazioni scritte e le loro repliche. È possibile una proroga di questi termini su domanda motivata delle parti o dell'uditore.

Quando la Camera del Consiglio ha riconosciuto la possibilità ad altre persone fisiche o giuridiche di partecipare all'udienza, il presidente della camera può fissare un termine entro il quale queste possono depositare le loro osservazioni scritte, in modo da consentire all'uditore e alle parti interessate di depositare le loro repliche scritte.

Il Consiglio informa la Commissione della concorrenza di ogni atto che gli è sottoposto da un Uditore, dopo la ricezione della relazione di quest'ultimo.

### *Elementi ulteriori*

Quando la Camera del Consiglio incaricata della procedura ritiene che devono essere esaminati ulteriori elementi rispetto a quelli che sono stati già presi in considerazione dall'uditore, incarica quest'ultimo di procedere ad un'istruzione supplementare. In tal caso, l'uditore completa la sua relazione e la deposita presso la Camera del Consiglio incaricata. Il cancelliere trasmette alle parti interessate una copia della relazione complementare.

### *Udienza*

La Camera del Consiglio, nell'udienza istruttoria, consulta l'uditore e le imprese la cui attività è stata oggetto di indagine nonché la società reclamante, su richiesta della stessa. Quando lo ritiene necessario, ascolta ogni persona fisica o giuridica interessata. Se determinate persone fisiche o giuridiche dotate di un interesse sufficiente chiedono di essere sentite, la loro domanda è accolta. Nei settori economici posti sotto il controllo o la sorveglianza di un ente pubblico o di un'altra istituzione pubblica specifica, tali organismi o istituzioni sono da considerare come soggetti dotati di un interesse sufficiente.

In tutti i casi, il Ministro è da considerare dotato di un interesse sufficiente. La mancata comparizione delle parti convocate o del loro mandatario non influisce sulla validità della procedura.

### *Altre disposizioni*

Al termine dell'istruzione supplementare, l'uditore deposita la sua relazione presso la Camera del Consiglio. La decisione del Consiglio sul merito della procedura non può basarsi su elementi che sono stati adottati da terzi ed il cui carattere riservato è stato riconosciuto, così che le imprese oggetto dell'istruzione non abbiano potuto prenderne conoscenza. Il Re stabilisce lo



svolgimento della procedura dinanzi al Consiglio e le modalità per l'ottenimento delle copie degli atti.

### *Esenzioni*

Un'esenzione totale o parziale delle sanzioni pecuniarie può essere accordata ad un'impresa o ad un'associazione di imprese che, insieme ad altre, ha realizzato una pratica vietata dall'art. 2, se ha contribuito ad accertare l'esistenza della pratica proibita e ad identificare i suoi autori in particolare:

- fornendo informazioni di cui l'autorità della concorrenza non disponeva anteriormente,
- portando la prova di una pratica proibita dall'art. 2 la cui esistenza non era ancora stabilita, o
- riconoscendo l'esistenza della pratica proibita.

A seguito della denuncia dell'impresa o dell'associazione di imprese, la Camera del Consiglio, incaricata dell'affare, su richiesta dell'uditore generale, adotta un parere di "clemenza", che precisa le condizioni alle quali è subordinata l'esenzione della sanzione dopo che l'impresa o l'associazione di imprese interessate hanno presentato le loro osservazioni. Questo parere è trasmesso all'impresa o all'associazione di imprese e non è pubblicato. La Camera incaricata della procedura può, se le condizioni precisate nel parere di clemenza sono state rispettate, accordare un'esenzione dalla sanzione pecuniaria proporzionata al contributo fornito per l'accertamento dell'infrazione.

### *Inapplicabilità/Mancanza dei motivi per intervenire*

È possibile che un regio decreto dichiari l'inapplicabilità dell'art. 2, par. 1 a categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concertate, che seguono particolari procedure.

La Camera del Consiglio può, dopo ricezione della relazione dell'uditore relativa ad un reclamo, ad una domanda o ad un'istruttoria d'ufficio, dichiarare, con decisione motivata, che sulla base degli elementi di cui è a conoscenza, non c'è motivo di intervenire.

Dopo la ricezione della relazione dell'Uditore, la Camera del Consiglio incaricata della procedura può constatare con decisione motivata:

- 1. che esiste una pratica restrittiva della concorrenza ordinandone la cessazione, eventualmente, secondo certe modalità;
- 2. che non esiste una pratica restrittiva della concorrenza, a condizione che non sia pregiudicato il commercio tra Stati membri della Comunità europea;
- 3. che l'art. 5, capoverso 2, della legge belga o un regio decreto ai sensi degli artt. 5, capoverso 3 e 5 non produce effetto in un caso individuale, in quanto la pratica restrittiva della concorrenza in causa produce effetti incompatibili con l'art. 2, par. 3;

- 4. che un regolamento comunitario ai sensi dell'art. 5, primo capoverso, non ha effetto in un caso individuale, in quanto la pratica restrittiva della concorrenza produce effetti incompatibili con l'art. 81, par. 3 del Trattato CE sul territorio nazionale o una parte di quest'ultimo, che presenta tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto.

*Decisione che esige la cessazione dell'infrazione: conseguenze*

Quando la Camera del Consiglio incaricata della procedura prevede di adottare una decisione che esige la cessazione di un'infrazione e le imprese interessate offrono impegni tali da rispondere alle sue preoccupazioni, può, mediante decisione, rendere i suddetti impegni obbligatori per le imprese. Può chiedere all'Uditore di depositare una relazione sulle proposte di impegni entro un certo termine. La decisione può essere adottata per una durata determinata e stabilire che non è necessaria un'ulteriore azione del Consiglio. Questa decisione non pregiudica la facoltà delle giurisdizioni nazionali di constatare l'esistenza di pratiche restrittive per il passato e non implica alcun riconoscimento di responsabilità da parte dell'impresa interessata.

Il Consiglio può riaprire la procedura di cui agli artt. 44-48, su domanda di parte o d'ufficio:

1. se cambia uno dei fatti sui quali la decisione si basa;
2. se le imprese interessate violano gli impegni assunti, oppure
3. se la decisione si basa su informazioni incomplete, inesatte o modificate fornite dalle parti.

Se l'accordo, la decisione o la pratica concordata oggetto di istruzione sono oggetto di un regolamento del Consiglio dell'Unione europea o della Commissione europea che dichiara l'art. 81, par. 1, del Trattato CE inapplicabile o di un regio decreto ai sensi dell'art. 50, la Camera del Consiglio incaricata della procedura ne prende atto ed emette una decisione di archiviazione.

b. *La procedura relativa alle concentrazioni (art. 57-60)*

Il membro designato dall'uditore generale trasmette senza indugio al Consiglio una copia delle notifiche delle concentrazioni fatte ai sensi dell'art. 9. Procede quindi all'istruzione del caso subito dopo la ricezione della notifica o, se le informazioni fornite sono incomplete, subito dopo la ricezione delle informazioni complete.

L'uditore deposita la relazione motivata e il *dossier* al Consiglio. Questa relazione contiene:

- il rapporto d'istruzione ed
  - una proposta di decisione;
- è accompagnato:
- dal *dossier* d'istruzione
  - da un elenco dei mezzi di prova.

Quest'elenco fissa la riservatezza dei mezzi di prova in relazione ad ogni parte avente accesso al *dossier*. La relazione è depositata entro venticinque giorni lavorativi a partire dal giorno che segue quello del deposito della notifica presso l'Uditorato. Quando le informazioni fornite nella notifica non sono complete, questo termine decorre a partire dal giorno successivo al giorno della ricezione delle informazioni complete. (Il termine di venticinque giorni lavorativi è prorogato di cinque giorni lavorativi in presenza di impegni offerti ai sensi dell'art. 56, capoverso 2).

L'uditore trasmette, a seguito del deposito, una copia della relazione:

- alle parti (a seguito della soppressione dei segreti aziendali e degli elementi confidenziali)

- ai rappresentanti delle organizzazioni più rappresentative dei lavoratori di quest'impresa o a quelli da esse designati (dopo soppressione dei segreti aziendali e degli elementi confidenziali).

Ai medesimi soggetti rende noto che possono:

- consultare il *dossier* presso la cancelleria (ad eccezione delle informazioni confidenziali)

- ottenere una copia dietro pagamento.

Quando l'uditore ritiene che una concorrenza effettiva sul mercato belga o su una parte sostanziale di quest'ultimo sarebbe pregiudicata significativamente, in particolare, ad esempio, a seguito della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, informa le imprese che partecipano alla concentrazione, almeno cinque giorni lavorativi prima del deposito della relazione presso il Consiglio.

Le imprese interessate dalla concentrazione dispongono, in tal caso, di un termine di cinque giorni lavorativi per presentare all'uditore gli impegni che intendono assumere al fine di rendere la concentrazione ammissibile. L'Uditoro consulta le imprese interessate alla concentrazione sugli impegni presentati e prende posizione sui suddetti impegni nella relazione.

#### *Decisione in materia di concentrazione*

La Camera del Consiglio istruisce ogni causa nel corso dell'udienza. L'udienza si svolge almeno dieci giorni lavorativi dopo la comunicazione della relazione alle parti notificanti. La Camera del Consiglio consulta le imprese interessate dalla concentrazione. Queste depositano le loro eventuali osservazioni scritte al più tardi il giorno che precede l'udienza e ne trasmettono una copia all'uditore. Quando lo ritiene necessario, la camera del Consiglio incaricata dell'affare ascolta ogni persona fisica o giuridica che ritiene opportuno convocare.

Ascolta anche i terzi portatori di un interesse sufficiente. Sono da considerare terzi, aventi un interesse sufficiente:

- per i settori economici messi sotto il controllo o la sorveglianza di un ente pubblico o di un'altra istituzione pubblica specifica, tali organismi o istituzioni;

- i membri degli organi d'amministrazione o di direzione delle imprese che partecipano alla concentrazione;
- i rappresentanti delle organizzazioni più rappresentative dei lavoratori di queste imprese, o da loro designate.

Il Ministro, al più tardi tre giorni lavorativi prima dell'udienza, può indirizzare al Consiglio una nota nella quale espone gli elementi dell'affare che riguardano la politica generale e quelli che sono suscettibili di influenzare la politica generale in materia di concorrenza economica. Il deposito di questa nota non gli conferisce la qualità di parte nella causa. Il cancelliere comunica, senza indugio, la nota alle imprese notificanti. La mancata comparizione delle parti convocate o dei loro mandatari, non influisce sulla validità della procedura.

#### *Riservatezza del fascicolo*

Per quanto riguarda la riservatezza del *dossier*, è da osservare che anche qui sono state adottate delle misure al fine di assicurare che le informazioni confidenziali non siano rivelate.

#### *Tipi di decisione*

La Camera del Consiglio adotta la sua decisione in base ai criteri seguenti:

- applicabilità della legge;
- quota di mercato;
- esistenza di seri dubbi;
- interesse generale.

#### 1. *La concentrazione è ammissibile*

La decisione può essere accompagnata dalla previsione di condizioni che mirano a garantire il rispetto, da parte delle imprese interessate, degli impegni che hanno presentato al fine di rendere la concentrazione ammissibile. Quando la camera del Consiglio desidera prendere in considerazione condizioni che non sono discussi nella relazione, le imprese interessate e l'uditore sono sentiti su questo punto ed hanno almeno due giorni lavorativi per pronunciarsi a questo proposito. Le parti notificanti possono modificare le condizioni della concentrazione, fino al momento in cui la camera del Consiglio incaricata dell'affare non ha preso la sua decisione. In questo caso, la decisione d'ammissibilità riguarda la concentrazione così modificata.

#### 2. *La concentrazione è ammissibile in considerazione della quota di mercato*

Quando le imprese interessate non controllano, insieme, più del 25% di un qualche mercato legato alla transazione, sia nel caso di relazioni orizzontali che verticali.

### 3. *La concentrazione non è ammissibile perché ci sono dubbi seri*

Se il Consiglio constata che ci sono dubbi seri a proposito dell'ammissibilità della concentrazione, decide di avviare una procedura d'istruzione supplementare. L'Uditore depositerà una relazione motivata aggiuntiva di cui è possibile ottenere copia.

Le suddette decisioni del Consiglio sono rese entro quaranta giorni lavorativi a partire dal giorno successivo alla ricezione della notifica, prorogabili, se necessario, a norma dell'art. 55, par. 1. Questo termine è prorogato di quindici giorni lavorativi quando le imprese interessate presentano impegni al fine di rendere la concentrazione ammissibile. La concentrazione è considerata ammissibile quando il Consiglio non ha reso la sua decisione entro il termine prescritto. Questo termine può essere prorogato soltanto su espressa richiesta delle parti notificanti e soltanto per la durata che queste propongono. La Camera del Consiglio, incaricata della procedura, autorizza in ogni caso una proroga di quindici giorni lavorativi ed una nuova udienza se le parti notificanti lo richiedono. Il Re può, previa consultazione dell'assemblea generale del Consiglio, modificare il citato termine e può anche determinare le condizioni di sospensione del decorso dei suddetti termini nel caso in cui la traduzione di alcuni documenti risulti necessaria.

### 4. *Concentrazione ammessa per ragioni d'interesse generale*

Entro trenta giorni lavorativi a partire dalla notifica della decisione del Consiglio alle parti notificanti ed al servizio pubblico federale, il Consiglio dei Ministri può autorizzare la realizzazione di una concentrazione per ragioni d'interesse generale che prevalgano sul rischio di danno alla concorrenza constatato dal Consiglio della concorrenza. Il Consiglio dei Ministri può, se necessario, prevedere ulteriori condizioni rispetto a quelle eventualmente stabilite dal Consiglio della concorrenza.

Nella sua valutazione, il Consiglio dei Ministri tiene conto in particolare dell'interesse generale, della sicurezza nazionale, della competitività dei settori interessati rispetto alla concorrenza internazionale, come dell'interesse dei consumatori e dell'occupazione. Il Consiglio dei Ministri delibera d'ufficio o su richiesta delle parti notificanti. La decisione del Consiglio dei Ministri è presa entro trenta giorni lavorativi a partire dalla notifica della decisione del Consiglio della concorrenza e soltanto sulla base di questa decisione. Qualora la decisione del Consiglio dei Ministri non intervenga entro il suddetto termine, l'autorizzazione è considerata negata.

### IV. *Misure provvisorie*

Il Presidente del Consiglio della concorrenza può adottare misure provvisorie destinate a sospendere le pratiche restrittive della concorrenza oggetto

dell'istruttoria qualora sia necessario evitare, con urgenza, il pericolo di un pregiudizio grave, imminente ed irreparabile alle imprese i cui interessi sono coinvolti dalle suddette pratiche o all'interesse economico generale (art. 62).

Le domande relative all'adozione di provvedimenti urgenti possono essere presentate presso l'Uditorato dalla società reclamante, dal Ministro o dal Ministro competente secondo il settore interessato.

#### V. *Controllo delle decisioni del Consiglio della concorrenza, del suo Presidente e del Consiglio dei Ministri*

Al fine di favorire l'uniformità della giurisprudenza in materia di concorrenza, il legislatore ha attribuito alla Corte d'appello di Bruxelles la competenza per i ricorsi contro le decisioni del Consiglio della concorrenza e del suo Presidente (art. 75).

Le sentenze della Corte d'appello di Bruxelles possono essere impugnate davanti alla Corte di cassazione.

Le decisioni del Consiglio dei Ministri in materia di concentrazioni possono formare oggetto di un ricorso per annullamento davanti al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato controlla la legalità delle decisioni che formano oggetto del ricorso e la sua decisione determina la cessazione della materia del contendere.

#### VI. *Applicazione della legge da parte delle giurisdizioni ordinarie*

Le Corti e i Tribunali belgi possono constatare incidentalmente la nullità delle intese vietate dalla legge e la violazione del divieto di abuso di posizione dominante. I giudici possono trarre tutte le conseguenze civili che derivano dalla violazione dei divieti previsti dalla legge (risarcimento dei danni ed interessi); non possono tuttavia riconoscere esenzioni né emettere attestazioni negative.

Quando la soluzione di una controversia dipende dall'interpretazione della presente legge, la giurisdizione adita, fra cui il Consiglio della concorrenza, può sospendere il procedimento e sottoporre una domanda pregiudiziale alla Corte di cassazione.

Tutte le decisioni e le sentenze emesse dalle Corti e dai Tribunali e relative a controversie aventi ad oggetto la liceità di una pratica sulla concorrenza ai sensi della presente legge, devono essere comunicate al Servizio della concorrenza, al Consiglio della concorrenza, al Servizio pubblico federale e, qualora la decisione o la sentenza riguardino l'applicazione del diritto europeo della concorrenza, anche alla Commissione europea, entro otto giorni e ad opera del cancelliere della giurisdizione competente.

## VII. *Rassegna delle decisioni rilevanti assunte dagli organi competenti in materia di concorrenza (prima dell'entrata in vigore della nuova legge)*

### a. *Le decisioni sulla definizione di mercato rilevante*

Una delle problematiche più complesse ed articolate dell'intera normativa *antitrust* è la definizione del mercato rilevante: essa costituisce la chiave di volta per ogni valutazione di presunti comportamenti anticoncorrenziali.

Solo in seguito all'individuazione del mercato di riferimento è infatti possibile esprimere un giudizio sull'eventuale natura lesiva della concorrenza di un'intesa, di una posizione dominante, o di una concentrazione.

#### a.1. *Decisione della Corte di cassazione del Belgio*

La Corte di cassazione del Belgio, in una pronuncia del 9 giugno 2000<sup>12</sup>, ha statuito che per apprezzare l'esistenza di una posizione dominante il giudice deve determinare con precisione il mercato di riferimento, ovvero il mercato che comprende l'insieme dei prodotti che, in funzione delle loro caratteristiche, risultino particolarmente adatti a soddisfare bisogni uguali e che risultino scarsamente intercambiabili con altri prodotti.

#### a.2. *Decisione del Consiglio della concorrenza*

##### *Il caso Vichy*

Il Presidente del Consiglio della concorrenza si è pronunciato sulla definizione di mercato rilevante in diverse procedure: esaminiamo alcune decisioni significative. Nel caso Vichy, il Presidente del Consiglio della concorrenza, con una pronuncia del 6 maggio 1997, ha definito la nozione di mercato rilevante e di mercato connesso con riguardo al settore della distribuzione selettiva nel campo dei cosmetici. La controversia fu introdotta dalla *Cosmetique Active Belgilux* contro la *GB-UNIC* a seguito dell'intendimento di quest'ultima di acquistare il marchio *Vichy* cosmetici, che il ricorrente distribuiva attraverso un sistema di distribuzione selettiva nelle farmacie. Il ricorrente accusava la *GB-UNIC* di abusare della sua posizione dominante sul mercato della distribuzione di massa offrendo i prodotti *Vichy* in via esclusiva e senza prestare attenzione all'immagine della linea. Non rispettando i criteri di distribuzione selettiva adottati dal *network Vichy*, la *GB-UNIC* stava declassando i suddetti prodotti, e di conseguenza la *Cosmetique Active Belgilux* rischiava un danno all'immagine della linea di prodotti e la conseguente uscita dal mercato. La *GB-UNIC* si difese contestando la natura farmaceutica dei prodotti *Vichy*, eccependo che la dif-

<sup>12</sup> Cass., 9 giugno 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1284.

ferenziazione tra questi ed i prodotti simili fosse artificiale, basata solo sulla circostanza che essi fossero venduti in farmacia.

Il Presidente considerò dapprima la definizione di mercato rilevante data dal ricorrente secondo la quale: «mercato rilevante non è quello in cui l'azienda esercita in generale la propria posizione dominante, nel caso di specie la distribuzione di massa, ma quello in cui le pratiche restrittive della concorrenza si realizzano, ovvero il mercato dei prodotti in relazione ai quali sorge la controversia (...)». Riprendendo poi la giurisprudenza comunitaria, il Presidente osservò che per potersi parlare di pratiche restrittive della concorrenza, l'impresa avente una posizione dominante su un mercato deve essere capace di influire sulla concorrenza in un mercato vicino, definito ancillare rispetto a quello in cui l'impresa denunciata detiene una posizione dominante. Nella definizione del caso di specie, il Presidente osservò che, nella controversia sottoposta al suo esame, i due mercati fossero indipendenti l'uno dall'altro e che *GB-UNIC* fosse in una posizione tale da non poter eliminare o restringere la concorrenza nel mercato dei cosmetici per la pelle avviando un sistema di distribuzione al dettaglio. Il ricorso fu quindi respinto.

La *Cosmetique Active Belgilux* ha impugnato la decisione innanzi alla Corte d'appello di Bruxelles, ma quest'ultima non si è ancora pronunciata sul caso.

#### *Il caso Mattel/Tyco*<sup>13</sup>

Il seguente caso è altresì significativo perché da esso emerge quanto sia determinante la definizione del mercato rilevante al fine di considerare o meno ammissibili le operazioni denunciate. La concentrazione notificata era relativa all'acquisizione da parte della società *Mattel* dei diritti e delle obbligazioni della società *Tyco Toys*. Le parti notificanti sostenevano che la concentrazione non eccedesse il 25% del mercato di riferimento, considerando come mercato rilevante quello dei giocattoli in un'accezione ampia, ovvero comprendente i giocattoli tradizionali, quelli elettronici, i *puzzles*, etc. Al contrario il Consiglio, uniformandosi all'interpretazione del Servizio della concorrenza, considerò che il mercato rilevante dell'operazione fosse quello delle bambole alla moda. Rilevò quindi il rischio che *Mattel* potesse ricoprire, su tale mercato, una posizione dominante. Decise quindi di avviare la seconda fase della procedura. In tale fase, il Servizio della Concorrenza giunse alle stesse conclusioni rilevando che il mercato delle bambole fosse un mercato separato, rispetto a quello più ampio dei giocattoli, e l'unico rilevante nel caso di specie.

<sup>13</sup> Consiglio della concorrenza, n. 97-C/C-11, 30 aprile 1997 (*Mattel Inc., Truck Acquisition Corp. en Tyco Toys Inc.*), B.S., 14 giugno 1997, p. 16.060 e <http://www.moniteur.be> (24 marzo 2000).



Le parti tuttavia contestarono tali conclusioni e produssero uno studio che giungeva a conclusioni opposte, riconoscendo che il mercato delle bambole non fosse distinto da quello più ampio dei giocattoli. Il Consiglio, sulla base di queste ulteriori argomentazioni, concluse che il mercato rilevante fosse l'intero mercato dei giocattoli e che pertanto la concentrazione non violasse le previsioni della legge sulla concorrenza.

b. *Le decisioni sull'interpretazione degli artt. 1 e 2 della legge belga sulla concorrenza*

La Corte di cassazione ed il presidente del Consiglio della concorrenza, in diverse occasioni, hanno emesso pronunce sul significato da attribuire all'art. 1, a., secondo il quale sono imprese «tutte le persone fisiche e giuridiche che perseguono in maniera stabile un obiettivo economico».

*Il caso dell'Ordine dei farmacisti*<sup>14</sup>

Una delle decisioni più significative è stata adottata dalla Corte di cassazione belga nel 2000 con la quale è stata riconosciuta la natura di associazione di imprese all'Ordine dei farmacisti.

La Corte ha riconosciuto che i farmacisti costituiscono imprese ai sensi della legge sulla concorrenza, pur non essendo commercianti ai sensi dell'art. 1 del codice del commercio belga e pur svolgendo una funzione sociale, in quanto gli stessi esercitano un'attività incentrata sullo scambio di beni o servizi perseguendo in maniera stabile un obiettivo economico. Di conseguenza la Corte ha riconosciuto la natura di associazione di imprese, ai sensi dell'art. 2, par. 1 della legge sulla concorrenza, al Consiglio dell'Ordine dei farmacisti ed ha stabilito che le decisioni di quest'ultimo, nella misura in cui hanno per oggetto o per effetto di danneggiare la concorrenza, devono essere esaminate dagli organi disciplinari dell'Ordine che devono valutarle alla luce della legge sulla concorrenza. La Corte ha rilevato che la legge ha attribuito ai Consigli dell'Ordine il compito di controllare il rispetto della deontologia, nonché il mantenimento dell'onore, della discrezione, della probità e della dignità dei membri e che l'Ordine non persegue uno scopo di lucro ma esercita una funzione legale in vista della quale è stato investito di un potere regolamentare.

La Corte ha quindi ritenuto che la decisione dell'Ordine dei farmacisti che imponga ad uno o a più dei suoi membri delle limitazioni della concorrenza, che non siano necessarie ai fini del rispetto delle norme deontologiche, ma tendano ad avvantaggiare certi interessi materiali dei farmacisti e ad instaurare o a mantenere un determinato regime economico, debba essere equi-

<sup>14</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), RG C.98.0041.F, 25 febbraio 2000 (*D. / Ordre des Pharmaciens*) <http://www.cass.be> (18 ottobre 2001); *J.L.M.B.*, 2000, p. 1280.

parata alla decisione di un'associazione di imprese, ed ha stabilito che la nullità della stessa possa essere dichiarata d'ufficio dal Consiglio disciplinare d'appello.

Nel caso di specie un farmacista chiedeva l'annullamento della decisione del Consiglio dell'Ordine volta a sospendere il ricorrente dall'esercizio della professione per un anno, per avere concesso degli storni per la vendita di determinati prodotti. Il Consiglio dell'Ordine aveva rilevato che tale pratica, diretta a favorire l'attività di una farmacia a scapito delle altre, fosse lesiva della fratellanza all'interno dell'Ordine dei farmacisti, in seno al quale non doveva sussistere nessuna forma di concorrenza e pertanto aveva sospeso il farmacista dall'attività.

La Corte, sulla base delle considerazioni suesposte, ha accolto il ricorso del farmacista, statuendo che la decisione del Consiglio dell'Ordine che irroggi una sanzione disciplinare sulla base della violazione del divieto assoluto di ogni forma di pubblicità, ovvero il divieto assoluto di ogni forma di concorrenza sul mercato farmaceutico sono illegittime e contrarie agli artt. 1er e 2, par. 1er e 2 della legge del 5 agosto 1991.

#### *Il caso dell'Ordine degli avvocati*<sup>15</sup>

La Corte di cassazione nella pronuncia resa il 24 giugno 2004, ha applicato alla professione forense ed all'Ordine degli avvocati le conclusioni a cui era già giunta nella pronuncia del 2000 in relazione alla professione dei farmacisti, non sussistendo alcuna ragione per non considerare analoghe le suddette attività intellettuali.

La Suprema Corte ha ripreso la decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee del 19 febbraio 2002 nella quale la stessa ha stabilito che l'Ordine degli avvocati, avendo il compito di regolare l'esercizio di un'attività professionale con contenuto economico, deve essere considerato quale un'associazione d'impresa.

Nel caso di specie la Corte ha altresì ribadito che gli organi disciplinari d'appello hanno il compito di verificare che le misure limitative della concorrenza siano necessarie ad assicurare il buon esercizio della professione d'avvocato e che lo stesso risultato non possa essere raggiunto con una misura meno restrittiva della concorrenza. In altre parole, le misure che hanno per effetto di ledere la concorrenza devono essere adottate dagli organi disciplinari dell'Ordine nel rispetto della legge sulla concorrenza. Il Consiglio è, quindi, l'organo competente a pronunciarsi in materia e non è pertanto obbligato ad impugnare la pronuncia o a consultare la Corte d'appello.

<sup>15</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), RG D.02.0022.N, 24 giugno 2004 (*M. J. / Procureur-generaal bij het Hof van beroep te Gent*) <http://www.cass.be> (12 agosto 2004).

La Corte ha ribadito che l'attività forense e le altre professioni intellettuali non possono essere sottratte alle norme in materia di concorrenza per quanto compatibili con la natura della professione e con le regole deontologiche vigenti. Il Consiglio non potrà quindi favorire pratiche restrittive della concorrenza che non siano strettamente necessarie ad assicurare l'indipendenza, la qualità del servizio ed il rispetto della deontologia. L'orientamento della Corte di giustizia in tale settore è convergente.

#### *Il caso dell'Ordine dei medici*<sup>16</sup>

Alle stesse conclusioni la Cassazione, nella pronuncia del 2 maggio 2002, è arrivata in relazione all'Ordine dei medici, stabilendo che le decisioni relative alla materia della concorrenza devono essere esaminate dagli organi disciplinari dell'Ordine. Pertanto le decisioni del Consiglio dell'Ordine relative all'adozione di misure restrittive della concorrenza, che non siano dirette ad assicurare il rispetto delle norme deontologiche bensì a garantire determinati interessi materiali ed un determinato regime economico, sono soggette al vaglio del Consiglio dell'Ordine d'appello.

Risulta legittimo il divieto di pratiche pubblicitarie che contrastino con le regole deontologiche; per contro un divieto assoluto di ogni forma di pubblicità costituisce una violazione della normativa sulla concorrenza priva di giustificazione.

Le norme in materia di concorrenza trovano quindi applicazione alle professioni liberali con i contemperamenti necessari in vista di assicurare il rispetto, nel caso di specie, di una professione che ha come fine essenziale quello di guarire e non un fine strettamente commerciale.

#### *Il caso Croce Rossa*

Il Presidente del Consiglio della concorrenza si è espresso sull'interpretazione da attribuire al termine *impresa* usato dalla legge del 1999, con una decisione del 1996. In tale pronuncia il Presidente ha riconosciuto, contrariamente al parere del Servizio della concorrenza, che la Croce Rossa deve essere considerata un'impresa ai sensi del disposto dell'art. 1 della legge sulla concorrenza. Il Presidente è giunto a tale decisione seguendo un'interpretazione letterale della norma che non considera la forma giuridica assunta dal soggetto che persegue in via continuativa uno scopo economico. La norma come elementi discriminatori, per individuare i soggetti che ricadono sotto la disciplina della legge sulla concorrenza e quelli che ne restano al di fuori,

<sup>16</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), RG D.01.0011.N, 2 maggio 2002 (*F.B. / Ordre des médecins*) <http://www.cass.be> (10 giugno 2002); *Pas.*, 2002, liv. 5-6, p. 1056.

considera soltanto: lo scopo economico e la modalità continuativa con cui lo stesso viene perseguito.

c. *Decisione sull'applicazione delle misure cautelari: il caso dell'Ordine degli architetti*<sup>17</sup>

La Corte di cassazione, con la pronuncia del 27 novembre 1997, ha stabilito che la competenza del Presidente del Consiglio della concorrenza di adottare misure provvisorie volte a sospendere le pratiche restrittive della concorrenza è limitata alle previsioni contenute nella legge e non include la possibilità di vietare gli atti adottati da un'autorità amministrativa o giudiziaria per il solo fatto che essi potrebbe nuocere alla concorrenza.

Il caso è stato introdotto con la domanda di un architetto volta ad ottenere dal Presidente del Consiglio della concorrenza, in virtù dei poteri riconosciuti dall'art. 35 della legge sulla concorrenza, una pronuncia che interdicesse al Consiglio dell'Ordine nazionale degli architetti ed a quello delle Fiandre l'utilizzo dell'art. 12 del regolamento deontologico degli architetti.

La legge riconosce al Consiglio della concorrenza il potere di ordinare la cessazione delle pratiche restrittive della concorrenza, d'ufficio, o su richiesta di una persona fisica o giuridica che dimostri di avere un interesse attuale. Il Presidente del Consiglio della concorrenza, oltre alla cessazione delle pratiche può disporre altre misure provvisorie al fine di evitare un danno grave, imminente ed irreparabile, alle imprese i cui interessi sono coinvolti nella pratica, o all'interesse generale.

La Cassazione ha escluso tuttavia il potere del Presidente del Consiglio della concorrenza di interdire al Consiglio dell'Ordine l'applicazione di una norma deontologica, essendo demandato all'organo disciplinare del Consiglio dell'ordine il potere di verificare che le regole deontologiche siano in armonia con la disciplina della concorrenza, avendo lo stesso una competenza esclusiva in ordine all'applicazione di misure cautelari nelle materie di competenza del Consiglio stesso.

### C. La riforma della legge sulla protezione della concorrenza economica

La nuova legge sulla protezione della concorrenza economica è entrata in vigore in Belgio il 1° ottobre 2006. L'adozione della nuova legge si inserisce nell'ambito di una prospettiva di ammodernamento, di decentramento

<sup>17</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), RG C.97.0049.N, C.97.0059.N, 27 novembre 1997 (*Clarysse / Ordre des architectes ; Etat belge / Ordre des architectes*) <http://www.cass.be> (18 octobre 2001) ; *Pas.*, 1997, I, p. 1292.

dell'applicazione delle regole comunitarie relative alla protezione della concorrenza economica in vista della applicazione della strategia di Lisbona, che mira al rafforzamento delle economie degli Stati membri dell'UE e a creare nuovi posti di lavoro.

È necessario premettere che è ormai evidente che la concorrenza dinamica fornisce la migliore garanzia che le moderne economie vedano crescere la loro produttività e il loro potenziale innovatore. Dopo discussioni ampie, il Parlamento ha adottato il 10 giugno 2006 un atto sulla protezione della concorrenza economica ed una legge sulla creazione del Consiglio della concorrenza, che è entrata in vigore nell'ottobre 2006.

Le nuove disposizioni mirano ad allineare il più possibile la legge belga sulla protezione della concorrenza economica alle regole comunitarie in modo da consentire all'autorità della concorrenza belga di imporre la legge sulla protezione della concorrenza economica più efficacemente. A questo fine è previsto che le diverse disposizioni siano consolidate in un'unica nuova legge belga sulla concorrenza. Sono stati altresì adottati diversi decreti per facilitarne l'attuazione. Oltre all'adozione della nuova legge, sono state adottate delle misure per aumentare il numero del personale presso le autorità della concorrenza.

Dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 dell'UE il 1° maggio 2004 (ammodernamento di legge sulla protezione della concorrenza economica dell'UE), le autorità della concorrenza nazionali sono responsabili dell'applicazione diretta delle disposizioni comunitarie relative alla concorrenza. Questo implica nuove responsabilità ed un carico di lavoro aumentati per le autorità della concorrenza belga.

La nuova legge belga sulla concorrenza rafforza e riforma le autorità della concorrenza belga e attribuisce alle stesse nuove competenze concepite per garantire una politica della concorrenza più efficace. Dopo l'entrata in vigore delle nuove soglie di concentrazione, nell'estate 2005 (fatturato complessivo di € 100m/fatturato annuale individuale di € 40m di almeno due delle imprese interessate alla concentrazione) (art. 8, par. 1), l'autorità belga della concorrenza ha potuto destinare più tempo e più risorse per perseguire gli ostacoli alla libera concorrenza.

#### *Riforma istituzionale*

L'autorità belga della concorrenza si divide in due organi: il Consiglio della concorrenza ed il servizio della concorrenza. Il Consiglio della concorrenza si compone dell'assemblea generale e dell'Uditorato (il vecchio corpo dei relatori). L'assemblea generale ha sei membri permanenti e sei non permanenti. L'Uditorato è stato integrato nel Consiglio della concorrenza per renderlo indipendente dall'amministrazione. Tutti i pareri sulle concentrazioni e i reclami riguardanti ostacoli alla libera concorrenza devono in futuro es-

sere presentati all'Uditorato e non al Consiglio di concorrenza. Gli uditori conducono ed organizzano indagini su possibili infrazioni alla legge sulla protezione della concorrenza economica ed hanno ampi poteri d'investigazione. Possono archiviare fascicoli senza avere adottato alcun provvedimento ed hanno potere di decisione a riguardo di determinate concentrazioni ammissibili. Il servizio della concorrenza, che si compone di funzionari del ministero dell'economia, aiuta gli uditori nello svolgimento delle loro funzioni.

#### *Pratiche restrittive*

Le disposizioni sugli ostacoli alla libera concorrenza rimangono invariate nella sostanza. Tuttavia, la nuova legge sulla protezione della concorrenza economica presenta molte nuove disposizioni procedurali.

È formalmente eliminata la possibilità per le società di notificare gli accordi che implicano ostacoli alla concorrenza al fine di ottenere un'esenzione dal divieto. Di conseguenza attualmente le società devono condurre una valutazione molto più rigorosa ed autonoma delle attività poste in essere sul mercato rispetto al passato.

È prevista la possibilità delle «*closing investigations*» su ostacoli alla libera concorrenza adottati accettando impegni secondo la procedura presentata nel regolamento n. 1/2003 dell'UE, anche per i casi che cadono esclusivamente nel campo d'applicazione della legge belga della concorrenza.

È stato previsto un sistema che estende l'applicazione dei regolamenti dell'UE che esentano alcune categorie di accordi dal divieto generale di accordi anticoncorrenziali, anche agli accordi che cadono esclusivamente nel campo d'applicazione della legge belga della concorrenza.

È stata attribuito al programma «*leniency*» («clemenza») una base giuridica formale. Sull'esempio della Commissione europea e di diversi Stati membri dell'UE, l'autorità della concorrenza belga ha adottato un programma di *leniency* nel 2004, così permettendo alle società implicate in pratiche contrarie alla libera concorrenza di scegliere la *leniency* ottenendo il vantaggio della piena immunità o una riduzione dell'ammenda in presenza di certe condizioni. È opportuno sottolineare che è proprio questo programma che consente all'autorità belga della concorrenza di scoprire molti cartelli che incidono sul mercato belga.

#### *Controllo di fusioni*

La nuova legge sulla protezione della concorrenza economica allinea le norme belghe sul controllo delle concentrazioni al regolamento comunitario relativo prevedendo che le concentrazioni che impediscono significativamente una concorrenza efficace sul mercato devono essere bloccate. Il nuovo pa-

rametro di compatibilità è più ampio del vecchio, prevedendo la "creazione o il rafforzamento di una posizione dominante" e l'autorità della concorrenza belga può altresì considerare ulteriori criteri al fine di valutare l'impatto sul mercato di una concentrazione notificata.

La nuova legge allinea anche lo «*standstill obligation*» sul modello previsto dal regolamento comunitario sul controllo delle concentrazioni, prevedendo che le stesse non possano essere realizzate fino a quando il Consiglio della concorrenza abbia analizzato l'operazione. È stato così sostituito il divieto più "clemente" previsto prima dell'ottobre 2006 secondo il quale, in attesa dell'approvazione dell'operazione, era sufficiente evitare l'adozione di qualsiasi «misura irreversibile o le misure che conducono ad un cambiamento duraturo del mercato».

È stato eliminato il termine di un mese per l'archiviazione dalla data della firma dell'operazione, dall'avviso di un'offerta pubblica o dall'acquisizione di una partecipazione maggioritaria. Ormai, le parti possono notificare una concentrazione in qualsiasi momento prima della sua esecuzione.

#### *Controllo giudiziario*

È la Corte di cassazione, e non più la Corte d'appello di Bruxelles che ha la competenza di decidere le questioni che riguardano l'interpretazione del nuovo regolamento sulla concorrenza. Non soltanto i tribunali ordinari ma anche il Consiglio di concorrenza, che resta sempre un tribunale amministrativo, ha la possibilità di adire la Corte di cassazione per la risoluzione delle questioni preliminari. Le decisioni del Consiglio della concorrenza e del suo presidente sono suscettibili di impugnazione dinanzi alla Corte d'appello di Bruxelles, che avrà piena giurisdizione, anche nelle controversie relative al controllo delle concentrazioni. Ne risulta che la nuova legge sulla protezione della concorrenza economica risolve il problema dell'ampiezza delle competenze della Corte d'appello di Bruxelles.

#### *Cooperazione tra le autorità della concorrenza*

La legge belga sulla concorrenza rispetta le condizioni poste dal regolamento Ce n. 1/2003 sulla cooperazione tra le autorità della concorrenza nazionali e la Commissione europea nel quadro della rete europea della concorrenza, per quanto riguarda lo scambio di informazioni confidenziali e l'utilizzo di tali informazioni come mezzo di prova.

**Ingrid Meeussen\***

\* Versione riveduta e corretta della relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.





## **CENNI SULLA LEGISLAZIONE ANTITRUST FRANCESE (denominata *Pratiques anticoncurrentielles*)**

**Sommario:** **I.** *Introduzione* - **II.** *Normativa* - **III.** *Disposizioni generali (articoli da L410-1 a L410-2)* - **IV.** *Comportamenti anticoncorrenziali (articoli da L420-1 a L420-7)* - **1.** *Le intese restrittive della libertà di concorrenza (articolo L420-1)* - **2.** *Abuso di posizione dominante (articolo L420-2 comma 1)* - **3.** *Abuso di stato di dipendenza economica (articolo L420-2 comma 2)* - **4.** *Nullità di tutti gli atti contrari a un comportamento vietato (articolo L420-3)* - **5.** *Esclusioni (articolo L420-4)* - **6.** *Consumatori (articolo L 420-5)* - **7.** *Sanzioni penali (articolo L420-6)* - **8.** *Competenza giudiziaria ordinaria (articolo L420-7)* - **V.** *Trasparenza, comportamenti restrittivi della concorrenza ed altri comportamenti proibiti (articoli da L440-1 a L450-8)* - **1.** *Disposizioni generali (articolo L440-1)* - **2.** *Trasparenza (articoli da L 441-1 a L441-7)* - **3.** *Comportamenti restrittivi della concorrenza (articoli da L442-1 a L442-10)* - **4.** *Altri comportamenti proibiti (articoli da L443-1 a L443-3)* - **VI.** *Poteri d'inchiesta dei funzionari (articoli da L450-1 a L450-8)* - **VII.** *Competenza specifica - Conseil de la concurrence (articoli da L461 a L464)* - **1.** *Organizzazione (articoli da L461-1 a L461-3)* - **2.** *Attribuzioni (articoli da L462-1 a L462-9)* - **3.** *Procedura davanti al Consiglio (articoli da L463-1 a L463-8)* - **4.** *Decisioni del Consiglio e ricorsi (articoli da L464-1 a L464-8)* - **VIII.** *Giurisprudenza recente* - **1.** *Decisioni del Ministro dell'economia* - **2.** *Decisioni del Consiglio della concorrenza* - **3.** *Sentenze della Corte d'appello di Parigi* - **IX.** *Conclusioni.*

### **I. Introduzione**

La legislazione francese ha dato attuazione alla normativa europea in materia antimonopolistica contenuta negli artt. 81 e 82 del Trattato costitutivo della CE, nonché dei regolamenti Ce n. 1/2003 (del 16 dicembre 2002) e n. 139/2004 (del 20 gennaio 2004).

Come è solita fare, la Francia non ha utilizzato la terminologia americana *antitrust law*, ma ha preferito usare l'espressione tipicamente francese *pratiques anticoncurrentielles*.

Nel diritto positivo si fa quindi unicamente riferimento alla nozione di *pratiques anticoncurrentielles* per designare i comportamenti anticoncorrenziali, qualora siano significativi e rilevanti nel settore considerato.

## II. Normativa

La normativa francese sulla concorrenza è inserita nella nuova versione codificata del Codice del commercio (*Nouveau Code de Commerce*) del 2005. Tale normativa è inserita nel libro quarto intitolato «della libertà dei prezzi e della concorrenza (*De la liberté des prix et de la concurrence*)». Gli articoli da L410-1 a L410-2 contengono le disposizioni generali. I comportamenti anticoncorrenziali sono disciplinati *stricto sensu* dagli articoli L420-1 a L420-7. Gli articoli da L430-1 a L430-10 sono relativi alle concentrazioni (fusioni e incorporazioni). Gli articoli da L440-1 a L443-3 regolano la trasparenza, i comportamenti restrittivi della concorrenza, i comportamenti discriminatori e altri atteggiamenti proibiti. Gli articoli da L450-1 a L450-8 riguardano i poteri di inchiesta dei funzionari del Ministero dell'economia. Gli articoli da L461 a L464-8 disciplinano l'organo istituzionale creato *ad hoc*, *le Conseil de la concurrence*, ossia il Consiglio della concorrenza. Gli articoli da L470-1 a L470-8 sono relativi alle questioni diverse (sanzioni pecuniarie ecc.).

## III. Disposizioni generali (articoli da L410-1 a L410-2)

La legge si applica a tutte le attività di produzione e di prestazione di servizi anche se riferite a enti pubblici.

I prezzi sono liberi, salvo che il Consiglio di Stato (*Conseil d'Etat*) provveda diversamente dopo consultazione con il Consiglio della concorrenza in presenza di situazioni monopolistiche o di difficoltà di approvvigionamento durevole.

## IV. Comportamenti anticoncorrenziali (articoli da L420-1 a L420-7)

Occorre operare una distinzione tra concorrenza sleale e comportamenti anticoncorrenziali.

- La concorrenza sleale trova fondamento negli artt. 1382 e 1383 del Codice civile relativi alla responsabilità extracontrattuale i quali implicano l'esi-

stenza di una colpa commessa dalla parte convenuta, l'esistenza di un danno per la parte attrice e un legame diretto tra colpa e danno.

- I comportamenti anticoncorrenziali sono disciplinati non dal diritto comune del Codice civile, ma dal Codice del commercio.

L'azione per la riparazione dei danni deve essere avviata in ogni caso davanti alle giurisdizioni ordinarie.

I comportamenti anticoncorrenziali comprendono comportamenti di varia natura, ed essenzialmente:

#### 1. *Le intese restrittive della libertà di concorrenza (articolo L420-1)*

L'articolo L420-1 dispone: «Sono proibite, anche direttamente o indirettamente tramite una società del gruppo stabilita fuori Francia quando hanno come oggetto o possono avere per effetto di impedire di restringere o falsare il gioco della concorrenza su un mercato, le azioni concertate, convenzioni, intese espresse o tacite, oppure accordi, in particolare quando tendono a: 1. limitare l'accesso al mercato o il libero esercizio della concorrenza da altre imprese; 2. ostacolare la determinazione dei prezzi da parte del libero gioco del mercato favorendo artificiosamente il loro rialzo o il loro ribasso; 3. limitare o controllare la produzione, i mercati, gli investimenti o il progresso tecnico; 4. ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento»<sup>1</sup>.

Le intese sono accordi tra imprese o comportamenti concertati che hanno come oggetto o come effetto di impedire o falsare la concorrenza qualora determinino una distorsione consistente o significativa all'interno del mercato o di una sua parte rilevante.

Ad esempio, possono rientrare in queste fattispecie le condizioni generali di vendita quando restringono la concorrenza su determinati mercati attraverso apposite intese.

#### 2. *Abuso di posizione dominante (articolo L420-2 comma 1)*

È vietato «lo sfruttamento abusivo o da parte di un'impresa oppure di un gruppo di imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso. Questi abusi possono consistere in particolare in un rifiuto di vendita, in vendite collegate o in condizioni di vendita discriminatorie così come nella interruzione di relazioni commerciali per il solo motivo che d'altra parte si rifiuta di sottoporsi a condizioni commerciali ingiustificate»<sup>2</sup>.

Ad esempio, rientrano in tale comportamento le condizioni generali di vendita discriminatorie poste da una o da più società che detengono una posizione dominante individuale o collettiva sul mercato interno o una parte so-

<sup>1</sup> Traduzione dal francese a cura dell'Autore.

<sup>2</sup> Traduzione dal francese a cura dell'Autore.

stanziale di quest'ultimo.

Il concetto di posizione dominante comprende sia l'abuso di comportamento individuale o collettivo sia l'abuso di struttura.

Detto concetto è sostanzialmente identico al concetto comunitario (*Avis* del Consiglio della concorrenza del 14 aprile 2006, n. 06-A-09).

Il Consiglio della concorrenza ha preso in considerazione l'abuso di posizione dominante nel trattare i casi di EDF, France Telecom, Aéroports de Paris, Française des Jeux, ecc.

### 3. *Abuso di stato di dipendenza economica (articolo L420-2 comma 2)*

È vietato «ogni volta che sia suscettibile di influire sul funzionamento o la struttura della concorrenza, lo sfruttamento da parte di un'impresa (oppure di un gruppo di imprese) dello stato di dipendenza economica in cui si trova nei suoi confronti un'impresa cliente o fornitrice.

Questi abusi possono consistere in particolare in un rifiuto di vendita, in vendite collegate o in comportamenti discriminatori (articolo L442-6, punto 1) così come in "*accords de gamme*".

La Corte di cassazione ha definito, in particolare, lo stato di dipendenza economica del distributore nei confronti del fornitore e viceversa.

L'onere della prova incombe sempre sulla parte attrice e non si riduce, per esempio, alla sola dimostrazione delle quote di acquisto imposte in un contratto di concessione esclusiva (Cass. com. 4 luglio 1995).

Il Consiglio della concorrenza ha già avuto modo di trattare, dal 1993, casi di *déréférencement abusif*.

### 4. *Nullità di tutti gli atti contrari a un comportamento vietato (articolo L420-3)*

L'articolo L420-3 prevede espressamente la nullità di tutti gli impegni, convenzioni o clausole contrattuali che si riportano ad un comportamento vietato ai sensi degli articoli L420-1 e L420-2.

Pertanto, l'unica sanzione prevista in caso di illiceità di una clausola anti-concorrenziale è la nullità della clausola.

Non c'è altra sanzione civile (Cass. com. 29 gennaio 2002).

### 5. *Esclusioni (articolo L420-4)*

L'articolo L420-4 stabilisce che non rientrano nel campo di applicazione degli articoli L420-1 e L420-2 i comportamenti che derivano dall'applicazione di un testo legislativo o regolamentare o che determinano un progresso economico.

### 6. *Consumatori (articolo L420-5)*

L'articolo L420-5 disciplina gli abusi che consistono in offerte di prezzi di vendita anormalmente bassi rispetto ai costi di produzione, trasformazione

o di commercializzazione, quando ciò comporta l'eliminazione di concorrenti da un mercato o l'impedimento all'accesso ad un mercato.

Con decisione del 19 luglio 2004, n. 04-D-33, il Consiglio della concorrenza ha giudicato che sono di regola esclusi dal campo di applicazione di questo specifico articolo i distributori.

#### 7. *Sanzioni penali (articolo L420-6)*

L'articolo L420-6 punisce con la detenzione di quattro anni e una multa di € 75.000 il fatto commesso da persone fisiche consistente nel partecipare personalmente, e in modo determinante, all'organizzazione o messa in opera dei comportamenti anticoncorrenziali previsti dagli articoli L420-1 e L420-2.

Le giurisdizioni penali possono ordinare che la decisione sia pubblicata, integralmente o per estratto, sui giornali, a spese del condannato.

#### 8. *Competenza giudiziaria ordinaria (articolo L420-7)*

Ai sensi dell'articolo L420-7, la competenza giudiziaria in materia di comportamenti anticoncorrenziali è ripartita tra:

- *Tribunal de Grande Instance* (Tribunale civile e penale) che può essere adito in linea di massima da cittadini o da operatori commerciali.

- *Tribunal de Commerce* (Tribunale del commercio) i cui giudici sono operatori commerciali (o direttori di servizi giuridici interni alle aziende) non remunerati, eletti dai rappresentanti delle categorie, competente in particolare per tutte le controversie commerciali relative alle società ad attività commerciale.

- *Cour d'appel* (Corte d'appello) competente in secondo grado per tutte le decisioni appellabili emesse in primo grado.

### **V. Trasparenza, comportamenti restrittivi della concorrenza ed altri comportamenti proibiti (articoli da L440-1 a L450-8)**

#### 1. *Disposizioni generali (articolo L440-1)*

È stata creata nel 2001 una Commissione, detta *Commission d'examen des pratiques commerciales*, che esamina i comportamenti commerciali.

La Commissione è composta da un deputato e da un senatore ed è presieduta da un magistrato dell'ordine amministrativo o giudiziario.

La Commissione è adita in particolare dal Ministro dell'economia, dal presidente del Consiglio della concorrenza, dalle associazioni di consumatori, dai sindacati, dalle Camere di commercio e di agricoltura, da produttori, fornitori, rivenditori che si considerano danneggiati da un comportamento commerciale.

La Commissione può anche avviare le procedure d'ufficio.

Essa emette pareri e raccomandazioni e dispone di un ruolo di osserva-

torio delle pratiche commerciali.

La normativa di riferimento è contenuta nel decreto del 31 dicembre 2001, n. 2001-1370, che è stato modificato con decreto del 21 novembre 2002 n. 2002-1370.

2. *Trasparenza (articoli da L441-1 a L441-7)*

Gli articoli L441-1 a L441-7 riguardano principalmente l'informazione dei consumatori e le sanzioni.

3. *Comportamenti restrittivi della concorrenza (articoli da L442-1 a L442-10)*

a. *Divieti, eccezioni, sanzioni (articoli da L442-1 a L442-5 e articoli da L442-7 a L442-10)*

Queste disposizioni riguardano il divieto di effettuare vendite sottocosto, le eccezioni legali con le relative sanzioni penali e civili nonché il divieto di imporre prezzi minimi, le eccezioni al principio e le relative sanzioni civili.

b. *Comportamenti discriminatori (articolo L442-6)*

Questa disposizione si riferisce a numerose fattispecie. In effetti esso regola:

- le pratiche discriminatorie (generalità, condizioni commerciali e condizioni discriminatorie)
- il rifiuto di vendita (definizione, settore di applicazione, sanzioni)
- la brusca interruzione delle relazioni commerciali
- la vendita e/o le prestazioni subordinate a un'altra prestazione
- le azioni in giustizia del danneggiato, del pubblico ministero, del Ministro dell'economia e del Consiglio della concorrenza.

4. *Altri comportamenti proibiti (articoli da L443-1 a L443-3)*

Queste disposizioni trattano delle sanzioni pecuniarie per i ritardi di pagamento in settori specifici e delle sanzioni penali per certi comportamenti illeciti.

## **VI. Poteri d'inchiesta dei funzionari (articoli da L450-1 a L450-8)**

Si tratta dei poteri d'inchiesta dei funzionari del Ministero dell'economia.

I funzionari, debitamente abilitati (articoli da L450-1 a L450-3) sono sollecitati ad operare dal Ministro dell'economia. Possono procedere a verifiche

e possono sequestrare documenti solo nell'ambito di inchieste sollecitate dalla CE, dal Ministro dell'economia e dal Consiglio della concorrenza, previa autorizzazione in *référé* (articolo L450-4).

## **VII. Competenza specifica - *Conseil de la concurrence* (articoli da L461 a L464)**

Il *Conseil de la concurrence*, ovvero il Consiglio della concorrenza, è l'organo competente in materia di pratiche anticoncorrenziali sia per il diritto comunitario sia per il diritto francese, istituito con l'ordinanza n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, modificata successivamente dalla legge n. 2001-420 del 15 maggio 2001 e dall'ordinanza n. 2004-1173 del 4 novembre 2004.

Trattasi di un organo a carattere amministrativo con poteri sostanzialmente di natura giudiziaria.

### *1. Organizzazione (articoli da L461-1 a L461-3)*

Il Consiglio è composto da 17 membri nominati per sei anni, rinnovabili, con decreto emanato su rapporto del Ministro dell'economia. I componenti sono scelti:

- otto di essi tra gli anziani membri del Consiglio di Stato della Corte di cassazione, della Corte dei conti o delle altre giurisdizioni amministrative o giudiziarie;
- quattro in base alla loro competenza in materia economica o di concorrenza e di problemi di consumo;
- cinque tra le personalità che esercitano l'attività nel settore della produzione, distribuzione, servizi o professioni liberali.

### *2. Attribuzioni (articoli da L462-1 a L462-9)*

#### *a. Può emettere pareri detti «avis» (articolo L462-1).*

Il Consiglio della concorrenza può emettere pareri su qualsiasi problema di concorrenza su richiesta del Governo, delle collettività territoriali, degli organismi professionali, sindacali e di consumatori e delle varie Camere di commercio, d'industria e di agricoltura.

#### *b. È obbligatoriamente consultato dal Governo (articolo L462-2):*

per qualsiasi progetto di testo regolamentare avente direttamente per effetto di:

- sottoporre l'esercizio di una professione o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative;
- stabilire diritti esclusivi per alcune zone;
- imporre comportamenti uniformi in materia di prezzi o di condizioni di vendita.

*c. Può essere consultato dalle giurisdizioni (articolo L462-3):*  
sui comportamenti anticoncorrenziali, definiti dagli articoli L420-1, L420-2, L420-5 e dagli artt. 81 e 82 del Trattato Ce, nelle procedure davanti ad esse pendenti.

Il Consiglio della concorrenza decide dopo una procedura che si svolge in contraddittorio.

*d. Può essere consultato dal Ministro dell'economia (articolo L462-4)*

*e. Può essere adito dal Ministro dell'economia, dalle imprese o dagli organismi di cui all'articolo L462-1 (articolo L462-5):*  
sui progetti di concentrazioni di imprese e sui comportamenti anticoncorrenziali di cui agli articoli L420-1, L420-2, L420-5.

*f. Può anche avviare procedure d'ufficio (articolo L462-5)*

*g. Esamina (articolo L462-6)*  
se i comportamenti oggetto di indagine rientrano nell'ambito degli articoli L420-1, L420-2 o L420-5 o possono trovarsi giustificati in applicazione dell'articolo L420-4 relativo alle esclusioni.

*h. Può pronunciare sanzioni e ingiunzioni (articolo L462-6)*

*i. Può trasmettere il fascicolo alla Procura della Repubblica (articolo L462-6)*

se considera che esistono gli estremi per l'applicazione di sanzioni. Detta trasmissione interrompe la prescrizione dell'azione pubblica.

La prescrizione è parimenti interrotta quando i fatti per i quali il Consiglio è stato adito sono oggetto di ricorsi tanto davanti alla Commissione europea quando davanti ad un'autorità della concorrenza di un altro Stato membro della CE.

*l. Non può essere adito per fatti commessi oltre cinque anni prima (articolo L462-7)*

se non è stato avviato alcun atto per la loro ricerca, constatazione o sanzione.

*m. Può dichiarare, con decisione motivata, l'improcedibilità dell'azione (articolo L462-8)*

per mancanza di interesse ad agire della parte attrice, o se i fatti sono prescritti ai sensi dell'articolo L462-7, oppure perché i fatti non rientrano nella competenza del Consiglio.

*n. Può respingere l'azione (articolo L462-8)*

se ritiene che i fatti addotti non siano sufficientemente provati, oppure se ha notizia che un'altra autorità nazionale della concorrenza di uno Stato membro oppure la Commissione europea hanno trattato gli stessi fatti.



*o. Può respingere o sospendere l'azione (articolo L462-8)*  
qualora venga a conoscenza che un'altra autorità nazionale della concorrenza di uno Stato membro, oppure la Commissione europea, esaminano gli stessi fatti.

*p. Può comunicare*  
in certe condizioni (di reciprocità, di segreto professionale, di relazioni internazionali, ecc.) le informazioni e i documenti in suo possesso alla Commissione europea ed alle autorità di altri Stati (articolo L462-9).

*q. Può condurre o richiedere inchieste (articolo L462-9)*  
per conto di altri Stati membri dell'Unione europea, alle stesse condizioni di cui sopra.

Ciò nonostante, l'assistenza richiesta non deve mai pregiudicare la sovranità dello Stato, la sicurezza, gli interessi economici essenziali, l'ordine pubblico ed eventuali procedimenti penali già iniziati in Francia.

### 3. *Procedura davanti al Consiglio (articoli da L463-1 a L463-8)*

*a. La procedura è in contraddittorio (articolo L463-1)*  
salvo quanto previsto all'articolo L463-4 quando spetta proteggere la segretezza della procedura.

*b. Procedura ordinaria (articolo L463-2)*  
Il "*rapporteur général*" (relatore generale) notifica i motivi di ricorso agli interessati e al Commissario del governo, che possono consultare il *dossier* e presentare le loro osservazioni entro un termine di due mesi.

Successivamente il rapporto è notificato alle parti, al Commissario del Governo e ai ministri interessati, accompagnato dai documenti e dalle osservazioni delle parti.

Le parti dispongono di due mesi per presentare una memoria difensiva.

*c. Procedura semplificata (articolo L463-3)*  
Il Presidente del Consiglio, o il vice presidente delegato, possono stabilire, con una decisione notificata alle parti, che, dopo la notifica dei motivi di ricorso alle parti interessate, la causa sia decisa senza rapporto preliminare.

Le sedute del Consiglio non sono pubbliche. Ad esse possono assistere solo le parti e il Commissario di governo. Le parti possono farsi rappresentare o assistere e possono chiedere di essere ascoltate.

Il Consiglio può disporre l'audizione di tutte le persone che ritiene opportuno ascoltare e il relatore generale può richiedere l'assistenza di esperti.

*d. Possibilità di rifiuto di comunicazione di documenti confidenziali (articolo L463-3)*

Il decreto di applicazione è del 30 aprile 2002 n. 2002-689. La materia è precisata agli articoli 38 e seguenti del medesimo.

*e. Facoltà di trasmissione (articolo L463-5)*

Su domanda del Consiglio della concorrenza, le giurisdizioni d'istruzione e di merito possono comunicargli i verbali o i rapporti d'inchiesta aventi un legame diretto con i fatti di cui il Consiglio si occupa.

*f. La divulgazione di informazione presso terzi (articolo L463-6)*  
espone le parti a condanne penali.

*g. Le udienze non sono pubbliche (articolo L463-7).*

4. *Decisioni del Consiglio e ricorsi (articoli da L464-1 a L464-8)*

*a. Provvedimenti conservativi (articolo L464-1)*

Il Consiglio della concorrenza può prendere i provvedimenti conservativi che gli sono richiesti o che ritiene necessari:

- se richiesti dal Ministro dell'economia, dai soggetti di cui all'articolo L462-1 o dalle imprese, dopo aver sentito le parti e il Commissario di governo (articolo L464-1)

- solo quando si tratta di una «minaccia» grave e immediata all'economia generale, ai consumatori o all'impresa attrice.

Tali misure conservative possono comportare la sospensione del comportamento denunciato e l'ingiunzione a ripristinare lo *status* precedente. Esse sono limitate a ciò che è strettamente necessario e sono pubblicate sul Bollettino ufficiale della concorrenza, dei consumi e della repressione delle frodi.

*b. Decisioni nel merito (articolo L464-2)*

Il Consiglio della concorrenza può:

- ordinare di porre fine al comportamento anticoncorrenziale entro un termine determinato oppure accettare gli impegni proposti in tal senso dalle imprese o dalle parti.

- infliggere sanzioni pecuniarie

*i.* immediatamente esecutive o da applicare in caso di mancata osservanza delle sue ingiunzioni o di non rispetto degli impegni assunti;

*ii.* proporzionate alla gravità dei fatti, del danno causato all'economia, della situazione dell'impresa o gruppo di imprese ed eventualmente della reiterazione di comportamenti anticoncorrenziali.

Le sanzioni pecuniarie sono determinate individualmente e specificamente motivate.

Se il soggetto non è un'impresa, l'importo massimo della sanzione è di tre milioni di euro.

Se si tratta di un'impresa, la sanzione massima è del 10% del fatturato mondiale (escluse le tasse) più alto realizzato in uno degli esercizi chiusi do-

po l'esercizio precedente a quello del comportamento anticoncorrenziale;

- ridurre le sanzioni alla metà di quanto sopra, se i fatti non sono contestati;
- concedere un esonero totale o parziale dalle sanzioni pecuniarie quando le società o gli organismi hanno contribuito a scoprire le *pratiques anticoncurrentielles* e ad identificarne gli autori;
- condannare il pagamento di penali (*astreintes*) pari al 5% del giro di affari quotidiano per giorno di ritardo nell'esecuzione della decisione, onde costringere le parti ad adempiere alle decisioni del Consiglio;
- ordinare la pubblicazione della decisione con spese a carico dei soccombenti;
- ordinare di porre fine ai comportamenti anticoncorrenziali (articolo L464-5) entro un termine stabilito, infliggere sanzioni pecuniarie, penali ecc. di un importo massimo di settecentocinquantamila euro per ogni autore del comportamento denunciato (solo in caso di procedura semplificata);
- dichiarare il non luogo a procedere (articolo L464-6-1) se il comportamento denunciato non attenta alla concorrenza sul mercato oppure se non riguarda contratti stipulati in applicazione del Codice degli appalti pubblici e la parte di mercato detenuta dal soggetto non è superiore al 10% su uno dei mercati dell'accordo tra imprese concorrenti oppure il 15% su uno dei mercati oggetto di accordo tra imprese non concorrenti sul mercato in causa.

Le sanzioni pecuniarie e le penali (*astreintes*) hanno un carattere puramente repressivo e non sono mai destinate a risarcire i danni provocati alle vittime dei comportamenti anticoncorrenziali (ex articolo L464-4).

#### *c. Ricorsi (articoli da L464-7 a L464-8)*

Le decisioni prese dal Consiglio ex articolo L464-1 possono essere oggetto di un ricorso per annullamento o riforma introdotto dalle parti in causa o dal Commissario del governo davanti alla Corte d'appello di Parigi nel termine massimo di 10 giorni dopo la loro notifica.

La Corte decide entro un mese dal ricorso, che non ha effetti sospensivi.

Il Primo Presidente della Corte d'appello di Parigi può ordinare la sospensione delle misure conservative se queste comportano conseguenze manifestamente eccessive o se, dopo la loro notifica, sono intervenuti fatti nuovi di eccezionale gravità.

Inoltre, le decisioni del Consiglio ex articoli L462-8, L464-1, L464-2, L464-3, L464-5, L464-6, L464-6-1 sono notificate alle parti in causa e al Ministro dell'economia che, entro un mese, possono proporre ricorso per annullamento o riforma davanti alla Corte d'appello di Parigi.

Le decisioni sono pubblicate sul Bollettino ufficiale della concorrenza, del consumo e della repressione delle frodi.

Infine, è possibile ricorrere in Cassazione entro un mese dalla notifica della sentenza della Corte d'appello.

### VIII. Giurisprudenza recente

#### 1. *Decisioni del Ministro dell'economia*

- Lettera di principio favorevole del Ministro dell'economia del 30 novembre 2005 al Consiglio di amministrazione della società Stanley Works in merito a una concentrazione nel settore delle attrezzature (*outillage*) a seguito di un progetto di fusione con la società Facom (C 2005-28).

#### 2. *Decisioni del Consiglio della concorrenza*

Il Consiglio della concorrenza ha provveduto, ad esempio, ad emettere decisioni su:

- identificazione di posizione dominante collettiva di quattro società nel settore della costruzione di strade, particolarmente in materia di fabbricazione degli *enrobés bitumeux* (rivestimenti in bitume), nella regione delle Ardenne (decisione n. 06-D-02 del 20 febbraio 2006);

- richiesta di provvedimento conservativo da parte di diverse società francesi nel settore della stampa volto a sospendere un sistema generale di remunerazione destinato a fidelizzare certi diffusori a scapito di altri. Il Consiglio ha invitato la controparte (le NMPP) a sospendere il suo sistema di remunerazione suscettibile di essere discriminatorio (decisione n. 06-MC del 23 febbraio 2006);

- sanzione nei confronti di un'intesa tra 34 imprese di lavori pubblici per ripartirsi i mercati pubblici nella regione Ile-de-France in periferia di Parigi (decisione n. 06-D-07 del 21 marzo 2006);

- applicazione della nuova procedura di clemenza nel settore della fabbricazione di porte nei confronti di nove imprese (decisione n. 06-D-09 dell'11 aprile 2006).

#### 3. *Sentenze della Corte d'appello di Parigi*

La Corte d'appello di Parigi ha avuto modo di pronunciarsi nei seguenti casi:

- annullamento di gran parte della decisione del Consiglio della concorrenza che ha condannato il gruppo JC Decaux per non rispetto dell'ingiunzione relativa ad un abuso di posizione dominante sul mercato dei mobili a scopo pubblicitario (*arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 février 2006*, R.G. 2005/14774, JC Decaux ed altri);

- cambiamento di giurisprudenza in materia di prescrizione. Tanto gli atti di inchiesta che i ricorsi interrompono *ipso facto* la prescrizione con riferimento ai fatti dei quali il Consiglio si accorga (*arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 2006*, R.G. 2005/12604, société Ineo ed altri);

- riforma parziale di una decisione del Consiglio della concorrenza adottata in materia di abuso di posizione dominante nei confronti della società Royal Canin (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2006, Royal Canin).

## **IX. Conclusioni**

Volendo trarre alcune rapide conclusioni occorre segnalare che il diritto francese si distingue dal diritto italiano in quanto in materia di disciplina della concorrenza:

- usa una terminologia giuridica puramente francese,
- dispone di un Codice del commercio nel quale, dal 2006, si trova per la prima volta codificata la maggior parte delle leggi promulgate da più di quarant'anni in materia commerciale ed in particolare in tema dei c.d. comportamenti anticoncorrenziali,
- possiede numerose giurisdizioni d'eccezione tra i quali i Tribunali del commercio che risalgono al Medioevo (*Prévôt des Marchands*),
- dispone di un organo, il Consiglio della concorrenza, a carattere amministrativo con poteri coercitivi di natura giudiziaria, le cui decisioni sono appellabili davanti alla Corte d'appello di Parigi.

**Jean-François Sampieri Marceau\***

\* Versione rielaborata della relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.



## CENNI SULLA LEGISLAZIONE *ANTITRUST* AUSTRIACA

**Sommario:** **I.** *Diritto antitrust in generale* - **II.** *Intese (Kartelle)* - **1.** *Intese vietate in Austria* - **2.** *Alcune differenze con l'Italia* - **3.** *Alcune differenze rispetto alla disciplina comunitaria* - **III.** *Abuso di posizione dominante (Mißbrauch marktbeherrschender Stellung)* - **1.** *La disciplina giuridica in Austria* - **2.** *Alcune differenze con l'Italia* - **3.** *Alcune differenze con la disciplina comunitaria* - **IV.** *Controllo sulle concentrazioni di imprese (Fusionskontrolle)* - **1.** *Controllo sulle concentrazioni di imprese in Austria* - **2.** *Alcune differenze rispetto alla disciplina italiana* - **3.** *Alcune differenze rispetto alla disciplina comunitaria* - **a.** *Competenza della Commissione europea con riferimento alle soglie della concentrazione* - **b.** *Competenza della Commissione con riferimento alla notifica della concentrazione.*

### **I. Diritto *antitrust* in generale**

Tra le leggi più importanti che regolano il diritto *antitrust* austriaco devono essere menzionate soprattutto la legge sulle intese (*Kartellgesetz*) nella versione della *Gazzetta Ufficiale austriaca* (in seguito *BGBI*) 2003/I/112 e la legge sulla concorrenza (*Wettbewerbsgesetz*) nella versione *BGBI* 2002/I/62<sup>1</sup>.

In linea di principio si può dire che le disposizioni austriache del diritto *antitrust* hanno sostanzialmente tradotto in legge nazionale il diritto *antitrust* dell'UE. Va inoltre sottolineato che il diritto austriaco ed il diritto europeo sono *parallelamente* applicabili.

La disciplina austriaca prende in considerazione le tre fattispecie di diritto *antitrust*, che in seguito saranno esaminate con riferimento alla disciplina italiana e a quella europea:

<sup>1</sup> Importante nella prassi è anche il Regolamento europeo n. 139/2004 del 20 gennaio 2004 relativo al controllo sulle concentrazioni di imprese (*EG-Fusionskontrollverordnung*) che trova diretta applicazione anche in Austria.

- *intese vietate*<sup>2</sup>;
- *abuso di una posizione dominante* sul mercato<sup>3</sup>;
- controllo sulle *concentrazioni*<sup>4</sup>.

Le tre autorità che in Austria si occupano di concorrenza sono:

- Autorità federale per la concorrenza (*Bundeswettbewerbsbehörde*)
- Avvocatura federale *antitrust* (*Bundeskartellanwalt*)
- Corte *antitrust* (*Kartellgericht*)

*Autorità federale per la concorrenza*: L'Autorità federale per la concorrenza può inoltre svolgere indagini in materia di intese e in materia di concentrazioni.

*Avvocatura federale antitrust*: L'Avvocatura federale *antitrust* rappresenta gli interessi pubblici in materia di concorrenza dinanzi alla Corte *antitrust*.

*Corte antitrust*: La Corte *antitrust* decide sugli accordi restrittivi della concorrenza e sulle concentrazioni. Su iniziativa dell'Autorità federale per la concorrenza e/o dell'Avvocatura federale *antitrust*, la Corte *antitrust* emana ordinanze di cessazione delle violazioni e infligge sanzioni e pene pecuniarie.

## II. Intese (*Kartelle*)

### 1. *Intese vietate in Austria*

Vietati sono tutti gli accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate, le quali abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza (intese). Il divieto vale tanto per le restrizioni della concorrenza relative agli accordi orizzontali quanto per quelle relative agli accordi verticali.

Per una serie di *intese*, tassativamente enumerate nella legge austriaca *antitrust*, sono previste eccezioni al divieto. È questo il caso:

- delle intese bagatellari,
- dell'imposizione di un prezzo vincolante per il venditore finale di libri, articoli musicali o riviste,
- delle restrizioni della concorrenza tra membri di una cooperativa o
- di un gruppo di istituti di credito.

Per determinati gruppi di intese possono essere previste specifiche eccezioni al divieto in base ad un apposito regolamento del Ministero federale di giustizia.

<sup>2</sup> Per esempio le imprese di un certo settore stabiliscono i prezzi per certi prodotti e restringono così la concorrenza.

<sup>3</sup> Per esempio l'unica catena di negozi di generi alimentari di un paese paga ai suoi fornitori, che non hanno alternative a vendere a questa catena, prezzi troppo bassi.

<sup>4</sup> Un'impresa acquisisce un'altra impresa.



Il concetto di *impresa* nel diritto austriaco (così come anche nel diritto comunitario) va *interpretato estensivamente*. Rientrano quindi in tale concetto anche le libere professioni<sup>5</sup>.

## 2. Alcune differenze con l'Italia

Diversamente dalla legge austriaca, quella italiana non prevede una lista di intese esentate dal divieto.

Tanto in Italia quanto in Austria sono possibili esenzioni per categorie di imprese. Diversamente dall'Austria, in cui è competente un ministero, in Italia è invece competente un'apposita autorità *antitrust*<sup>6</sup>.

L'autorità *antitrust* italiana ha competenze più ampie rispetto al Ministero federale per la concorrenza austriaca<sup>7</sup>.

## 3. Alcune differenze rispetto alla disciplina comunitaria

In Austria, le *raccomandazioni* sui prezzi, sui limiti di prezzo, sui margini di guadagno o sugli sconti che hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza sono *espressamente equiparate* a intese vietate.

### III. Abuso di posizione dominante (*Mißbrauch marktbeherrschender Stellung*)

#### 1. La disciplina giuridica in Austria

Per quanto riguarda la nozione di posizione dominante, la legge *antitrust* austriaca definisce dominante sul mercato un'impresa che non è condizionata dalla concorrenza oppure che è esposta soltanto ad una concorrenza non sostanziale oppure che detiene una quota di mercato rilevante in rapporto alle altre imprese concorrenti.

La legge austriaca prevede che su un'impresa grava l'onere di provare che essa non detiene una posizione dominante sul mercato se la stessa impresa, sul complessivo mercato nazionale o su una parte geograficamente rilevante di mercato, è in grado di controllare

1. una quota di mercato di almeno il 30% oppure
2. una quota di più del 5% ed è esposta alla concorrenza di due sole im-

<sup>5</sup> La forma giuridica dell'impresa è normalmente irrilevante.

<sup>6</sup> Tale autorità può concedere *autorizzazioni* in deroga al divieto soltanto in presenza di determinate circostanze (quando per esempio la restrizione della concorrenza può comportare vantaggi per i consumatori oppure la promozione del progresso tecnico o tecnologico) e soltanto per un periodo di *tempo limitato*.

<sup>7</sup> Così l'autorità *antitrust* italiana può impedire la diffusione di *pubblicità ingannevole* ed è competente in materia di *conflitto di interessi* di titolari di cariche governative.

prese al massimo oppure

3. una quota di più del 5% ed è una delle quattro imprese più grandi su questo mercato le quali, complessivamente considerate, detengono una quota di almeno l'80% del mercato.

La legge non vieta la posizione dominante sul mercato in quanto tale. Soltanto l'*abuso* di una posizione dominante sul mercato è vietato dalla legge. Nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti la legge pone quindi limiti al comportamento di un'impresa in posizione dominante sul mercato. L'*abuso* può in particolare consistere nei seguenti comportamenti in relazione ad una:

- mediata o immediata *imposizione di prezzi* di acquisto o di vendita oppure di altre *condizioni di contratto non eque*, come in particolare termini di pagamento o interessi di mora non equi;
- *restrizione della produzione, dello sbocco o dello sviluppo* tecnico a danno dei consumatori;
- penalizzazione di *partner* contrattuali attraverso l'applicazione di condizioni dissimili in presenza di prestazioni equivalenti;
- subordinazione della conclusione di un contratto alla condizione che il contraente accetti *prestazioni supplementari* che per loro natura o per gli usi commerciali non abbiano alcun nesso con l'oggetto del contratto stesso;
- vendita non oggettivamente giustificata di merci *al di sotto del loro prezzo*.

## 2. *Alcune differenze con l'Italia*

Diversamente da quanto è stabilito in Italia, nella disciplina austriaca, come abbiamo visto, la quota di mercato e i criteri da prendere in considerazione per accertare l'esistenza di una posizione dominante sul mercato, è fissata per legge.

## 3. *Alcune differenze con la disciplina comunitaria*

Diversamente da quanto prevede la disciplina austriaca, dove la nozione di posizione dominante sul mercato è disciplinata per legge in modo dettagliato, la disciplina comunitaria fa riferimento, come è noto, ad aspetto di carattere generale e al pregiudizio al commercio tra Stati membri.

## **IV. Controllo sulle concentrazioni di imprese (*Fusionskontrolle*)**

### 1. *Controllo sulle concentrazioni di imprese in Austria*

Secondo la legge *antitrust* austriaca sono considerate *concentrazioni*:

- l'acquisizione totale o parziale di un'impresa da parte di un'altra impre-

sa, in particolare attraverso una fusione o incorporazione;

- l'acquisizione da parte di un'impresa di diritti sull'azienda di un'altra impresa tramite contratti di cessione di azienda o di gestione di azienda;

- l'acquisizione, diretta o indiretta, di partecipazioni ad un'impresa tramite un'altra impresa, quando in tal modo viene raggiunta o superata una determinata quota;

- la presenza delle stesse persone che rappresentino almeno la metà dei membri degli organi di amministrazione o dei consigli di sorveglianza di due o più imprese;

- ogni ulteriore collegamento di altro genere tra imprese in base al quale un'impresa può esercitare su un'altra impresa un'influenza dominante diretta o mediata;

- la costituzione di un'impresa comune;

- la conclusione di accordi contrattuali tra istituti di credito ai sensi della legge bancaria austriaca.

Se il *fatturato* delle imprese coinvolte supera

1. a livello mondiale complessivamente € 300 milioni,

2. in Austria complessivamente € 30 milioni e

3. almeno due imprese al livello mondiale ciascuna € 5 milioni

la concentrazione di imprese deve essere notificata all'Autorità federale per la concorrenza (*Bundeswettbewerbsbehörde*). Per la notifica si deve versare un'*imposta forfaitaria dell'ammontare di € 1.500*.

In particolare va sottolineato che *non è rilevante* il luogo in cui hanno sede le imprese coinvolte, *bensì* il loro *fatturato*<sup>8</sup>.

Il legislatore austriaco prevede anche *eccezioni all'obbligo di notificazione*, quando le imprese coinvolte, nell'ultimo anno di esercizio, si trovano nelle seguenti condizioni:

- solo una delle imprese coinvolte ha fatturato più di € 5 milioni in Austria e

- le altre imprese coinvolte non hanno fatturato più di € 30 milioni a livello mondiale

- la concentrazione non ha alcun effetto sul mercato austriaco.

L'Autorità federale per la concorrenza (*Bundeswettbewerbsbehörde*) rende pubblica la notifica di una concentrazione d'impresa e la inoltra all'Avvocatura federale *antitrust* (*Bundeskartellanwalt*). Ogni impresa, i cui interessi giuridici o economici siano influenzati dalla concentrazione, può inviare comunicazione scritta, entro 14 giorni dalla pubblicazione della notifica, all'Autorità federale per la concorrenza e/o all'Avvocatura federale *antitrust*.

<sup>8</sup> Così, per esempio, anche l'acquisto di un'impresa italiana da parte di un'altra impresa italiana deve essere notificato in Austria se la concentrazione ha effetto sul mercato austriaco e le soglie austriache sono superate.

Le imprese intervenute, tuttavia, non hanno alcun diritto ad un particolare trattamento e in particolare non ottengono la posizione di parte in un eventuale procedimento dinanzi alla Corte *antitrust* (*Kartellgericht*).

L'avvio della procedura di controllo può essere richiesta dagli organi competenti, vale a dire dall'Autorità federale per la concorrenza (*Bundeswettbewerbshörde*) oppure dall'Avvocatura federale *antitrust* (*Bundeskartellanwalt*) entro quattro settimane dalla notifica della concentrazione.

La procedura di controllo dinanzi alla Corte *antitrust* può portare a questi risultati:

- rigetto della domanda,
- divieto della concentrazione,
- nulla osta (eventualmente con restrizioni e condizioni) della concentrazione nonché
- chiusura del procedimento in seguito a ritiro della richiesta oppure per decorso dei termini previsti.

La Corte *antitrust* (*Kartellgericht*) deve impedire una concentrazione se con essa si crea o si rafforza una posizione dominante sul mercato, tranne nel caso in cui la concentrazione sia necessaria per la conservazione o il miglioramento della capacità concorrenziale internazionale delle imprese partecipanti ed appaia giustificata dal punto di vista della politica economica.

Una *concentrazione soggetta a notifica può essere eseguita soltanto* quando gli organi predetti rinunciano alla richiesta di controllo oppure quando l'hanno proposta fuori termine.

Ugualmente la concentrazione può essere eseguita quando sia stata conclusa positivamente ogni pendenza davanti alla Corte *antitrust*.

## 2. *Alcune differenze rispetto alla disciplina italiana*

Le imprese che effettuano la notifica di una concentrazione in Italia versano un *contributo* pari all'1% del valore della *transazione*, con un massimo di € 50.000 (e un minimo di € 3.000).

## 3. *Alcune differenze rispetto alla disciplina comunitaria*

### a. *Competenza della Commissione europea con riferimento alle soglie della concentrazione*

Il Regolamento comunitario sul controllo delle fusioni si applica a tutte le "concentrazioni d'importanza comunitaria". Una *concentrazione è d'importanza comunitaria* e di competenza della Commissione europea quando si raggiungono i seguenti fatturati:

- fatturato a livello mondiale di tutte le imprese interessate complessiva-

mente superiore a € 5 miliardi in totale

- fatturato totale riferito al territorio comunitario superiore a € 250 milioni per ciascuna di almeno due delle imprese interessate (salvo che ciascuna delle imprese partecipanti alla fusione raggiunga oltre due terzi del fatturato totale a livello comunitario solo in uno degli Stati membri.

Una concentrazione che non raggiunga questi valori assume *comunque rilevanza comunitaria* se si verificano i seguenti presupposti:

a. il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a € 2,5 miliardi,

b. in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a € 100 milioni,

c. in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lett. b., il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a € 25 milioni e

d. il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a € 100 milioni;

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

Le concentrazioni di importanza comunitaria sono in linea di principio sottratte alla applicazione del diritto *antitrust* nazionale. Al di sotto delle soglie di valore rilevanti, il controllo è esercitato dalle autorità *antitrust* nazionali secondo le loro proprie disposizioni interne.

b. *Competenza della Commissione con riferimento alla notifica della concentrazione*

Se la concentrazione potesse essere notificata in *almeno tre Stati membri* – nonostante il mancato raggiungimento delle soglie stabilite – le imprese interessate *possono chiedere l'intervento* della Commissione europea. Se le autorità *antitrust* dei relativi Stati membri non esprimono il proprio dissenso, l'esame della concentrazione viene effettuato esclusivamente dalla Commissione europea.

Una *concentrazione deve essere vietata* se pregiudica in modo notevole la concorrenza effettiva sul mercato europeo oppure su parti rilevanti di esso. Con il *test* SIEC («significant impediment of effective competition») è stato introdotto un nuovo criterio di riferimento per il controllo sulle fusioni. Il *test* finora utilizzato, secondo cui una concentrazione doveva essere vietata se creava una posizione dominante sul mercato oppure rafforzava una posizione, può essere ancora utilizzato per casi specifici.

**Peter Kunz\***

\* Versione riveduta e corretta della relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Palermo-Mondello, 21-24 settembre 2006.



## RECENSIONI

---

**Massimo Panebianco** (a cura di), *Codice delle leggi comunitarie* (raccolta legislativa di diritto comunitario interno con indice generale cinquantennale e allegato CD-ROM 1957-2007), Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. XXXII-559, € 26,00

In occasione del cinquantenario del Trattato di Roma del 25 marzo 1957, varie iniziative ufficiali ed accademiche si sono svolte nel nostro Paese, fra le quali appare opportuno segnalare quella editoriale di pubblicazione dell'opera qui recensita. Si tratta della nuova versione di una ricerca già apparsa in precedenza, in edizioni minori e con titoli diversi, in più volumi dedicati alla progressiva formazione del diritto comunitario nell'ottica interna. Tale ultima edizione, in particolare, fa stato di mezzo secolo di legislazione italiana, con atti correlati aventi forza di legge o anche sub-legislativa.

L'ampia e totalmente riformata sistematica dimostra come il Codice, in realtà, abbia largamente incorporato in sé il diritto italiano, emanato in attuazione del dettato legislativo comunitario. Solo grazie a tale continua attività di recepimento, infatti, il diritto europeo si è "interiorizzato", divenendo così parte intima ed essenziale del diritto interno. Sempre in tal senso si comprende, pertanto, il motivo per cui l'opera qui analizzata reca come sottotitolo l'espressione «diritto comunitario interno», con esplicito riferimento al diritto comunitario applicato in Italia nell'ultimo mezzo secolo.

Il volume, suddiviso in dieci parti, a loro volta ripartite in una serie variabile di capi, sezioni e sottosezioni, registra, dunque, l'impatto complessivo prodotto dal diritto unionistico-comunitario, il quale, a sua volta, si misura a livello italiano. È, quest'ultimo, un livello in cui vengono salvaguardati, per pacifica e costante giurisprudenza, i grandi principi dello Stato democratico,

costituzionale e di diritto, sussistenti a livello europeo solo in modo diverso e talvolta deficitario rispetto a quanto accade appunto in ambito interno. Ciò nonostante, l'impatto legislativo ha provocato, per così dire dall'alto, un processo di revisione istituzionale comunitariamente significativo anche nell'ordinamento giuridico italiano (nuovo art. 117 della Costituzione), nonché una profonda riorganizzazione dell'apparato governativo ed amministrativo, sia centrale che regionale e locale (ivi compreso il risanamento dei conti pubblici testimoniato dalle varie leggi "finanziarie" annuali).

Sulla base di tali premesse, il Codice riproduce le migliaia di provvedimenti, definiti dall'A. come un «tesoro sommerso» altrimenti destinato all'«oblio dell'archeologia giuridica», che si sono susseguiti nel tempo nel quadro della legalità parlamentare e governativa, con riferimento ai tre pilastri propri del diritto comunitario. Le prime tre parti del Codice, a carattere generale, sono quindi seguite da altre sette parti che disegnano, in maniera chiara ed esaustiva, la storia legislativa dei vari istituti giuridici (comunitari), riferiti sia al regime delle libere circolazioni nel mercato interno e connesse politiche (parti IV-VII), sia alle relazioni esterne dell'Unione (parte VIII), sia al regime geo-politico della P.E.S.C. – P.E.S.D. (Politica Estera e di Sicurezza Comune - Politica Europea di Sicurezza e Difesa, esaminate nella parte IX) e sia, infine, allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, cosiddetto S.L.S.G. (parte X). Facendo seguito a tale schematica presentazione, è opportuno segnalare ora brevemente il contenuto della premessa all'opera (pp. 1-3), facente seguito agli indici generali sistematico e cronologico.

Nella menzionata premessa, il volume viene presentato come una raccolta sistematica di testi legislativi collegati al diritto europeo, in grado di offrire una visione completa dell'adattamento continuo e costante dell'ordinamento giuridico nazionale a quello euro-comunitario. Proprio tale processo consente di individuare nei singoli Stati membri gli interlocutori necessari delle Istituzioni comunitarie, posto che spetta loro il compito e la responsabilità della puntuale e corretta osservanza degli obblighi scaturenti dall'appartenenza all'Unione europea. In particolare, come puntualmente segnalato, è proprio grazie alla predisposizione, nei vari Paesi aderenti, di appositi meccanismi di recepimento degli atti normativi di matrice comunitaria che si garantisce il pieno rispetto del diritto europeo e, al contempo, si realizza una totale compenetrazione tra i singoli ordinamenti interni e l'ordinamento sovranazionale. «Punto estremo di approdo» in tale contesto di esecuzione e di attuazione del diritto comunitario è la recente legge n. 11 del 4 febbraio 2005, («Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari»), la quale conferma il ruolo fondamentale svolto dalla cosiddetta legge comunitaria annuale *stricto sensu*, che si pone quale strumento periodico di intervento avente il compito, certamente non esclusivo, di garantire l'attuazione degli atti norma-



tivi comunitari in scadenza e di tutti gli altri obblighi che necessitano di un intervento tempestivo.

Dalle considerazioni che precedono si ricava un interessante spunto di riflessione sulla natura dell'ordinamento euro-nazionale, comprensivo delle due facce di una stessa medaglia e segno di una ormai avvenuta profonda trasformazione dello Stato contemporaneo in ambedue i versanti sopra indicati. In effetti, va altresì sottolineato come il rapporto tra i singoli ordinamenti nazionali e quello euro-comunitario continui a rimanere ben saldo ed a coinvolgere i livelli di produzione normativa previsti nei singoli Stati membri anche dopo il "grande evento" rappresentato dal Trattato costituzionale europeo di Roma del 29 ottobre 2004. Tale situazione, che si configura come il risultato di un lungo processo di integrazione, ha generato, dunque, un particolare sistema politico-istituzionale e, soprattutto, ha realizzato una compiuta "ri-articolazione" dell'ordinamento comunitario nell'ambito degli ordinamenti nazionali, determinando la nascita di un vero e proprio «diritto comunitario interno». Di qui l'emersione di numerosi "diritti paralleli", che si pongono in un rapporto di diretta e reciproca connessione con i sistemi normativi dei singoli spazi giuridici nazionali, dando così vita ad una completa integrazione che fa stato del profondo riconoscimento dei valori assunti ad obiettivo dell'Unione. La puntuale e compiuta ricostruzione, nelle pagine qui recensite, della natura del rapporto sussistente tra fonti esterne e fonti interne del diritto attesta dunque, in ultima istanza, come allo stato attuale il principio di legalità non sia più una regola di coerenza tutta interna all'ordinamento statale, ma involga anche gli atti comunitari, nell'ottica di una sostanziale equivalenza tra il ruolo di garanzia assolto dalla legge statale e quello assolto dalla norma comunitaria.

Un contributo scientifico, risultato finale di una lunga attività di ricerca e di sistemazione, quello fin qui analizzato, che va positivamente valutato, sia per il suo sforzo volto a favorire una migliore e più completa conoscenza negli ambienti accademici e professionali, sia anche per l'adozione di una struttura codicistica in grado di consentire un'agevole consultazione delle sue pagine.

**Miriam Immediato**



**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara - Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ROBERTA CORRENTI, *Avvocato in Düsseldorf*

PETER KUNZ, *Avvocato in Vienna*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottore in giurisprudenza*

GISELLA LEVI CAROTI, *Avvocato in New York, NY*

INGRID MEEUSSEN, *Avvocato in Bruxelles*

ENRICO ADRIANO RAFFAELLI, *Avvocato in Milano*

JEAN-FRANÇOIS SAMPIERI-MARCEAU, *Avvocato in Parigi*

GAETANO SARDO, *Avvocato in Milano / Presidente AIGLI*

ALBERTO VENEZIA, *Avvocato in Milano*

KARL VON HASE, *Rechtsanwalt in Düsseldorf*



# ARTICOLI

---

## COMPETENZA GIURISDIZIONALE E DIRITTO APPLICABILE NEI SINISTRI INTERNAZIONALI DEL SETTORE AUTOMOBILISTICO

**È attribuita alla giurisdizione del giudice del Paese del danneggiato la decisione sui sinistri RCA nell'ambito della IV Direttiva auto**

**Sommario:** **I.** *Introduzione - 1. Il contesto comunitario. I quesiti posti dalla Corte di cassazione tedesca (Bundesgerichtshof) alla Corte di giustizia Ce - 2. Il contesto generale - II. Le basi giuridiche per stabilire la giurisdizione internazionale e il diritto applicabile - 1. La giurisdizione internazionale - 2. Diritto applicabile - a. La Convenzione dell'Aia sulla circolazione stradale e le normative nazionali - a.1. La Convenzione dell'Aia del 4 maggio 1971 - a.2. Il diritto internazionale privato in Italia - a.3. Il diritto internazionale privato in Germania - a.4. Differenze tra Italia e Germania - b. Possibilità di applicazione del diritto del Paese del danneggiato nell'ambito del Regolamento comunitario, c.d. «Roma II»? - III. La giurisdizione del giudice del Paese del danneggiato ai sensi del Regolamento Ce n. 44/2001 e le argomentazioni di riferimento - IV. La giurisdizione del giudice del Paese del danneggiato anche ai sensi della Convenzione di Lugano? - V. Ripercussioni sul piano applicativo - VI. Conclusioni.*

### **I. Introduzione**

#### **1. IL CONTESTO COMUNITARIO. I QUESITI POSTI DALLA CORTE DI CASSAZIONE TEDESCA (BUNDESGERICHTSHOF) ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE**

La Corte di cassazione federale tedesca (*Bundesgerichtshof*)<sup>1</sup>, rimettendo alla Corte di giustizia una causa ex art. 234 del Trattato Ce, ha posto uno spe-

<sup>1</sup> *Bundesgerichtshof*, decisione del 26 settembre 2006 – VI ZR 200/05 (OLG Köln), pubblicata in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2007, p. 71 ff. La causa proposta dal *Bundesgerichtshof* alla Corte di giustizia, in data 20 novembre 2006, tra *FBTO Schadeverzekeringen N. V.* e *Jack Odenbreit*, ha il numero C-463/06.

cifico quesito riguardante l'interpretazione dell'art. 11, comma 2, del Regolamento Ce n. 44/2001 relativo alla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>2</sup>. Più specificatamente, ha posto la questione se tale disposizione in collegamento con l'art. 9, comma 1, lett. *b.* dello stesso Regolamento possa costituire la base giuridica per riconoscere la giurisdizione del giudice del Paese membro del danneggiato in una causa introdotta dal danneggiato stesso contro l'assicuratore per la responsabilità civile auto a seguito di un incidente stradale avvenuto in un Paese membro diverso da quello nel quale il danneggiato risiede o è domiciliato.

Nel caso di specie l'attore, residente in Germania, aveva convenuto davanti ad un Tribunale tedesco l'assicuratore RC Auto olandese di controparte chiedendo il risarcimento dei danni subiti a seguito di un incidente stradale avvenuto in Olanda. Il Tribunale tedesco di primo grado (*Amtsgericht*) aveva respinto la sua domanda per difetto di giurisdizione.

Nella causa di secondo grado, la Corte d'appello di Colonia (*Oberlandesgericht Köln*) aveva invece confermato la competenza giurisdizionale del giudice tedesco. La Corte di cassazione federale, infine, esaminando il successivo ricorso dell'assicuratore convenuto, ha sospeso il procedimento, rivolgendosi alla Corte di giustizia Ce con una domanda di pronuncia pregiudiziale (*Vorabentscheidungsersuchen*).

La decisione della Corte di giustizia avrà una forte rilevanza pratica nell'ambito della liquidazione dei sinistri internazionali. L'obiettivo del presente articolo è quello di presentare la questione in un contesto più ampio, che includa anche alcune riflessioni di diritto internazionale privato.

## 2. IL CONTESTO GENERALE

In caso di sinistro stradale occorso all'estero, il danneggiato, in forza delle disposizioni della cosiddetta IV Direttiva auto<sup>3</sup>, ha la possibilità di attivare la liquidazione stragiudiziale anche nel Paese in cui ha la residenza, rivolgendosi al *mandatario* (per la gestione dei sinistri) dell'assicuratore straniero RCA del responsabile civile dell'incidente con sede nel Paese membro del danneggiato, il quale deve liquidare il danno applicando il diritto del Paese in cui è avvenuto il sinistro o respingere, motivando la ricusazione, le richieste

<sup>2</sup> Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001.

<sup>3</sup> Direttiva n. 2000/26/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 maggio 2000, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e che modifica le direttive n. 73/239/Cee e n. 88/357/Cee del Consiglio (Quarta direttiva assicurazione autoveicoli), in *Guce* n. L 181 del 20 luglio 2000, p. 65, recepita nell'ordinamento italiano con il dlgs n. 190 del 30 giugno 2003.

di risarcimento. Sussiste, peraltro, la possibilità di attivare la liquidazione del sinistro in un altro Paese membro, entrando in contatto diretto con l'assicuratore RCA del responsabile civile. Sempre nell'ambito della IV Direttiva auto, in caso di non tempestiva formulazione dell'offerta di risarcimento (che deve avvenire entro tre mesi dalla presentazione della richiesta di risarcimento) o in caso di una liquidazione non sufficientemente motivata, il danneggiato ha, inoltre, la facoltà di rivolgersi, nel proprio Paese, al cosiddetto *Organismo di indennizzo* che provvederà alla gestione del sinistro<sup>4</sup>. L'Organismo di indennizzo è, inoltre, competente per la liquidazione del sinistro, qualora l'assicuratore straniero non abbia nominato un mandatario nel Paese del danneggiato (ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b., della predetta Direttiva) o nel caso in cui il veicolo o la compagnia di assicurazione, che ne copre il rischio RCA, non possano essere identificati (ai sensi dell'art. 7). Compito dell'Organismo di indennizzo è quello di garantire che il meccanismo della liquidazione stragiudiziale del danno previsto dalla IV Direttiva trovi applicazione. Esso non deve essere considerato come una sorta di istanza d'appello, analogamente a quanto avviene nei processi di rito civile, con il compito di verificare se la liquidazione è avvenuta ai sensi di legge e se il risarcimento pagato è stato congruo.

La liquidazione dei sinistri ai sensi della IV Direttiva auto ha un'impostazione esplicitamente stragiudiziale ed in questo contesto si pone la questione se il danneggiato possa proporre anche l'azione giudiziaria nel Paese in cui ha la residenza. La direttiva non attribuisce, infatti, a chi fa valere richieste di risarcimento la possibilità di procedere giudizialmente nel proprio Paese di residenza contro le decisioni sulla liquidazione (vale a dire, se una ricsuzione sia giustificata o meno, o se l'offerta di risarcimento sia congrua). Si ritiene che il danneggiato possa citare il danneggiante e il suo assicuratore per la RCA solo nel Paese in cui è avvenuto il sinistro o davanti al giudice della sede dell'assicuratore o davanti a quello della residenza del danneggiante (per il danneggiato significa quindi agire all'estero, in un altro Stato membro). Le basi giuridiche per l'individuazione del foro internazionale competente sono l'art. 2 (*Giurisdizione generale nel luogo della residenza del convenuto*) e l'art. 5 (*Giurisdizione speciale presso la residenza del convenuto*) del Regolamento Ce n. 44/2001<sup>5</sup>.

In dottrina è stata più volte avanzata l'opinione che, proprio sulla base di una interpretazione del Regolamento Ce n. 44/2001, vi è una giurisdizione del Paese del danneggiato contro l'assicuratore per la RCA nell'ambito della cosiddetta azione diretta<sup>6</sup>. Questo significa, a titolo di esempio, che un cittadino

<sup>4</sup> Art. 6 della direttiva n. 2000/26/Ce, *cit. supra*, nota 3.

<sup>5</sup> Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, *cit. supra*, nota 2.

<sup>6</sup> Cfr. LEMOR - BECKER, *DAR* 2004, p. 677; BACKU, *DAR* 2003, p. 153, pubblicato sul sito

italiano vittima di un incidente stradale in Germania potrebbe promuovere un giudizio in Italia, tenendo presente che in ogni caso il Tribunale adito in Italia dovrebbe decidere applicando il diritto tedesco. Questo orientamento è stato confermato da una sentenza di un Tribunale di secondo grado tedesco, l'*Oberlandesgericht* (Corte d'appello) di Colonia (*OLG Köln*), del 12 settembre 2005<sup>7</sup>. Altre sentenze in Germania, per esempio, quella del Tribunale (*Landgericht*) di Amburgo del 28 aprile 2006<sup>8</sup> oppure del Tribunale (*Amtsgericht*) di Blomberg del 6 ottobre 2005<sup>9</sup> sono giunte a conclusioni opposte, mentre la *Lords of Appeal della House of Lords* inglese, nel proprio parere del 5 luglio 2006<sup>10</sup>, sembra sostenere che il danneggiato abbia la possibilità di rivolgersi al giudice del proprio Paese di residenza.

In Germania, la Corte di cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) nel procedimento di revisione della citata sentenza della Corte d'appello di Colonia (*OLG Köln*) ha rimesso la causa ex art. 234 Ce alla Corte di giustizia, sostenendo che una decisione sul merito in Germania o in qualunque altro Paese dell'Unione potrebbe avere come conseguenza il prodursi di una giurisprudenza contrastante, mentre una pronuncia della Corte introdurrebbe un'interpretazione unitaria a livello comunitario<sup>11</sup>.

Tuttavia in tale contesto è possibile anche argomentare che in futuro la questione sull'interpretazione del Regolamento n. 44/2001 potrebbe non dipendere più da una pronuncia della Corte di giustizia, dal momento che la V Direttiva auto – il cui recepimento è previsto negli ordinamenti degli Stati membri al più tardi entro l'11 giugno 2007<sup>12</sup> – afferma esplicitamente che detto Regolamento deve trovare applicazione laddove prevede la giurisdizione anche nel Paese di residenza del danneggiato. L'art. 5 della V Direttiva auto, con riferimento alla IV Direttiva così recita:

«I. è inserito il seguente *considerando* 16 bis: «16 bis. Ai sensi del combinato disposto dell'art. 11, par. 2, e dell'art. 9, par. 1, lett. b., del Regolamento

www.intereuropeag.com; altri contributi sull'argomento sono disponibili sul sito internet dell'Istituto per il Diritto Europeo della Circolazione Stradale: <http://www.eu-verkehrsrecht.org/ievr-internet-fr>.

<sup>7</sup> Sentenza del 12 settembre 2005 (16 U 36/05).

<sup>8</sup> LG Hamburg, sentenza del 28 aprile 2006 (331 O 109/05), cfr. anche in *VersR*, 2006, p. 1065.

<sup>9</sup> AG Blomberg, sentenza del 6 ottobre 2005 (4 C 373/04), cfr. anche in *Schaden Praxis*, 2006, p. 113 ss.

<sup>10</sup> Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause *Harding v. Wealands* del 5 luglio 2006.

<sup>11</sup> *Cit. supra*, nota 1.

<sup>12</sup> Direttiva n. 2005/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 che modifica le direttive del Consiglio n. 72/166/Cee, n. 84/5/Cee, n. 88/357/Cee e n. 90/232/Cee e la direttiva n. 2000/26/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sull'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, in *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 14. Maggiori dettagli in *InterEurope – Newsletter*, n. 1 2005; per richiedere copia inviare un messaggio a: [antonio.furlanetto@intereuropeag.com](mailto:antonio.furlanetto@intereuropeag.com).



(Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (...), la parte lesa può citare in giudizio l'assicuratore della responsabilità civile nello Stato membro in cui essa è domiciliata».

Tale affermazione va considerata con cautela e in ogni caso un'interpretazione "tecnicamente corretta", ovvero intrinseca al Regolamento stesso, rimane preferibile e decisiva. Da un lato, infatti, resta incerta la validità di tale prescrizione, inserita in un *considerando* di una direttiva comunitaria. Dall'altro lato, è dubbio che gli Stati membri abbiano l'intenzione di recepire tale disposizione, modificando i loro codici di procedura civile per dare maggiori certezze nell'applicazione pratica. Infine, qualora il recepimento della V Direttiva Auto coincidesse effettivamente con l'interpretazione del Regolamento n. 44/2001, per i casi antecedenti sarebbe tuttavia determinante solo il recepimento della direttiva.

Per questo motivo è chiaramente rilevante stabilire se possa o meno essere riconosciuta la giurisdizione del giudice del Paese di residenza del danneggiato a partire da un'interpretazione diretta del Regolamento n. 44/2001.

La questione riveste un particolare significato per tutte le parti coinvolte nel processo di liquidazione dei sinistri da circolazione stradale<sup>13</sup>.

In particolare, per il danneggiato, si pone la questione del luogo dove egli possa radicare la causa per ottenere un risultato equo e nel più breve tempo possibile.

In alcuni Paesi la durata di un processo civile ha tempi molto lunghi, mentre altri Paesi sono dotati di un sistema giudiziario più efficiente. D'altra parte però il giudice, nella fattispecie concreta, dovrà applicare, in base alle norme di diritto internazionale privato, un diritto al risarcimento danni diverso dal proprio e, a causa delle evidenti differenze esistenti tra il diritto al risarcimento dei danni nei vari Paesi europei, è prevedibile un allungamento della durata dei processi. Il giudice dovrà ricorrere alla consulenza di un esperto in questioni giuridiche riguardanti il diritto dello Stato membro che risulta applicabile per poter definire le questioni sottopostegli. Analogo problema si troverebbero ad affrontare anche il danneggiato e il proprio legale, dal momento che avrebbero bisogno dell'ausilio di una consulenza in merito al diritto di un altro Paese membro. In questo senso sono da prevedere alti costi processuali e un'eccessiva durata dei procedimenti.

Di seguito si analizzerà il quadro giuridico, considerando le diverse linee argomentative, con particolare riguardo agli effetti nell'ambito della liquidazione del danno.

<sup>13</sup> Il punto di vista degli assicuratori di Tutela Giudiziaria è analizzato ad esempio nella relazione di H. BACKU alla conferenza RIAD del 28 ottobre 2005 a Vienna, pubblicata su [www.intereuropeag.com](http://www.intereuropeag.com) alla pagina *Documentazione*.

## II. Le basi giuridiche per stabilire la giurisdizione internazionale e il diritto applicabile

### 1. LA GIURISDIZIONE INTERNAZIONALE

All'interno dell'area comunitaria, la base giuridica cui occorre riferirsi per stabilire la giurisdizione in ambito internazionale è, in primo luogo, il già citato Regolamento Ce n. 44/2001, entrato in vigore dopo la IV Direttiva auto, che riprende le norme della Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>14</sup>. È noto che, a differenza delle direttive, il Regolamento comunitario ha immediata efficacia nel diritto dei Paesi membri e non necessita di atti legislativi di recepimento<sup>15</sup>.

In tutte le fonti citate, in caso di incidente stradale, è prevista una giurisdizione del Paese dell'assicuratore RC Auto del responsabile civile dell'incidente ovvero del Paese del responsabile civile, nonché una giurisdizione speciale del Paese dove è avvenuto l'incidente (cfr. art. 2 ovvero art. 5 del Regolamento Ce n. 44/2001).

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 11, comma 2, e 9, comma 1, lett. *b.*, sarebbe possibile una giurisdizione del Paese del danneggiato, ovvero della vittima, per promuovere cause che derivino dal diritto di azione diretta nei confronti dell'assicuratore RCA.

Le basi giuridiche si ricavano nel titolo del Regolamento n. 44/2001 relativo alla competenza speciale a livello internazionale per quanto riguarda le fattispecie assicurative. Nel tredicesimo *considerando* relativo alle regole speciali di competenza si afferma, inoltre, che, per le questioni concernenti le assicurazioni, i consumatori e il diritto del lavoro, deve essere tutelata la parte più debole attraverso prescrizioni che riguardino la competenza e che siano più favorevoli rispetto alla normativa generale.

### 2. DIRITTO APPLICABILE

Per stabilire quale diritto trovi applicazione, i tribunali competenti si rivolgono alle norme nazionali dei singoli Paesi relative al diritto internazionale privato (norme di conflitto). A livello comunitario, si sta cercando di arrivare, attraverso l'*iter* legislativo delle istituzioni europee, ad una regolamentazione del diritto internazionale privato armonizzata in tutta l'Unione europea, per quel che riguarda il diritto che regola i fatti illeciti. Si ricorda, in pro-

<sup>14</sup> Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. C 27 del 26 gennaio 1998.

<sup>15</sup> Nell'area degli Stati dell'EFTA trova applicazione, invece, l'Accordo di Lugano del 16 settembre 1988, in *Guce* n. L 319 del 25 novembre 1988, p. 9, ispirato alla Convenzione di Bruxelles, che contiene norme in gran parte coincidenti con quelle del Regolamento Ce n. 44/2001.

posito, il progetto di Regolamento della Commissione europea c.d. «Roma II»<sup>16</sup>, che non è ancora stato approvato. Una regolamentazione uniforme del diritto internazionale privato esiste solo nell'ambito della c.d. Convenzione dell'Aia sulla circolazione stradale che risale al 1971 e che è stata ratificata dalla Francia e dall'Austria, ma non ancora dall'Italia e dalla Germania. Tali Stati hanno deciso di indirizzarsi verso soluzioni autonome che evidenziano tra loro alcune differenze.

*a. La Convenzione dell'Aia sulla circolazione stradale e le normative nazionali*

*a.1. La Convenzione dell'Aia del 4 maggio 1971*

Alcuni Stati hanno recepito la regolamentazione della «Convenzione dell'Aia sulla legge applicabile in materia di incidenti da circolazione stradale»<sup>17</sup> specificatamente concepita per tale ambito applicativo.

Le norme della Convenzione valgono nei seguenti Paesi: Belgio, Francia, Serbia, Croazia, Lussemburgo, Olanda, Austria, Svizzera, Repubblica ceca, Slovenia, Spagna, Repubblica slovacca.

La Convenzione viene applicata dagli Stati firmatari anche nei rapporti con i Paesi che non vi hanno aderito. Di conseguenza, essa viene messa in pratica dai tribunali dei Paesi che l'hanno recepita anche nei confronti di cittadini italiani coinvolti in un sinistro stradale.

Secondo tale Convenzione trova, innanzitutto, applicazione il diritto dello Stato sul cui territorio è avvenuto l'incidente (art. 3). In alcune situazioni, tuttavia, risulta invece applicabile il diritto dello Stato di immatricolazione o di stabilimento del veicolo (artt. 4-6).

Prevale il diritto del Paese di immatricolazione del veicolo (ovvero quello del Paese di stabilimento abituale del veicolo, art. 6) quando si tratta della responsabilità nei confronti della persona che vanta diritti sul veicolo (art. 4, lett. *a.*), del trasportato che ha la residenza abituale al di fuori del Paese in cui è avvenuto l'incidente (art. 4, lett. *b.*) e del danneggiato che si trova sul luogo dell'incidente, fuori dal veicolo e che tuttavia ha la sua residenza abituale nello Stato di immatricolazione. In caso di coinvolgimento di più veicoli, la normativa vale soltanto se tutti i veicoli risultano immatricolati nel medesimo Stato (art. 4, lett. *b.*). Nel caso siano coinvolte nell'incidente più persone fuori del veicolo, il presupposto è che abbiano tutte la loro residenza abituale nello Stato di immatricolazione.

<sup>16</sup> Cfr. i testi comunitari: la versione iniziale COM(2003)427 e quella definitiva del 22 luglio 2003; 2003/0168 (COD).

<sup>17</sup> Convenzione del 4 maggio 1971 sulla legge applicabile in materia di incidenti della circolazione stradale. Cfr. versione *on line* pubblicata dall'Amministrazione svizzera: [www.admin.ch/ch/i/rs/c0\\_741\\_31.html](http://www.admin.ch/ch/i/rs/c0_741_31.html).

### a.2. *Il diritto internazionale privato in Italia*

Il legislatore italiano ha regolamentato autonomamente la materia con la legge n. 218 del 31 maggio 1995, che, all'art. 62, così recita:

«1. La responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno.

2. Qualora il fatto illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, si applica soltanto la legge di tale Stato».

Ai sensi dell'art. 62 della l. n. 218/95 vige sostanzialmente il principio del luogo in cui si è verificato l'evento; in caso di incidente stradale in Italia, si applica in generale il diritto italiano, ma nei casi previsti dal secondo comma trova invece applicazione il diritto del Paese di origine dei soggetti coinvolti quando siano cittadini del medesimo Stato e ivi abbiano la loro residenza.

### a.3. *Il diritto internazionale privato in Germania*

Quando le richieste di risarcimento vengono presentate davanti a un Tribunale tedesco, sono vincolanti le norme del diritto internazionale privato tedesco per quel che riguarda la legge applicabile. La regolamentazione del diritto internazionale relativo agli illeciti in Germania si trova all'art. 40 del EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, le preleggi del codice civile tedesco), ai sensi del quale per richieste di risarcimento che derivano da fatto illecito trova applicazione il diritto del Paese dove è avvenuto l'incidente o, a scelta, del Paese in cui l'obbligato alla prestazione risarcitoria ha agito (diritto del Paese di compimento dell'illecito) o del Paese in cui si sono generate le conseguenze.

Un'eccezione al principio del luogo di accadimento (*Tatortprinzip*) acquista rilevanza quando l'obbligato alla prestazione risarcitoria, nonché la vittima hanno la comune e abituale residenza nel medesimo Stato (art. 40, secondo comma, EGBGB). Caso tipico è un incidente tra due tedeschi all'estero: alle rispettive richieste di risarcimento si applica il diritto tedesco, se entrambi sono residenti in Germania. Dal momento che rileva soltanto la residenza comune nello stesso Paese e non la nazionalità o altri criteri (luogo in cui ha sede l'assicuratore o di immatricolazione del veicolo), il diritto tedesco si applica ugualmente quando, per esempio, due cittadini turchi con residenza a Berlino hanno un incidente da circolazione stradale tra loro in Turchia. Con questo espediente giuridico si tiene conto anche della stessa situazione socio-economica dei soggetti coinvolti. Infatti, la legge tedesca non trova applicazione se i due soggetti coinvolti in un fatto dannoso sono tedeschi, ma uno di essi vive, ovvero ha la residenza stabile, in un altro Paese, per esempio in

Spagna. Il diritto tedesco contiene una deroga che rimanda ad un altro ordinamento qualora vi sia un legame molto stretto tra il fatto e tale diritto, come avviene, per esempio, nell'ambito dei rapporti contrattuali (trasporto su taxi e su mezzi di trasporto pubblico, etc.)

#### *a.4. Differenze tra Italia e Germania*

La differenza tra la normativa italiana e tedesca nell'ambito del diritto internazionale privato va individuata nel collegamento con la cittadinanza prevista dall'art. 62 della l. n. 218/1995. Se, per esempio, si verificasse un incidente stradale in Italia tra due tedeschi con residenza in Germania, il danneggiato non avrebbe alcuna possibilità di invocare il diritto italiano neanche se ricorresse ad un giudice italiano (giurisdizione speciale nel luogo dell'evento). Si ricorrerebbe a tale giudice attraverso il riferimento al Regolamento Ce n. 44/2001 per vedersi riconoscere un risarcimento per un danno alla persona non patrimoniale più elevato rispetto a quello riconosciuto dal diritto tedesco, e questo in quanto ai sensi dall'art. 62 della l. n. 218/1995, secondo comma, vi è un rimando esplicito al diritto tedesco. Diversa sarebbe la situazione nel caso di due cittadini italiani con residenza in Germania, per i quali, se non vi è coincidenza tra la residenza e la cittadinanza, risulta inapplicabile l'art. 62, secondo comma, e conseguentemente troverebbe applicazione il diritto italiano in relazione al disposto del primo comma dello stesso articolo, ovvero il principio del luogo in cui è avvenuto il fatto.

#### *b. Possibilità di applicazione del diritto del Paese del danneggiato nell'ambito del Regolamento comunitario, c.d. «Roma II»?*

Rilevando proprio l'esistenza di queste differenze e contraddizioni, la Commissione europea, allo scopo di armonizzare il diritto internazionale privato in Europa, ha presentato in data 22 luglio 2003 una proposta di Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. «Roma II»).

In data 6 luglio 2005<sup>18</sup> il Parlamento europeo ha predisposto in prima lettura ben 54 emendamenti alla proposta della Commissione. Il Parlamento europeo, ricollegandosi al dibattito politico-giuridico sulla necessità di far prevalere, in caso di sinistri stradali, il diritto del Paese d'origine del danneggiato, ha inserito un proprio testo all'art. 6, lett. *b.* secondo il quale, in caso di danno alla persona (ad esempio lesioni personali etc.) sarebbe determinante il diritto del Paese d'origine del danneggiato per quel che riguarda la *quantificazione del danno* e la determinazione delle sue conseguenze. Per i *danni ma-*

<sup>18</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD).

*teriali* (ad esempio danni al veicolo etc.), continuerebbe invece a trovare applicazione il diritto del Paese dell'evento dannoso. In tutti i casi, dunque anche per i danni alla persona, per la valutazione della responsabilità dovrebbe essere determinante il diritto del Paese in cui è avvenuto l'incidente.

Il CEA, associazione che rappresenta gli assicuratori europei, si è espresso a larga maggioranza contro questa iniziativa del Parlamento, soprattutto per il fatto che una distinzione – per quanto riguarda il diritto applicabile – tra danno materiale e danno alla persona, da un lato, e tra determinazione della responsabilità e adempimento delle obbligazioni che da essa derivano, dall'altro lato, non terrebbe conto del fatto che i sistemi nazionali sono costruiti proprio come sistemi chiusi e separati.

La Commissione europea si è anch'essa pronunciata contro l'iniziativa del Parlamento europeo. Nella proposta modificata della Commissione che porta la data del 21 febbraio 2006 si stabilisce che, dal momento che verrebbero ad essere applicati due diversi regimi giuridici alle obbligazioni nascenti da illecito extracontrattuale e al risarcimento del danno da circolazione stradale, le modifiche proposte dal Parlamento non possono essere accolte<sup>19</sup>.

Anche nella Posizione Comune del Consiglio del settembre 2006 non compare una regolamentazione speciale per gli incidenti da circolazione stradale<sup>20</sup>.

Il 15 maggio 2007 in seno al Comitato di Conciliazione i rappresentanti del Parlamento europeo e del Consiglio hanno raggiunto un compromesso che porterà all'approvazione del Regolamento Roma II nel mese di luglio 2007. Anche in tale versione non si prevede però alcuna disposizione specifica per i fatti illeciti da circolazione stradale, così come avrebbe voluto il Parlamento europeo<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Proposta della Commissione, versione definitiva: COM(2006)83; cfr. soprattutto la modifica n. 26. Il testo dell'art. 5 della proposta è così formulato: «Art. 5 - Norma generale. 1. In assenza di scelta della legge ai sensi dell'art. 4, la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale è quella del paese in cui il danno si verifica o minaccia di verificarsi, indipendentemente dal paese nel quale avviene il fatto che ha causato il danno e a prescindere dal paese o dai paesi nei quali si verificano le conseguenze indirette del danno. 2. Tuttavia, qualora il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica, l'obbligazione extracontrattuale è disciplinata dalla legge di quel paese. 3. A prescindere dai par. 1 e 2, se dal complesso delle circostanze risulta che l'obbligazione extracontrattuale presenta collegamenti palesemente più stretti con un altro paese, si applica la legge di quest'altro paese. Un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese può fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto che presenta uno stretto nesso con l'obbligazione extracontrattuale in questione. Nel valutare l'esistenza di collegamenti palesemente più stretti con un altro paese, si può tener conto in particolare delle aspettative delle parti in ordine al diritto applicabile».

<sup>20</sup> Posizione del Consiglio del 25 settembre 2006, 2003/0168 (COD) / 9751/7/06 / REV 7 / JUST CIV 137 CODE C 531, pubblicata sul sito del Membro del Parlamento europeo Diana Wallis <http://www.dianawallis.org.uk/pages/rome2.html>.

<sup>21</sup> Bozza della versione definitiva del Regolamento soggetto a modifiche linguistiche 2003/0168 (COD) / C6-0142/2007 / PE-CONS 3619/07 pubblicata sul sito del Membro del Parlamento europeo Diana Wallis <http://www.dianawallis.org.uk/pages/rome2.html>.

### III. La giurisdizione del giudice del Paese del danneggiato ai sensi del Regolamento Ce n. 44/2001 e le argomentazioni di riferimento

Ai sensi dell'art. 11, comma 2 del Regolamento Ce n. 44/2001, ad una causa che il danneggiato intenti direttamente contro l'assicuratore, va applicato anche l'art. 9 dello stesso Regolamento, laddove sia possibile applicare il diritto dell'azione diretta contro l'assicuratore. Ai sensi dell'art. 9 l'assicuratore può essere convenuto, se l'attore è il contraente, l'assicurato o il beneficiario, davanti al giudice del luogo in cui è residente l'attore. Il danneggiato però, ai sensi dell'art. 9, non è né assicurato né beneficiario, ma se si argomenta che il secondo comma del successivo art. 11 vada interpretato in riferimento logico alle disposizioni del comma 1, lett. *b.* dell'art. 9, si deduce che il danneggiato debba essere trattato alla stregua di un beneficiario<sup>22</sup>. La lettera e la successione coordinata delle disposizioni del Regolamento n. 44/2001 risulta quindi:

Art. 11, comma 2

2. Le disposizioni di cui agli artt. 8, 9 e 10 sono applicabili all'azione diretta proposta dalla persona lesa contro l'assicuratore, sempre che tale azione sia possibile.

Art. 9, comma 1, lett. *b.*:

1. L'assicuratore domiciliato nel territorio di uno Stato membro può essere convenuto: (...)

in un altro Stato membro, davanti al giudice del luogo in cui è domiciliato l'attore qualora l'azione sia proposta dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato o da un beneficiario, (...)

L'azione diretta dell'art. 11, comma 2 del Regolamento Ce n. 44/2001 è stata introdotta dalla IV Direttiva auto, di cui era previsto il recepimento al più tardi entro il 20 luglio 2002.

La sentenza dell'*Oberlandesgericht* di Colonia, sopra citata, che dichiara la competenza del giudice del Paese di residenza del danneggiato, deriva da un evento dannoso da circolazione stradale avvenuto in Olanda in seguito al quale il danneggiato tedesco ha fatto valere in Germania le richieste di risarcimento nei confronti del responsabile civile olandese. Il Tribunale tedesco di prima istanza aveva rigettato le richieste di parte attrice per difetto di giurisdizione. Il Tribunale di seconda istanza di Colonia, per contro, aveva dedotto che la competenza del Tribunale tedesco sussisterebbe ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, comma 2 e art. 9, comma 1, lett. *b.* del Regolamento Ce n. 44/2001, in presenza del diritto di azione diretta contro l'assicuratore come prevista dall'art. 2, comma 2 del medesimo Regolamento. L'intenzione del

<sup>22</sup> Cfr. H. BACKU, in *DAR* 2003, n. 153, consultabile anche su [www.intereuropeag.com](http://www.intereuropeag.com) – alla pagina *Documentazione*.

legislatore, espressa nell'ambito della V Direttiva auto, a favore di una giurisdizione nel Paese del danneggiato sarebbe dunque in sintonia con la lettera e il tenore del Regolamento Ce n. 44/2001, ovvero con la tutela della parte più debole che, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento, estenderebbe la tutela anche alla vittima di un incidente stradale (danneggiato) oltre che al contraente, all'assicurato e al beneficiario. Tale considerazione sarebbe giustificata ai sensi dell'art. 11, comma 2, del Regolamento stesso.

Contro tale interpretazione potrebbero essere sollevate alcune obiezioni.

In primo luogo, non vi sono indicazioni evidenti che, nell'ambito del processo di preparazione ed approvazione del Regolamento Ce n. 44/2001, si fosse pensato ad un trasferimento della giurisdizione dal Paese dell'evento dannoso a quella della residenza del danneggiato. L'obiettivo del legislatore sarebbe stato solo quello di trasferire i principi della precedente Convenzione di Bruxelles nel Regolamento Ce n. 44/2001 senza derogare, in linea di principio, al sistema preesistente relativo alla giurisdizione internazionale<sup>23</sup>.

In secondo luogo, sarebbe estraneo a tale sistema il fatto di equiparare il danneggiato di un incidente stradale al beneficiario come previsto dall'art. 9 del Regolamento, dal momento che, per beneficiario, si intende il soggetto identificato da un contratto assicurativo, mentre il beneficiario garantito dall'azione diretta contro l'assicuratore RCA costituirebbe soltanto un'estensione indiretta<sup>24</sup>.

In terzo luogo, nella V Direttiva auto si fa riferimento soltanto ad una interpretazione del Regolamento Ce n. 44/2001, la cui correttezza pone qualche dubbio. Per questo motivo non si potrebbe dedurre dalla V Direttiva auto né un riferimento ad una interpretazione del Regolamento Ce n. 44/2001, né sarebbe legittimata una modifica della giurisdizione nel senso di una competenza nel Paese del danneggiato nell'ambito del recepimento della V Direttiva auto.

Il Tribunale di Amburgo, nella sentenza sopra citata, nega una giurisdizione del Paese del danneggiato, affermando che il danneggiato non sarebbe un beneficiario ai sensi dell'art. 9, comma 1 del Regolamento Ce n. 44/2001. Il Tribunale di Amburgo si limita ad esaminare i presupposti della fattispecie prevista dall'art. 9, comma 1, lett. b. del Regolamento Ce n. 44/2001 senza confrontarsi con la questione se il riferimento all'art. 11, comma 2, del medesimo Regolamento sia da considerare un riferimento di principio o di conseguenza logica alla norma citata. Un'interpretazione corretta dell'art. 11, comma 2, dovrebbe invece far propendere per l'affermazione che si tratti in realtà di un riferimento argomentativo conseguente all'art. 9, comma 1, lett. b. del Regolamento citato (*Rechtsfolgenverweisung*). Il Tribunale di Amburgo, in sostanza, non avrebbe dovuto esaminare i presupposti dell'art. 9 e

<sup>23</sup> Cfr. U. LEMOR, in *NJW*, 2002, p. 3668.

<sup>24</sup> Cfr. H. BACKU, in *DAR* 2003, 153, *cit. supra*, nota 20.



quindi non avrebbe nemmeno dovuto occuparsi della questione se il danneggiato potesse essere o meno un beneficiario nel senso della predetta norma. Il motivo sta nella funzione dell'art. 11, comma 2, che fa riferimento immediato all'azione diretta, proposta dalla persona lesa contro l'assicuratore. Data la premessa che in tutta l'Unione europea l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore RC Auto è garantita dalle Direttive specifiche, quanto previsto dall'art. 11, comma 2, sarebbe vano se la sua applicazione comportasse il riesame dei presupposti degli articoli precedenti ed esplicitamente citati, specialmente se si dovesse concludere che un danneggiato, già dal punto di vista sistematico, non possa essere considerato «beneficiario» nel senso dell'art. 9. In sostanza, si può concludere che l'art. 11, comma 2, non avrebbe alcuna efficacia se non si riferisse solamente alle conseguenze logiche degli articoli a cui fa riferimento e, quindi, nel caso di specie, alla possibilità di un'azione del danneggiato «davanti al giudice del luogo in cui è domiciliato (...)».

Il Regolamento Ce n. 44/2001 è stato, peraltro, emanato quando la regolamentazione prevista dalla IV Direttiva auto era già nota e, come già affermato, originariamente non avrebbe dovuto giustificare alcuna giurisdizione nel Paese del danneggiato. Non viene messo, inoltre, in dubbio che il danneggiato possa essere considerato come «parte più debole» ai sensi del già citato tredicesimo *considerando* del Regolamento.

Molti sono dunque gli argomenti a sostegno della non correttezza della posizione del Tribunale di Amburgo. Come si è visto il *Bundesgerichtshof* ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, sostenendo le argomentazioni relative alla competenza giurisdizionale del Paese del danneggiato.

In ogni caso, l'eventuale citazione nello Stato del danneggiato non dovrebbe riguardare il mandatario della IV Direttiva auto, quale soggetto legittimato passivo, ma l'assicuratore RCA del responsabile civile all'estero. Ciò significa che la citazione deve essere notificata all'estero. In questo senso andrebbe inteso l'art. 5, comma 2, della V Direttiva auto, secondo il quale la nomina del mandatario per la liquidazione dei sinistri non costituisce, di per sé, l'apertura di una succursale ai sensi del Regolamento Ce n. 44/2001.

#### **IV. La giurisdizione del giudice del Paese del danneggiato anche ai sensi del Convenzione di Lugano?**

Ad oggi, quanto meno nella dottrina giuridica tedesca, non sono note considerazioni più puntuali sulla giurisdizione del Paese del danneggiato a partire dalla Convenzione di Lugano, ma se ne rinviene solo la semplice affermazione<sup>25</sup>. Nell'interpretare il Regolamento Ce n. 44/2001, affermando l'esistenza di una giurisdizione dello Stato del danneggiato, ha un ruolo im-

<sup>25</sup> Cfr. RIEDMEYER, in *DAR* 2004, p. 205.

portante il fatto che lo stesso Regolamento sia entrato in vigore dopo l'approvazione della IV Direttiva auto e che quindi esprima una diversa volontà del legislatore della direttiva.

In tal senso, un'interpretazione più stringente della Convenzione di Lugano in relazione al citato Regolamento potrebbe indicare che quanto previsto dall'art. 8, comma 1, alinea 2, alla cui applicazione fa riferimento l'art. 10, comma 2, riguardo alla citazione in giudizio dell'assicuratore da parte della vittima, si indirizzi esclusivamente alla residenza del contraente. La norma corrispondente del Regolamento Ce n. 44/2001 all'art. 9, comma 1, lett. *b.* va oltre e, come sopra menzionato, esso si riferisce alla citazione «davanti al giudice del luogo in cui è domiciliato l'attore qualora l'azione sia proposta dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato o da un beneficiario, (...)». Anche nel caso di questa norma appare chiaro, dal riferimento dell'art. 11, comma 2, del Regolamento, come la competenza territoriale sia generalmente identificata per le cause in ambito assicurativo.

Per contro, il rinvio contenuto nella Convenzione di Lugano potrebbe essere inteso nel senso che, in caso di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore RCA, sarebbe determinante, per l'individuazione della competenza, solo il criterio della residenza del contraente/assicurato di tale assicurazione.

Una simile interpretazione non avrebbe però molto senso, dal momento che l'assicuratore RCA e il contraente/assicurato hanno generalmente la residenza nello stesso Stato e che quindi non sarebbe necessario creare una giurisdizione ulteriore. Da questo punto di vista, la Convenzione di Lugano potrebbe essere interpretata facendo riferimento all'art. 10, comma 2 e all'art. 8, comma 1, alinea 2, nel senso che, anche in questo caso, sarebbe possibile una giurisdizione del Paese del danneggiato.

## V. Ripercussioni sul piano applicativo

Nonostante l'incertezza nell'interpretazione delle norme esposte, si dovrà tenere conto della giurisdizione del Paese del danneggiato al più tardi con il recepimento della V Direttiva auto.

In generale, si dovrà prevedere un ulteriore spostamento della liquidazione dei danni verso il Paese del danneggiato, anche a livello stragiudiziale, ed in ogni caso verso quei Paesi il cui apparato di giustizia consente la conclusione dei procedimenti in tempi brevi. Una conseguenza sarà l'aumento delle liquidazioni dei sinistri da parte dei mandatari della IV Direttiva auto, che, a sua volta, comporterà per gli assicuratori RCA un aumento dei costi nella corresponsione dei relativi onorari di trattazione.

È prevedibile, nello stesso tempo, anche un aumento dei casi di contenzioso all'estero. I legali dei danneggiati si vedranno costretti, anche solo per

questioni di responsabilità professionale, ad ottenere il massimo risultato e a far chiarire da un Tribunale tutte le questioni dubbie di carattere giuridico, soprattutto laddove vi siano danneggiati coperti da un'assicurazione di tutela giudiziaria. Peraltro, in caso di ritardo nelle liquidazioni, si deve supporre che si farà meno ricorso al meccanismo previsto nella IV Direttiva che individua la possibilità di appellarsi al c.d. Organismo di indennizzo, privilegiando direttamente la strada dell'azione giudiziaria. Dal momento che andrà applicato il diritto vigente nel Paese dove è avvenuto il fatto, non solo i tribunali, ma anche le parti in causa saranno costrette a ricorrere spesso a consulenze giuridiche con i relativi costi non irrilevanti.

Conseguenza di tale particolare situazione giuridica sarà probabilmente un allungamento della durata media dei processi, anche in quegli Stati dove la giustizia funziona in modo efficiente.

Una possibile evoluzione, che presenta aspetti di interesse è quella della giurisprudenza su specifiche questioni di merito: i tribunali di Paesi diversi saranno chiamati a scrivere sentenze a partire da concezioni giuridiche diverse sul diritto del Paese dell'evento. Si può supporre che le diverse interpretazioni dei tribunali abbiano come conseguenza che singole questioni di diritto, relative a fattispecie simili, possano essere decise con differenti orientamenti a carattere nazionale.

In Germania, per esempio, la giurisprudenza su singole questioni che riguardano proprio i danni materiali è vastissima e dettagliata. Soprattutto grazie alla diffusione dei prodotti assicurativi di tutela giudiziaria, in Germania quasi ogni singola questione di interpretazione dubbia ha ottenuto una risposta attraverso almeno una sentenza. A titolo di esempio, si possono citare le voci di danno, ormai definitivamente accolte dalla giurisprudenza, relative ai costi di assistenza legale stragiudiziale, alle spese legali e di giudizio in caso di contenzioso, ai costi di perizia in caso di esperti incaricati direttamente dal danneggiato (diversamente da quanto avviene in Italia) per accertare l'entità del danno. E ancora, si possono annoverare le voci di danno riferite all'indisponibilità del mezzo incidentato per la durata delle riparazioni (il c.d. «fermo tecnico») o al tempo per il reperimento di un nuovo veicolo in caso di danno totale; entrambe queste voci, secondo la giurisprudenza tedesca, vanno riscalate con importi diversi a seconda del tipo di veicolo. Sempre secondo la giurisprudenza tedesca, un danneggiato, in caso di danno totale, può pretendere addirittura il 130% del valore antesinistro del veicolo se, invece di rottamarlo, sceglie di far eseguire comunque le riparazioni.

Su simili questioni, in altri Paesi, esiste una giurisprudenza non uniforme; la regolazione di tali voci di danno avviene per lo più sulla base di convenzioni liquidative consolidate. Questa realtà può, a volte, dipendere dal fatto che i danneggiati in tali Paesi non sono disposti (o rinunciano) per motivi di costi a far chiarire in giudizio simili questioni che, dal punto di vista econo-

mico, e prese singolarmente, non hanno una grande rilevanza. In Germania invece si va in giudizio perché esiste una copertura di tutela legale o perché è piuttosto diffusa una cultura del confronto in giudizio per risolvere le liti.

È quindi possibile ipotizzare che i tribunali di altri Paesi possano influenzare la giurisprudenza interna di uno Stato membro. A tutto questo si aggiunge la considerazione che tradizionalmente i tribunali che devono dirimere questioni internazionali e che quindi si confrontano con diritti stranieri, hanno la tendenza a lasciarsi influenzare dal diritto "domestico" nell'interpretazione del diritto straniero applicabile. Proprio il diritto al risarcimento del danno, che nella maggior parte degli ordinamenti è dominato dal principio della restituzione integrale, offre, in tal senso, ampi margini per interpretazioni discrezionali. Dal punto di vista del sistema spagnolo, per esempio, tutto questo dovrebbe comportare, in caso di incidenti stradali avvenuti nel Paese iberico con danneggiati tedeschi, liquidazioni più elevate per i danni materiali.

Occorre, inoltre, notare che l'introduzione di un nuovo possibile foro condurrà ad ulteriori interrelazioni a livello di diritto internazionale privato, a partire dal fatto che ogni Tribunale dovrà innanzitutto decidere, sulla base del diritto internazionale privato del proprio Paese, quale diritto trovi applicazione in relazione all'evento dannoso che presenta aspetti internazionali. In realtà, il diritto internazionale privato di quasi tutti i Paesi stabilisce che, in generale, trova applicazione il diritto dello Stato in cui è avvenuto l'incidente stradale. Tra le eccezioni a questo principio si rilevano grandi differenze; per esempio nel caso di un incidente in Spagna tra due conducenti che hanno la comune residenza in Germania, secondo il diritto internazionale tedesco va applicato il diritto tedesco e non quello spagnolo, indipendentemente dalla cittadinanza dei due soggetti coinvolti. Secondo la Convenzione dell'Aia sulla legge applicabile in materia di incidenti da circolazione stradale, ratificata dalla Spagna, troverebbe applicazione, in deroga al principio del luogo dell'evento, in determinate situazioni il diritto dello Stato di immatricolazione del veicolo. Quanto possa essere importante la scelta del diritto per un danneggiato lo si può valutare, per esempio, se si considera che in alcuni ordinamenti, come in Italia, alla morte della vittima i superstiti hanno diritto di far valere le richieste di risarcimento di un danno non patrimoniale (danno morale), mentre in altri Paesi, tra cui l'Austria e la Germania, tale possibilità non è riconosciuta.

Nella prassi della liquidazione dei sinistri, il nuovo foro verrà a rafforzare la posizione del danneggiato in quei Paesi in cui la giustizia garantisce processi rapidi e senza complicazioni. Dovranno fare i conti con questa realtà soprattutto gli assicuratori RCA di quei Paesi che approfittano dell'inefficienza della giustizia dei loro Stati, dando interpretazioni restrittive del diritto al risarcimento e non riconoscendo nella prassi liquidativa determinate voci di danno che la giurisprudenza interna ha definitivamente accolto. Generalmente

in tali casi anche dai mandatarî della IV Direttiva auto si pretende che applichino tali "politiche liquidative" restrittive all'estero. Il che costituisce un comportamento legittimo, tuttavia per il futuro si profila la minaccia di costosi procedimenti nel Paese del danneggiato, se la liquidazione stragiudiziale dei sinistri dovesse rimanere improntata all'applicazione di abbattimenti forfetari o del tutto arbitrari su voci di danno ormai riconosciute nella prassi giurisprudenziale del Paese d'origine. Il mandatario dell'assicuratore RCA ai sensi della IV Direttiva deve sensibilizzare a questo proposito la mandante, in modo che si possa decidere se affrontare o meno il rischio di un contenzioso. In alcuni casi potrebbe, quindi, essere vantaggioso accogliere le richieste del danneggiato durante la fase stragiudiziale.

Gli assicuratori RCA italiani dovrebbero essere coscienti di questi rischi, in particolare quando la liquidazione dei danni è riferita a conducenti o proprietari di veicoli tedeschi che abbiano subito un incidente in Italia. Come sopra illustrato, il risarcimento dei danni materiali, secondo il modello tedesco, sembra essere più elevato di quello italiano. Si suppone, quindi, che i tribunali tedeschi, nell'interpretare il diritto italiano, tenderanno a largheggiare nelle sentenze a favore del danneggiato tedesco, sebbene in realtà dovrebbe essere applicato il diritto italiano. Va inoltre considerata la maggiore predisposizione in Germania, rispetto all'Italia, ad affrontare un giudizio, proprio in virtù di una maggiore celerità ed efficacia della giustizia civile tedesca.

Sono esempi che dimostrano quanto sia importante che il mandatario disponga di un adeguato *know-how*, vale a dire la capacità di applicare la giusta strategia di liquidazione, nonché di scegliere, caso per caso, la giusta soluzione tra le politiche liquidative del mandante, il diritto applicabile nel Paese dell'evento e la concezione giuridica nel Paese del danneggiato.

## VI. Conclusioni

Il danneggiato continua ad avere, come in passato, la scelta tra una liquidazione del danno nel proprio Paese d'origine o in un altro Stato membro. Secondo un'opinione, ormai prevalente, al di là delle possibilità di liquidazione stragiudiziale nell'ambito della IV Direttiva auto, il danneggiato dispone anche della facoltà di far valere in giudizio le sue richieste di risarcimento nel proprio Paese.

Il danneggiato sarà ben consigliato, se sceglierà come consulenti i soggetti con esperienza internazionale. La liquidazione stragiudiziale nel Paese di accadimento dell'incidente, con l'ausilio di specialisti competenti in materia, continua a garantire, tuttavia, i migliori risultati grazie all'applicazione della *lex loci* soprattutto in caso di gravi danni alla persona. In questi casi si tratta di procurarsi le conoscenze tecnico-giuridiche necessarie, che non sembra

possano essere disponibili nel Paese del danneggiato.

Anche per un assicuratore RCA la liquidazione nel Paese dove è avvenuto il sinistro è più favorevole da un punto di vista di tecnica assicurativa e meno costosa, perché essa avviene senza doversi far carico delle spese di gestione correlate all'attività di un mandatario della IV Direttiva auto. In questo contesto, nonché alla luce delle possibilità di liquidazione previste dalla IV e dalla V Direttiva auto, sia in via stragiudiziale che giudiziaria, sarebbe proprio nell'interesse dell'assicuratore del responsabile civile, liquidare celermente, e in modo non burocratico, le richieste di risarcimento formulate nel proprio Stato.

Nel caso di liquidazione nel Paese del danneggiato spetta al mandatario della IV Direttiva il delicato compito di rappresentare, nel miglior modo possibile, gli interessi dell'assicuratore. Ciò significa che, nei singoli casi, il danneggiato deve essere informato sulle conseguenze economiche di una politica liquidativa stragiudiziale restrittiva. Tutto questo presuppone una conoscenza eccellente del diritto e delle concezioni giuridiche dei vari Paesi, una comunicazione trasparente ed efficace per poter valutare adeguatamente le relazioni tra diritto applicabile, politiche di liquidazione e giurisdizione<sup>26</sup>.

**Holger Backu**  
**Antonio Furlanetto**

<sup>26</sup> Per consultare i testi legislativi comunitari: <http://europe.int/eur-lex/it>; per ulteriore bibliografia e commenti in relazione alla tematica dei sinistri RCA internazionali v. anche [www.intereuropeag.com](http://www.intereuropeag.com) alla pagina *Documentazione*, ma anche alla pagina *Eventi*, dove sono riportati molti dei testi presentati dagli oratori alle conferenze internazionali di InterEurope Ag European Law Service negli anni 2005 e 2006, nonché la *Newsletter* giuridica di InterEurope (4 numeri dal 2005) da richiedere a: [antonio.furlanetto@intereuropeag.com](mailto:antonio.furlanetto@intereuropeag.com).

## **IL PROBLEMA DEL GIUDICATO DI DIRITTO INTERNO IN CONTRASTO CON L'ORDINAMENTO COMUNITARIO O CON LA CEDU**

**Sommario:** *Premessa - 1. Il problema della individuazione della sfera di competenza della Corte di giustizia Ce e della Corte europea dei diritti dell'uomo - 2. Conflitti reali o apparenti tra le decisioni di Strasburgo e di Lussemburgo - 3. Il problema del giudicato e il Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la legge 9 gennaio 2006 n. 12 - 4. Cenni sul giudicato e sulla sua intangibilità - 5. Il problema del giudicato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia - 6. Prime riflessioni sulla giurisprudenza esaminata - 7. Il problema del giudicato alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - 8. Conclusioni.*

### **Premessa**

È constatazione comune che nel panorama dottrinale e giurisprudenziale si assiste ormai da tempo ad una crescente focalizzazione dell'attenzione sulla pressione che il diritto comunitario esercita anche in maniera indiretta o, se si preferisce, consequenziale o derivata, su un numero sempre più ampio di istituti del diritto nazionale, con un più frequente coinvolgimento di aspetti fondamentali dell'esercizio della sovranità statale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Si pensi, ad esempio, all'incidenza del diritto comunitario sulla pronuncia delle S.U. della Corte di cassazione n. 500 del 22 luglio 1999, in tema di risarcibilità dei danni derivanti dalle violazioni degli interessi legittimi ed alla conseguente eliminazione di uno tra i più vistosi e risalenti privilegi goduti dalla pubblica amministrazione, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 ss., con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, ed anche al riconoscimento, da parte del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280, in *Foro it.*, 2005, III, c. 403 ss.), della legittimazione delle associazioni dei consumatori ad impugnare le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, conformemente alla giurisprudenza comunitaria che da tempo ha riconosciuto la legittimazione di soggetti terzi ad impugnare i c.d. provvedimenti assolutori della Commissione, sia in relazione ai provvedimenti di archiviazione (cfr. sentenze della Corte di giustizia del 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro (Saba I) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875; 11 ottobre 1983 in causa n. 210/81, *Demo-Studio Schmidt c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 3045) che in relazione ai provvedimenti di autorizzazione di operazioni di concentrazione (sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1998 in cause riunite n. C-68/94 e n. C-30/95, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1375).

L'influenza del diritto comunitario, benché preponderante, non esaurisce, tuttavia, il novero delle pressioni esterne in grado di incidere sul diritto nazionale.

Anche le norme ed i principi presenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950<sup>2</sup>, seppure, fino a non molto tempo fa, più di rado portati all'attenzione della giurisprudenza nazionale, vengono infatti a costituire un rilevante motore propulsivo per la trasformazione di istituti di diritto interno<sup>3</sup> nella prospettiva della realizzazione di un diritto comune europeo. Tale effetto va ricondotto, in particolare, all'opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, attraverso la propria giurisprudenza, esercita una funzione di interpretazione evolutiva, per non dire "creatrice", delle norme della Convenzione e di controllo dell'agire delle amministrazioni nazionali e degli organi giurisdizionali interni nella protezione dei diritti fondamentali.

Il ruolo che le autorità giurisdizionali<sup>4</sup> assumono nei due sistemi viene inevitabilmente ad interferire, ora integrandosi ora confliggendo, con quello proprio dei giudici nazionali<sup>5</sup>.

Se, ovviamente, è dal livello di effettività della protezione comunitaria e dal grado di rispetto dello *standard* europeo che si misura la capacità dei due sistemi di operare e di incidere soprattutto sulla protezione dei diritti fondamentali, la funzione giurisdizionale "interna" si presta o potrebbe prestarsi ad influenzare in positivo o in negativo i relativi coefficienti di effettività, in rapporto all'esito del confronto con detti sistemi. Essa, infatti, risolvendosi nella interpretazione ed applicazione del diritto, deve, per un verso, modellare il proprio operato sull'ordinamento giuridico di cui fa parte – segnatamente sui principi costituzionali, posti al vertice della gerarchia del sistema normativo – e, per l'altro, cedere di fronte a quegli ordinamenti ai quali è, secondo diverse modalità, vincolata<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 settembre 1953, e in Italia il 26 ottobre 1955, dopo esser stata resa esecutiva con legge n. 848 del 4 agosto 1955, in *Guri* n. 221 del 24 settembre 1955, è stata modificata dal Protocollo n. 11, entrato in vigore il 1° novembre 1998 (cfr. A. M. VALENTI, *Il Protocollo n. 11 alla Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo: ancora una soluzione di compromesso?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 397).

<sup>3</sup> Si pensi alle modifiche apportate all'istituto della contumacia, disciplinato dal codice di rito penale, con la legge n. 60 del 22 aprile 2005, in seguito al caso *Sejdovic*: v., più avanti, al par. 7.

<sup>4</sup> Si allude, oltre alla già richiamata Corte europea dei diritti dell'uomo, agli organi giurisdizionali dell'Unione europea: Corte di giustizia e Tribunale di primo grado.

<sup>5</sup> Cfr. M. T. STILE, *Il giudice comune tra ordinamento interno, comunitario ed europeo*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 933 ss.

<sup>6</sup> Sulla problematica che si pone all'interprete in caso di conflitto fra una norma di adattamento al diritto internazionale ed una norma di origine puramente interna, entrambe astrattamente idonee a regolare il fatto, cfr. L. SICO, *La posizione spettante alle norme di adattamento al diritto internazionale nella valutazione del giudice italiano*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1980, p. 303 ss.



Il possibile sconfinamento della funzione giurisdizionale "interna" in ambiti non propri o, più in generale, l'eventuale inosservanza di principi e regole di origine esterna, cui essa deve o dovrebbe attenersi nell'espletamento della propria attività, mette a nudo in tutto il suo spessore la problematica della responsabilità dello Stato<sup>7</sup>, che emerge qualora esso, nell'esercizio di detta funzione "sovrana", contravvenga ai vincoli posti dai due richiamati sistemi, con provvedimenti definitivi, non più suscettibili di modificazione alla stregua dell'ordinamento interno. Tale problematica, pur investendo uno dei cardini su cui poggia il nostro sistema giuridico nazionale, assume contorni tutt'altro che chiaramente definiti, implicando l'individuazione dei parametri adottati in materia dall'ordinamento comunitario, dal sistema CEDU e dall'ordinamento interno, non necessariamente sovrapponibili, comportando, per ciò stesso, la verifica delle relazioni che si instaurano tra giudici "interni" e Corti europee, e tra le stesse Corti europee.

### **1. Il problema della individuazione della sfera di competenza della Corte di giustizia Ce e della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Sotto il profilo da ultimo accennato, se è indubitabile che le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo sono sorte con finalità e logiche funzionali del tutto diverse, e, quindi, astrattamente al riparo dal rischio di giudicare sulle medesime questioni, esse hanno, tuttavia, sempre più frequentemente concorso ad operare in campi di azione contigui se non coincidenti<sup>8</sup>. Di qui la possibilità che siano rese dalle due Corti pronunce, sulle medesime fattispecie, non corrispondenti nei risultati finali, con ricadute sull'attività decisionale dei giudici interni, vincolati a rispettare il proprio ordinamento, ma anche a tener conto dell'una e dell'altra delle soluzioni adottate, rendendo possibile l'insorgere di una responsabilità dello Stato, nel contesto dell'uno o dell'altro sistema, in relazione alle decisioni rese nel singolo caso.

In verità, al momento della istituzione delle due Corti, difficilmente si

<sup>7</sup> Cfr. F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 54 ss.; M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1997, p. 669 ss.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, in *Revue du Marché unique européen*, 1996, n. 3, p. 15-34; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13 ss.; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario: il caso Gabrielli*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 617 ss.

<sup>8</sup> Sul problema dei rapporti fra le due Corti, cfr. S. TROILO, *I possibili contrasti tra i diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali in Europa: a chi spetta l'ultima parola?*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 270. V. anche I. CANOR, *Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?*, in *EL Rev.*, 2000, p. 3 s.; v., altresì, B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, p. 423 s.

sarebbe potuto immaginare che esse si sarebbero trovate a giudicare sulle stesse questioni, con la possibilità di pronunce divergenti sulle medesime fattispecie. In origine, infatti, le previsioni non potevano essere se non nel senso che la Corte di giustizia dovesse limitare il proprio campo d'azione alle questioni concernenti la libertà di circolazione di persone, merci e capitali e di prestazione di servizi, nonché il principio di non discriminazione e la libertà di concorrenza<sup>9</sup>.

L'esigenza di allargare una visione in origine fundamentalmente mercantile dell'Europa, assicurando la tutela di diritti di peculiare rilevanza tali da giustificare l'imposizione di limiti ad un sistema economico basato su principi liberisti, spiega come la costruzione della giurisdizione in materia di diritti fondamentali della Corte di giustizia sia avvenuta in modo completamente de-formalizzato<sup>10</sup> perché concernente temi rimasti estranei al quadro delineato dai trattati europei. Ma la mancanza di riferimenti ai diritti fondamentali nel Trattato di Roma del 1957 – così come, del resto, in quello di Parigi del 1951 – non è da ricondursi esclusivamente alla convinzione che un'organizzazione fondata su ragioni economiche, come la Comunità, non avrebbe potuto incidere sui diritti umani<sup>11</sup>. Il silenzio dei trattati in materia può trovare ulteriore giustificazione nell'opinione, largamente diffusa tra gli Stati fondatori, della presenza di meccanismi di adeguata tutela di quei diritti nei rispettivi ordinamenti costituzionali e, forse, anche nella preoccupazione di una espansione, a proprio discapito, delle competenze e dei poteri delle nascenti autorità sovranazionali<sup>12</sup>.

La dottrina è, tuttavia, concorde nell'attribuire alla Corte di giustizia, almeno fino al Trattato di Maastricht, il merito principale di avere, sia pure parzialmente, colmato la lacuna. Essa si è ritenuta legittimata ad assicurare il rispetto di diritti fondamentali della persona utilizzando la categoria dei princi-

<sup>9</sup> Cfr. P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 372 ss.; in argomento, v. anche M. CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in P. BILANCIA e E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 41 ss.

<sup>10</sup> In argomento sulla de-formalizzazione del diritto costituzionale come tendenza ormai generalizzata, rintracciabile anche nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale v. M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, Padova, Cedam, 1997, p. 103 ss.

<sup>11</sup> F. G. JACOBS, *Human Rights in the European Union. The Role of the Court of Justice*, in *EL Rev.*, 2001, p. 331 ss.

<sup>12</sup> Sulla scelta "senz'altro miope" di una impostazione marcatamente "mercantilistica" propria della versione originaria del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, v. R. MA-STROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 s.; v., anche, S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 325; G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali. Dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*, in *Il Pensiero mazziniano*, 2000, p. 44 ss.

pi generali del diritto desunti, in particolare, dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri<sup>13</sup>.

Tale atteggiamento ha poi trovato espressa formalizzazione nell'art. 6.2 del Trattato di Maastricht ove appunto si afferma che «L'Unione rispetta i principi fondamentali (...) quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»<sup>14</sup>.

La tutela dei diritti fondamentali era stata, viceversa, lo specifico oggetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, appositamente elaborata con lo scopo di rafforzare la tutela dei diritti umani mediante l'attività di una Corte *ad hoc*: la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>15</sup>.

È evidente che, mentre quest'ultima nasce funzionalmente limitata al campo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte comunitaria, per quanto ben volentieri propensa ad offrire ai diritti fondamentali un posto preminente nella gerarchia delle fonti del diritto comunitario, non può discostarsi da quelle esigenze di carattere generale che si ricollegano all'integrazione europea<sup>16</sup>.

## 2. Conflitti reali o apparenti tra le decisioni di Strasburgo e di Lussemburgo

A voler ora mettere a fuoco i profili dei rapporti che si instaurano tra le due Corti sul piano dell'interpretazione giuridica, appare quanto meno discutibile, alla luce delle rispettive pronunce, la valutazione, da altri formulata, allorché si è fatto riferimento a relazioni fondate sul *reciproco riconoscimento equivoco*<sup>17</sup>; con ciò alludendo allo sforzo dei due organi, non sempre coronato

<sup>13</sup> V., ancora, P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit. supra, nota 9.

<sup>14</sup> V., al riguardo, E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 163 s.; G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995; L. SCUDIERO, *Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 263 ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 586 ss.

<sup>15</sup> Vastissima è la bibliografia in materia. V. per tutti S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001. Per la dottrina europea, cfr. L. PETTITI - E. DECAUX et P. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 20 ss.

<sup>16</sup> La dottrina è pressoché concorde su questa ricostruzione; v. per tutti, B. CONFORTI, *Scritti di diritto internazionale*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 297. Per una attenta analisi degli sviluppi della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario, cfr. R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea*, cit. supra, nota 12, p. 1874 ss.

<sup>17</sup> Così D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: "je t'aime, moi non plus"?*, in *Pouvoirs*, 96, 2001, p. 34 ss. Invero, prescindendo dall'espressione appena riportata, la Corte di giustizia, nell'ambito della sua attività pretoria di rilevazione dei diritti fondamentali, ha cercato, sempre, in linea di massima, di allinearsi, allorché si è trattato di diritti protetti dalla Conven-

da successo, di rispettare le decisioni da ciascuno emesse, pur nei casi di interferenza, ancorché indiretta, nella sfera di propria competenza.

La Corte di Lussemburgo, rapidamente superando la iniziale dichiarazione di estraneità alla tutela dei diritti fondamentali<sup>18</sup>, a partire dalla sentenza *Stauder* del 1969<sup>19</sup> riconosce, come si è già accennato, nel quadro ricostruttivo dei principi generali del diritto comunitario, la presenza di diritti fondamentali, utilizzando, a propri fini, la CEDU<sup>20</sup>. Il richiamo alla Convenzione non implica, tuttavia, una passiva sottomissione all'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, ma un coordinamento ragionato alle pronunce di questa, sicché, sin dalle prime sentenze, il riferimento alla medesima fonte normativa, pur ponendo sul tappeto il problema dei rapporti tra le due Corti, conduce a soluzioni su questioni fondate su medesimi diritti, tra loro ampiamente armonizzabili.

Né tale indicazione riceve smentita dal caso *Hoechst*<sup>21</sup> del 1989 nel quale la Corte di giustizia interpreta, in senso restrittivo, il diritto all'inviolabilità del domicilio previsto all'art. 8 dalla CEDU, limitandolo alle ipotesi di violazione del domicilio privato delle persone. Del tutto inconsapevole<sup>22</sup> risulta, infatti, il contrasto con la ricostruzione operata poco tempo prima dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Chappell c. Regno Unito*<sup>23</sup>, e ribadita nella sentenza *Niemietz c. Germania* del 1992<sup>24</sup>, che includeva nella nozione di domicilio, estendendone la relativa tutela, anche i locali nei quali vengono esercitate attività professionali e commerciali.

Sempre in applicazione dell'art. 8 – che, con la sua ampia dizione, assicura il «rispetto della vita privata e familiare» –, in combinato disposto con l'art. 14 («*Divieto di discriminazione*») della CEDU, sia la giurisprudenza

zione, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Non si è mancato tuttavia di ammonire che «occorre esser cauti nell'enfatizzare i punti di convergenza tra le due Corti e saper guardare al di là degli apparenti, ed anche estesi riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo nella giurisprudenza di Lussemburgo», cfr. B. CONFORTI, *Scritti di diritto internazionale*, cit. supra, nota 16, p. 296.

<sup>18</sup> Nella sentenza *Stork* del 4 febbraio 1959 in causa n. 1/58, in *Raccolta*, 1958/59, p. 43, la Corte si dichiarava incompetente a giudicare circa la compatibilità delle norme comunitarie con le Costituzioni degli Stati membri, essendo le libertà fondamentali riconosciute da queste ultime estranee rispetto agli atti delle istituzioni.

<sup>19</sup> Sentenza del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, *Stauder*, in *Raccolta*, 1969, p. 419.

<sup>20</sup> Sul punto cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights and the Limits of a Judge-Made System*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 1001.

<sup>21</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989 in cause riunite n. 46/87 e n. 227/88, *Hoechst A.G. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1989, p. 2859 ss.

<sup>22</sup> Nell'interpretare l'art. 8 della Convenzione nel senso che dal diritto al rispetto del domicilio siano da considerarsi esclusi i locali commerciali, infatti, la Corte di giustizia aggiunge che, «d'altra parte, è il caso di osservare l'assenza di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a questo riguardo».

<sup>23</sup> Sentenza del 30 marzo 1989, *serie A*, n. 152.

<sup>24</sup> Sentenza del 16 dicembre 1992, *serie A*, n. 251-B. In dottrina, cfr. O. DORD, *Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité?*, in *Pouvoirs* (96 del 2001) Les Cours Européennes-Luxembourg et Strasbourg, 15.

della Corte di Lussemburgo che quella della Corte di Strasburgo convergono nel non assimilare l'unione omosessuale al matrimonio<sup>25</sup>.

Altra situazione meritevole di menzione, ai fini che qui interessa, anch'essa non significativa di vero e proprio contrasto per la diversità dei presupposti oggetto di discussione, è quella che involge l'interpretazione dell'art. 6, n. 1, CEDU, in relazione al quale la Corte di giustizia, nel caso *Emesa Sugar*<sup>26</sup>, ha ritenuto inapplicabile la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "*Vermeulen*" alla fattispecie dedotta in giudizio, considerando gli Avvocati Generali comunitari non comparabili sia alla magistratura requirente, che ai pubblici ministeri, bensì dotati dello stesso *status* dei giudici, con conseguente legittimo divieto, per l'interessato, di replicare alle loro conclusioni<sup>27</sup>. Così statuendo la Corte ha escluso che fosse violato il principio del contraddittorio garantito dal richiamato art. 6, n. 1, CEDU, sulla base della possibilità di procedere d'ufficio alla riapertura della fase orale del procedimento, ove si presenti la necessità di ulteriori chiarimenti o di estensione del contraddittorio su di un argomento non oggetto di discussione fra le parti ma essenziale ai fini della decisione.

Aperta divergenza è stata ravvisata<sup>28</sup>, con riferimento al diritto alla libertà di espressione sancito dall'art. 10 della CEDU, in occasione delle pronunce delle due Corti su analoghe questioni relative alla conformità di misure nazionali alla CEDU. Si allude alle sentenze *Grogan*<sup>29</sup> e *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*<sup>30</sup> che concluderebbero in maniera opposta circa la configurabilità della violazione di tale libertà con riguardo ad associazioni senza scopo di lucro con finalità assistenziali, a carattere prevalentemente informativo in materia di interruzione volontaria della gravidanza. In realtà, non

<sup>25</sup> Sentenza del 31 maggio 2001 in cause n. C-122/99 P e n. C-125/99 P, *Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4319; massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 514 ss.; in *Riv. dir. eur.*, 2001, p. 1519, con commento di B. PEZZINI, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*. Una successiva sentenza della Corte di Strasburgo del 26 febbraio 2002, caso *Frette c. France*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), ha sancito la non violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU da parte della legislazione francese che non ammette all'adozione le coppie omosessuali.

<sup>26</sup> Ordinanza del 4 febbraio 2000 in causa n. C-17/98, *Emesa Sugar*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 665, punto 18.

<sup>27</sup> Cfr. P. MENGOZZI, *La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 45. V. però B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo*, cit. *supra*, nota 8, p. 423, ove, in relazione a tale decisione, si sottolinea come le convergenze fra le due Corti siano «più apparenti che reali».

<sup>28</sup> V. G. M. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003 ed in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>29</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa 159/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4685 ss.

<sup>30</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 ottobre 1992, *serie A*, n. 246.

sembra potersi ravvisare un contrasto tra le due richiamate decisioni, se si tiene conto che, nella sentenza *Grogan*, la Corte di giustizia, pur qualificando l'interruzione di gravidanza per intervento medico, effettuata conformemente al diritto dello Stato in cui essa avviene, come un servizio ai sensi dell'art. 50 CE, ha escluso che la diffusione, da parte di associazioni studentesche, di informazioni sulla localizzazione delle cliniche del Regno Unito in cui si pratica l'interruzione della gravidanza, costituisca un'attività rilevante ai sensi dell'art. 49 CE; e ciò sempre che tali notizie non vengano diffuse per conto delle cliniche di cui trattasi, ma siano espressione della libertà di informazione, svolta in maniera indipendente dall'attività di queste ultime stabilite in un altro Stato membro.

Più di recente, del resto, proprio con riferimento all'art. 10 della CEDU, la Corte comunitaria ha in maniera esplicita mostrato di volersi uniformare alla interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo. Così, nel risolvere il caso *Connolly c. Commissione*<sup>31</sup>, il Giudice di Lussemburgo, sulla base della considerazione che i diritti fondamentali, tra i quali vi è la libertà d'espressione, «fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario» e che tale libertà va intesa nel modo in cui essa vive nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha ritenuto che le limitazioni alla libertà di espressione previste dall'art. 10, n. 2, della CEDU «debbono essere interpretate in maniera restrittiva».

Non mancano, oltre al caso *Connolly*, ulteriori casi in cui la Corte di giustizia ha utilizzato la Convenzione europea, riferendosi espressamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Possono annoverarsi in tale ambito la decisione adottata sul caso *Grant*<sup>32</sup>, con cui si è ritenuto di escludere le relazioni omosessuali durevoli dall'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita familiare «nonostante i mutamenti odierni delle mentalità nei confronti dell'omosessualità»; e quella, più recente, che vede contrapposta la signora K. B. e la *National Health Service Pension Agency*. In quest'ultima pronuncia<sup>33</sup> si censura, in quanto contraria al diritto comunitario, una legislazione nazionale (del Regno Unito) che, non riconoscendo la nuova

<sup>31</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 P, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 1998 in causa n. C-249/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 621 ss.; in questa *Rivista*, 1998, p. 596 con nota di E. ADOBATI, *Non sono ammesse agevolazioni di viaggio a favore di conviventi dello stesso sesso*, p. 608 e commento di P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, p. 609 ss., in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 1362 ss. Per un commento cfr. C. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 235; G. B. GALLUS, *Le agevolazioni di viaggio e la loro concessione sulla base dell'orientamento sessuale del dipendente*, in *Diritto dei trasporti*, 2000, p. 455.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01, in *Raccolta*, 2004, p. 541 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 287.

identità sessuale dei transessuali, impedisce loro di contrarre matrimonio e, quindi, di beneficiare della pensione di reversibilità.

Pur lasciando agli Stati la facoltà di dettare discipline e adottare provvedimenti con i quali si riservano determinati vantaggi alle coppie coniugate, di per sé non ritenuti come integranti una discriminazione, la Corte afferma, tuttavia, che ciò non è consentito qualora il diritto interno impedisca, in tal modo, il godimento di situazioni giuridiche garantite dal diritto comunitario; ed il divieto – specifica la Corte – è ancora più inaccettabile quando nel far ciò il diritto interno vada ad integrare una violazione dei diritti umani così come garantiti dalla CEDU.

Si è opportunamente osservato che la configurabilità di divergenze interpretative tra giudici *costituzionali* che concorrono nella tutela dei medesimi diritti rientra, in realtà, nella "fisiologia" dello *jus-dicere*, essendo quest'ultima attività sottoposta a variabili interpretative dipendenti, oltre che dalle peculiarità del sistema giuridico cui appartiene il soggetto investito dell'applicazione del diritto, anche dal diverso contesto nel quale la causa è sorta<sup>34</sup>. E si è anche evidenziato, a sostegno dell'assunto, come le stesse disposizioni della CEDU prevedano che l'esercizio di un considerevole numero di diritti da esse contemplati può essere limitato in funzione della tutela di determinati interessi generali<sup>35</sup>.

Un esempio, in proposito, risulta evidente dal disposto del già richiamato art. 8 della Convenzione, che, dopo aver sancito il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza, attribuisce al legislatore il compito di bilanciare il fondamentale diritto al rispetto della vita privata e familiare con gli interessi, la cui tutela sia parimenti necessaria in una «società democratica», che dovessero, in qualche modo, ostacolare il libero esercizio di tale diritto. Di qui la possibilità di divergenze tra le Corti sulla *ragionevolezza* dell'intervento legislativo.

Va rammentato, al riguardo, che, anche sul versante comunitario, si è avvertita, da oltre un trentennio, l'esigenza di sottoporre i «*diritti fondamentali*» a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti sacrificata la sostanza dei diritti stessi<sup>36</sup>.

In questo contesto, almeno in linea astratta, potrebbero non riscontrarsi coincidenze di giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interessi

<sup>34</sup> Cfr. G. M. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. *supra*, nota 28, p. 14.

<sup>35</sup> G. M. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, loc. cit.

<sup>36</sup> Infatti, a cominciare dalla sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, in *Raccolta*, 1974, p. 491 ss., punto 14, p. 507, la Corte di giustizia ha gradualmente elaborato la c.d. «dottrina dei limiti ai diritti fondamentali», sviluppata nella successiva sentenza sul caso *Hauer* del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, in *Raccolta*, 1979, p. 3727 ss., punto 17, p. 3745, con cui si è stabilita l'ulteriore condizione della "ragionevolezza", o della "proporzionalità", cui devono sottostare tutti i provvedimenti comunitari limitativi dei diritti fondamentali. V., in argomento, V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 57 ss.

contrapposti, ossia tra quello operato dalla Corte di giustizia – in occasione della valutazione della legittimità del provvedimento comunitario delimitante l'esercizio del diritto previsto dalla CEDU – e quello che verrebbe effettuato dalla Corte europea dei diritti umani<sup>37</sup>, essendo le interpretazioni della medesima disposizione condizionate da scelte ritenute più funzionali agli obiettivi di ciascun ordinamento<sup>38</sup>.

In concreto, tuttavia, l'analisi giurisprudenziale delle due Corti ha consentito di evidenziare la pressoché totale assenza di casi di effettivo contrasto, cosicché la validità della formula definitoria, inizialmente proposta, del *reciproco riconoscimento equivoco* appare in larga misura scolorita.

È stato convincentemente affermato che, se da un lato la Corte di Strasburgo ha mostrato di apprezzare il ruolo svolto dalla Corte comunitaria in materia di diritti fondamentali, dall'altro, quest'ultima, sin dalle prime pronunce e, con ancor più forte convinzione, successivamente, ha assunto come riferimento la giurisprudenza della prima, in quanto espressione dell'organo istituzionalmente deputato all'interpretazione della Convenzione di Roma<sup>39</sup>.

La consapevolezza di tale ruolo, da parte della Corte europea, è emersa in maniera significativa nella celebre sentenza *Matthews*<sup>40</sup>, dalla quale si arguisce come i potenziali contrasti fra i diversi livelli di protezione siano destinati a trovare l'approdo finale in un sistema di chiusura che non può che essere rappresentato da quello convenzionale. La stessa questione si è poi riproposta nella più recente sentenza *Bosphorus*<sup>41</sup>, nella quale la Corte di Strasburgo, sia

<sup>37</sup> Cfr. K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *EL Rev.*, 2000, n. 6, p. 575 ss.

<sup>38</sup> Cfr. A. G. TOTH, *The European Union and Human Rights: the way forward*, *CMLR*, 1997, p. 491 ss.

<sup>39</sup> In questi termini, A. TIZZANO, nella sua introduzione all'incontro *Luiss* del 27 maggio 2005 sul tema «*La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*»; e tale assunto ha trovato piena conferma in un consolidato orientamento: *ex plurimis*, Corte di giustizia del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659, punto 79 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 558; del 27 giugno 2006 in causa n. C-540/03, *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, punto 54, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5769 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 526; del 23 ottobre 2003 in causa n. C-245/01, *RTL*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12489, punto 73; e, più di recente, del 12 settembre 2006 in causa n. C-145/04, *Spagna c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7917, in particolare, punto 86, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 746; del 12 settembre 2006 in causa n. C-300/04, *Eman*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8055, punto 54; del 18 gennaio 2007 in causa n. C-229/05 P, *PKK*, inedita in *Raccolta*, punto 80 (tutte reperibili anche sul sito [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>40</sup> *V. Matthews c. Regno Unito*, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 febbraio 1999, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). La controversia trae origine dal ricorso di una persona residente a Gibilterra che, essendo stata esclusa, in base alla normativa comunitaria, dall'elettorato attivo per il Parlamento europeo, lamentava la violazione dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU, il quale assicura il diritto al voto. La Corte europea dei diritti dell'uomo, di fronte alla tesi difensiva del Governo britannico – secondo cui in tal modo si finiva con l'impugnare un atto della Comunità non suscettibile di essere revocato o modificato da un singolo Stato membro – ha osservato che, l'impossibilità di impugnativa di atti della Comunità europea dinanzi ad essa, per non aver aderito la Comunità alla CEDU, non esimeva gli Stati contraenti la Convenzione a rispettare la stessa anche in violazione del diritto comunitario.

<sup>41</sup> *V. Bosphorus Hava Jollari Turizm c. Irlanda*, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 giugno 2005 (n. ric. 45036/98), reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). e in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 778 ss.



pure sulla base di una sorta di presunzione, ha ritenuto la protezione dei diritti fondamentali propria del diritto comunitario ed alla stregua della interpretazione offerta, nel caso specifico, dalla Corte di giustizia, "equivalente" a quella assicurata dal meccanismo della Convenzione<sup>42</sup>.

La situazione che in tal modo viene in risalto, dunque, riguarda gli effetti degli atti comunitari (posti in essere sì dalle Istituzioni ma che si ripercuotono, al contempo, nei singoli ordinamenti degli Stati membri) che, incidendo sull'ordinamento statale, ben possono, ipoteticamente, dar luogo ad una responsabilità dello Stato per violazione del sistema convenzionale. L'ipotesi, tuttavia – come si è visto – assume sempre più il carattere di mera astrazione, poiché in concreto tale possibilità è pressoché azzerata dai percorsi interpretativi della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>43</sup>.

### **3. Il problema del giudicato e il Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la legge 9 gennaio 2006 n. 12**

Le considerazioni appena svolte, che trovano riscontro nell'esame dell'evoluzione delle vicende processuali proprie delle due Corti, sembrano attenuare le difficoltà in cui viene a trovarsi il giudice interno nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali, allorché si trova ad affrontare materia attinente ai "diritti fondamentali", ma lasciano, al contempo, intendere la ineludibilità di una soluzione alla connessa e più specifica questione, riguardante l'efficacia del *giudicato* che si forma nell'ordinamento interno in contraddizione con il diritto comunitario o europeo o con entrambi.

Recenti controversie sottoposte all'attenzione sia della Corte di Lussemburgo che della Corte di Strasburgo e la legge<sup>44</sup>, altrettanto recente, di «Rati-

<sup>42</sup> L'occasione è stata offerta dal ricorso proposto dalla Bosphorus Airways – una compagnia aerea *charter* di nazionalità turca – con cui ci si lamentava del sequestro di alcuni aeromobili presi in locazione dalla compagnia di bandiera jugoslava (MT), effettuato dalle autorità irlandesi, in applicazione di un regolamento Ce (n. 990/93) contenente misure di embargo nei confronti della ex Repubblica federale di Jugoslavia. Rivoltasi alla giustizia olandese per ottenere il dissequestro, la società si vedeva convalidare l'operato delle autorità nazionali dalla Corte di giustizia, investita di una questione pregiudiziale sollevata dalla locale Corte suprema. Di fronte a tale decisione, la Bosphorus si rivolgeva alla Corte di Strasburgo, la quale rigettava il ricorso, escludendo che, nella specie, vi fosse stato – come dedotto dalla società – una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, la cui disposizione così recita: «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes».

<sup>43</sup> Più in generale, in argomento v. P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, p. 189 ss., p. 232 ss.

<sup>44</sup> Legge n. 280 del 15 dicembre 2005, in *Guri* n. 4 del 5 gennaio 2006, con la quale si autoriz-

fica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» – il quale emenda il sistema di controllo della Convenzione –, hanno portato in primo piano l'appena accennato problema del *giudicato*, non solo evidenziandone la necessità di risoluzione, ma anche la esigenza che la risoluzione avvenga in tempi stretti.

Più in dettaglio, il richiamato Protocollo n. 14, aperto alla firma degli Stati parti della CEDU, a Strasburgo, il 13 maggio 2004, ed in pari data firmato dall'Italia<sup>45</sup>, oltre ad apportare rilevanti modifiche volte a ridurre i tempi di attesa, di solito presenti in quella che può definirsi "anticamera" processuale<sup>46</sup>, predispone strumenti incisivi miranti a garantire l'esecuzione delle sentenze della Corte: il Comitato dei Ministri<sup>47</sup>, sulla base di una decisione presa a maggioranza dei due terzi, potrà intentare un'azione davanti alla Corte in caso di inottemperanza alla sentenza da parte di uno Stato. Al Comitato dei Ministri è inoltre attribuita *ex novo* la legittimazione a chiedere alla Corte l'interpretazione di una precedente sentenza. Per tal via il Comitato dei ministri potrà meglio assolvere il suo compito di supervisione dell'esecuzione delle sentenze, in particolare in tema di determinazione delle misure necessarie a tal fine.

Conseguentemente lo Stato italiano ha adottato la legge n. 12 del 9 gennaio 2006, recante «Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce del-

za il Presidente della Repubblica a ratificare il Protocollo n. 14. Sul medesimo numero della *Guri* è pubblicato anche il testo del Protocollo in questione.

<sup>45</sup> Va segnalato che attualmente il Protocollo n. 14 non è ancora entrato in vigore mancando la formale adesione della Russia.

<sup>46</sup> Tra le principali modifiche apportate dal Protocollo vanno segnalate quelle riguardanti:

- ricorsi palesemente inammissibili, rispetto ai quali la decisione verrebbe presa, anziché dalla già prevista commissione di tre giudici, da un singolo giudice, assistito da relatori extragiudiziari. In tal modo si intende accrescere la capacità di filtro della Corte con riferimento ai casi "senza speranza";

- ricorsi ripetitivi, ossia ricorsi appartenenti ad una serie derivante dalla medesima carenza strutturale a livello nazionale, per i quali si prevede che il loro esame ed il relativo giudizio avvengano con procedura sommaria ad opera di una commissione composta da tre giudici in luogo dell'attuale Sezione costituita da sette giudici;

- nuovi criteri di ammissibilità mediante l'aggiunta di un nuovo requisito, accanto a quelli già esistenti (come l'esaurimento dei diversi gradi di giudizio nazionali o il limite temporale di sei mesi), in forza del quale la Corte potrebbe dichiarare inammissibili i ricorsi nel caso in cui il richiedente non abbia subito uno svantaggio significativo, sempre che il «rispetto dei diritti umani» non ne imponga l'esame nel merito. Tuttavia, per evitare che ai ricorrenti venga negata una tutela giuridica per il pregiudizio, ancorché minimo, ricevuto, la Corte non potrà respingere un ricorso su tali basi, se lo Stato chiamato in causa non ne preveda una tutela.

Gli altri provvedimenti previsti nel Protocollo attengono alla modifica dei termini del mandato dei giudici, dagli attuali sei anni rinnovabili ad un unico mandato di nove anni, e ad una norma che tiene conto dell'eventuale adesione dell'Unione europea alla Convenzione.

<sup>47</sup> Ai sensi dell'art. 46, 2° comma, della Convenzione, il Comitato dei Ministri è deputato a sorvegliare l'esecuzione delle sentenze definitive della Corte europea. Per un'analisi del richiamato articolo, v. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea*, cit. *supra*, nota 15, sub art. 46, p. 685 ss.; V. anche M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 350 ss.

la Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>48</sup>, la quale ha proprio come obiettivo quello di intensificare il monitoraggio sulle sentenze provenienti da Strasburgo per migliorare il livello di esecuzione delle pronunce di condanna dell'Italia. Essa, tuttavia, anche ad un esame sommario, pur rappresentando un indubbio passo in avanti nell'applicazione più rapida delle decisioni della Corte europea, non sembra garantire piena effettività alle pronunce e rimuovere gli ostacoli all'attuazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione europea; e ciò perché l'Italia è rimasta uno dei pochi Paesi a non prevedere, sia sul fronte penale che su quello civile, il riesame dei giudicati interni in contrasto con la Convenzione, con conseguente radicamento degli effetti dei procedimenti ritenuti iniqui dalla Corte dei diritti dell'uomo.

La suddetta legge, infatti, si limita ad introdurre una modifica alla legge n. 400 del 23 agosto 1988, riguardante la «*Disciplina dell'attività di governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*», inserendo la lett. *a-bis* all'art. 5, comma 3. Grazie a questa modifica, il Governo avrà l'obbligo di comunicare «tempestivamente alle Camere» le pronunce di condanna della Corte europea per consentirne l'esame alle Commissioni parlamentari permanenti. In questo modo, quindi, il Parlamento avrà immediata notizia delle pronunce e potrà dare corpo alle iniziative necessarie, anche per evitare allo Stato condanne seriali o dalle quali derivino indennizzi spesso gravosi alle vittime delle violazioni accertate in sede europea. Spetterà poi sempre al Governo presentare una relazione annuale sullo stato di esecuzione delle sentenze.

Si tratta, all'evidenza, di una misura finalizzata ad assicurare un costante monitoraggio piuttosto che a stabilire un sistema di riapertura o di revisione dei processi penali o civili a seguito di una sentenza di condanna. Se ne deduce che è stato predisposto un meccanismo che potrà servire ad individuare gli strumenti necessari a togliere l'Italia dalla scomoda posizione di Stato con il maggior numero di sentenze di condanna non eseguite, ma di certo inidoneo ad assicurare di per sé quanto richiesto dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che nella raccomandazione n. 1684/2004 ha rilevato la necessità che l'Italia adotti «una legislazione che consenta la riapertura dei processi, soprattutto nel settore penale»<sup>49</sup>. Non può trascurarsi, tuttavia, di rileva-

<sup>48</sup> La legge è pubblicata in *Guri* n. 15 del 19 gennaio 2006. Per un commento alla legge, v. G. RAIMONDI, *Nuove disposizioni in materia di esecuzione delle sentenze della Corte europea: una buona legge*, in *I diritti dell'uomo*, 2006, p. 75-76.

<sup>49</sup> Come emerso dal rapporto del 21 aprile 2005 dello *Steering Committee for Human Rights* e, in particolare, dal parere espresso dal Comitato di esperti incaricato del miglioramento delle procedure per la protezione dei diritti umani (DHPR(2005)002), l'Italia è rimasta uno dei pochi Paesi chiuso alla possibilità di revisione dei giudicati contrastanti con le decisioni della Corte europea. Infatti, anche gli Stati che non hanno nel proprio ordinamento un sistema di revisione o di riapertura dei processi, grazie all'interpretazione delle Corti supreme, hanno considerato le sentenze della Corte europea come fatti nuovi, consentendo l'utilizzo di altre norme interne per riaprire i processi, pur in mancanza di una specifica previsione normativa. Un sistema di revisione dei processi è stato, invece, introdotto, ad esempio, in Austria e in Belgio, – con l'inserimento dell'art. 442-*bis*, nel codice di procedura penale –, a seguito di una sentenza della Corte, su richiesta dell'individuo leso,

re come la legge favorisca l'eliminazione di contrasti di disciplina nazionale con quella europea. Sicchè ci si può attendere dalla sua applicazione un, sia pur limitato, ridimensionamento della segnalata necessità di riapertura dei processi: è il caso insorto con la sentenza *Sejdovic*, che ha condotto alla modifica della precedente normativa italiana in tema di contumacia con l'immediata adozione della legge n. 60 del 22 aprile 2005<sup>50</sup>, la quale, intervenendo sull'istituto della «restituzione nel termine», assicura, in maniera certamente più soddisfacente rispetto alla pregressa disciplina, l'esercizio del diritto di difesa.

Le accennate disposizioni, contenute nel Protocollo, congiuntamente alla richiamata legge n. 12 del 2006, impongono, dunque, una più generale risistemazione dei rapporti tra i due ordinamenti, per la cui realizzazione è manifestamente insufficiente la clausola recante l'ordine di esecuzione.

#### 4. Cenni sul giudicato e sulla sua intangibilità

Passando ora ad esaminare le recenti pronunce della Corte comunitaria e della Corte europea, che hanno sollevato il problema della rilevanza di una sentenza interna passata in giudicato adottata in contrasto con l'ordinamento comunitario o con quello basato sulla CEDU, va innanzitutto sottolineato che il nucleo centrale del problema non attiene alla possibilità o meno che detta sentenza possa, in tal caso, essere rimessa in discussione.

In realtà, sul valore del *giudicato*, in quanto strettamente connesso alla sua funzione di porre fine alle liti, di assicurare la certezza dei diritti e di contribuire in tal modo alla pacificazione sociale, vi è unanimità di consensi<sup>51</sup>: l'importanza che l'autorità della cosa giudicata riveste porta ad escludere, in linea di principio, la riapertura di processi ormai conclusi in modo definitivo. Il principio, tuttavia, non ha carattere di assolutezza e di inderogabilità, potendo gli stessi ordinamenti interni prevedere rimedi di fronte a situazioni di palese iniquità. Basti pensare, per rimanere nel nostro ordinamento, ai casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c., tutti riconducibili a situazioni eccezionali, tassativamente indicate, di sentenze viziate per effetto di dolo di parte, falsità di prova, mancata considerazione di documenti decisivi non prodotti dall'interessato per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, errore di fatto, contrasto con precedente giudicato, dolo del giudice; o, ancora, ai casi di revisione, previsti dall'art. 630 c.p.p., egualmente riconducibili a si-

dei suoi eredi, del suo rappresentante legale o dell'avvocato generale della Corte di cassazione, che può agire d'ufficio o su richiesta del Ministro della giustizia. Sul punto, v. M. CASTELLANETA, *Con l'informativa alle Camere esecuzione celere delle sentenze*, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 5, p. 41.

<sup>50</sup> Il caso sarà esaminato al par. 7.

<sup>51</sup> Per tutti, cfr. E. T. LIEBMAN, *Giudicato. Diritto processuale civile*, voce dell'*Enc. dir.*, XV, Milano, 1989, p. 13 ss.

tuazioni eccezionali, anch'esse giustificatrici della rimozione dell'ingiustizia di una sentenza irrevocabile di condanna o di un decreto penale di condanna, anche se la pena sia stata espiata o sia estinta e anche se il condannato dovesse essere morto.

Orbene, non si dubita – e non si è dubitato neanche di recente in sede comunitaria – che gli effetti di una sentenza passata in giudicato continuano a prodursi anche nel caso in cui la pronuncia sia stata resa in violazione del diritto comunitario, se le norme procedurali interne non prevedono un riesame o una revoca della decisione; conseguentemente «il giudice nazionale non è tenuto a disapplicare le norme processuali interne, che hanno l'obiettivo di assicurare i diritti delle parti e la certezza del diritto, nonostante il principio di leale cooperazione nell'esecuzione del diritto comunitario stabilito nel trattato CE»<sup>52</sup>.

Di fronte a questa pressoché pacifica confluenza di opinioni<sup>53</sup>, il problema si sposta, perciò, sulla individuazione degli effetti giuridici prodotti in caso di violazione, da parte di un *giudicato* "interno", del diritto comunitario o della Convenzione europea. Di qui, l'opportunità di ripercorrere, sia pur sommariamente, il tragitto argomentativo seguito dalle decisioni giurisprudenziali, cominciando da quelle della Corte di giustizia, che, in modo più o meno diretto, hanno toccato la questione.

## 5. Il problema del giudicato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia

Può, a questo punto, essere opportuno fare, anzitutto, riferimento alla sentenza della Corte di giustizia relativa all'ormai famoso caso *Köbler*<sup>54</sup>. Con tale pronuncia la Corte, coerentemente con i suoi precedenti in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario a partire dalle sentenze sui casi *Francovich*<sup>55</sup> e *Brasserie du pêcheur e Factortame*<sup>56</sup>, ha af-

<sup>52</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 ss., massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 82 e in *Guida al Diritto*, 8 aprile 2006, n. 14, p. 109. Il principio, del resto, è stato già affermato in precedenti occasioni: v., in proposito, sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, relativamente ad un lodo arbitrale, spec. punti 46 e 47.

<sup>53</sup> Si vedano però le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed, *cit. infra*, nota 69, in ordine al "caso Lucchini".

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, I, p. 55.

<sup>55</sup> Sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *A. Francovich e D. Bonifaci e altri c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un "pungolo" per i Paesi inadempienti*, p. 91 ss.

<sup>56</sup> Sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni*, *cit. supra*, nota 7.

fermato che, se una Corte suprema nazionale emana una sentenza in manifesto contrasto con il diritto comunitario e sussistono le ulteriori condizioni della preordinazione della norma violata a conferire diritti ai singoli e dell'esistenza di un nesso causale diretto tra violazione e danno, obbligato al risarcimento è lo Stato, secondo i criteri comuni utilizzati in tema di responsabilità.

La sentenza ha acquisito peculiare notorietà per essere stata la prima a sancire, in una fattispecie concreta, la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario imputabile ad organo giurisdizionale di ultimo grado. Ed è indubbio che l'affermazione del principio, benché – come accennato – potesse ricavarsi già dai precedenti giurisprudenziali comunitari, rappresenta il concreto superamento di preconcrete riserve dipendenti dalla difficoltà di configurare azioni risarcitorie nei confronti dello Stato per la condotta dei suoi organi giurisdizionali e, per ciò stesso, un momento importante anche se non conclusivo di quel lungo processo che ha profondamente eroso il principio ottocentesco della irresponsabilità dello Stato legislatore, giungendo al riconoscimento, in tali ipotesi, di una responsabilità *tout court*.

Questo risultato, tuttavia, si è subito mostrato non privo di aspetti problematici sia in relazione alla traduzione in termini concreti della accertata responsabilità dello Stato membro sia con riguardo all'effettivo esercizio del diritto del singolo a far valere detta responsabilità.

L'esame della sentenza evidenzia come l'applicazione del principio generale sia resa possibile solo con riferimento a situazioni eccezionali in cui, tenuto conto della peculiarità della funzione giurisdizionale, la violazione del diritto comunitario avvenga in modo manifesto, e cioè sia sufficientemente caratterizzata e sussista – come detto – un nesso di causalità diretto tra la violazione ed il danno subito dalle parti lese.

Ma l'ostacolo primario, per stabilire l'esistenza di forme di responsabilità statali in caso di violazione di prescrizioni comunitarie derivante da provvedimento giurisdizionale, era stato rinvenuto, nel corso del giudizio, nel principio di intangibilità del giudicato; principio che avrebbe dovuto prevalere sul diritto del singolo ad ottenere adeguata riparazione<sup>57</sup>.

Nella sentenza *Köbler*, tuttavia, il principio non solo non viene superato, ma risulta, anzi, confermato, al punto da diventare lo stesso presupposto della responsabilità dello Stato<sup>58</sup>. Ed invero, è proprio il vigore del giudicato, la sua

<sup>57</sup> In argomento, v. R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 376.

<sup>58</sup> Cfr. E. SCODITTI, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 4 ss.; v. anche P. J. WATTEL, *Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this*, *CMLR*, 2004, p. 177 ss.; S. BASTIANON, *Giudici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 57; P. D. SIMON, *La responsabilité des États membres en cas de violations du droit communautaire par une juridiction suprême*, in *Juris Classeur, Europe*, 2003, p. 3.

perdurante forza cogente a diventare la premessa della responsabilità dello Stato sul piano comunitario. La questione finisce con il coinvolgere non già il profilo della validità dell'atto di diritto interno emanato dal singolo organo, bensì quello della liceità dal punto di vista del diritto comunitario della condotta tenuta dallo Stato considerato nella sua unità.

Emerge così dalla decisione non solo come l'affermazione del principio generale della responsabilità dello Stato membro risulti sensibilmente attenuato da limitazioni legate alle circostanze del caso concreto, ma anche come l'esistenza di un giudicato, che in un Paese membro ha leso i diritti attribuiti al singolo dall'ordinamento comunitario, non sia di ostacolo a detta responsabilità quand'anche determinata da un organo giurisdizionale.

Analoghe riflessioni possono farsi in relazione ad altra vicenda<sup>59</sup>, che ha coinvolto lo Stato italiano accusato dalla Commissione di non avere modificato l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428 del 29 dicembre 1990, interpretato in sede amministrativa e giudiziaria in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione dell'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)<sup>60</sup>.

Secondo l'indirizzo prevalente dei giudici di legittimità, infatti, la norma in questione andava interpretata nel senso che essa conteneva una presunzione di trasferimento del tributo indiretto sui clienti dell'impresa, imponendo così su quest'ultima un onere probatorio di non agevole assolvimento, volto a superare detta presunzione e, come tale, in contrasto con il richiamato principio di "effettività". Pertanto, appariva giustificata la possibilità per il singolo, danneggiato da una decisione conforme a tale orientamento, passata in giudicato, di adire l'autorità giudiziaria al fine di essere risarcito dei danni subiti.

<sup>59</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 534. La sentenza ha condiviso le contestazioni formulate dalla Commissione, rilevando che, in mancanza di una disciplina comunitaria in ordine alla ripetizione di imposte nazionali indebitamente rimosse, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato stabilire, tra l'altro, le modalità di attuazione processuale della tutela dei diritti lesi, sempre che dette modalità non rendano impossibile od anche eccessivamente difficile il loro esercizio. La Corte si è così allineata alle vedute espresse nelle sue conclusioni dall'Avvocato Generale Geelhoed, secondo il quale l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990 non poteva essere considerato in contrasto con il diritto comunitario, ravvisandosi, piuttosto, il contrasto con la prassi giurisprudenziale formatasi in materia. Sicché, anche ove sia in gioco solo l'interpretazione della normativa interna in termini incompatibili con il diritto comunitario, doveva essere affermata la responsabilità dello Stato per effetto della condotta dei propri organi preposti alla corretta applicazione dei principi generali del diritto comunitario.

Per un commento alla sentenza, v. O. PALLOTTA, *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 253 ss.; v., anche, L. S. ROSSI - G. DI FEDERICO, *Case C-129, Commissione c. Repubblica italiana, CMLR*, 2005, p. 829.

<sup>60</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1989, punto 5 nonché del 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig italiana*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8003, punto 33.

La Corte di giustizia ha, infatti, riaffermato che il principio, secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili, si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva dalla decisione di un organo giurisdizionale di "ultimo grado", sempreché la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese.

Anche nella successiva sentenza, *Kühne & Heitz NV. c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, del 13 gennaio 2004<sup>61</sup>, la Corte di giustizia affronta il problema della intangibilità di provvedimenti divenuti ormai definitivi. L'occasione è fornita dalla questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale nei seguenti termini: «Se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, (...), comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è diventata definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale»<sup>62</sup>.

Orbene, il Giudice comunitario, dopo aver ribadito che spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze<sup>63</sup>, con riferimento al problema che qui maggiormente interessa, ha ricordato che la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario e che, indiscutibilmente, il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza. Se dunque non si può ritenere che il diritto comunitario esiga che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere, occorre, tuttavia, considerare se l'ordinamento nazionale preveda che l'amministrazione possa in ogni momento rivalutare una decisione amministrativa definitiva, purché non siano lesi gli interessi di terzi.

<sup>61</sup> Causa n. C-453/00, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837; in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489 e in *Urbanistica e appalti*, 2004, 10, p. 1151, con nota di R. CARANTA.

<sup>62</sup> La domanda pregiudiziale era stata sollevata dal College van Beroep voor het bedrijfsleven (Paesi Bassi), nell'ambito di una controversia riguardante la classificazione tariffaria di carni di pollame nonché la determinazione dell'importo delle restituzioni all'esportazione che ne risulterebbero a vantaggio dell'esportatore. Dall'ordinanza di rinvio emerge che la preoccupazione del College van Beroep è fondata essenzialmente sulla necessità di stabilire se sussista l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa, dotata, nel diritto olandese, dei connotati della discrezionalità.

<sup>63</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 1990 in causa n. C-8/88, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2321, punto 13.



La Corte ha quindi affermato che l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di leale cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare la propria decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte stessa, sempre che il diritto nazionale attribuisca all'organo amministrativo il potere di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, ancorché divenuta definitiva in seguito alla sentenza di un giudice nazionale non più suscettibile di impugnazione; e sempre che tale sentenza sia fondata su una interpretazione del diritto comunitario che, alla luce di una sentenza successiva della Corte, si rilevi errata ed adottata senza che la Corte stessa sia stata adita in via pregiudiziale, alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE.

La giurisprudenza in esame, dunque, pur riaffermando il principio della preminenza del diritto comunitario nei confronti di tutte le istituzioni –comprese quelle giurisdizionali – dello Stato membro alle quali è imposto il dovere di dare pieno effetto alla norma comunitaria<sup>64</sup>, si mostra nondimeno rispettosa del principio della intangibilità del giudicato, sia pur nei termini non assoluti – comunemente accolti, del resto, dai moderni ordinamenti –, in quanto in essa si sottolinea energicamente la possibilità di una sua rivisitazione laddove il diritto interno lo consenta.

E la necessità del rispetto del principio in questi termini è espressamente confermata nella recente decisione *Kapferer* del 2006, di cui si è fatto cenno<sup>65</sup>, con cui la Corte di giustizia ha affermato con tutta chiarezza la prevalenza delle sentenze interne passate in giudicato sul principio di leale collaborazione stabilito dall'art. 10 del Trattato, aderendo così alle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, che, richiamando la sentenza *Köbler*, aveva rilevato la presenza di un orientamento ormai consolidato in tal senso.

Nell'occasione, il Giudice comunitario ha tenuto anche a precisare che tale orientamento non era in contrasto con quello ricavantesi dalla sentenza *Kühne & Heitz*, poiché il riconoscimento, in essa contenuto, dell'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva, adottata in violazione del diritto comunitario, era comunque subordinato alla condizione che il detto organo disponesse, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare sulla propria decisione; condizione non ricorrente nel caso di specie<sup>66</sup>. D'altro canto, la Corte di giustizia si è appena pronuncia-

<sup>64</sup> V., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1972 in causa n. 48/71, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1972, p. 529, punto 7 nonché del 19 gennaio 1993 in causa n. C-101/91, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 191, punto 24.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, *cit. supra*, nota 52, punto 5.

<sup>66</sup> V. punto 23 della sentenza. Va segnalato che, secondo l'Avvocato Generale Tizzano, la *res iudicata* è «un principio fondamentale che contraddistingue le sole decisioni giurisdizionali» necessario al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona ammini-

ta su un ulteriore caso, riguardante l'Italia<sup>67</sup>, ove il rispetto del principio dell'intangibilità del "giudicato", formatosi nell'ordinamento interno, viene dato ormai per scontato, appuntandosi l'indagine della Corte sull'accertamento della compatibilità della normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori dei giudici con i principi di diritto comunitario.

Un altro caso concernente l'argomento in esame è stato sottoposto recentemente all'attenzione della Corte comunitaria, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, in seguito all'ordinanza del febbraio 2005 del Consiglio di Stato con cui è stato ravvisato un contrasto fra un giudicato civile – che obbliga l'amministrazione a conformarsi ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 2248 del 20 marzo 1865, all. E – di condanna dell'Amministrazione nazionale, in favore di una società, al pagamento di una sovvenzione ed una decisione comunitaria relativa all'obbligo di recupero di tale sovvenzione quale aiuto di Stato illecito<sup>68</sup>.

Con l'effettuato rinvio pregiudiziale, il giudice amministrativo evita opportunamente, ma anche doverosamente, di prendere posizione di fronte al seguente dilemma: se è vero, da un lato, che la P.A. è tenuta al rispetto del diritto comunitario e, nella specie, all'obbligo di recupero di aiuti di Stato illeciti, è altresì vero che tale obbligo cederebbe nell'ipotesi in cui vi sia l'impossibilità giuridica al recupero dei contributi alla stregua dell'ordinamento interno. Nel caso *de quo*, non si tratterebbe di mera tutela del legittimo affidamento dell'impresa, ma di impossibilità giuridica di agire in via amministrativa per la preclusione derivante dal giudicato di condanna irrevocabile al pagamento delle somme.

Si comprende, allora, il notevole interesse della decisione che, con riferimento alla specificità della fattispecie, dovrà nuovamente affrontare il problema della rilevanza del "giudicato" interno contrastante con l'ordinamento comunitario. E se la Corte dovesse seguire l'opinione espressa dall'Avvocato Generale<sup>69</sup>, secondo cui il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le norme nazionali che disciplinano gli effetti di una sentenza civile passata in giudicato ove siffatta sentenza sia contraria agli obblighi scaturenti dagli artt. 87 e 88

strazione della giustizia; pertanto, sotto questo profilo, i provvedimenti amministrativi (oggetto della pronuncia *Kühne & Heitz*) e le sentenze non sono da collocarsi sullo stesso piano.

<sup>67</sup> Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177; massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741; in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss., con nota di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, p. 418 ss.; di A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, p. 420 ss. e di T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, p. 423 ss.

<sup>68</sup> L'ordinanza n. 516 del 16 febbraio 2005, emessa dalla VI sez. del Consiglio di Stato, è reperibile in [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it).

<sup>69</sup> Cfr. le conclusioni, presentate il 14 settembre 2006 dall'Avvocato Generale Geelhoed, specie punto 87, nella causa n. C-119/05, *Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato c. Lucchini Siderurgica Spa*.

CE, ci troveremmo di fronte ad un vero e proprio ribaltamento di un principio, ritenuto intangibile, almeno sino ad ora, dalla stessa Corte di giustizia<sup>70</sup>.

## 6. Prime riflessioni sulla giurisprudenza esaminata

A voler ora trarre alcune conclusioni dalla giurisprudenza appena esposta, non può, preliminarmente, non ribadirsi che essa ha voluto, in modo esplicito ed incisivo, riaffermare, in relazione alle singole fattispecie esaminate, il principio, astrattamente enunciato in precedenti decisioni, della responsabilità dello Stato membro nella sua funzione giurisdizionale, ove esso contravvenga, nell'espletamento di tale funzione, al diritto comunitario. Come accennato in precedenza, proprio perché risalente ad oltre un decennio, il principio in parola non costituisce una novità, assumendo, piuttosto, ragione di peculiare interesse la soluzione offerta alle specifiche questioni dal Giudice comunitario di volta in volta chiamato a risolverle all'atto dell'applicazione concreta del principio. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte ha statuito che, in tanto può sorgere la responsabilità dello Stato nei confronti del singolo con il connesso obbligo di riparazione dell'illecito, in quanto, oltre alla violazione di una norma comunitaria preordinata ad attribuire diritti ed alla esistenza di un nesso di causalità diretto ed immediato tra violazione e danno, la violazione accertata sia «sufficientemente caratterizzata», ossia grave e manifesta. Tale ultimo requisito assume, tuttavia, – secondo detta giurisprudenza –, una sua specificità in relazione all'esercizio della «funzione giurisdizionale». Ai fini dell'accertamento della sua presenza – specifica la sentenza *Köbler*<sup>71</sup> – deve tenersi conto della molteplicità degli elementi che caratterizzano la controversia, fra cui il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale nella violazione, la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da una istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234, 3° comma, CE.

Sotto altro profilo, che più direttamente interessa il tema in oggetto, deve osservarsi che il dato comune presente nelle pronunce è costituito, da un lato, dal rispetto del "giudicato" formatosi nell'ordinamento interno e, dall'altro, dall'esaurimento della funzione riparatoria del danno, subito dal singolo, per

<sup>70</sup> V., in proposito sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, cit. *supra*, nota 52, ove l'intangibilità del giudicato è affermata come principio non suscettibile di essere messo in discussione.

<sup>71</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, cit. *supra*, nota 54, par. 55.

effetto del giudicato contrario al diritto comunitario, mediante l'attribuzione di una somma di denaro a titolo risarcitorio.

Ed, in effetti, è proprio la limitazione del contenzioso a casi rispetto ai quali la riparazione dei danni causati da una sentenza, contraria all'ordinamento comunitario, divenuta definitiva, risulta pienamente soddisfattoria, che consente di superare agevolmente ed in maniera soddisfacente il dogma della intangibilità del "giudicato" e quello connesso della indipendenza del giudice.

A tale riguardo la Corte di Lussemburgo ha tenuto a dichiarare che un procedimento inteso ad accertare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa giudicata<sup>72</sup>.

Il rilievo non può non condividersi, se si considera – come opportunamente osservato dalla stessa Corte – che il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che venga rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata propria della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. Così come del resto non può non condividersi l'ulteriore rilievo concernente l'assenza di una eventuale incidenza negativa sulla indipendenza del giudice, poiché il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità del giudice, ma quella dello Stato<sup>73</sup>.

Vi sono, tuttavia, evenienze rispetto alle quali la soddisfazione del bene lesa non può essere assicurata con la mera riparazione monetaria.

Una simile situazione si verifica quando le somme accordate a titolo risarcitorio valgono a compensare solo i danni ormai irreversibili, sicché esse acquistano un ruolo sussidiario rispetto all'interesse primario della cessazione della violazione e della rimozione degli effetti, nella misura in cui, ovviamente, ciò sia ancora possibile. Ed allora appare chiaro che in tali emergenze l'esposto *iter* argomentativo si mostra insufficiente, dovendo necessariamente rivolgersi, per la realizzazione del ben noto principio di effettività che contraddistingue l'ordinamento comunitario, in altra direzione.

## **7. Il problema del giudicato alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

La casistica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, a differenza di quella della Corte di Lussemburgo, è tutt'altro che avara di decisioni in cui la

<sup>72</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, *cit. supra*, nota 54, punto 39.

<sup>73</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, *loc. cit.*, punto 42.

riparazione economica non vale ad eliminare il danno: i diritti "fondamentali", oggetto esclusivo di tutela da parte dell'ordinamento convenzionale europeo, giustificano la frequenza di una tale tipologia di contenzioso.

Situazioni di questo genere si sono manifestate quando, ad esempio, un processo interno è stato condotto in violazione delle norme della Convenzione e un individuo ha subito una condanna dopo un processo non equo<sup>74</sup>. In questo caso, l'unico effettivo rimedio e la sola misura individuale in grado di ripristinare lo *status quo ante* e di realizzare la *restitutio in integrum*, è lo svolgimento di un nuovo processo, non essendo in alcun modo idoneo a rimuovere la violazione il mero risarcimento economico alla parte lesa. Si pensi anche ai casi di provvedimenti di affidamento minorile illegittimi: non vi è dubbio che anche in questi casi la riparazione del danno può avvenire solo con misure che ripristino lo *status quo ante*; ma non vi è neppure dubbio che il ripristino della situazione precedente comporta una *rivisitazione* del giudicato, che, allo stato, nel nostro ordinamento è possibile solo in specifiche ipotesi concernenti i casi di revocazione e revisione, non estensibili – secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità<sup>75</sup> –, stante la loro eccezionalità, ad ipotesi non espressamente contemplate.

In un siffatto contesto, in cui il problema del giudicato viene a porsi in termini decisamente meno lineari e più carichi di difficoltà rispetto a quanto emerso in sede comunitaria, l'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo appare di grande interesse per l'individuazione di soluzioni in grado di fornire adeguate risposte.

Il passaggio della Corte di Strasburgo da decisioni di natura meramente risarcitoria all'affermazione della necessità di misure ripristinatorie (obbligo precipuo dello Stato) ha come fondamentale momento di riferimento la sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*<sup>76</sup> del 2000, in materia di affidamento, con cui si è stabilito per la prima volta in modo espresso che l'equa soddisfazione costituisce solo una delle conseguenze di una sentenza. Essa ha, infatti, chiaramente affermato che lo Stato condannato è chiamato non solo a versare agli interessati le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione ma anche, e innanzi tutto, a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali destinate a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguen-

<sup>74</sup> Naturalmente si fa salva l'ipotesi in cui l'iniquità del processo è dovuta alla sua eccessiva lungaggine, nel qual caso la sola riparazione pecuniaria potrebbe essere di per sé sufficiente.

<sup>75</sup> La giurisprudenza di legittimità è costante nel senso della esclusione di una interpretazione estensiva sia dei casi di revocazione che di revisione previsti dal codice di rito; v. *ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., del 9 giugno 1994, n. 5603; Cass. civ., sez. I, del 22 ottobre 1991, n. 11199; Cass. pen., sez. III, del 18 luglio 1996, n. 2562; Cass. pen., sez. VI, del 30 luglio 1997, n. 2345, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>76</sup> La sentenza del 13 luglio 2000 è riportata sul sito [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it).

ze<sup>77</sup>. La Corte ha tenuto, inoltre, a precisare che lo Stato, sempre sotto il controllo del Comitato dei ministri, è libero di scegliere le modalità con cui adempiere tale obbligo a condizione che queste restino compatibili con le conclusioni della Corte<sup>78</sup>. Da un lato, quindi, le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione servono a compensare solo i danni ormai irreversibili<sup>79</sup>, mentre rimane fermo l'obbligo primario di far cessare la violazione, rimuovendone gli effetti, nei limiti del possibile. Dall'altro lato, lo Stato, nella scelta delle modalità con cui adempiere tale obbligo primario, è sottoposto al «monitoraggio» del Comitato dei ministri per quanto riguarda l'adeguatezza delle misure adottate in relazione ai parametri di valutazione indicati nelle conclusioni della Corte.

È opportuno rammentare che, in seguito alla violazione delle disposizioni della Convenzione sul giusto processo, ravvisata dalla Corte nel caso *Lucà*<sup>80</sup>, lo Stato italiano è stato condannato al pagamento di un determinato importo a titolo di equa riparazione, per essersi il processo, che vedeva il Lucà imputato per traffico di stupefacenti, svolto in contrasto con l'art. 6 par. 3.d. della Convenzione; importo, stabilito equitativamente, non essendo la Corte – come riferito dalla stessa<sup>81</sup> – in grado di valutare quale sarebbe stato l'esito del procedimento se svolto in conformità alla suddetta normativa. A tale decisione ha fatto seguito, in data 12 ottobre 2005, la risoluzione interinale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ai sensi dell'art. 46, par. 2 della Convenzione, ove, in relazione alla predetta decisione del 27 febbraio 2001, si rileva esplicitamente la necessità d'introdurre nell'ordinamento italiano la possibilità di una riapertura dei processi contrari alla Convenzione. E non può disconoscersi che la richiesta corrisponde ad una effettiva esigenza di giustizia se si considera che gli *errores in procedendo* che violano i diritti riconosciuti dalla Convenzione, se accertati dalla Corte, non possono non avere una ricaduta invalidante sullo stesso esito processuale, rappresentato dalla sentenza interna: l'insufficienza della riparazione pecuniaria è particolarmente evidente quando chi ha ottenuto dalla Corte di Strasburgo il riconoscimento della illegittimità della procedura che lo ha interessato, si trova ancora in prigione (come nel caso *Lucà*) o in affidamento minorile (come nel caso *Scozzari*).

Il caso *Cat Berro*, sottoposto di recente nuovamente all'attenzione dei Giudici di legittimità, conferma questa esigenza. Questi, cittadino italiano, condannato a pena detentiva in primo grado dal Giudice penale nazionale, assolto in grado di appello per insufficienza di prove, condannato, con sentenza passata in giudicato dal Giudice di rinvio, a seguito di annullamento della

<sup>77</sup> Sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit. supra, nota 76, par. 249.

<sup>78</sup> Sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, loc. cit., par. 249, in fine.

<sup>79</sup> Sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, loc. ult. cit., par. 250.

<sup>80</sup> La sentenza sul caso *Lucà* del 27 febbraio 2001 è riportata sul sito [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it).

<sup>81</sup> Sentenza *Lucà*, loc. cit., par. 48.

sentenza assolutoria, da parte della Corte di cassazione, lamentando che la pronuncia definitiva di condanna era avvenuta in sua contumacia, nonostante all'epoca fosse detenuto all'estero, si rivolge alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in accoglimento del ricorso, riconosce la violazione dell'art. 6, par. 1 e 3 della Convenzione europea, non essendo stato garantito all'imputato, dallo Stato italiano, il diritto di intervenire e difendersi personalmente<sup>82</sup>.

Di qui il nuovo compito del giudice nazionale di risolvere il dilemma se il principio contenuto nell'art. 5, comma 1, lett. a., della CEDU («Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a. se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;») precluda l'esecuzione in Italia di una sentenza di condanna emessa a seguito di un processo che la Corte europea ha dichiarato «non equo» oppure se, mancando un adeguato rimedio positivamente previsto, debba comunque prevalere il giudicato<sup>83</sup>.

Il dilemma è stato appena risolto nel senso della necessità del rispetto del giudicato, non avendo, nella specie, potuto trovare applicazione l'istituto della restituzione nel termine, disciplinato dall'art. 175 c.p.p., come modificato dalla l. n. 60/2005<sup>84</sup>.

Il riferimento alla nuova disciplina sulla restituzione nel termine conduce ad un richiamo al caso *Sejdovic* ove si conferma l'esigenza di una modifica legislativa che possa impedire il sorgere di tali situazioni o sanare situazioni già verificatesi; esigenza fortemente sentita da Strasburgo, che, ancora una volta, ha accusato l'Italia di non essersi adeguata alle norme vigenti nel resto dell'Europa in materia di contumacia. Nello stesso dispositivo della sentenza<sup>85</sup>, al punto 2., si dichiara, infatti, che la violazione accertata deriva da «un problema strutturale collegato ad un cattivo funzionamento della legislazione e della pratica interne occasionato dall'assenza di un meccanismo effettivo tendente ad attuare il diritto delle persone condannate in contumacia – le quali non sono state informate in modo effettivo del procedimento a loro carico e non hanno rinunciato in modo non equivoco al diritto di comparire – ad ottenere successivamente che un ufficio giudiziario deliberi nuovamente, dopo averle ascoltate, nel rispetto delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione, sulla fondatezza dell'accusa» nei loro confronti.

Si dichiara, ancora, che «lo Stato convenuto deve garantire, mediante misure appropriate, l'attuazione del diritto in questione per il ricorrente e le persone che si trovano in una situazione analoga a quella del ricorrente».

<sup>82</sup> La sentenza del 28 agosto 1991 è riportata sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>83</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 3 ottobre 2005 n. 35616, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3171 con nota di E. SELVAGGI.

<sup>84</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, del 2 febbraio 2007 n. 4395, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>85</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Sejdovic c. Italia*, sentenza del 10 novembre 2004, in *Guida al Diritto*, n. 5, p. 92 ss.

La Corte, in particolare, non ritiene adeguato il rimedio per la contumacia stabilito dal codice di rito italiano, perché non attribuisce al condannato in contumacia «il diritto incondizionato ad ottenere la riapertura dei termini per interporre appello», evidenziando la distanza che separa la previsione normativa dell'art. 175 del c.p.p., munita di numerosi ostacoli per la remissione in termine, e l'ampia possibilità che deve essere riconosciuta al condannato in contumacia di ottenere un nuovo processo.

Come appena accennato, la novità della decisione in esame è data dal fatto che la Corte ha ampliato la portata della violazione della Convenzione, riferendola non solo al fatto concreto, riguardante il ricorrente, ma anche riportandola ad una situazione generale («strutturale»), derivante da una legislazione insufficiente, come tale emendabile solo con un intervento istituzionale dello Stato italiano.

Il *dictum* ha trovato immediata eco nella modifica dell'art. 175 c.p.p.<sup>86</sup>, in senso conforme a quanto invocato dalla Corte di Strasburgo. E proprio sulla scorta di tale modifica la Cassazione, nell'ormai noto caso *Somogyi*, ha avuto la possibilità, non consentita sotto il vigore della pregressa disciplina, di restituire l'imputato nel termine per proporre appello avverso la sentenza di condanna pronunciata a suo carico, dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva riconosciuto che il processo celebrato in sua assenza era stato non equo<sup>87</sup>. Ma la pronuncia dei giudici di legittimità appare meritevole di particolare attenzione non solo per il riferimento alla nuova disciplina sulla remissione nel termine, ma anche per l'affermazione del principio, di portata più generale, circa il dovere del giudice nazionale di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, in forza della loro efficacia diretta nell'ordinamento dello Stato aderente alla Convenzione, e ciò pur quando si sia formato un giudicato in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale.

Va ancora rammentato che alla richiamata sentenza nel caso *Sejdovic* del 10 novembre 2004 ha fatto seguito, a meno di due anni, quella emessa sullo stesso caso dalla Grande Camera<sup>88</sup>, che ha confermato la precedente decisione resa da una Camera. Ciò che va rimarcato è che, nel processo celebratosi davanti alla Grande Camera, la difesa del Governo italiano aveva altresì sollecitato la Corte europea a pronunciarsi *expressis verbis* sul punto se le riforme dell'art. 175 c.p.p. adottate nel 2005 avessero raggiunto lo scopo voluto dalla Convenzione, ma la Corte europea ha ritenuto prematuro pronunciarsi in que-

<sup>86</sup> Come accennato al par. 4, la legge n. 60 del 22 aprile 2005 è intervenuta sull'istituto della «restituzione nel termine», proprio al fine di assicurare una più soddisfacente tutela del diritto di difesa.

<sup>87</sup> Cass. pen., sez. I, 3 ottobre 2006 n. 32678, reperibile nel sito istituzionale [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); v. in argomento, M. T. STILE, *Sistema processuale-penalistico italiano e restituzione in termini: primi passi verso una tutela sostanziale del diritto di difesa*, in *Città in movimento*, n. 2/2007, p. 5.

<sup>88</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, sentenza n. 56581/00 del 1° marzo 2006, reperibile sul sito *internet*: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).



sta fase, anche in mancanza di ogni giurisprudenza interna che avesse fatto applicazione delle disposizioni così riformate nel 2005.

Anche il caso *Kaufmann* evidenzia, nel rito civile, e sotto altro profilo, un contrasto, rispetto all'ordinamento europeo, della nostra normativa relativa ai termini processuali da rispettare per presentare un ricorso o, comunque, della interpretazione fornita dai giudici di tale normativa. Secondo la Corte europea viola l'art. 6, par. 1, della CEDU la decisione delle autorità giudiziarie italiane con la quale è stata dichiarata inammissibile un'impugnazione a causa del mancato rispetto del termine assegnato al ricorrente per la notificazione dell'atto di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., senza tener conto delle obiettive difficoltà incontrate dalla parte<sup>89</sup>.

Vi è però da evidenziare che, recentemente, la giurisprudenza di legittimità sembra avere optato per un diverso orientamento, secondo cui, ai fini di eventuali deroghe, il giudice deve tener conto anche dei casi in cui la parte non sia stata in grado di rispettare il termine perentorio assegnatole per l'integrazione del contraddittorio «per fatti ad essa non imputabili né per colpa né per dolo»<sup>90</sup>.

## 8. Conclusioni

L'esame congiunto della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo ha messo in evidenza come gli importi riconosciuti, in seguito a sentenza di condanna, a titolo risarcitorio o di equa soddisfazione che dir si voglia, valgono a soddisfare l'interesse della parte lesa, solo ove questo interesse possa trovare completo riscontro in un ristoro economico. Ma è emerso anche che non sempre le somme accordate valgono a soddisfare integralmente i diritti (in senso lato) lesi, valendo esse a compensare solo i danni ormai irreversibili, e non anche ad adempiere l'obbligo primario derivante dalla sentenza, consistente nella cessazione della violazione e nella rimozione dei suoi effetti. È emerso, inoltre, che lo Stato non gode più di una libertà assoluta nella scelta delle modalità con cui adempiere tale obbligo primario: la scelta dello Stato è sottoposta al «monitoraggio» del Comitato dei Ministri ed è inoltre vincolata a parametri di valutazio-

<sup>89</sup> Nel caso di specie, la Corte di cassazione, con sentenza del 4 giugno 2001, n.7482, riportata e commentata da L. BERGAMASCO, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, I, p. 507, aveva disposto l'integrazione del contraddittorio, ordinando la notificazione del ricorso introduttivo ai litisconsorti necessari, residenti all'estero. Il ricorrente aveva richiesto ai giudici di legittimità una proroga del termine assegnato, a causa del necessario espletamento di una serie di formalità, ma la Corte di cassazione aveva negato tale proroga, escludendo che la natura perentoria del suddetto termine potesse subire limitazioni o deroghe, se non in virtù di «appositi provvedimenti legislativi intervenuti per disciplinare particolari situazioni di impedimento e per accordare opportune proroghe»; v. anche, tra le tante, Cass., sez. II, del 26 febbraio 2001 n. 2756, in *Foro it.*, 2002, I, c. 218.

<sup>90</sup> Cass., sez. I, del 14 febbraio 2005 n. 2899, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Cass., sez. III, del 6 febbraio 2004 n. 2292, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1769.

ne precisi circa il carattere soddisfacente o meno delle misure generali/individuali adottate dallo Stato stesso.

Ciò significa – come si è visto – che il problema della *intangibilità del giudicato* non ha occasione di presentarsi fondatamente nel primo ordine di decisioni, costituendo, proprio il connotato della definitività della pronuncia, la base giuridica per conseguire, in misura pienamente esaustiva, il ristoro economico. Ed è quanto si è constatato nei casi sottoposti alle decisioni del Giudice comunitario.

Viceversa, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sono risultate ricche di casi in cui la riparazione meramente economica del danno si è mostrata insufficiente.

In particolare, la casistica esaminata ha evidenziato che specie gli *errores in procedendo*, ove violino diritti fondamentali, sono potenzialmente idonei a determinare una deviazione dell'esito del processo rispetto ad un verdetto pronunciato nell'osservanza dei principi della CEDU. L'inadeguatezza della riparazione pecuniaria – come si è osservato – è risultata manifesta quando, chi si è visto riconoscere dai giudici di Strasburgo la illegittimità della procedura che lo ha riguardato, si trova ancora in prigione o in affidamento minorile.

In questi casi, la soluzione più appropriata per sanare tali incongruenze è quella offerta dalla rinnovazione del processo mediante l'istituto della revisione. Ma una tale rinnovazione, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, è consentita nel nostro ordinamento solo nelle ipotesi espressamente previste dal codice di rito, sicché, di fronte alla impraticabilità di una soluzione da adottarsi in via interpretativa, le possibilità di adeguamento agli inviti della Corte europea sembrano riposare tutte su prospettive *de iure condendo*. Non può sottacersi, tuttavia, che l'affermazione di carattere generale contenuta nella sentenza della Cassazione riguardante il caso *Somogyi*, secondo cui il giudice italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea «anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato», abbia un valore che va oltre la fattispecie concreta aprendo le porte ad ipotesi di revisione dei procedimenti penali da effettuarsi a livello interpretativo anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall'attuale normativa.

Questa eventualità è stata però esclusa dalla recente ordinanza della Corte d'appello di Bologna<sup>91</sup> con la quale, negata la possibilità di una interpretazio-

<sup>91</sup> L'ordinanza del 15-21 marzo 2006, reperibile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), è stata pronunciata a seguito di istanza di revisione proposta dal difensore di Paolo Dorigo, condannato dalla Corte d'assise di Udine, con sentenza passata in giudicato, a 13 anni e mezzo di reclusione per un attentato alla base Usaf di Aviano, attribuito alle BR, del quale si è sempre proclamato estraneo. Nella esposizione in fatto del provvedimento si ricorda che, dopo la condanna, il Dorigo si era rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con sentenza del 9 settembre 1998, aveva stabilito la non equità del giudizio per violazione dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, fondandosi la pronuncia essenzialmente sulla dichiarazione di tre coimputati non esaminati in contraddittorio, in quanto, in dibattimento, si erano avvalsi della facoltà di non rispondere.

ne che dilati l'ipotesi di revisione prevista dalla lett. *a.* dell'art. 630 c.p.p.<sup>92</sup> sino a far rientrare tra le sentenze penali irrevocabili del "giudice speciale"<sup>93</sup> quelle emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale di detto art. 630, lett. *a.*, per contrasto con gli artt. 3, 10 e 27 della Costituzione, tracciando, in tal modo, un percorso alternativo rispetto a quello strettamente ermeneutico<sup>94</sup>.

Nell'ambito della medesima vicenda giudiziaria, ma su un fronte parallelo a quello che ha portato alla questione di legittimità costituzionale, la Corte di cassazione, recentissimamente, a seguito di ricorso presentato dal P.M. contro l'ordinanza di rigetto della richiesta volta a paralizzare l'esecuzione della condanna, ha annullato senza rinvio detta ordinanza, dichiarando, per l'effetto, l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione di sentenza divenuta ormai irrevocabile<sup>95</sup>.

È indubbio, comunque, che l'istituto della revisione, proprio al fine di scongiurare il pericolo che al rigore delle forme siano sacrificate le esigenze della verità e della giustizia reale, necessita anche in Italia di una modifica che discende, per un verso, direttamente dagli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese già con l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, per altro verso, dall'appartenenza dello Stato italiano all'UE.

<sup>92</sup> L'art. 630 c.p.p., lett. *a.*, consente di richiedere la revisione «se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale».

<sup>93</sup> La disposizione – come chiarito nella stessa ordinanza del 2006 – con l'espressione "giudici speciali", e prescindendo dai giudici delle "giurisdizioni speciali", come la Corte dei conti, il Consiglio di Stato e i tribunali amministrativi regionali, si riferisce, secondo un tradizionale insegnamento, ai tribunali militari ed alla Corte costituzionale, in ogni caso a giudici interni istituiti dallo Stato e non a giudici soprannazionali riconosciuti dalla Repubblica in base a convenzioni internazionali.

<sup>94</sup> La richiamata ordinanza ha individuato un primo contrasto dell'art. 630 c.p.p., lett. *a.*, con l'art. 3 Cost., osservando che, dovendo il principio d'uguaglianza essere inteso come principio di ragionevolezza e di non ingiustificata discriminazione tra casi uguali o simili, la disposizione processuale che prevede la rilevanza – ai fini dell'ammissibilità della revisione – del contrasto tra i fatti stabiliti dalla sentenza (o dal decreto) penale di condanna ed i fatti stabiliti nella sentenza penale di altro giudice, sembra violare quel principio, nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emessa ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea.

Un secondo contrasto è stato prospettato in relazione all'art. 10, comma 1, Cost., alla stregua del quale «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», sicché si verrebbe a delineare una violazione del dettato costituzionale nella parte in cui la disposizione in parola esclude la revisione del processo quando una sentenza della Corte europea abbia accertato «un vizio fondamentale nella procedura precedente».

La terza violazione delle regole costituzionali è stata, infine, ravvisata in relazione all'art. 27 Cost., poiché il principio secondo cui le pene devono «tendere alla rieducazione del condannato», presuppone che tali pene siano inflitte a seguito di un processo giusto; pertanto, il fatto di non consentire la revisione del processo a chi è stato condannato con una procedura giudicata non equa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui decisioni il nostro Paese si è impegnato a rispettare, si verrebbe a porre in contrasto con la norma costituzionale che presidia la corretta funzione della pena.

<sup>95</sup> Cfr. Cass. penale, I sez., 25 gennaio 2007 n. 2800, ricorrente Dorigo, reperibile in *Guida al Diritto*, 2007, fasc. n. 9, p. 74 ss.

La circostanza che la rilevata esigenza si sia manifestata con riguardo alla Convenzione europea non sta, infatti, di certo a significare che essa non si ponga rispetto all'ordinamento comunitario.

Solo in tempi recenti sono stati presentati dei disegni di legge per offrire la possibilità di dare effettiva esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo<sup>96</sup>.

Particolare menzione merita il disegno di legge n. 3354 del 2005, diretto ad introdurre sia in sede penale che in sede civile la possibilità di chiedere rispettivamente la revisione o la revocazione di una sentenza definitiva pronunciata in violazione di disposizioni della Convenzione, qualora abbia prodotto conseguenze di natura e gravità tali da non poter essere interamente sanate dal riconoscimento dell'equo indennizzo.

Ma tale disegno di legge, così come altri due quasi coevi, considerano una realtà giuridica parziale, dimenticando che analoghi inconvenienti – anche se in concreto non ancora riscontrati – possono verificarsi sul versante della Corte di Lussemburgo, del tutto trascurata nelle segnalate proposte.

**Maria Teresa Stile**

<sup>96</sup> Si allude ai disegni di legge n. 3354, presentato il 22 marzo 2005; n. 5872 del 25 maggio 2005; n. 3362 del 28 aprile 2005 sulla revisione dei procedimenti giudiziari in materia di adottabilità dei minori a seguito di sentenze della Corte europea, tutti riportati sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DERIVANTI DALLA CARICA DI COMMISSARIO EUROPEO**

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza dell'11 luglio 2006 in causa n. C-432/04\***

Commissione delle Comunità europee c. Édith Cresson

**Art. 213, n. 2, CE - Art. 126, n. 2, EA - Obblighi e divieti dei membri della Commissione europea - Violazione degli obblighi - Sanzione: constatazione di violazione.**

*Ai sensi dell'art. 213, n. 2, terzo comma, CE, la Corte può infliggere una sanzione, in caso di violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione, che consiste nelle dimissioni d'ufficio o nella decadenza dal diritto a pensione – o da altri vantaggi sostitutivi – dell'interessato. Tali dimissioni potranno essere applicate solo in caso di violazione commessa e continuata quando il membro della Commissione interessato è ancora in carica. La decadenza dal diritto a pensione o da altri vantaggi sostitutivi si applicherà invece se la violazione è stata commessa durante il mandato o dopo la sua scadenza. Se non è precisata la portata della decadenza dal diritto a pensione o dagli altri vantaggi sostitutivi, la Corte è libera di pronunciare la decadenza totale o parziale da essi, a seconda del grado di gravità della violazione.*

\* In *Raccolta*, 2006, I, p. 6387 ss. In argomento v. *infra*, p. 275 ss., il commento di MARCO BORRACETTI.

*È opportuno ricordare che i procedimenti disciplinari relativi ad un dipendente o agente delle Comunità, come quelli che hanno dato origine alla (...) sentenza François c. Commissione, e i procedimenti relativi ad un membro della Commissione non sono soggetti alle stesse disposizioni. I primi sono disciplinati dalle norme dello Statuto del personale delle Comunità europee, i secondi seguono un procedimento autonomo, in forza dell'art. 213, n. 2, CE. Pertanto, le soluzioni applicate ai primi non sono necessariamente applicabili ai secondi.*

*Tuttavia, la Corte non è vincolata dalla qualificazione giuridica dei fatti effettuata nel contesto del procedimento penale ed è suo compito valutare, nella pienezza dei suoi poteri discrezionali, se i fatti contestati nell'ambito di un procedimento fondato sull'art. 213, n. 2, CE costituiscano una violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione.*

*La violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione richiede, in linea di principio, l'applicazione di una sanzione in virtù delle disposizioni dell'art. 213, n. 2, CE.*

*Tuttavia, alla luce delle circostanze della fattispecie, occorre ritenere che la constatazione della violazione costituisca, di per sé, una sanzione adeguata.*

#### **(Omissis) In diritto**

Sul ricorso

#### *Considerazioni preliminari*

**53.** Gli addebiti sollevati a carico della signora Cresson si fondano sulle disposizioni degli artt. 213 CE e 126 EA. Posto che tali disposizioni sono identiche, i riferimenti all'art. 213 CE vanno intesi anche come rinvii all'art. 126 EA.

**54.** La presente causa richiede l'esame delle seguenti questioni: la portata dell'art. 213, n. 2, CE; il rispetto delle norme procedurali e di vari diritti fatti valere dalla signora Cresson, in particolare i diritti della difesa; le conseguenze del procedimento penale; l'esistenza di un inadempimento degli obblighi di cui all'art. 213, n. 2, CE e l'eventuale irrogazione di una sanzione.

**55.** Quanto all'eccezione di irricevibilità sollevata dalla signora Cresson, essa è fondata su vari motivi. Innanzi tutto, l'art. 213 CE non potrebbe costituire, nella fattispecie, un fondamento normativo valido per adire la Corte. Inoltre, la decisione di non luogo a procedere della camera di consiglio del tribunal de première instance di Bruxelles avrebbe svuotato l'azione disciplinare avviata dalla Commissione del suo oggetto e del suo contenuto. Infine, i fatti addebitati alla signora Cresson avrebbero scarsa rilevanza.

**56.** Questi motivi d'irricevibilità sono tuttavia indissolubilmente legati alle questioni di merito sollevate dalla controversia e menzionate al punto 54 di questa sentenza. I problemi relativi al fondamento normativo del ricorso e all'importanza, considerata minima, dei fatti addebitati sono quindi collegati alla valutazione delle questioni vertenti, rispettivamente, sulla portata dell'art. 213, n. 2, CE e sull'inosservanza degli obblighi di cui a tale articolo. Quanto agli effetti del non luogo a procedere pronunciato dal giudice penale adito, essi rientrano nella questione relativa all'esame delle conseguenze del procedimento penale. Questi motivi di irricevibilità saranno quindi affrontati nel contesto dell'esame della causa nel merito.

*Sulla portata dell'art. 213, n. 2, CE*Osservazioni delle parti (*Omissis*)

## Giudizio della Corte

**64.** Occorre esaminare il dettato dell'art. 213, n. 2, CE per verificare se la Commissione abbia fondato a giusto titolo il suo ricorso su tale disposizione.

**65.** Detto n. 2 sancisce in tre commi gli obblighi principali ed i divieti cui sono soggetti i membri della Commissione.

**66.** Il primo comma stabilisce che i detti membri esercitano le loro funzioni in piena indipendenza nell'interesse generale della Comunità.

**67.** Il secondo comma specifica tale dovere di indipendenza, precisando che esso deve essere attuato nei confronti di qualsiasi governo o organismo.

**68.** Il terzo comma vieta, innanzi tutto, ai membri della Commissione di esercitare qualsiasi altra attività parallelamente alle loro funzioni.

**69.** Tale comma precisa poi, in termini generali, il modo in cui i membri della Commissione devono esercitare tali funzioni. Essi devono rispettare gli obblighi derivanti dalla loro carica, che comprendono, tra l'altro, i doveri di onestà e delicatezza per quanto riguarda l'accettazione, al termine del loro mandato, di determinate funzioni o di determinati vantaggi. Poiché tale tipo di doveri è menzionato solo a titolo esemplificativo, gli obblighi di cui al detto comma, contrariamente a quanto afferma la signora Cresson, non possono essere limitati al divieto di cumulo di attività durante il mandato di membro della Commissione e ai doveri di onestà e delicatezza al momento di accettare dette funzioni al termine di tale mandato.

**70.** Dato che, nell'ambito di tale terzo comma, non vi è alcun elemento che limita la nozione di «obblighi derivanti dalla loro carica», tale nozione va interpretata estensivamente. Considerate infatti le alte responsabilità conferite ai membri della Commissione, è importante, come ha rilevato l'Avvocato Generale al par. 74 delle conclusioni, che essi ispirino al massimo rigore il loro comportamento. La detta nozione deve pertanto essere intesa nel senso che comprende, oltre agli obblighi di onestà e di delicatezza espressamente menzionati all'art. 213, n. 2, terzo comma, CE, il complesso dei doveri derivanti dalla carica di membro della Commissione, tra i quali figura l'obbligo, sancito dall'art. 213, n. 2, primo comma, CE, di agire in piena indipendenza e nell'interesse generale della Comunità.

**71.** I membri della Commissione devono far prevalere in ogni momento l'interesse generale della Comunità non solo sugli interessi nazionali, ma anche sugli interessi personali.

**72.** È vero che i membri della Commissione devono fare in modo di comportarsi in maniera irreprensibile, tuttavia ciò non significa che un minimo scostamento da tali norme possa essere condannato in forza dell'art. 213, n. 2, CE. È necessario che sia stata commessa una violazione di una certa gravità.

**73.** Ai sensi dell'art. 213, n. 2, terzo comma, CE, la Corte può infliggere una sanzione, in caso di violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione, che consiste nelle dimissioni d'ufficio o nella decadenza dal diritto a pensione – o da altri vantaggi sostitutivi – dell'interessato. Tali dimissioni potranno essere applicate solo in caso di violazione commessa e continuata quando il membro della Commissione interessato è ancora in carica. La decadenza dal diritto a pensione o da altri vantaggi sostitutivi si applicherà invece se la violazione è stata commessa durante

il mandato o dopo la sua scadenza. Se non è precisata la portata della decadenza dal diritto a pensione o dagli altri vantaggi sostitutivi, la Corte è libera di pronunciare la decadenza totale o parziale da essi, a seconda del grado di gravità della violazione.

**74.** Quindi, contrariamente a quanto sostiene la signora Cresson, il fatto che il mandato di un membro della Commissione sia scaduto e che, di conseguenza, non possano più essere pronunciate le dimissioni d'ufficio dell'interessato non osta alla condanna del detto membro della Commissione per una violazione commessa nel corso del suo mandato, ma scoperta o provata dopo la scadenza di quest'ultimo.

**75.** Ne consegue che l'art. 213, n. 2, CE, sul quale si basa il ricorso alla Corte nella causa in esame, diretto a far dichiarare che la signora Cresson ha violato gli obblighi ad essa incombenti in forza di tale disposizione, nonché far pronunciare la decadenza totale o parziale dal suo diritto a pensione o da altri vantaggi sostitutivi, costituisce un fondamento normativo corretto.

*Sull'osservanza delle norme procedurali e di vari diritti fatti valere dalla signora Cresson, in particolare dei diritti della difesa*

Osservazioni della signora Cresson (*Omissis*)

Giudizio della Corte

**87.** Per quanto concerne il primo motivo fatto valere a sua difesa dalla signora Cresson, vertente sulla presunta incompetenza del direttore generale del personale e dell'amministrazione ad iniziare indagini amministrative sulla base delle relazioni dell'IDOC e ad avviare il procedimento amministrativo, occorre constatare, in primo luogo, come fa giustamente valere la Commissione, che le indagini amministrative in esame sono state avviate prima dell'istituzione dell'IDOC.

**88.** In secondo luogo, quanto all'avvio del procedimento amministrativo, esso si è concretizzato nella trasmissione alla signora Cresson della comunicazione degli addebiti. Ora, tale comunicazione non è stata decisa dal direttore generale del personale e dell'amministrazione, bensì dalla Commissione stessa. Pertanto è quest'ultima, e non il detto direttore generale, che è all'origine dell'avvio del procedimento amministrativo.

**89.** Ne consegue che tale primo motivo sollevato a sua difesa dalla signora Cresson non è fondato.

**90.** L'art. 213, n. 2, CE non prevede alcun termine specifico per l'avvio dell'azione prevista da tale disposizione. Tuttavia, i termini di cui dispone la Commissione in tale contesto non sono illimitati. In mancanza di disposizioni in questa materia, detta istituzione deve preoccuparsi di non ritardare indefinitamente l'esercizio dei suoi poteri al fine di rispettare l'esigenza fondamentale della certezza del diritto (v. sentenze 24 settembre 2002 in cause riunite n. C-74/00 P e n. C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, Raccolta, I, p. 7869, punto 140, nonché 23 febbraio 2006 in cause riunite n. C-346/03 e n. C-529/03, *Atzeni e a.*, Raccolta, I, p. 1875, punto 61), di non aumentare le difficoltà per i convenuti quando devono confutare gli argomenti della Commissione e quindi di non violare i diritti della difesa (v., in questo senso, sentenza 16 maggio 1991 in causa n. C-96/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, Raccolta, p. 2461, punto 16).

**91.** Nel caso di specie, i fatti contestati alla signora Cresson risalgono al 1995, dato che l'assunzione del signor Berthelot è avvenuta nel settembre [di quell'anno] e



l'offerta dei contratti al signor Riedinger è stata fatta nel corso dello stesso anno. La prima relazione sull'indagine redatta a tale proposito è opera del comitato di esperti indipendenti ed è datata marzo 1999. Talune relazioni sulle indagini sono state poi depositate dall'OLAF e dall'IDOC tra il 1999 ed il 2002. La Commissione ha atteso il deposito delle ultime di queste relazioni prima di avviare un procedimento contro la signora Cresson.

**92.** Poiché l'art. 213, n. 2, CE non era mai stato utilizzato per avviare un procedimento contro un membro della Commissione a causa del comportamento di questo durante il suo mandato, la Commissione ha potuto ritenere necessario comportarsi in maniera particolarmente prudente. In tali condizioni, la decisione di avviare nel gennaio 2003 un procedimento amministrativo relativo alla signora Cresson tramite l'invio di una comunicazione degli addebiti e la trasmissione di tale comunicazione all'interessata nel maggio dello stesso anno non presentano carattere irragionevole. La signora Cresson, inoltre, non ha presentato elementi idonei a dimostrare che la durata del procedimento dinanzi alla Commissione aveva inciso sul modo in cui essa ha organizzato la sua difesa.

**93.** La signora Cresson contesta alla Commissione di avere cumulato varie funzioni che a suo parere erano di competenza di organi distinti e di avere in tal modo leso il diritto ad un equo processo. Secondo la signora Cresson tale cumulo di funzioni da parte della Commissione le avrebbe impedito di essere sufficientemente imparziale nel suo ruolo di autorità disciplinare.

**94.** Tuttavia, questo motivo può solo essere respinto, dato che la Commissione non è competente a dichiarare la violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione. Dalle disposizioni dell'art. 213, n. 2, CE risulta infatti che la Commissione, in caso di presunta violazione da parte di un membro della Commissione, può solo adire la Corte. Spetta a quest'ultima dichiarare un'eventuale violazione, da parte di un membro della Commissione, degli obblighi derivanti dalla sua carica e infliggergli una sanzione.

**95.** Non può essere accolto neppure il motivo seguente, relativo alle presunte pressioni del Parlamento sulla Commissione, le quali avrebbero impedito a quest'ultima di agire in modo imparziale.

**96.** A prescindere dalle pressioni eventualmente esercitate sulla Commissione, infatti, è la Corte che ha il compito di giudicare la causa, basandosi sul complesso degli atti che sono depositati presso la Corte stessa.

**97.** Di conseguenza, l'affermazione secondo cui sarebbero state esercitate pressioni sulla Commissione non costituisce un argomento valido.

**98.** Le osservazioni della signora Cresson vertenti su diverse infrazioni delle norme procedurali e sulla violazione del diritto al doppio grado di giudizio sono dirette a dimostrare l'esistenza di irregolarità o di carenze procedurali che hanno inciso in particolar modo sui diritti della difesa e che sarebbero idonee a rimettere in discussione l'oggetto della controversia sottoposta alla Corte e l'esame della causa da parte di quest'ultima.

**99.** La signora Cresson lamenta innanzi tutto talune violazioni delle disposizioni stabilite nella decisione 19 dicembre 2002, che istituisce l'IDOC. A suo avviso, le indagini amministrative in esame non sono state svolte nell'osservanza di tali disposizioni.

**100.** Occorre tuttavia constatare che tali indagini sono iniziate e, praticamente,

si sono interamente svolte prima dell'istituzione dell'IDOC. Per quanto riguarda il signor Riedinger, le indagini amministrative effettuate sono state concluse prima di tale data, in quanto hanno prodotto una relazione consegnata l'8 agosto 2001. Quanto al signor Berthelot, le indagini si sono concluse con una relazione consegnata tre giorni dopo la data di istituzione dell'IDOC, ossia il 22 febbraio 2002.

**101.** La signora Cresson contesta anche la validità delle indagini dell'OLAF, sulle quali la DG ADMIN e poi l'IDOC si sarebbero basati nello svolgimento delle proprie indagini amministrative complementari.

**102.** In proposito, senza che sia necessario esaminare le affermazioni della signora Cresson in merito alle irregolarità formali nel procedimento d'indagine svolto dall'OLAF, si deve constatare che la DG ADMIN ha condotto le sue indagini e predisposto le sue relazioni in modo indipendente e che esse sono state riprese dall'IDOC quando è stato istituito. La comunicazione degli addebiti è stata fondata sulla base di queste relazioni, e non sulla base di quelle che ha potuto realizzare l'OLAF.

**103.** Bisogna capire poi se, nonostante la mancanza di disposizioni dettagliate che disciplinino l'azione oggetto dell'art. 213, n. 2, CE, siano stati rispettati i diritti della difesa.

**104.** Occorre ricordare che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi. Per costante giurisprudenza, l'osservanza dei diritti della difesa richiede che la persona contro cui la Commissione ha avviato un procedimento amministrativo sia stata in grado, durante tale procedimento, di far conoscere utilmente il suo punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti e delle circostanze fatte valere nonché sui documenti accolti dalla Commissione a sostegno delle sue affermazioni relative all'esistenza di una violazione del diritto comunitario (v. sentenza 10 luglio 1986 in causa n. 234/84, *Belgio c. Commissione, Raccolta*, p. 2263, punto 27).

**105.** È quindi importante verificare se la signora Cresson sia stata informata in tempo utile delle accuse che le erano mosse e se abbia avuto la possibilità di essere sentita.

**106.** L'azione avviata contro la signora Cresson sul fondamento normativo dell'art. 213, n. 2, CE è stata preceduta da un procedimento amministrativo iniziato dalla Commissione sulla base di indagini amministrative preliminari.

**107.** Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che, durante le indagini amministrative, la signora Cresson è stata contattata più volte dai servizi competenti e ha presentato le sue osservazioni con lettere datate 24 settembre, 22 ottobre e 17 dicembre 2001.

**108.** Il procedimento amministrativo è iniziato con l'invio alla signora Cresson, in data 6 maggio 2003, della comunicazione degli addebiti. Essa ha avuto accesso al suo fascicolo ed è stata invitata a presentare le sue osservazioni. Ha avuto a disposizione un termine di più di quattro mesi per rispondere a tale comunicazione e ha presentato le sue osservazioni per iscritto il 30 settembre 2003 ed oralmente il 30 giugno 2004. La Commissione ha deciso di adire la Corte il 19 luglio 2004.

**109.** Dallo svolgimento del procedimento amministrativo non emerge alcun elemento idoneo a ledere i diritti della difesa.

**110.** Al contrario, è chiaro che la Commissione, procedendo ad inviare alla signora Cresson una comunicazione degli addebiti che riprende l'insieme dei fatti che le sono contestati e la loro analisi giuridica, concedendo all'interessata l'accesso al

suo fascicolo, invitandola a presentare le sue osservazioni entro un termine di almeno due mesi ed avendo proceduto ad una sua audizione, ha seguito una procedura rispettosa dei diritti della difesa.

**111.** Quanto all'azione intentata dinanzi alla Corte, la signora Cresson afferma di non disporre di alcun mezzo di ricorso nel caso la Corte decida di infliggerle una sanzione. Essa ritiene che tale assenza di mezzi di ricorso costituisca una violazione dei diritti fondamentali della difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, sottolineando che un dipendente europeo può invece contestare una decisione dell'APN dinanzi al Tribunale e poi presentare alla Corte un ricorso di impugnazione.

**112.** A tale riguardo occorre citare l'art. 2, n. 1, del protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Roma il 4 novembre 1950, secondo cui ogni persona dichiarata rea da un tribunale ha diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da un tribunale della giurisdizione superiore. Anche ipotizzando che tale disposizione sia applicabile nel contesto di un procedimento fondato sull'art. 213, n. 2, CE, va ricordato che, ai sensi dell'art. 2, n. 2, del detto protocollo, tale diritto può essere oggetto di eccezioni, in particolare quando l'interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata.

**113.** Ne consegue che l'impossibilità di esperire un ricorso contro la decisione della Corte non costituisce affatto una carenza tale da ledere i diritti dei membri della Commissione alla tutela giurisdizionale effettiva e non consente, nel caso di specie, di invalidare il ricorso alla Corte.

**114.** Dalle considerazioni che precedono risulta che l'insieme dei motivi sollevati in sua difesa dalla signora Cresson, vertenti sulle questioni procedurali nonché sul rispetto di vari diritti, tra cui quelli della difesa, deve essere respinto.

#### *Sulle conseguenze del procedimento penale*

Osservazioni delle parti (*Omissis*)

Giudizio della Corte

**118.** È opportuno ricordare che i procedimenti disciplinari relativi ad un dipendente o agente delle Comunità, come quelli che hanno dato origine alla citata sentenza *François c. Commissione*, e i procedimenti relativi ad un membro della Commissione non sono soggetti alle stesse disposizioni. I primi sono disciplinati dalle norme dello Statuto del personale delle Comunità europee, i secondi seguono un procedimento autonomo, in forza dell'art. 213, n. 2, CE. Pertanto, le soluzioni applicate ai primi non sono necessariamente applicabili ai secondi.

**119.** Per quanto riguarda la signora Cresson, il procedimento penale ha dato origine, negli anni 1999-2004, ad un esame delle accuse che le erano state mosse.

**120.** Nei limiti in cui gli accertamenti svolti nel corso di tale procedimento vertono su fatti identici a quelli esaminati nel contesto del procedimento di cui all'art. 213, n. 2, CE e tali accertamenti sono inseriti nel fascicolo sottoposto alla Corte, quest'ultima ne può tener conto nell'ambito dell'analisi dei fatti addebitati alla signora Cresson in forza di detto articolo.

**121.** Tuttavia, la Corte non è vincolata dalla qualificazione giuridica dei fatti effettuata nel contesto del procedimento penale ed è suo compito valutare, nella pienezza dei suoi poteri discrezionali, se i fatti contestati nell'ambito di un procedimen-

to fondato sull'art. 213, n. 2, CE costituiscano una violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione.

**122.** La decisione della camera di consiglio del Tribunal de première instance di Bruxelles che dichiara l'assenza di prove contro la signora Cresson non può quindi vincolare la Corte.

**123.** Per quanto riguarda l'unico capo di imputazione inizialmente accolto dal procureur du Roi, ossia quello relativo agli ordini di missione fittizi redatti in nome del signor Berthelot, la Corte può tenere conto, senza esserne vincolata, degli accertamenti risultanti dalle indagini penali, ripresi dal procureur du Roi nella sua requisitoria.

**124.** Per quanto concerne l'assunzione del signor Berthelot, le affermazioni contenute nella requisitoria del procureur du Roi, secondo cui, da una parte, il *curriculum vitae* del signor Berthelot era simile a quello di altri ospiti scientifici assunti dalla Commissione e, dall'altra, alcuni membri del personale dei servizi della Commissione erano correntemente distaccati presso i gabinetti dei membri dell'istituzione o aggiunti all'organico ufficiale dei gabinetti, sono a loro volta pertinenti e possono essere prese in considerazione dalla Corte.

**125.** Al contrario, le conclusioni che il procureur du Roi trae da tali elementi, ossia che l'assunzione del signor Berthelot era regolare nel senso che non violava alcuna norma stabilita dalla Commissione, costituiscono una valutazione dei fatti. Si tratta di una valutazione fondata su un esame e su un'interpretazione delle disposizioni comunitarie, in particolare in materia di assunzione degli ospiti scientifici, che non vincolano la Corte.

*Sull'esistenza di una violazione degli obblighi di cui all'art. 213, n. 2, CE*

Osservazioni delle parti (*Omissis*)

Giudizio della Corte

(*Omissis*)

*Sulla domanda diretta alla pronuncia della decadenza dal diritto a pensione o da altri vantaggi sostitutivi*

**149.** La violazione degli obblighi derivanti dalla carica di membro della Commissione richiede, in linea di principio, l'applicazione di una sanzione in virtù delle disposizioni dell'art. 213, n. 2, CE.

**150.** Tuttavia, alla luce delle circostanze della fattispecie, occorre ritenere che la constatazione della violazione costituisca, di per sé, una sanzione adeguata.

**151.** Occorre quindi dispensare la signora Cresson da sanzioni aventi la forma di pronuncia della decadenza dal suo diritto a pensione o da altri vantaggi sostitutivi.

(*Omissis*)

## LA SENTENZA *CRESSON* E I DOVERI DEI COMMISSARI EUROPEI

**Sommario:** *Introduzione - 1. Sulla portata ed applicabilità dell'art. 213 CE - 2. Sulle sanzioni.*

### **Introduzione**

Fin dal loro insediamento, i membri della Commissione europea assumono l'impegno solenne di rispettare gli obblighi collegati alla carica, quali l'indipendenza, l'astensione da ogni atto incompatibile con le loro funzioni, il rispetto dei doveri di onestà e delicatezza, che possono riguardare anche l'eventuale assunzione di incarichi al termine del mandato.

Il dovere di indipendenza è strettamente collegato al fatto che i Commissari europei, pur se nominati dagli Stati membri, non ne sono i rappresentanti e che, nell'espletamento del loro mandato, devono perseguire l'interesse della Comunità. Da un lato, questa indipendenza avviene nei confronti degli Stati, consistendo tanto nell'obbligo di astenersi dall'agire in modo che sia incompatibile col carattere delle loro funzioni, quanto in quello proprio degli Stati di astenersi da ogni tentativo di influenzare i Commissari nell'esecuzione dei loro compiti.

Dall'altro lato, l'indipendenza deve essere vista come distanza da ogni tipo di interesse privato e professionale, nel pieno rispetto dei vincoli di integrità e lealtà, cosa che comporta un divieto di commistione che permane anche dopo la cessazione della carica.

Il Trattato CE prevede che i Commissari – a differenza dei funzionari comunitari – siano giudicati in unico grado dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, che potrà essere adita dal Consiglio o dalla Commissione. Nella loro pronunce, i giudici potranno dichiarare le dimissioni d'ufficio del Commissario ovvero, qualora la sentenza intervenga quando questi abbia già

cessato da tali funzioni, potranno decidere per la decadenza del diritto alla pensione ovvero di altri benefici aggiuntivi. Con una lettura combinata dell'art. 213 con l'art. 216, che riguarda esattamente l'ipotesi del dimissionamento d'ufficio, si può ricavare che tali sanzioni potranno essere irrogate qualora il comportamento tenuto dal soggetto accusato non abbia più risposto alle condizioni necessarie all'esercizio delle funzioni ovvero qualora il suo comportamento sia stato caratterizzato da colpa grave.

L'art. 213 non era mai stato, sino ad ora, applicato; in un solo caso il procedimento era stato avviato, ma il Consiglio aveva poi raggiunto un accordo con l'interessato, in modo da giungere alla rinuncia agli atti della causa<sup>1</sup>.

La sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio scorso<sup>2</sup>, assume pertanto una notevole importanza perché costituisce il primo caso di un tale tipo di pronuncia, costituendo così riferimento non solo per gli eventuali analoghi casi futuri, ma anche per una migliore definizione di quei tipi di comportamento che devono essere censurati qualora posti in essere dai funzionari comunitari o, a maggior ragione, da coloro che ricoprono posizioni di vertice istituzionale.

Il caso, che ha poi portato alla pronuncia della Corte, era stato anche oggetto dell'analisi di un gruppo di esperti indipendenti nominati dal Parlamento europeo per valutare la condotta dell'allora Commissione Santer, dimessasi di fronte alla possibilità di un voto di censura da parte dell'assemblea parlamentare.

In particolare, l'ex Commissario Cresson era accusata di avere indotto i servizi amministrativi delle direzioni generali che ad essa facevano riferimento in qualità di commissario con delega, tra le altre, alla scienza, alla ricerca e sviluppo ed alle risorse umane, a conferire degli incarichi rispettivamente di ospite scientifico e di consulente a due persone da essa indicate, nonostante tale possibilità dovesse essere esclusa per competenze degli interessati, per la loro età ed alla luce delle regole interne che concernono le tipologie delle assunzioni e dei conferimenti degli incarichi effettuabili dalle istituzioni comunitarie.

La pronuncia della Corte interviene, dunque, sulla portata dell'art. 213 CE e sui requisiti che potrebbero portare ad infliggere la sanzione delle dimissioni d'ufficio ovvero della perdita dei diritti di pensione o di altri benefici sostitutivi al soggetto risultato poi colpevole dei comportamenti ascrittigli.

<sup>1</sup> Si tratta del c.d. caso Bangemann. Sul punto si veda, ADAM, *Art. 213*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte dell'11 luglio 2006 in causa n. C-432/04, *Commissione c. Cresson*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6387 ss.

## 1. Sulla portata ed applicabilità dell'art. 213 CE

La Commissione ha adito la Corte di giustizia contestando alla signora Cresson i fatti richiamati. Nel ricorso, ha sottolineato che, l'art. 213, n. 2, riguarda l'inosservanza, da parte dei Commissari, degli obblighi derivanti dalla loro carica, che non risulterebbero rispettati da chi non agisce nell'interesse generale o che si lascia condizionare da considerazioni legate al suo interesse personale o privato, pecuniario o meno che sia: esattamente il tipo di comportamento nel ricorso stesso contestato.

Al contrario, secondo la signora Cresson, tale disposizione non sarebbe idonea a fungere da fondamento normativo al ricorso proposto innanzi alla Corte. Infatti, a suo dire, la norma in questione prevedrebbe che le violazioni commesse dai Commissari nel corso del mandato potrebbero essere sanzionate esclusivamente con la pronuncia delle dimissioni; il ricorso della Commissione non sarebbe quindi accoglibile perché la sanzione della decadenza dalla pensione non sarebbe prevista da alcun tipo di norma dell'ordinamento comunitario per la violazione contestata.

Inoltre, nella sua comparsa di risposta sostiene che le disposizioni di cui al numero 2 dell'art. 213 CE andrebbero applicate solamente per le ipotesi in cui un Commissario viene meno ai suoi obblighi di onestà e delicatezza accettando attività esterne particolari mentre esercita le sue funzioni o dopo la loro cessazione; al di fuori di queste ipotesi, le sanzioni richieste dalla Commissione non sarebbero applicabili.

La Corte, richiamata la disciplina prevista dall'art. 213 CE, precisa che l'elencazione dei doveri compiuta dalla norma ha una natura meramente esemplificativa, sì che gli obblighi da essi derivanti non potranno essere limitati al divieto di cumulo di attività durante il mandato di membro della Commissione ed al rispetto dei doveri di onestà e delicatezza in occasione dell'accettazione di funzioni al termine del mandato.

Inoltre, i giudici comunitari osservano che la nozione di «obblighi derivanti dalla loro carica» va interpretata estensivamente: da un lato, infatti, non risulta esservi alcun elemento che la limiti, dall'altro, alla luce dell'incarico ricoperto, è importante che il comportamento dei Commissari sia ancorato ai più severi parametri comportamentali. Per tale ragione, la Corte precisa che la nozione in questione dovrà comprendere anche il complesso dei doveri derivanti dalla carica di Commissario, tra i quali risulta esservi l'obbligo di agire in piena indipendenza e nell'interesse generale della Comunità, che dovrà necessariamente prevalere anche sugli eventuali interessi personali.

Una volta accertata, la violazione commessa potrà risultare sanzionabile se di una certa gravità e, in funzione del suo grado, nulla essendo precisato nella norma sulla portata delle sanzioni; sarà facoltà della Corte pronunciare la decadenza totale o quella parziale del diritto alla pensione o di altri benefici

aggiuntivi. Un ragionamento che, evidentemente, non potrà vedere applicazione nel caso in cui si debba decidere sulle dimissioni d'ufficio. Inoltre, la scadenza del mandato – sì che le dimissioni non possano essere più pronunciate – non potrà essere d'ostacolo alla condanna del membro della Commissione per una violazione compiuta nell'esercizio delle sue funzioni, pur se scoperta o provata in un tempo successivo.

L'azione del Consiglio o della Commissione non potrà essere comunque indefinita nel tempo. Secondo la Corte, infatti, pur se il testo dell'art. 213, n. 2, CE non prevede alcun termine specifico per il suo avvio, questo non potrà comunque essere illimitato. In mancanza di disposizioni specifiche, l'istituzione interessata dovrà preoccuparsi di non ritardare indefinitamente l'esercizio dei suoi poteri al fine di rispettare l'esigenza fondamentale della certezza del diritto<sup>3</sup> e del rispetto dei diritti di difesa, evitando anche di aumentare le difficoltà per i convenuti nel momento in cui saranno chiamati a confutare gli argomenti dell'istituzione interessata<sup>4</sup>.

Nonostante la mancanza di disposizioni dettagliate che disciplinino l'azione avviata ai sensi dell'art. 213 CE, i giudici correttamente osservano come il rispetto dei diritti di difesa in qualsiasi procedimento promosso in ambito istituzionale comunitario costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che dovrà essere sempre garantito, prescindendo dall'esistenza o meno di una previsione normativa in tal senso. Per giurisprudenza consolidata, infatti, l'osservanza dei diritti della difesa richiede che la persona contro cui è stato avviato un procedimento amministrativo sia stata in grado di far conoscere il suo punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti e delle circostanze fatte valere nonché sui documenti accolti dall'istituzione interessata a sostegno delle proprie affermazioni relative all'esistenza di una violazione del diritto comunitario<sup>5</sup>.

Quale che sia la conclusione cui questa potrà giungere, avrà soltanto la facoltà di adire la Corte di giustizia, unica competente ad accertare e dichiarare l'eventuale violazione, se del caso infliggendo la sanzione ritenuta appropriata.

Nel corso della procedura era stato ipotizzato che il procedimento in esame potesse essere comunque viziato per il fatto che il destinatario di una sanzione non avrebbe la possibilità di ricorrere avverso la sentenza della Corte di giustizia che, come noto, si pronuncia in unico grado: così facendo, si com-

<sup>3</sup> Sentenze del 23 febbraio 2006 in causa n. C-346/03, *Atzeni*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1875 e del 24 settembre 2002 in causa n. C-74/00, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7869.

<sup>4</sup> Sentenza del 16 maggio 1991 in causa n. C-96/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2461.

<sup>5</sup> Sentenza del 10 luglio 1986 in causa 234/84, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, 1986, p. 2263.



primerebbe il diritto fondamentale di difesa e quello ad una tutela giurisdizionale effettiva, in forza di un'asserita disparità di trattamento con i funzionari comunitari che, venendo giudicati in primo grado dal Tribunale della funzione pubblica, hanno al contrario l'opportunità di ricorrere avverso le pronunce di detto giudice.

La Corte respinge anche tale tesi, richiamando l'art. 2 del Protocollo n. 7, CEDU. Infatti, pur riconoscendo che al suo par. 1 tale norma afferma che ogni soggetto, se dichiarato colpevole, ha diritto alla possibilità di ricorrere innanzi ad una giurisdizione di istanza superiore, essa sottolinea che il successivo par. 2 afferma la possibilità che tale diritto sia oggetto di eccezioni, come nell'ipotesi in cui l'interessato sia stato giudicato innanzi ad un'istanza giurisdizionale più elevata: ipotesi che corrisponde a quella prevista dal Trattato CE e che è integrata nel caso di specie.

Infine, riveste interesse l'analisi che i giudici hanno compiuto circa il legame tra la procedura prevista dall'art. 213, n. 2, CE e l'eventuale procedimento penale che potrebbe essere avviato per gli stessi fatti dall'autorità giudiziaria competente. In specie, i fatti addebitati alla Cresson erano stati oggetto di azione penale da parte della magistratura belga e, per varie ragioni, non avevano portato a pronunce di condanna nei suoi confronti.

Secondo quanto affermato nelle motivazioni della sentenza, qualora gli accertamenti svolti nel corso di un procedimento penale vertano su fatti identici a quelli esaminati nel corso di un procedimento di siffatto genere avviato dalla Commissione o dal Consiglio, ed a condizione che siano inseriti nel fascicolo di causa, i giudici comunitari potranno tenerne conto nell'analisi dei fatti addebitati. In ogni caso, essi non risulteranno in alcun modo vincolata dalla qualificazione giuridica dei fatti effettuata nel procedimento penale e dalla decisione conclusiva dello stesso; conseguentemente, la Corte sarà comunque libera di valutare se i fatti addebitati costituiscano o meno una violazione di quegli obblighi che derivano dall'incarico di Commissario europeo e di infliggere o meno le opportune sanzioni.

## 2. Sulle sanzioni

Piuttosto, quello che desta perplessità nella decisione della Corte di giustizia è stata la scelta di non infliggere sanzioni all'ex Commissario Cresson nonostante il riconoscimento di una condotta contrastante con la norma dell'art. 213, n. 2, CE e cioè, precisamente, con l'obbligo di espletare il proprio mandato in piena indipendenza e perseguendo l'interesse generale della Comunità.

I giudici, da un lato, riconoscono che la violazione di tali obblighi richiederebbe, «in linea di principio»<sup>6</sup>, l'applicazione di una sanzione in virtù della

<sup>6</sup> Si vedano i punti 149 e seguenti della sentenza.

menzionata disposizione del Trattato; d'altra parte, esercitando un potere discrezionale senza peraltro fornire una seppur minima motivazione a sostegno della loro decisione, ritengono che la sanzione adeguata sia individuabile nella constatazione in sé della violazione, risparmiando così all'accusata di vedersi infliggere uno tra i diversi tipi di sanzioni previsti dal Trattato. Tra l'altro, il ragionamento dei giudici non è nemmeno comprensibile per via mediata attraverso le conclusioni dell'Avvocato Generale che, sul punto, al contrario, aveva proposto la sanzione nella misura della metà dei diritti a pensione e dei relativi vantaggi a partire dalla data della sentenza; giustificando l'attenuazione con il tempo intercorso tra il verificarsi dei fatti, l'azione d'indagine della Commissione e la pronuncia della Corte di giustizia<sup>7</sup>.

La perplessità cresce, in secondo luogo, alla luce dell'importanza che assume, in quanto primo caso, una pronuncia di siffatto genere, che racchiude inevitabilmente un messaggio dalla portata senz'altro negativa.

Un comportamento dettato dal favoritismo, dal venire meno di quegli obblighi che dovrebbero essere rispettati in ogni grado della pubblica amministrazione comunitaria, addirittura commesso da un Commissario nell'adempimento delle proprie funzioni, non merita altra sanzione che la constatazione della stessa. Sembra difficile che, in tal modo, tale comportamento possa essere scoraggiato; anzi, paradossalmente, viene implicitamente riconosciuta la modesta natura della sua gravità, cosa tutt'altro che condivisibile.

**Marco Borraccetti**

<sup>7</sup> Si rinvia ai punti 122 e seguenti delle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Geelhoed il 23 febbraio 2006.

## **GLI AFFIDAMENTI *IN HOUSE*: RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SINO ALLA SENTENZA TRAGSA II DEL 2007**

**Sommario:** *Premesse - 1. Indicazioni sintetiche sulla giurisprudenza - 2. La sentenza Teckal del 1999 - 3. La sentenza ARGE del 2000 - 4. La sentenza Stadt Halle del 2005 - 5. La sentenza Commissione c. Spagna del 2005 - 6. La sentenza CO.NA.ME del 2005 - 7. La sentenza Parking Brixen del 2005 - 8. La sentenza Mödling del 2005 - 9. La sentenza ANAV del 2006 - 10. La sentenza Carbotermo del 2006 - 11. La sentenza Auroux del 2007 - 12. La sentenza TRAGSA II del 2007 - 13. Rassegna dei principi consolidati.*

### **Premesse**

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di affidamenti diretti, c.d. «*in house*» (ovvero «*in house providing*»)<sup>1</sup>, è giunta ad un grado di svi-

<sup>1</sup> Quando si parla di affidamenti diretti *in house*, come noto, ci si riferisce alle ipotesi in cui una pubblica amministrazione (o un soggetto ad essa equiparato) è legittimata ad affidare direttamente, senza cioè esperire procedure di gara, l'esecuzione di un contratto, in virtù di particolari legami di carattere giuridico e funzionale con il soggetto affidatario. Il problema dell'*in house* verte appunto sui limiti che tale possibilità di affidamento diretto incontra. Per una recente definizione del concetto «*in house*» si veda anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1514 del 3 aprile 2007, *cit. infra*, nota 133. La dottrina sull'argomento è copiosissima. Si vedano, *ex pluribus*: C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 495; M. ALESIO, *L'affidamento dei servizi pubblici: spazi ristretti per le attività in house*, in *Diritto e giustizia*, 2004, fasc. n. 38, p. 22; ID., *Società miste, no all'affidamento diretto - mai appalti in house se ci sono i privati*, in *Diritto e giustizia*, 2005, fasc. n. 5, p. 84; ID., *Comuni e servizi: difficile evitare le gare. Quel controllo strutturale sugli affidatari*, in *Diritto e giustizia*, 2006, fasc. n. 34, p. 84; G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002, fasc. n. 5, p. 1568; ID., *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, fasc. n. 5, p. 1232; O. M. CALSOLARO, *In house providing: il Tar Napoli interpreta il concetto di controllo analogo*, in *Foro amm. - T.A.R.*, fasc. n. 4, p. 1165; ID., *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, fasc. n. 6, p. 1670; L. CAMERIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 587 ss.; M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 801; G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 823; F. CARINGELLA, *Lo strano caso dell'affidamento in house*, in *Corr. Merito*, 2005, p. 347 ss.; E. CARLONI, *Il "carattere" del servizio locale e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni*, in *Servizi Pubbl. e Appalti*, 2004, p. 786; D. CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, fasc. n. 12, p. 3544; ID., *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli*

luppo ed approfondimento tali da rendere necessario uno sforzo di sintesi.

Una premessa metodologica è doverosa.

Per un corretto approccio alla giurisprudenza comunitaria non si può prescindere dalle singole fattispecie concrete, dal momento che ogni situazione specifica, oggetto di esame da parte della Corte, fornisce in genere i dati essenziali per comprendere la portata della sentenza che l'ha esaminata e risolta.

Nell'analisi di ogni decisione, quindi, occorre ripercorrere i tratti salienti della fattispecie rispettiva, evidenziandone gli elementi essenziali ai fini del *decisum*.

Di conseguenza, la normativa e la giurisprudenza nazionali, alle quali si dovrà far riferimento, saranno richiamate nel presente lavoro solo laddove potranno offrire spunti di particolare interesse.

Per offrire un preliminare quadro di insieme a scopo introduttivo, verrà sintetizzato il contenuto (di massima) delle decisioni della Corte. Si potrà così passare alla disamina di ogni singola sentenza e, infine, proporre una breve rassegna dei principi acquisiti.

*appalti pubblici*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, fasc. n. 12, p. 3827; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 2, p. 331; A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a soggetti a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); R. DE NICTOLIS, *La Corte UE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 288 ss.; A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2005, fasc. n. 6, p. 1937; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. "affidamenti in-house"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 945; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 537; F. MIDIRI, *Il Consiglio di Stato, tra l'estensione dei parametri di ammissibilità dell'in house providing previsto dal legislatore italiano (e trentino) e i dubbi sulla sua compatibilità con l'ordinamento comunitario*, in *Servizi Pubbl. e Appalti*, 2004, p. 538; L. R. PERFETTI, *Nozione di servizio pubblico locale e fini sociali. Revirement del Consiglio di Stato in tema di servizi pubblici locali*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, fasc. n. 3, p. 1000; ID., *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, fasc. n. 3, p. 870; nonché ID., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, fasc. n. 4, p. 1161; F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Servizi Pubbl. e Appalti*, 2005, p. 456; C. M. SARACINO, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi Pubbl. e Appalti*, 2005, p. 631; E. SCOTTI, *Brevi considerazioni sulla scelta del socio di società mista a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, fasc. n. 2, p. 415; E. VARANI, *"L'in house providing" il concetto di controllo analogo tra disciplina comunitaria e normativa interna*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). Parimenti copiosa è la giurisprudenza nazionale; oltre alle decisioni del Consiglio di Stato di cui si parlerà in prosieguo, si segnalano, *ex pluribus*, solo nell'ultimo anno: TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, n. 91 del 2007; TAR Friuli Venezia Giulia n. 13 del 2007; TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 4 del 2007; Consiglio di Stato, sez. V, n. 5 del 2007; Consiglio Stato, sez. VI, n. 7950 del 27 dicembre 2006; TAR Veneto, Venezia, sez. I, n. 4057 del 14 dicembre 2006; TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 2920 del 12 dicembre 2006; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 8055 del 13 settembre 2006; TAR Liguria, Genova, sez. I, n. 829 del 13 luglio 2006; Consiglio Stato, sez. V, n. 4440 del 13 luglio 2006; TAR Sicilia, Catania, sez. II, n. 1056 del 21 giugno 2006; TAR Veneto, Venezia, sez. I, n. 1029 del 18 aprile 2006; TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 1318 del 12 aprile 2006; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 3135 del 23 marzo 2006; TAR Lombardia, Brescia, n. 301 del 16 marzo 2006.

## 1. Indicazioni sintetiche sulla giurisprudenza

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Alber nella causa *RI.SAN*.<sup>2</sup> si accenna per la prima volta alla «delegazione di compiti nell'ambito dell'Amministrazione»<sup>3</sup>, e, quindi, al modello di affidamento diretto *in house*. La questione dell'*in house* non è però affrontata nella sentenza della Corte<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> La causa *RI.SAN*. riguardava un caso di affidamento diretto (senza gara) di un contratto (in specie una concessione) avente ad oggetto il servizio di raccolta di rifiuti. L'affidamento in questione era avvenuto da parte del Comune di Ischia ad una società, la Ischia Ambiente S.p.a., partecipata dal Comune stesso per il 51% e per il 49% da una società dello Stato, la GEPI S.p.a., preposta al sostegno finanziario di varie attività di interesse pubblico (in base alla legge n. 184 del 22 marzo 1971). Secondo l'Avvocato Generale, se ricorrono determinate circostanze si deve escludere la sussistenza stessa di un rapporto contrattuale e si deve escludere, conseguentemente, la necessità di una gara (prevista allo scopo di selezionare un terzo contraente). L'Avvocato Generale usa, come già evidenziato, l'espressione «delegazione di compiti nell'ambito dell'Amministrazione», delegazione che ritiene potersi unicamente invocare in presenza di affidamenti tra enti pubblici (quindi "all'interno" della pubblica amministrazione *lato sensu*) e a condizione che sussista un effettivo controllo sia gestorio che finanziario da parte dell'ente affidante sull'ente affidatario: «(...) un servizio "in-house", in cui la prestazione è fornita da una parte della pubblica amministrazione, sfugge alla direttiva n. 92/50, già per il fatto che in tal caso non sussiste alcun appalto, cioè non si affida ad un terzo lo svolgimento di una prestazione di servizio» (punto 49 ultima frase delle citate conclusioni). «La questione se il Comune di Ischia e la Ischia Ambiente Spa siano parti della stessa pubblica amministrazione – e se ci si trovi quindi in presenza di un servizio "in-house" – deve essere risolta in base alle circostanze di fatto. La qualità di società per azioni della Ischia Ambiente Spa non basta però, contrariamente all'opinione della *RI.SAN*., ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. La classificazione della Ischia Ambiente SpA deve piuttosto essere effettuata da un punto di vista funzionale. E perciò decisivo accertare in che misura la pubblica amministrazione controlla la società di cui trattasi» (punto 52). «Oltre all'intreccio finanziario è tuttavia necessario, per constatare l'esistenza di un servizio "in-house", accertare altresì la presenza di una attribuzione di compiti fra organi. Potrebbe inoltre essere eventualmente necessario, ad esempio, che l'ulteriore attività della Ischia Ambiente SpA sia resa possibile dalla predisposizione di ulteriori finanziamenti comunali ed eventualmente dalla fissazione di una tassa per lo smaltimento dei rifiuti. Nel loro insieme, gli elementi forniti dal giudice *a quo* non consentono tuttavia di stabilire con assoluta sicurezza se vi sia una tale attribuzione di compiti. Se il giudice *a quo* dovesse nondimeno concludere che tanto la connessione finanziaria quanto quella amministrativa tra il Comune e la Ischia Ambiente SpA soddisfano queste condizioni, ci troveremo effettivamente di fronte ad un servizio "in-house", con la conseguenza che neppure in questo caso si applicherebbe la direttiva n. 92/50» (punto 54). La sentenza del 9 settembre 1999 in causa n. 108/98, *RI.SAN*., è pubblicata in *Raccolta*, 1999, I, p. 5238 ss.

<sup>3</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber del 18 marzo 1999 in causa n. C-108/98, *RI.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5221, punto 57.

<sup>4</sup> La Corte, non accenna all'*in house*. Basandosi sulla qualificazione giuridica del contratto quale concessione (e non quale appalto), afferma che l'affidamento non può essere valutato rispetto alle direttive in materia di appalti, ma unicamente rispetto alle disposizioni del trattato (in particolare l'art. 55); dichiara quindi che nella fattispecie concreta, in quanto esclusivamente interna allo Stato italiano, tali disposizioni del Trattato sono inapplicabili. Per inciso, si segnala che la giurisprudenza successiva della Corte ha ampliato considerevolmente il concetto di rilievo comunitario, riconoscendo rilevanza, sotto il profilo del diritto comunitario, anche ad affidamenti di concessioni puramente interne agli Stati membri. Si veda il punto 20 della sentenza *CO.NA.ME* del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *cit. infra*, nota 14; e si vedano le conclusioni rassegnate in tale causa il 12 aprile 2005 dall'Avvocato Generale Stix-Hackl ai punti 26 ss.: «dal punto di vista sostanziale, si dovrebbe stare in guardia contro una dogmatizzazione dell'approccio scelto nella causa *RI.SAN*. Proprio nella disciplina degli appalti, che mira ad aprire i mercati nazionali, non può infatti ritenersi determinante la circostanza che in un concreto procedimento di aggiudicazione e/o nel procedimento di controllo nazionale ad esso collegato tutti i partecipanti provengano dallo stesso Stato membro dell'autorità aggiudicatrice. Ciò potrebbe, infatti, anche considerarsi come indizio del fatto che non sia stata precisamente data la necessaria pubblicità all'apertura della procedura di aggiudicazione e che,

La prima sentenza sull'*in house* è, quindi, quella pronunciata nella causa *Teckal* del 18 novembre 1999<sup>5</sup>, nella quale la Corte pone le due (note) condizioni cumulative del «controllo analogo» e della «parte prevalente» (ovvero dell'«asservimento funzionale»). Secondo la Corte occorre che sussista un potere di «controllo» da parte dell'ente affidante sull'ente affidatario di tale intensità da poterlo considerare «analogo» a quello esercitato sui propri servizi interni; occorre altresì che la «parte prevalente» dell'attività dell'ente affidatario sia rivolta all'ente (o agli enti) che esercitano tale potere di controllo<sup>6</sup>.

Nel dicembre del 2000 viene emessa la sentenza *ARGE*<sup>7</sup>.

La Corte riconosce la piena ammissibilità della partecipazione alle gare d'appalto comunitarie di soggetti «semi-pubblici»<sup>8</sup>. Il vantaggio concorrenziale dovuto dalla presenza di finanziamenti pubblici, a favore di tali soggetti, non rappresenta di per sé motivo di violazione della concorrenza. Occorre anche in tali casi che le gare vengano esperite. E non è consentito alcun affidamento diretto, a meno che, e qui ritorna il richiamo ai principi della sentenza *Teckal*, non ci si trovi in presenza delle due condizioni (tassative in quanto derogatorie) per l'*in house*.

Dopo la sentenza *ARGE* è seguito un silenzio relativamente lungo<sup>9</sup>, di oltre quattro anni.

peraltro, non abbia potuto parteciparvi alcun imprenditore straniero. Questo vale non soltanto per le direttive sugli appalti, bensì anche per le libertà fondamentali in causa. Si devono infatti tutelare non solo gli imprenditori che hanno effettivamente partecipato alla procedura di aggiudicazione, bensì anche i potenziali offerenti. Il potenziale coinvolgimento di imprese di altri Stati membri è pertanto già sufficiente a configurare una fattispecie che varca i confini nazionali e con esso ricorre pertanto un presupposto per l'applicazione delle libertà fondamentali».

<sup>5</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121.

<sup>6</sup> In appresso, nel secondo paragrafo, si illustrerà con maggior precisione il contenuto di tali requisiti dal momento che essi rappresenteranno il cardine intorno a cui ruoterà tutta la successiva giurisprudenza.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2000 in causa n. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11037.

<sup>8</sup> Definizione utilizzata al punto 2 della sentenza.

<sup>9</sup> Ad onor del vero, all'*in house providing* si fa riferimento anche nella sentenza *TRAGSA I* della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003 in causa n. C-349/97, *Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3851. Si tratta di una sentenza in materia di politica agricola nella quale, tuttavia, ci si occupa incidentalmente della legittimità dell'affidamento diretto (di un servizio attinente alla produzione oleica) a favore della TRAGSA (Empresa de Transformación Agraria SA), ente costituito con normativa spagnola *ad hoc*, quale strumento per lo sviluppo rurale e per la conservazione dell'ambiente. La sentenza in questione al punto 204 dice che «(...) occorre ricordare come la Corte abbia ammesso un'eccezione all'applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, eccezione denominata «In House Providing», la quale riguarda i contratti conclusi da un'amministrazione aggiudicatrice con determinati organismi pubblici aventi legami con essa. I limiti di tale eccezione sono stati chiariti in particolare nelle sentenze (...) *Teckal* (...) e (...) *ARGE Gewässerschutz* (...). Da tali sentenze risulta che, in mancanza di una deroga espressa, è sufficiente, in linea di principio, per la conclusione di un appalto pubblico, che il contratto sia stato stipulato tra, da un lato, un ente territoriale e, dall'altro, un soggetto giuridicamente distinto da tale ente. Diversa soluzione si impone soltanto nell'ipotesi in cui l'ente territoriale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello che il detto ente esercita sui propri servizi e, allo stesso tempo, tale soggetto svolga la parte essenziale

Solo nel gennaio 2005 sopraggiunge la sentenza *Stadt Halle*<sup>10</sup>. Si tratta di una decisione dirompente rispetto al contesto giurisprudenziale nazionale<sup>11</sup>. La Corte chiarisce che l'affidamento *in house* non è mai consentito se l'ente affidatario è partecipato, ancorché in misura del tutto minoritaria, da «imprese private», con ciò "minando alla base" gli affidamenti diretti alle società miste pubblico-private.

Contemporaneamente (di lì a due giorni) la Corte pronuncia la sentenza *Commissione c. Spagna*<sup>12</sup> che, oltre ad una riflessione interessante sulla nozione comunitaria di «organismo di diritto pubblico», definisce ulteriormente i limiti dell'*in house*, sancendo in particolare il divieto di affidamenti diretti nei casi di «accordi di collaborazione interamministrativi»<sup>13</sup>.

Passano pochi mesi e sopraggiunge la sentenza *CO.NA.ME*, del 21 luglio 2005<sup>14</sup>, nella quale, per la prima volta, la Corte affronta il problema degli affidamenti *in house* nel contesto delle concessioni<sup>15</sup>.

della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano», in correlazione coi punti 186 e 187, secondo cui «occorre ricordare che la TRAGSA, benché costituita in forma di società per azioni assoggettata alle norme privatistiche, (...) è considerata, ai sensi dell'art. 88, n. 4, della legge spagnola (...) che conferma il regime speciale di cui gode tale impresa sin dalla sua costituzione, come un «ente strumentale» («medio propio instrumental») e come un «servizio tecnico dell'amministrazione» («servicio técnico de la Administración»); (...) ai sensi della medesima norma nazionale sopra citata, è «tenuta ad effettuare, in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle sue controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'amministrazione generale dello Stato, dalle comunità autonome e dagli organismi pubblici da esse dipendenti (...); (...) è dotata di un capitale pubblico. Un tale organismo, che, malgrado la sua autonomia finanziaria e contabile, è interamente sottoposto al controllo dello Stato, deve essere considerato come uno dei servizi propri dell'amministrazione spagnola (...)». Di affidamenti diretti alla TRAGSA si occuperà specificamente la recentissima sentenza *TRAGSA II* della Corte 19 aprile 2007, analizzata al par. 12.

<sup>10</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1.

<sup>11</sup> Si veda, per tutte, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5316 del 13 maggio 2003, secondo la quale, in particolare, l'*in house* sarebbe stato possibile in presenza di una partecipazione privata nell'ente affidatario, a condizione che la partecipazione pubblica fosse maggioritaria. Per un ampio *excursus* della giurisprudenza e dottrina dell'epoca, si veda F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 737 ss.

<sup>12</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2005 in causa n. C-84/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 139.

<sup>13</sup> Espressione utilizzata ai punti 18 e 39 della sentenza.

<sup>14</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque S.p.a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7287.

<sup>15</sup> La "concessione" si basa su di un rapporto di rilievo trilaterale, intercorrente tra amministrazione, concessionario e utenza collettiva, nel quale si verifica un conferimento al concessionario del diritto di gestire un servizio e/o realizzare un'opera unitamente al diritto di percepirne i proventi direttamente dall'utenza (anche accompagnato, ma in misura non determinante, da un prezzo eventualmente pagato dalla pubblica amministrazione). Il concessionario risulta assumere il rischio della complessiva remuneratività dell'operazione. Tali elementi distinguono le concessioni dagli appalti, caratterizzati viceversa dalla predeterminazione di un corrispettivo a favore dell'appaltatore (e a carico dell'amministrazione), nell'ambito di un rapporto di rilievo strettamente bilaterale, senza che intervenga un apporto economico da parte dell'utenza e quindi senza assunzione del "rischio" economico testé evidenziato. Sulla nozione comunitaria di concessione di servizi e sulla differenza dall'appalto, oggetto di vastissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si veda semplicemente l'art. 1, par. 4, della direttiva "unificata" n. 2004/18/Ce del 31 marzo 2004, secondo cui

Il tema è sviluppato, di lì a pochi mesi, nella sentenza *Parking Brixen*<sup>16</sup>, anch'essa relativa ad un affidamento (senza gara) di una concessione; la Corte afferma, per meglio chiarire la sentenza *CO.NA.ME*, che i principi dell'*in house* trovano piena applicazione anche in materia di concessioni. Si precisa altresì che l'affidamento diretto non deve essere ritenuto *a priori* ammesso nemmeno nel caso di partecipazione pubblica totalitaria dell'ente affidatario<sup>17</sup>.

Il 10 novembre 2005 è quindi la volta della sentenza *Mödling*<sup>18</sup>, nella quale la Corte porta ad ulteriore sviluppo tale ultimo tema, sancendo l'illegittimità di un affidamento senza gara ad una società a partecipazione pubblica totalitaria che sarebbe stata, dopo poco tempo, parzialmente privatizzata.

Sullo stesso aspetto torna la sentenza *ANAV*<sup>19</sup>, sentenza che condiziona la legittimità degli affidamenti diretti alla circostanza che, nell'arco dell'intera vigenza del contratto di affidamento, non si verifichi un'apertura del capitale dell'ente affidatario alla partecipazione privata.

Con la sentenza *Carbotermo* la Corte, oltre a ribadire, in tutto il suo vigore, la giurisprudenza precedente in ordine al requisito del c.d. «controllo analogo», affronta per la prima volta il secondo requisito per l'*in house*, ovvero sia quello del c.d. «asservimento funzionale» (o della «parte più importante»), sancendo in particolare che le attività economiche dell'ente affidatario rivolte a favore di soggetti diversi dall'ente pubblico controllante devono rivestire carattere puramente «marginale».

La successiva sentenza *Auroux*<sup>20</sup> offre taluni spunti interpretativi *a.* sull'inapplicabilità dell'*in house providing* in presenza di partecipazioni private,

«la "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo»; si veda altresì, sull'inapplicabilità alle concessioni delle regole procedurali previste per gli appalti, l'art. 17 della direttiva in questione, richiamato *supra*, nota 2. Si vedano altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola nella causa n. C-360/95, *BFI Holding*, rassegnate il 19 febbraio 1998, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6921.

<sup>16</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9705.

<sup>17</sup> Di opposto avviso era stata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7345 del 22 dicembre 2005, secondo la quale sarebbe stato desumibile *a contrariis* dalla sentenza *Stadt Hall* che gli affidamenti diretti erano ammessi "naturaliter" in caso di partecipazione pubblica totalitaria dell'ente affidatario; si ammetteva anche che tale partecipazione pubblica totalitaria non doveva essere integralmente in capo all'ente affidante/controllore ma, più genericamente, che potesse essere riferibile ai vari enti pubblici che detenessero quote in capitale. Su tale ultimo profilo si vedano i par. 8 e 10 in commento alle sentenze *Mödling* e *Carbotermo*.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2005 in causa n. C-29/04, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9705.

<sup>19</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio Spa*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3303.

<sup>20</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007 in causa n. C-220/05, *Jean Auroux e a. c. Commune de Roanne e Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito *internet* della Corte di giustizia: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).



anche solo di carattere finanziario, nell'ente affidatario, *b.* sull'estensione dell'*in house* al settore dei lavori pubblici, *c.* sull'irrilevanza, infine, di eventuali obblighi imposti all'ente affidatario, siano essi *ex lege* o *ex contractu*, di espletare, a sua volta, gare d'appalto<sup>21</sup>.

Conclude infine la giurisprudenza comunitaria, ad oggi, la sentenza *TRAGSA II*<sup>22</sup> che ammette gli affidamenti diretti nei casi di enti affidatari sottoposti a vincoli (prestabiliti a livello normativo) sia sull'esecuzione sia sulle condizioni contrattuali.

Ciò schematicamente ricordato, procediamo ora all'analisi in dettaglio delle sentenze della Corte.

## 2. La sentenza *Teckal* del 1999

Come già ricordato, la prima volta in cui la Corte si occupa dell'*in house providing* è con la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999<sup>23</sup>.

La fattispecie riguarda un affidamento diretto di un appalto di forniture<sup>24</sup>, da parte del Comune di Viano (Reggio Emilia), ad un'azienda speciale (in forma consortile, costituita ai sensi degli artt. 23 e 25 dell'allora vigente legge sull'ordinamento degli enti locali, legge n. 142 dell'8 giugno 1990<sup>25</sup>) denominata AGAC (Azienda Gas-Acqua Consorziata di Reggio Emilia), partecipata dal Comune di Viano stesso per una quota minimale<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Si vedano in specie i punti 62, 63, 64, 66, 67 e 68 della sentenza. Sul che si tornerà, in commento alla sentenza, nel par. 11.

<sup>22</sup> Ovvero ASEMFO: sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007 in causa n. C-295/05, *Asociacion nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) c. Transformacion Agraria SA (TRAGSA) e Administracion del Estado*, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet della Corte di giustizia: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Segue alla sentenza *Commissione c. Spagna*, ovvero *TRAGSA I*, *cit. supra*, nota 9.

<sup>23</sup> *Cit. supra*, nota 5.

<sup>24</sup> La questione era invero posta dall'ordinanza di rimessione del Giudice nazionale, con riferimento all'art. 6 della direttiva n. 92/50/Cee in materia di appalti di servizi (*cit. infra*, nota 45), ma la Corte, giusta la prevalenza economica, nell'oggetto del contratto, delle forniture rispetto ai servizi, provvede ad una riqualificazione della fattispecie, valutando quindi la legittimità dell'affidamento con riferimento alla direttiva n. 93/63 Cee del 14 giugno 1993, in *Guce* n. L 199 del 9 agosto 1993, p. 1. Sul che si vedano i punti 39, 40 e 41 della sentenza.

<sup>25</sup> Ora sostituito dal dlgs n. 267 del 18 agosto 2000 - Testo Unico degli Enti Locali, in *Guri* n. 227 del 28 settembre 2000, *suppl. ord.*; si vedano in particolare gli artt. 112 ss. Secondo il disposto dell'art. 23 della l. n. 142/1990, in particolare, «l'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale (1° comma) (...). Nell'ambito della legge, l'ordinamento ed il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinati dal proprio statuto e dai regolamenti; quelli delle istituzioni sono disciplinati dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale da cui dipendono (5° comma) (...). L'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali (6° comma)».

<sup>26</sup> Inferiore all'uno per cento. Il restante capitale apparteneva, in misura variabile, ad altri quarantacinque comuni della provincia di Reggio Emilia.

La Corte chiarisce preliminarmente che a nulla rileva, ai fini di addurre una deroga alle regole di affidamento tramite gara, il fatto che l'ente affidatario sia a sua volta tenuto ad applicare le regole di gara<sup>27</sup>, e chiarisce altresì che l'obbligo di gara sussiste a prescindere dal fatto che l'affidamento intercorra fra pubbliche amministrazioni<sup>28</sup>. La gara è sempre necessaria a meno che, e qui introduce il principio *in house*, non ricorra fra ente affidante ed ente affidatario un rapporto talmente stretto, sia sotto il profilo gestionale che funzionale, da annullare ogni formale terzietà giuridica per ricondurre i due enti a sostanziale unità.

Le condizioni<sup>29</sup> per l'*in house* sono due.

Occorre, «nel contempo»<sup>30</sup> che «l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi [persona giuridica - ente affidatario; *n.d.r.*] un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi» e che «la persona realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano»<sup>31</sup>.

I suddetti due requisiti (per brevità detti «del controllo analogo» e «dell'asservimento funzionale») rappresenteranno un richiamo costante nella successiva giurisprudenza della Corte, che vieppiù ne ha definito i contorni.

Preme sottolineare "l'approccio restrittivo" proposto, sin dall'inizio, dalla Corte, per la natura derogatoria degli affidamenti *in house* rispetto all'obbligo, generalmente imperante, degli affidamenti tramite gara<sup>32</sup>. Tale "approccio restrittivo" contrassegnerà tutta la successiva giurisprudenza comunitaria.

<sup>27</sup> In proposito, la Corte, seppur in modo estemporaneo, afferma l'irrelevanza di un eventuale "obbligo a cascata" in capo all'ente affidatario; ed infatti, da un lato, al punto 44 si evidenzia che «la direttiva n. 93/36 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva n. 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici»; dall'altro lato si riconosce (al successivo punto 45) che «si deve peraltro osservare che tale constatazione [la insussistenza cioè, in materia di forniture, di disposizioni derogatorie che, a determinate condizioni, offrano la possibilità di affidamenti diretti ad amministrazioni aggiudicatrici] non pregiudica l'obbligo di queste ultime amministrazioni aggiudicatrici di applicare a loro volta le procedure di gara previste dalla direttiva n. 93/36», con ciò ponendosi in luce il fatto che la presenza di un obbligo di seguire le regole di gara da parte dell'ente affidatario di per sé non "sposta il problema" della possibilità o meno di un affidamento diretto a suo favore.

<sup>28</sup> Tema poi sviluppato dalla sentenza *Commissione c. Spagna* del 13 gennaio 2005, di cui si dirà al par. 5.

<sup>29</sup> Condizioni che, per inciso, devono essere interpretate in modo assolutamente restrittivo, alla stregua di tutte le ipotesi di deroga alle regole di gara. Si veda in specie il punto 49 della sentenza. Si segnala che il Giudice nazionale ha, poi, in effetti, escluso che nel caso di specie sussistessero le condizioni per l'affidamento diretto "in house" (sentenza del TAR Parma del 7 ottobre 2000 n. 444).

<sup>30</sup> Punto 50 della sentenza; i requisiti devono intendersi quindi cumulativi.

<sup>31</sup> Sempre al punto 50 della sentenza.

<sup>32</sup> È al riguardo significativo il punto 43 della sentenza secondo cui, a mo' di monito, «si deve ricordare che le uniche deroghe consentite all'applicazione della direttiva n. 93/36 sono quelle in essa tassativamente ed espressamente menzionate (...); ed è parimenti significativo il successivo punto 50 nella parte in cui evidenzia che, ai fini dell'applicazione della direttiva in questione e, quindi, delle regole di gara, «basta in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui (...)» sussistano nel contempo le due condizioni richiamate, evidentemente da intendersi quindi del tutto eccezionali e, quindi, da interpretarsi in modo restrittivo.

### 3. La sentenza *ARGE* del 2000

Sopraggiunge poi, il 7 dicembre 2000, la sentenza *ARGE*<sup>33</sup>.

Si trattava di un caso di appalto di servizi di consulenza ambientale cui avevano partecipato un'impresa privata (la *ARGE*) e alcune società del settore pubblico, centri di ricerca e sperimentazioni, "avvantaggiati"<sup>34</sup> da finanziamenti pubblici.

La *ARGE* contestava la possibilità di partecipazione di tali soggetti, assumendo il contrasto con le direttive in materia di appalti.

La *ARGE* sosteneva la necessità, sottesa alle direttive stesse, che la gara venisse svolta in un contesto di competizione concorrenziale effettiva, e non in un contesto falsato "a monte" dalla presenza di taluni soggetti «semipubblici»<sup>35</sup>, come tali beneficiari di finanziamenti che li avrebbero inevitabilmente avvantaggiati.

Ebbene, la Corte ricorda preliminarmente<sup>36</sup> che nessuna disposizione della normativa in materia di appalti<sup>37</sup> esclude che i suddetti soggetti «semipubblici» possano partecipare agli appalti. La Corte evidenzia, al contrario, che è

Estremamente chiaro è poi l'Avvocato Generale Cosmas, nelle conclusioni rassegnate il 1° luglio 1999 al punto 65: «se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire (...)».

Agli antipodi di tale approccio restrittivo (fondato sulla natura derogatoria di ogni affidamento diretto) si è di recente posto il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 7369 del 4 luglio 2006, laddove, in relazione ad un affidamento senza gara di taluni servizi pubblici locali (ai sensi dell'art. 113 del dlgs n. 267/2000), da parte del Comune di Genova ad una società (la A.S.TER S.p.a.) partecipata dal Comune stesso in modo totalitario (al momento dell'affidamento, ma non immediatamente dopo; si vedano in appresso i par. 8 e 9 sulle sentenze *Modling* e *ANAV*), si è affermato che «(...) non occorre procedere ad un affidamento con le procedure di evidenza pubblica, avendo al momento la Società di capitali come socio unico il Comune di Genova. Né sono state contestate le ulteriori condizioni necessarie per l'affidamento diretto di un servizio pubblico e cioè che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano». Come si nota l'approccio interpretativo all'*in house* è capovolto: non è, per il Consiglio di Stato, onere dell'amministrazione addurre e dimostrare la sussistenza delle eccezionali condizioni per l'*in house* quanto, al contrario, onere delle imprese "controinteressate" contestarne l'insussistenza, così capovolgendo il rapporto regola-eccezione. Si segnala a riguardo che, nelle more del presente scritto, la Commissione europea avrebbe attivato una procedura di infrazione proprio relativa a tale affidamento senza gara, come segnalato dal quotidiano *Il Sole 24 Ore* dell'11 aprile 2007, p. 27.

<sup>33</sup> Sentenza *cit. supra*, nota 7.

<sup>34</sup> Vedasi subito *infra*.

<sup>35</sup> Termine utilizzato dalla sentenza al punto 13.

<sup>36</sup> Punto 27: «(...) occorre rilevare che gli artt. 23 e 29-37 della direttiva n. 92/50 contengono disposizioni precise circa le condizioni di selezione dei prestatori di servizi ammessi a presentare un'offerta e alle condizioni di aggiudicazione dell'appalto, ma nessuna di queste disposizioni prevede che un offerente debba essere escluso o che la sua offerta debba essere respinta per principio per il solo fatto che esso riceve sovvenzioni pubbliche».

<sup>37</sup> Nel caso di specie, si trattava della direttiva n. 92/50 Cee in materia di appalti di servizi, *cit. infra*, nota 45.

addirittura espressamente prevista<sup>38</sup> la partecipazione alle gare degli enti «integralmente» pubblici, e quindi, a maggior ragione, deve ritenersi consentita ad enti che lo siano solo parzialmente.

Una gara, quindi, cui partecipino offerenti «semipubblici», ed in particolare offerenti che godano, direttamente o indirettamente dei benefici correlati alla partecipazione pubblica e alla presenza, quindi, di fondi pubblici<sup>39</sup>, è perfettamente ammessa.

La questione è strettamente connessa all'*in house*. L'affidamento diretto a tali soggetti particolari, partecipati dall'amministrazione, costituisce, secondo la «teoria *in house*», una deroga eccezionale ammessa a condizioni tassative. Ne discende, *de relato*, che in tutti i casi in cui non ricorrano le condizioni richieste, la gara deve essere espletata.

Dalla sentenza *ARGE* si ricava che ad una tale gara potranno legittimamente partecipare anche i soggetti pubblici o «semi pubblici», ed in particolare anche quegli stessi soggetti che l'amministrazione affidante abbia creato per dotarsi di «appendici operative».

La sentenza in commento sancisce un principio di massima concorrenza che non consente scappatoie. Chi sostenesse che gli affidamenti diretti rispondono alla necessità di garantire all'amministrazione le migliori prestazioni (grazie a strumenti operativi direttamente controllati) dovrà prendere atto che una riprova in tal senso si può avere solo attraverso la competizione con le altre imprese operanti sul mercato e, quindi, dopo l'espletamento di una gara.

A questo proposito sovviene il richiamo ai principi «*Teckal*»<sup>40</sup> sull'*in house*.

<sup>38</sup> Punto 28: «(...) l'art. 1, lett. c., della direttiva n. 92/50 autorizza esplicitamente la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di enti finanziati eventualmente mediante fondi pubblici. Infatti, esso indica che l'offerente è il prestatore di servizi che ha presentato un'offerta e definisce questo prestatore come qualsiasi persona fisica o giuridica, «inclusi gli enti pubblici», che fornisce servizi».

<sup>39</sup> Salvo circostanze particolari che determinino la violazione della normativa in materia di aiuti di Stato (circostanze da verificare caso per caso); si vedano i punti 30 e 31 della sentenza.

<sup>40</sup> In specie si veda il punto 40 della sentenza. Ben più approfondite, sulla questione delle condizioni per gli affidamenti *in house*, risultano le conclusioni dell'Avvocato Generale Legér, del 15 giugno 2000 (punti da 48 a 84). Si vedano in particolare, sul requisito del «controllo analogo» i punti 66, 67 e 70, secondo cui: «La riserva espressa nella citata sentenza *Teckal* è fondata sul principio secondo il quale la mancanza di autonomia di un ente economico rispetto ad un ente territoriale che ne detiene la proprietà rende impossibile o illusoria l'esistenza di un contratto tra queste due persone, pur tuttavia giuridicamente distinte. L'ipotesi di un rapporto giuridico che esuli dalla sfera di applicazione della direttiva presuppone quindi che l'amministrazione aggiudicatrice che richiede all'operatore la realizzazione di differenti servizi sia precisamente l'ente territoriale che esercita su di esso uno stretto controllo e non un'altra autorità» (punto 66); «Invece un rapporto contrattuale tra un'autorità pubblica e un prestatore di servizi senza vincoli di subordinazione nei suoi confronti, anche di proprietà di un altro ente pubblico, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva» (punto 67). Sul requisito del c.d. "asservimento economico", si vedano i punti da 73 a 81, secondo cui «(...) il principio sancito in tale sentenza [*Teckal*; *n.d.r.*] è basato sul criterio dell'autonomia dell'operatore. Un ente non è necessariamente privato della libertà di azione, se esso può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori, per la sola ragione che le decisioni che lo riguardano sono prese dall'ente pubblico che lo controlla (...) Per contro, esso deve essere considerato come totalmente vincolato alla sua autorità controllante qualora il rapporto organico che lo unisce ad essa evoca la figura di una quasi esclusiva, a vantag-

La Corte ricorda che solo nei casi espressamente individuati è possibile prescindere dalla gara; negli altri casi la gara quindi non solo "ci può" ma "ci deve" sempre essere<sup>41</sup>.

#### 4. La sentenza *Stadt Halle* del 2005

A distanza di oltre quattro anni, l'11 gennaio 2005, giunge la sentenza *Stadt Halle*, relativa ad un caso di affidamento senza gara di servizi di trattamento di rifiuti, da parte della Città di Halle (Austria) ad una società (la RPL) partecipata (in modo indiretto, attraverso una *holding*) dall'amministrazione locale<sup>42</sup>.

gio di quest'ultima, per i servizi che l'ente fornisce. Tale situazione testimonia la volontà dell'ente territoriale non solo di utilizzare le prestazioni per fini pubblici, ma anche di destinarle principalmente a suo vantaggio (...). È solo in tale ipotesi che si può difendere l'idea di un prolungamento amministrativo dell'ente pubblico, che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza prescritte dalla direttiva qualora esso stesso scelga di effettuare le operazioni economiche di cui ha bisogno (...). Quando un ente opera prevalentemente presso l'autorità pubblica che lo controlla, il rapporto di proprietà che lega i due enti legittima le prestazioni di servizi che l'uno fornisce all'altro, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione. Di conseguenza, risulta giustificato che esso si sottragga agli obblighi della direttiva, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere (...). È invece meno facile capire il fatto che, dotato di un aiuto pubblico, tale ente proponga servizi ad altri operatori o enti territoriali senza essere tenuto all'osservanza della normativa sugli appalti pubblici, pur agendo in tal caso in condizioni analoghe a quelle di un operatore economico tradizionale. La sua origine e la sua natura, entrambe di carattere pubblico, non sono sufficienti a distinguerlo dagli altri prestatori di servizi, dato che esso propone lo stesso tipo di servizi in un'analoga prospettiva commerciale (...). La diversificazione delle attività, presso un tale operatore economico, conferma la singolarità del suo *status* rispetto ai servizi interni del suo ente territoriale di riferimento, *status* che non si riassume in una semplice specificità organica (...). Di conseguenza, i motivi di tutela della concorrenza, che giustificano le norme comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici, sono valide tanto nei suoi confronti quanto nei confronti degli altri prestatori di servizi (...). Analogamente, un prestatore di servizi che intende stipulare convenzioni con un ente territoriale diverso dal suo non si distingue da un altro operatore, sia dal punto di vista dei suoi concorrenti sia dell'ente pubblico che bandisce l'appalto. Poiché tale ente non costituisce, secondo la stessa ipotesi, un'articolazione dell'amministrazione aggiudicatrice, le prestazioni che offre sono per quest'ultima quelle di un terzo (...). Come si vede, se il controllo del prestatore di servizi da parte dell'autorità pubblica che intende stipulare un contratto d'appalto è una condizione necessaria affinché quest'ultimo sia considerato come un fornitore di prestazioni "in house", essa è lontana dall'essere sufficiente. L'attività del prestatore deve, per la maggior parte, essere svolta a beneficio del suo ente territoriale di riferimento. Di conseguenza, se il prestatore esercita attività commerciali, la direttiva diventa di nuovo applicabile, a meno che queste ultime non occupino un posto marginale nell'insieme della sua attività».

<sup>41</sup> Si veda il punto 40 della sentenza: «Ad ogni buon fine, occorre rilevare che la Corte ha esaminato una questione analoga nella sentenza 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal (Raccolta, I, p. 8121)* relativa alla direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*Guce* n. L 199, p. 1). Essa ha dichiarato che questa direttiva è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso e avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia o meno a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice».

<sup>42</sup> La RPL apparteneva per il 24,9% ad una società privata e per il 75,1% ad una società per azioni a sua volta appartenente al 100% alla Città di Halle.

Tale partecipazione pubblica non era però totalitaria.

Sulla base di questo elemento la Corte pone un principio di estremo rigore: «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'Amministrazione aggiudicatrice (...) esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi»<sup>43</sup>.

La partecipazione privata escluderebbe il primo requisito per l'*in house* individuato dalla sentenza *Teckal*<sup>44</sup>.

Occorre puntualizzare che la formula utilizzata della sentenza *Stadt Halle* è indubbiamente preclusiva delle «partecipazioni private», ma non di tutte. Il "divieto" di partecipazioni private è espressamente riferito alle partecipazioni che assumano il carattere «di impresa».

La *ratio decidendi* non è quella di escludere in radice qualsivoglia partecipazione privata, ma piuttosto quella di impedire che ad imprenditori privati siano elusivamente consentiti accessi preferenziali ai contratti di appalto.

La Corte specifica che «occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'Amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi, sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente (...). L'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza fare appello alla concorrenza, pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva n. 92/50<sup>45</sup>, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»<sup>46</sup>.

Ma se così è, la «partecipazione privata» non dovrebbe rappresentare un problema quando risulti caratterizzata da finalità equiparabili a quelle pubbli-

<sup>43</sup> Punto 49. Si segnala che, all'opposto, la giurisprudenza nazionale e la normativa vigente estendevano l'*in house* alle società miste. Si vedano in proposito la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5316 del 2003 e il testo allora vigente degli artt. 113 e 113 bis del dlgo n. 267/00. Sull'attuale assetto normativo si tornerà nel par. 9 in commento alla sentenza *ANAV*.

<sup>44</sup> Si badi che, all'opposto, nel senso di un'ammissibilità dell'*in house* nei casi di partecipazioni private, purché inferiori al 50%, si era espresso il Consiglio di Stato nella già accennata (*cit. supra*, nota 11) sentenza n. 5316 del 2003.

<sup>45</sup> Si tratta della già richiamata direttiva n. 92/50/Cee del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, pubblicata, in *Guce* n. L 209 del 24 luglio 1992. Tale direttiva è stata modificata dalla direttiva n. 2001/78/Ce della Commissione, in *Guce* n. L 285 del 29 ottobre 2001, e quindi trasfusa, insieme alle altre direttive in materia di lavori e forniture, nella direttiva "unificata" n. 2004/18/Ce del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Guce* n. L 134 del 30 aprile 2004.

<sup>46</sup> Punti 50 e 51.

cistiche, quando in particolare si possa escludere il carattere «di impresa»<sup>47</sup> e in particolare, cioè, se si possano escludere finalità (*lato sensu*) lucrative<sup>48</sup>.

Occorre anche un'altra precisazione sulla reale portata della sentenza *Stadt Halle*. La decisione della Corte non deve essere intesa nel senso che *a contrariis*, nei casi di partecipazione pubblica totalitaria, il requisito del c.d. «controllo analogo» possa ritenersi automaticamente integrato<sup>49</sup>.

Proprio nel caso *Teckal*, si rammenta, l'ente affidatario era in mano pubblica totalitaria (tra vari enti pubblici), eppure lo specifico ente pubblico affidante deteneva solo una quota di capitale irrisoria<sup>50</sup> del tutto inidonea ad integrare il potere di «controllo analogo».

La Corte avrà modo di tornare su questo aspetto nella successiva sentenza *Parking Brixen*<sup>51</sup>. Si può sin da ora anticipare che il «controllo analogo» non può mai essere dato *a priori* per scontato<sup>52</sup> nemmeno nei casi di partecipazione pubblica totalitaria. La partecipazione pubblica totalitaria, infatti, sicuramente rappresenta un elemento sintomatico della presenza del potere di «controllo analogo», ma non può mai esser ritenuta autonomamente decisiva.

## 5. La sentenza *Commissione c. Spagna* del 2005

Prima di venire alla sentenza *Parking Brixen* (testé richiamata), è opportuno brevemente riferire della sentenza *Commissione c. Spagna* del 13 gennaio 2005.

Come precisato al precedente paragrafo, dalla sentenza *Stadt Halle* si ricava che la partecipazione privata (nell'ente affidatario) rappresenta elemento ostativo agli affidamenti diretti, ma non in tutti i casi, non nei casi in partico-

<sup>47</sup> Non è affatto escluso che l'interesse privato possa essere "sorretto" da finalità armoniche rispetto all'interesse pubblico, ad esempio (si pensi ai casi di organismi previdenziali o associazioni culturali) quando il privato agisca a fini sociali, mutualistici o comunque filantropici. Si vedano le conclusioni presentate il 23 settembre 2004 dall'Avvocato Generale Stix Hackl, punti da 62 a 78. Si veda anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 7345 del 2005, laddove è ritenuta «opinabile» l'affermazione secondo cui la partecipazione del privato debba essere considerata *ex se* impeditiva dell'affidamento diretto.

<sup>48</sup> Lucrative in senso lato perchè la nozione di impresa, nel diritto comunitario, ed in particolare nel settore della concorrenza (e quindi nella materia in esame) è più ampia di quella nazionale; sul che si veda TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2005, p. 625 ss., ed in particolare p. 626: «l'assenza del fine di lucro, di per sé, non priva affatto l'attività svolta della sua portata economica e il soggetto che la svolge della qualifica di impresa». Di questo aspetto ci si occuperà nuovamente in commento alla successiva sentenza *Commissione c. Spagna* di cui al par. 5.

<sup>49</sup> Questa è la tesi sostenuta dal Consiglio di Stato nella sentenza *cit. supra*, nota 13.

<sup>50</sup> Come detto, inferiore all'un per cento.

<sup>51</sup> Si veda il par. 7. Si segnala che, invece, "darà per scontata" la sussistenza del «controllo analogo» nel caso di partecipazione pubblica (quasi) totalitaria (al 99%) la sentenza 5 aprile 2005 n. 7345 del Consiglio di Stato (sez. V).

<sup>52</sup> Così come, in ogni caso, non si può dare per scontata la sussistenza del secondo requisito necessario per l'*in house*, il requisito cioè del c.d. «asservimento funzionale».

lare nei quali la partecipazione privata non assuma carattere «di impresa» ma si connoti, al contrario, per l'assenza di finalità «lucrative».

Ebbene, la sentenza *Commissione c. Spagna*, offre a riguardo uno spunto interessante.

Il caso riguardava una procedura di infrazione a carico della Spagna relativa alla conformità del codice spagnolo degli appalti<sup>53</sup> all'ordinamento comunitario.

Veniva contestata (in primo luogo) la legittimità delle disposizioni che escludevano dalla nozione di «organismo di diritto pubblico» gli enti di «diritto privato».

Ad avviso della Corte la nozione di organismo di diritto pubblico ben può comprendere, invece, anche enti «di diritto privato»<sup>54</sup>, non essendo affatto incompatibile con la natura privatistica di un ente il fatto che esso possa in effetti risultare istituito «per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»<sup>55</sup>.

Ma allora, si potrebbe addurre, per parafrasare la sentenza *Stadt Halle*, che la partecipazione privata, se da parte di enti qualificabili quali organismi di diritto pubblico, «sottostà alle esigenze» tipiche della pubblica amministra-

<sup>53</sup> Nelle premesse la sentenza offre ampio richiamo delle disposizioni nazionali rilevanti.

<sup>54</sup> Si vedano i punti da 27 a 31 della sentenza, secondo cui, in particolare: «va ricordato che, secondo una costante giurisprudenza, la nozione di "organismo di diritto pubblico", nozione di diritto comunitario che va interpretata in modo autonomo e uniforme in tutta la Comunità, è definita da un punto di vista funzionale con riferimento esclusivamente ai tre requisiti cumulativamente enunciati all'art. 1, lett. b., secondo comma, delle direttive n. 93/36 e n. 93/37 (v., in tal senso, sentenze *Mannesmann Anlagenbau Austria e a., cit.*, [in *Raccolta*, 1998, I, p. 73 ss.; *n.d.r.*] punti 20 e 21; 12 dicembre 2002 in causa n. C-470/99, *Universale-Bau e a.*, in *Raccolta*, I, p. 11617, punti 51-53; 15 maggio 2003 in causa n. C-214/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, I, p. 4667, punti 52 e 53, e 16 ottobre 2003 in causa n. C-283/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, I, p. 11697, punto 69)» (punto 27); «ne consegue che, al fine di risolvere la questione della qualificazione eventuale di un ente di diritto privato come organismo di diritto pubblico, si deve verificare unicamente se l'ente interessato soddisfa i tre requisiti cumulativamente enunciati dall'art. 1, lett. b., secondo comma, delle direttive n. 93/36 e n. 93/37, in quanto il carattere di diritto privato di tale ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi di tali direttive (sentenza 15 maggio 2003, *Commissione c. Spagna, cit.*, punti 54, 55 e 60)» (punto 28); «la Corte ha inoltre precisato che tale interpretazione non equivale ad ignorare il carattere industriale o commerciale delle esigenze di pubblico interesse di cui tale ente assicura la soddisfazione, poiché tale elemento è necessariamente preso in considerazione per determinare se l'organismo interessato possiede o meno il requisito di cui all'art. 1, lett. b., secondo comma, primo trattino, delle direttive n. 93/36 e n. 93/37 (v., in questo senso, sentenza 16 ottobre 2003, *Commissione c. Spagna, cit.*, punto 75)» (punto 29); «(...) da quanto precede deriva che la normativa spagnola costituisce una non corretta trasposizione della nozione di "amministrazione aggiudicatrice" di cui all'art. 1, lett. b., delle direttive n. 93/36 e n. 93/37, in quanto esclude dal suo ambito di applicazione gli enti di diritto privato anche se gli stessi possono soddisfare i requisiti enunciati all'art. 1, lett. b., secondo comma, primo, secondo e terzo trattino, delle dette direttive» (punto 31).

<sup>55</sup> Tale è il principale elemento caratterizzante un «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. b. della direttiva del 14 giugno 1993 n. 93/37/Cee in materia di appalti di lavori; tale definizione era identica nelle direttive in materia di servizi (direttiva n. 92/50/Cee) e forniture (direttiva n. 93/36/Cee) ed è ora pedissequamente riprodotta all'art. 1, comma 9, della direttiva "unificata" n. 2004/18/Ce.



zione, tant'è che quegli stessi enti, pur privati, sono equiparati, dalla stessa normativa in materia di appalti, alle amministrazioni pubbliche.

La circostanza che un ente «di diritto privato» sia qualificabile quale «organismo di diritto pubblico» significa che esistono, proprio ai sensi della normativa comunitaria, casi particolari nei quali enti privati perseguono finalità di «tipo pubblicistico», nient'affatto «lucrative»<sup>56</sup>.

La sentenza *Commissione c. Spagna*, presenta anche un altro importante profilo di interesse.

Nella procedura di infrazione veniva infatti contestata, oltre alla illegittima esclusione degli enti privati dalla nozione di organismo di diritto pubblico, anche la illegittimità delle disposizioni spagnole che escludevano dall'ambito di applicazione della normativa in materia di appalti (sottraendoli dall'obbligo di gara) i c.d. «accordi interamministrativi»<sup>57</sup>, cioè le intese di collaborazione fra enti pubblici<sup>58</sup>.

La Corte sancisce a riguardo che, se l'oggetto di tali «accordi interamministrativi» sono attività che rientrano nella nozione (comunitaria) di appalto, la gara è necessaria, a nulla rilevando il fatto che il contratto si perfezioni tra pubbliche amministrazioni.

A meno che, ricorda la Corte<sup>59</sup>, non ricorrano le due condizioni *Teckal* per gli affidamenti diretti. Anche nel caso di accordi interamministrativi trovano infatti applicazione i principi dell'*in house*<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Si vedano *supra* le considerazioni rese nei precedenti paragrafi in commento alla sentenza *Stadt Halle e Parking Brixen*. Si vedano anche le considerazioni di M. DIDONNA nella nota a commento alla sentenza *Parking Brixen* dal titolo *Il caso chiuso degli affidamenti in house*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 377, laddove si pone l'accento sul fatto che l'affidamento a privati non significa necessariamente abdicare alla soddisfazione di interessi generali.

<sup>57</sup> Tali sono definiti gli accordi di cui si tratta al punto 39 della sentenza.

<sup>58</sup> Tra l'altro espressamente previsti anche nel nostro ordinamento, in via generale, dall'art. 15 della L. n. 241 dell'8 agosto 1990 e, nella specifica materia della collaborazione fra enti locali, dall'art. 37 del dlgo n. 267 del 18 agosto 2000.

<sup>59</sup> Si vedano i punti 38, 39 e 40 della sentenza: «conformemente all'art. 1, lett. a., della direttiva n. 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (sentenza *Teckal, cit.*, punto 50) (...) Con riferimento all'identità degli elementi che costituiscono la definizione di appalto nelle direttive n. 93/36 e n. 93/37, escluso l'oggetto dell'appalto in questione, occorre applicare la soluzione così adottata nella sentenza *Teckal, cit.*, agli accordi interamministrativi rientranti nella direttiva n. 93/37 (...) Di conseguenza, la normativa spagnola di cui trattasi nella fattispecie, poiché esclude *a priori* dall'ambito di applicazione della legge codificata i rapporti stabiliti tra le amministrazioni pubbliche, i loro organismi pubblici e, in generale, gli enti di diritto pubblico non commerciali, indipendentemente dalla natura di tali rapporti, costituisce una non corretta trasposizione delle direttive n. 93/36 e n. 93/37».

<sup>60</sup> Per la prima volta, si badi in particolare, la sentenza estende i principi dell'*in house* alla materia dei lavori pubblici (oggetto della specifica normativa nazionale contestata) principi già applicati dalla sentenza *Teckal* nel settore delle forniture e dalle sentenze *ARGE* e *Stadt Halle* nel settore dei servizi. Sul punto la Corte tornerà, in modo specifico, con la sentenza *Auroux*, di cui si dirà al par. 11.

## 6. La sentenza *CO.NA.ME* del 2005

La sentenza successiva è del 21 luglio 2005, resa in un caso di affidamento diretto di una concessione del servizio di distribuzione del gas da parte del Comune di Cingia de' Botti ad una società prevalentemente "in mano pubblica", la Padania Acque S.p.a., partecipata dal Comune affidante per lo 0,97%.

Trattandosi di concessione<sup>61</sup> non vengono in rilievo le disposizioni delle direttive (che attengono agli appalti) ma unicamente le disposizioni del Trattato<sup>62</sup>. Tuttavia, le condizioni *in house* trovano parimenti applicazione<sup>63</sup>.

Si noti che la Padania Acque, ente affidatario della concessione (senza gara), era società solo in parte in mano pubblica, per altra parte partecipata da privati<sup>64</sup>; lo specifico ente affidante, poi, non deteneva un quota "di controllo" (ma solo lo 0,97% delle quote sociali).

A fronte di tale duplice evidenza, la Corte riconosce l'illegittimità dell'affidamento diretto.

<sup>61</sup> Si veda *supra*, nota 15.

<sup>62</sup> Si veda la sentenza *Ri.San.*, di cui al par. 1; diverso è qui l'approccio al problema della "rilevanza comunitaria": «(...) non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime (v., in questo senso, sentenze 7 marzo 1990 in causa n. C-69/88, *Krantz*, in *Raccolta*, I, p. 583, punto 11; 21 settembre 1999 causa n. C-44/98, *BASF*, in *Raccolta*, I, p. 6269, punto 16, nonché ordinanza 12 settembre 2002 in causa n. C-431/01, *Mertens*, in *Raccolta*, I, p. 7073, punto 34)» (punto 20). Sul che, si veda *infra*, nota 70.

<sup>63</sup> Si vedano i punti da 23 a 28 della sentenza, secondo cui: «per quanto riguarda le circostanze obiettive che possono giustificare tale differenza di trattamento [cioè l'affidamento diretto; *n.d.r.*], va osservato che il fatto che il Comune di Cingia de' Botti detenga una partecipazione dello 0,97% nel capitale della Padania non costituisce di per sé una di tali circostanze obiettive (punto 23) (...) Infatti, anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento, va rilevato che, come osserva lo stesso giudice del rinvio, una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire tale controllo (punto 24) (...) occorre constatare che una struttura come quella della Padania non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico. Infatti, come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte (punto 26) (...) In tale contesto, occorre risolvere la questione proposta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione (punto 28)».

<sup>64</sup> Si veda il punto 5 della sentenza.

È interessante evidenziare che la Corte non ripropone la "pregiudiziale *Stadt Halle*" secondo cui la partecipazione minoritaria di imprese private di per sé escluderebbe *a priori* la legittimità di ogni affidamento diretto<sup>65</sup>. Al contrario la Corte attribuisce a tale elemento un valore meramente sintomatico dell'assenza del potere di controllo. La partecipazione privata non è qui considerata come autonomamente rilevante (in senso negativo)<sup>66</sup>.

Sotto tale profilo, tuttavia, la sentenza rimarrà isolata. Già dalla successiva sentenza *Parking Brixen*, infatti, la Corte tornerà ad affermare che la presenza, anche minoritaria, nel capitale dell'ente affidatario, di imprese private, esclude di per sé la sussistenza del potere di controllo analogo in capo all'ente affidante ed esclude quindi l'affidamento diretto.

## 7. La sentenza *Parking Brixen* del 2005

La sentenza *Parking Brixen*<sup>67</sup> è del 13 ottobre 2005 e riguarda, di nuovo, una concessione<sup>68</sup>, in particolare una concessione di gestione di parcheggi pubblici, affidata senza gara da parte del Comune di Bressanone a favore della A.S.M. S.p.a., ex azienda speciale<sup>69</sup>, divenuta società di capitali per il 100% del Comune stesso<sup>70</sup>.

Come accennato, la sentenza *CO.NA.ME* aveva già effettuato una prima trasposizione dei principi *in house* in materia di concessioni, ritenendo necessario, per gli affidamenti diretti, il potere di controllo da parte dell'ente con-

<sup>65</sup> «Non minus interdum oratorium est tacere quam dicere»; si badi che la sentenza *Stadt Halle* non è neppure richiamata.

<sup>66</sup> Sul che, si vedano le considerazioni rese in analisi alla sentenza *Commissione c. Spagna* nel par. 5.

<sup>67</sup> *Cit. supra*, nota 16.

<sup>68</sup> Si veda, ancora, *supra*, nota 15.

<sup>69</sup> Sul che si veda *supra*, nota 25.

<sup>70</sup> La sentenza è di particolare interesse sotto il profilo delle modalità di affidamento delle concessioni. Sul che si veda A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi - Nota alle sentenze della Corte di giustizia del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, Coname, e del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, Parking Brixen*, in questa *Rivista*, 2005, p. 693 ss. Segna inoltre un deciso *revirement* rispetto alla sentenza *Ri.San.* (v. *supra*, par. 1) in punto di "rilievo comunitario" delle concessioni, sovvertendo il giudizio secondo cui le concessioni che non involgono enti stabiliti in Stati membri diversi debbono essere considerate estranee dalla disciplina comunitaria. Si vedano in particolare i punti 54 e 55: «(...) la ASM Bressanone SpA sostiene che gli artt. 43 CE - 55 CE non sono applicabili a una situazione quale quella della causa principale perché si tratta di una situazione puramente interna ad un solo Stato membro, visto che la *Parking Brixen*, la ASM Bressanone SpA e il Comune di Bressanone hanno tutti sede in Italia. (...) Quest'argomento non può essere accolto. Infatti, non si può escludere che, nella causa principale, imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta (v., in questo senso, sentenza *Commissione c. Belgio, cit.*, punto 33). Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si opera discriminazione, perlomeno potenziale, a danno delle imprese degli altri Stati membri che non possono fruire della libertà di fornire servizi e della libertà di stabilimento previste dal Trattato (...)». Si veda *supra*, nota 62.

cedente sull'ente concessionario. Ora, con la sentenza *Parking Brixen* i principi *in house* risultano integralmente recepiti, ed in termini esattamente corrispondenti al settore degli appalti<sup>71</sup>.

Quanto al requisito del «controllo analogo», occorre per la Corte verificare che l'ente affidante sia in grado di influenzare in modo «determinante» gli «obiettivi strategici e le decisioni importanti»<sup>72</sup> dell'ente affidatario.

La trasformazione dell'ente affidatario (la ASM) da azienda speciale<sup>73</sup> in società per azioni determinerebbe una diminuzione dei poteri di controllo derivandone una nuova «vocazione commerciale che rende precario il controllo

<sup>71</sup> Si vedano i punti da 56 a 63, ed in particolare i seguenti punti: «(...) la Repubblica italiana, la ASM Bressanone SpA e il Comune di Bressanone fanno valere che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario a una situazione quale quella controversa nella causa principale è esclusa per il fatto che la ASM Bressanone SpA non è un ente indipendente da quel comune. A sostegno di quest'argomento si richiamano alla sentenza 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal* (Raccolta, I, p. 8121, punti 49-51) (punto 56) (...) A questo proposito, si deve ricordare che, nella citata sentenza *Teckal*, la Corte ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*Guce* n. L 199, p. 1), è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti (punto 57) (...) Riguardo all'esistenza di un tale contratto, la Corte ha precisato, al punto 50 della citata sentenza *Teckal*, che, conformemente all'art. 1, lett. a., della direttiva n. 93/36, in linea di principio basta che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori (punto 58) (...) Queste considerazioni partono dalla premessa che l'applicazione delle direttive n. 92/50, n. 93/36 e n. 93/37 dipende dall'esistenza di un contratto concluso tra due soggetti distinti (v. sentenza *Teckal*, cit., punti 46 e 49). Ebbene, l'applicazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza che vi si ricollegano, non dipende dall'esistenza di un contratto. Conseguentemente, le considerazioni sviluppate nella giurisprudenza citata ai punti 56-59 della presente sentenza non si applicano automaticamente a quelle disposizioni del Trattato né a quei principi (punto 60) (...) Ciò nondimeno, occorre constatare che le dette considerazioni possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, cit., punto 48) (punto 61) (...) Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica (punto 62) (...) Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, cit., punto 46) (punto 63)».

<sup>72</sup> Punto 65.

<sup>73</sup> Sul che, ancora, si veda *supra*, nota 25.

del Comune»<sup>74</sup>; «l'ampliamento dell'oggetto sociale», inoltre, «giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori (...)», «l'espansione territoriale delle attività delle società a tutta l'Italia e all'estero (...)», «i considerevoli poteri conferiti al consiglio di Amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del Comune»<sup>75</sup> portano a concludere che «allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo (...) è escluso che l'Autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»<sup>76</sup>.

Va evidenziato il fatto che tale grado di autonomia è quello normalmente connaturato alla strutturazione in forma di società per azioni. A meno che, quindi, non sussistano particolari disposizioni statutarie (o vincoli parasociali) che assicurino il mantenimento di un controllo pieno e fattivo da parte dell'ente pubblico<sup>77</sup>, si deve ritenere che gli affidamenti a società per azioni siano vietati.

<sup>74</sup> Punto 67.

<sup>75</sup> Ancora punto 67. Tanto più considerata la futura apertura «obbligatoria» ad altri capitali, oltre a quello dell'ente affidante. Ai sensi dell'art. 115 del dlgo n. 267/00, *cit. supra*, nota 43, infatti, gli enti locali potevano restare unici azionisti per non più di due anni dalla data di trasformazione della società da azienda speciale in s.p.a.

<sup>76</sup> Punto 70.

<sup>77</sup> Va ricordato in proposito che l'affermazione della Corte è quanto mai rilevante se si considera che in senso opposto, sostanzialmente, si era espressa l'Avvocato Generale Juliane Kokott nelle conclusioni presentate il 1° marzo 2005. Quest'ultima lamentava che se si applica «la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e le loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. In taluni casi le società controllate esistenti potrebbero essere ritrasformate in aziende autonome (...) Tuttavia un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni, non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti, ogni qual volta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella *ratio* della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione "di straforo" anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri; a questo scopo sarebbe necessario che il legislatore compisse passi più concreti verso la liberalizzazione» (punti 70 e 71). Come si nota, l'Avvocato Generale denuncia un'eccessiva intromissione della Corte nella potestà organizzativa degli Stati, quasi a volerli costringere ad abbandonare l'idea delle società di capitali in mano pubblica quali strumenti per l'esecuzione dei servizi pubblici, per ritornare alla municipalizzate/aziende speciali. A mio sommo avviso occorrerebbe non tanto un ripensamento delle forme di gestione, quanto una miglior determinazione degli ambiti economici in cui le società partecipate operano. La *forma iuris* delle società di capitali non dovrebbe, di per sé, rappresentare uno spauracchio, essendo le forme societarie, in quanto istituti di diritto privato, ampiamente plasmabili, onde garantire la più stringente conduzione nell'interesse pubblico. Quello che è censurabile è viceversa l'assoluta indeterminatezza dei confini dell'oggetto dell'attività da tali enti esercitabile, quale conseguenza indiretta della vocazione sempre più "generalista" che, specialmente dopo il dlgo n. 267/00, assumono gli enti locali e della incapacità normativa, nel nostro Stato, di definire i confini di ciò che costituisce «servizio pubblico», con l'effetto di provocare un proliferare di società di enti locali, in tutti i settori dell'economia. Si ricorda per inciso un significativo passaggio della recente sentenza del Consiglio di Stato n. 7369 del 13 dicembre 2006 (sez. V) sulla nozione di servizio pubblico: «muovendo dal dato di diritto

## 8. La sentenza *Mödling* del 2005

In data 10 novembre 2005 interviene la sentenza *Mödling*, in un caso di procedura di infrazione contro l'amministrazione austriaca (Comune di Mödling) per un affidamento diretto di un servizio di smaltimento rifiuti ad un'impresa (la «società Abfall») partecipata in misura totalitaria dall'ente affidatario al momento dell'affidamento ma, di lì a poco, destinata ad essere in parte (per il 49%) «privatizzata»<sup>78</sup>.

Tale circostanza è dalla Corte considerata risolutiva.

Non ci si deve far trarre in inganno dalla suddivisione in fasi temporali distinte<sup>79</sup>; l'operazione di privatizzazione, afferma la Corte, risulta connessa a

positivo fornito dall'art. 112 TUEL [dlgvo n. 267/00 già più volte richiamato] deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico». In questo quadro la sentenza *Parking Brixen* non poteva esimersi dall'imporre un'interpretazione particolarmente severa e restrittiva delle condizioni per l'*in house*, tamponando altrimenti irrefrenabili "slanci nazionali". Per un commento alla sentenza del Consiglio di Stato testé richiamata si veda L. CAMERIERO, *Gli affidamenti in house*, cit. *supra*, nota 1.

<sup>78</sup> Come ricorda la sentenza, infatti: «(...) Il 21 maggio 1999 la città di Mödling, in occasione della riunione del consiglio comunale, decideva di creare un organismo giuridicamente indipendente per far fronte ai compiti ad esso attribuiti dalla legge del *Land* della Bassa Austria concernente lo smaltimento dei rifiuti (...) allo scopo, in particolare, di fornire prestazioni di servizi in materia di gestione ecologica dei rifiuti e di realizzare le relative operazioni commerciali, segnatamente nel campo dello smaltimento dei rifiuti. Pertanto, il 16 giugno 1999, veniva redatto l'atto costitutivo della società Stadtgemeinde Mödling AbfallwirtschaftsgmbH (in prosieguo: la «società Abfall»), il cui capitale sociale era interamente detenuto dalla città di Mödling. Il 25 giugno 1999 il consiglio comunale di Mödling deliberava di incaricare a titolo esclusivo della gestione dei rifiuti sul territorio comunale la società Abfall. Il 15 settembre 1999, con un contratto concluso a tempo indeterminato ed entrato in vigore con efficacia retroattiva il 1° luglio 1999, la città di Mödling attribuiva in via esclusiva alla società Abfall la raccolta e il trattamento dei suoi rifiuti. (...) In occasione della riunione del 1° ottobre 1999, il consiglio comunale di Mödling decideva di cedere il 49% delle quote della società Abfall alla società Saubermacher (...) La cessione delle quote summenzionate veniva effettivamente realizzata il 13 ottobre 1999. Tuttavia, la società Abfall iniziava le sue attività operative solo il 1° dicembre successivo, e cioè in un momento in cui la società Saubermacher deteneva già una parte delle quote di tale società» (punti da 6 a 9 e 11).

<sup>79</sup> La Corte precisa che: «[il Governo austriaco] afferma che la conclusione del contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti con la società Abfall, che è stato concluso quando le quote di tale società erano ancora interamente detenute dalla città di Mödling, non ha avuto lo scopo di stabilire un rapporto tra persone giuridiche autonome, poiché tale ente locale poteva esercitare sulla società Abfall un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. Di conseguenza, tale contratto non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della direttiva n. 92/50 e alla città di Mödling non sarebbe imposto alcun obbligo di procedere ad una gara d'appello. Tale argomento non può essere accolto. Senza che appaia necessario decidere la questione se la detenzione, da parte del comune di Mödling, dell'intero capitale della società Abfall alla data dell'attribuzione dell'appalto pubblico di servizi fosse necessaria per stabilire che il detto ente locale esercitava sulla società Abfall un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, occorre rilevare che la data rilevante nella fattispecie per valutare se le disposizioni della direttiva n. 92/50 dovessero essere applicate non è la data effettiva dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione. Anche se è vero che per ragioni di certezza del diritto occorre in generale esaminare l'eventuale obbligo per l'autorità aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui si tratta, le circostanze particolari della presente causa richiedono che siano presi in considerazione avvenimenti successivamente intervenuti. Occorre ri-

quella di affidamento, costituendo con questa un tutt'uno procedimentale.

La Corte supera il dato "formale" (della partecipazione totalitaria al momento dell'affidamento), per soffermarsi sul dato "sostanziale" della prevista futura privatizzazione, rispetto alla quale l'affidamento si pone in rapporto di "preordinazione" e quindi, effettuata tale operazione di "smascheramento formale"<sup>80</sup>, ribadisce che «(...) la partecipazione, anche di minoranza, di un'impresa privata nel capitale di una società a cui partecipa anche l'autorità aggiudicatrice interessata esclude in ogni caso che tale autorità aggiudicatrice possa esercitare un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi (...). Il rapporto tra un'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, e i suoi propri servizi è disciplinato da considerazioni ed esigenze proprie al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Al contrario, qualsiasi piazzamento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa (...). L'aggiudicazione di un appalto pubblico ad un'impresa ad economia mista senza appello alla concorrenza comprometterebbe l'obiettivo di concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati previsto dalla direttiva n. 92/50, in quanto tale procedura offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di tale impresa un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (...)»<sup>81</sup>.

Dal che la violazione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria<sup>82</sup> in materia di appalti di servizi, e ciò anche se, si ripete, nel momento in cui l'affidamento era intervenuto, la società affidataria si trovava completamente "in mano" all'ente affidante, proprio a ragione della prevista privatizzazione.

cordare che la cessione del 49% delle quote della società Abfall è intervenuta poco tempo dopo che tale società è stata incaricata, in esclusiva e a tempo indeterminato, della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti della città di Mödling. Inoltre, la società Abfall è diventata operativa solo dopo che la società Saubermacher ha rilevato una parte delle sue quote. Così, è pacifico che, attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte, e cioè la creazione della società Abfall, la conclusione con essa del contratto di smaltimento dei rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla società Saubermacher, un appalto pubblico di servizi è stato attribuito ad un'impresa di economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata. Quindi, l'aggiudicazione di tale appalto deve essere esaminata tenendo conto dell'insieme di tali fasi nonché del loro obiettivo e non in funzione dello svolgimento cronologico in senso stretto di esse, come propone il Governo austriaco. Esaminare, come propone il Governo austriaco, l'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui si tratta considerando esclusivamente la data in cui è avvenuta, senza tener conto degli effetti della cessione in termini molto brevi del 49% delle quote della società Abfall alla società Saubermacher, comprometterebbe l'effetto utile della direttiva n. 92/50. La realizzazione dell'obiettivo perseguito da quest'ultima, e cioè la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, sarebbe compromessa se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista» (punti da 36 a 42).

<sup>80</sup> La Corte non guarda all'assetto societario dell'ente affidatario al momento dell'affidamento, in quanto evidentemente transitorio ed artificiosamente anticipato, ma piuttosto all'assetto definitivo dell'ente, secondo i suoi prevedibili sviluppi.

<sup>81</sup> Punti 46, 47 e 48 della sentenza.

<sup>82</sup> Direttiva n. 92/50/Cee, *cit. supra*, nota 45.

## 9. La sentenza *ANAV* del 2006

Questo ultimo aspetto della "futura privatizzazione" viene considerato anche nella successiva sentenza *ANAV*, del 6 aprile 2006, relativa ad una concessione di servizio pubblico di trasporto locale da parte del Comune di Bari alla AMTAB S.p.a., detenuta al 100% dal Comune di Bari stesso al momento dell'affidamento, ma verosimilmente destinata ad essere privatizzata (per l'80%), in base a taluni elementi indiziari tuttavia non sufficienti a fondare un completo giudizio prognostico.

La Corte rimette al Giudice nazionale la verifica puntuale della prevista privatizzazione, premurandosi di evidenziare la necessità di tenere conto di tutte le eventuali aperture del capitale dell'ente affidatario (ad imprese private) «durante la vigenza del contratto»<sup>83</sup>.

La legittimità dell'affidamento *in house* dipende, quindi, dagli sviluppi dell'assetto societario nell'arco temporale di efficacia del contratto oggetto di affidamento.

Rispetto alla sentenza *Mödling* si puntualizza quindi che le privatizzazioni rilevanti (per escludere l'*in house*) non sono solo quelle che risultino strumentalmente connesse all'atto dell'affidamento (nel senso di un affidamento fatto "in vista" della futura privatizzazione) ma comunque tutte quelle che intervengano nell'arco di vigenza del contratto affidato, siccome elusive degli obblighi di gara per le imprese private subentranti.

Ma vi è di più; la Corte precisa che «(...) l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga [*n.d.r. in house*] (...) grava su colui che intenda avvalersene (...)»<sup>84</sup>, chiarendo così non solo che l'*in house* rappresenta un'eccezione che, come tale, deve essere comprovata da chi la invochi nel corso di una lite giudiziaria ma anche che (induttivamente) le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di adottare specifica motivazione negli atti di affidamento.

Indi, la Corte si pronuncia sulla normativa italiana in materia di servizi pubblici locali. L'art. 113 quinto comma del dlgs n. 267/2000<sup>85</sup>, ad avviso

<sup>83</sup> Punto 30 della sentenza.

<sup>84</sup> Si veda *supra*, i par. 4 e 7 con riferimento alla sentenza *Stadt Halle* (in specie punto 46 della sentenza), e *Parking Brixen* (punto 63), e si veda l'approccio diametralmente opposto seguito dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7359 del 4 luglio 2006, richiamata *supra*, nota 32 e nota 77.

<sup>85</sup> L'art. 113 in questione dispone (e disponeva all'epoca della decisione della Corte) che: «l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: *a.* a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; *b.* a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; *c.* a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».



della Corte, è da intendersi «in linea di principio conforme al diritto comunitario»<sup>86</sup>.

Occorre al riguardo, però, una doverosa precisazione.

La Corte intende riferirsi alla sola lett. *c.* di tale art. 113 del dlvo n. 267/2000. Quella soltanto era la norma rilevante nel caso concreto, non anche la lett. *b.*, della cui legittimità, al contrario, è lecito dubitare. La lett. *c.* consente gli affidamenti diretti a società a capitale interamente pubblico a condizione «che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano»<sup>87</sup>; la norma non rappresenta altro che una parafrasi della formula *Teckal*<sup>88</sup>.

La lett. *b.* dell'art. 113 quinto comma del dlvo n. 267/00<sup>89</sup>, viceversa, consente l'affidamento diretto a società miste pubblico-private.

Ma come visto, secondo le citate sentenze *Stadt Halle e Parking Brixen*, la partecipazione da parte di imprese private<sup>90</sup> nel capitale dell'ente affidatario costituisce un motivo ostativo agli affidamenti diretti.

Il fatto che la scelta dei soci privati debba avvenire attraverso procedure «ad evidenza pubblica», come prevede l'ultima parte della lett. *b.* dell'art. 113 del decreto legislativo citato, non elimina il problema.

La surrettizia sostituzione della procedura di gara comunitaria con una procedura nazionale diversa sia nell'oggetto (la scelta del socio anziché l'esecuzione di un contratto) che nelle modalità (l'obbligo di rispettare la «evidenza pubblica» non comporta *ex se* l'obbligo di attenersi ai tempi e ai criteri di gara previsti dalla normativa comunitaria), non è ammissibile, perché determina la creazione di regimi preferenziali a favore di imprese private per la durata della loro compartecipazione<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Punto 25 della sentenza: «una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del dlvo n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario».

<sup>87</sup> Vedi nota 85.

<sup>88</sup> Punto 25 *testé cit.* Si veda il punto 50 della sentenza *Teckal* nonché il punto 62 della sentenza *Parking Brixen*.

<sup>89</sup> Vedi nota 85.

<sup>90</sup> Nel senso precisato in commento alla sentenza *Commissione c. Spagna* di cui al par. 5.

<sup>91</sup> L'argomento meriterebbe evidentemente un approfondimento che, tuttavia, travalica gli scopi del presente scritto. Ci siano consentiti solo alcuni cenni. Sulla questione specifica si veda la decisione del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia del 27 ottobre 2006 n. 589 che ha ritenuto «doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5 lett. *b.*, nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio». Del resto, come visto in commento alla sentenza *Mödling e ANAV*, occorre impedire elusioni agli obblighi di gara attraverso artificiose segmentazioni procedurali. Quest'ottica teleologica vale anche guardando "al passato". Una procedura di selezione del partecipante privato "a

## 10. La sentenza *Carbotermo* del 2006

Nel caso di specie la Corte è investita, dal TAR Milano, di una questione attinente l'affidamento senza gara di un "servizio calore"<sup>92</sup>. L'affidamento era avvenuto da parte del Comune di Busto Arsizio a favore di una società per azioni, precedentemente azienda speciale<sup>93</sup> (la AGESP Servizio s.p.a.), detenuta per il 100% da Holding AGESP s.p.a., a sua volta posseduta per il 99,98% dal Comune stesso e per lo 0,2% da altri comuni<sup>94</sup>.

Nella sentenza la Corte affronta in primo luogo<sup>95</sup> il problema della partecipazione pubblica solo indiretta nell'ente affidatario: l'intermediazione di

monte" e l'affidamento diretto poi possono assurgere ad indebita segmentazione procedimentale se teleologicamente connesse, se in sostanza emerge che si è perseguito un effetto elusivo degli obblighi di gara. La scelta del compartecipante privato, inoltre, secondo la norma citata, non è soggetta alle regole di gara comunitarie ma alla mera "evidenza pubblica", priva di precisa connotazione e di dettaglio procedimentale e, soprattutto procedimentalmente non coincidente con le gare comunitarie. La mera "evidenza pubblica" nella scelta del *partner* privato, quindi, non offre sufficienti garanzie, nemmeno sotto il profilo strettamente procedimentale. La procedura di scelta del *partner* risulta del resto eterogenea rispetto alla gara "a valle" per l'affidamento degli appalti (o concessioni), attenendo la prima alla individuazione di un soggetto per la stipula di un contratto sociale, la seconda all'esecuzione di servizi, forniture e lavori ben determinati, in ordine al quale il mercato dei possibili interessati può esser molto diverso. Sul punto specifico si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato, sez. II, con parere 18 aprile 2007. Tale parere offre ampia e completa analisi dei principi giurisprudenziali comunitari giungendo però alla conclusione che, in presenza di due circostanze tassative (e cumulative), gli affidamenti diretti a società miste (nelle quali il socio privato sia stato selezionato tramite evidenza pubblica) sarebbero ammessi: «1. se vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; 2. se si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", (...) evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevenendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione) per il caso in cui all'esito della successiva gara egli non risulti più aggiudicatario». Su tale parere si veda la nota di O. FORLENZA, *Decretata la fine della figura giuridica utilizzata spesso in maniera distorta*, in *Guida al Diritto*, n. 23 del 9 giugno 2007, p. 106 ss.

<sup>92</sup> Ovverosia un contratto misto di servizi e forniture che, nel caso di specie, era connotato dalla predominanza di valore delle forniture. Dal che l'applicabilità della direttiva n. 96/36/Ce in luogo della direttiva n. 92/50/Ce in materia di servizi.

<sup>93</sup> Si veda sulla nozione di azienda speciale *supra*, nota 25.

<sup>94</sup> Già con la sentenza *Stadt Halle* ci si era trovati di fronte ad un caso di partecipazione solo indiretta nell'ente affidatario. In tal caso la Corte non si era tuttavia occupata di tale aspetto riconoscendo valore di per sé preclusivo alla partecipazione, nell'ente affidatario stesso, di un'impresa privata; si veda *supra*, par. 4.

<sup>95</sup> Ad onor del vero la Corte precedentemente chiarisce (punto 37) che «(...) il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza *Teckal*», con ciò superando la sentenza del Consiglio di Stato n. 5316 del 18 settembre 2003 (espressamente richiamata dalla Corte al punto 7., secondo la quale sarebbe addirittura bastevole la maggioranza del capitale. Tale sentenza era invero da considerarsi già ampiamente "superata" dalle già citate sentenze *Stadt Halle* e *Parking Brixen* (*cit. supra*, par. 4 e 7) che, come evidenziato, affermano la preclusione di affidamenti diretti in casi di partecipazioni, anche minoritarie, da parte di imprese private; è da considerarsi altresì superata, dalle sentenze *Mödling* e *ANAV* (*cit. supra*, par. 8 e 9), laddove si basa sulla verifica dell'assetto dell'ente affidatario al momento dell'affidamento, e non invece, anche, sui suoi prevedibili sviluppi.

soggetti terzi nella partecipazione, ad avviso della Corte, può «indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice»<sup>96</sup> e quindi porre in forse quella «influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti»<sup>97</sup> che costituisce il primo requisito (c.d. del «controllo analogo») per l'*in house*.

Il fatto poi che, nel caso di specie, l'ente affidatario fosse strutturato sulla base del modello tipico delle società per azioni, con un consiglio di amministrazione dotato dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria, esclude altresì la sussistenza del «controllo analogo».

Sotto questo profilo la Corte ribadisce quanto già rilevato nel caso *Parking Brixen*, e cioè che la strutturazione dell'ente affidatario in forma di società per azioni rappresenta di per sé, salvo disposizioni statutarie particolari, un elemento ostativo all'esistenza del «controllo analogo»<sup>98</sup>.

Ma la vera novità contenuta nella sentenza *Carbotermo* è l'analisi del secondo requisito *Teckal*, quello del c.d. «asservimento funzionale»<sup>99</sup>.

La Corte sottolinea che «si deve rammentare che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri»<sup>100</sup>. Ciò premesso, «le condizioni (...) che, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, hanno, in particolare, lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza. La condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la [normativa in materia di appalti; *n.d.r.*] continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese»<sup>101</sup>.

Occorre quindi, perchè si possa parlare di «asservimento funzionale», che

<sup>96</sup> Punto 39. Ciò, facendo seguito ad una profusa valutazione da parte dell'Avvocato Generale Stix-Hackl dell'istituto delle partecipazioni indirette. L'Avvocato Generale ricorda che dalla giurisprudenza della Corte allora vigente non si poteva trarre alcuna indicazione conclusiva e ricorda come in base alla sentenza *Teckal* sia ammesso l'esercizio di un controllo plurimo (cioè da parte di più soggetti) con ciò deducendo, seppur timidamente, che la partecipazione indiretta non escluda automaticamente la possibilità di affidamenti *in house*.

<sup>97</sup> Così al punto 36, richiamando il punto 65 della sentenza *Parking Brixen* (*v. supra*, par. 7).

<sup>98</sup> Si veda il punto 38.

<sup>99</sup> Se ne occupano i punti da 48 a 72.

<sup>100</sup> Punto 58.

<sup>101</sup> Punti 59 e 60. Al successivo punto 61 la Corte chiarisce che il solo requisito del «controllo analogo» non è di per sé sufficiente a garantire tale concorrenza: «infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori».

«le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione (...)»<sup>102</sup>. L'attività dell'ente affidatario deve essere «(...) principalmente destinata» all'ente controllante «e ogni altra attività [rivestire] solo un carattere marginale»<sup>103</sup>.

Per determinare l'attività di riferimento occorre guardare al giro di affari dell'ente affidatario, sia in una prospettiva qualitativa che quantitativa<sup>104</sup>.

Il fatturato rilevante per dimostrare l'asservimento funzionale deve essere quello "espressamente riferibile" all'ente controllante, dovendosi considerare le attività realizzate «in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente controllante [stesso], compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni»<sup>105</sup>.

È irrilevante, al contrario di quanto sostenevano talune parti in causa, l'ambito territoriale di competenza dell'ente controllante<sup>106</sup>. È parimenti irrilevante «sapere chi remunera le prestazioni, potendo trattarsi sia dell'ente controllante che di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente»<sup>107</sup>.

Ciò che unicamente conta è la suddetta riferibilità espressa.

Nel caso particolare di partecipazioni pubbliche plurime, in particolare, per la Corte occorre «esaminare se l'attività da prendere in considerazione sia quella che l'impresa aggiudicataria realizza con tutti gli enti che la detengono o soltanto quella realizzata con l'ente che, nel caso specifico, agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice. A tale proposito si deve rammentare che, secondo quanto precisato dalla Corte<sup>108</sup>, la persona giuridicamente distinta di cui trattasi deve realizzare la parte più importante della propria attività «con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (...). La Corte ha quindi contemplato la possibilità che l'eccezione prevista si applichi non solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti. Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti»<sup>109</sup>.

<sup>102</sup> Punto 62.

<sup>103</sup> Punto 63.

<sup>104</sup> Punto 64.

<sup>105</sup> Punto 65.

<sup>106</sup> Punto 67.

<sup>107</sup> Ancora punto 67.

<sup>108</sup> Sentenza *Teckal*, punto 50.

<sup>109</sup> Punti da 68 a 71.

Si ricorda per inciso che il principio fondamentale espresso nella sentenza *Teckal* richiede che la «parte più importante dell'attività» sia realizzata «con l'ente o gli enti locali» che «controllano» l'ente affidatario, a favore cioè degli enti effettivamente dotati del potere di «controllo analogo». Occorre quindi precisare che, nel caso di enti a partecipazione pubblica plurima, occorre considerare solo l'attività riferibile a quegli enti partecipanti che, seppur nel loro complesso, risultino dotati del potere di «controllo analogo». La mera detenzione di una partecipazione azionaria, priva di consistenza ai fini del controllo, non rileva<sup>110</sup>.

### 11. La sentenza *Auroux* del 2007

Il caso riguarda un affidamento diretto da parte del Comune di Roanne (Francia) ad una società ad economia mista (pubblico-privata), la SEDL (Société d'équipement du département de la Loire), incaricata di realizzare la riqualificazione urbana di un quartiere cittadino, conformemente alle disposizioni nazionali in materia urbanistica.

La sentenza in esame si occupa dell'*in house* sotto due profili<sup>111</sup>.

La Corte rileva che, conformemente alle direttive in materia di lavori pubblici, un'amministrazione pubblica non può essere dispensata dall'applicazione delle regole di gara per il motivo che, secondo il diritto nazionale, tali operazioni di riqualificazione non possano che avvenire tramite soggetti specificamente individuati, ancorché essi siano tenuti ad applicare a loro volta le regole di gara.

La Corte chiarisce<sup>112</sup> infatti che la sussistenza di un obbligo di gara "a valle" non assume rilievo sia perché non rientra tra le deroghe espresse previste dalla normativa appalti, sia perché la gara "a valle" non rappresenta una garanzia sufficiente di piena applicazione della normativa stessa, favorendo prevedibili elusioni: «occorre ricordare, anzitutto, che la direttiva non contiene disposizioni che consentono di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici, neanche supponendo che la seconda amministrazione aggiudicatrice si veda obbligata a subappaltare il valore totale dell'appalto ad imprenditori successivi e, a que-

<sup>110</sup> Sul punto tornerà la successiva sentenza *TRAGSA II*; si veda *infra*, par. 12.

<sup>111</sup> Si vedano in particolare i punti da 58 a 68. Per un breve commento alla sentenza in esame, anche sotto i profili diversi dall'*in house*, si veda la nota di B. GIULIANI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, in *Edilizia e Territorio*, 2007, n. 4, p. 6-7. Si veda anche la nota di G. RONDONI, *Per il calcolo della soglia contano tutte le fonti di incasso concesse all'imprenditore*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, n. 5, p. 555 ss., in particolare sulle società di trasformazione urbana di cui all'art. 120 del dlgs n. 267/00.

<sup>112</sup> Già la sentenza *ARGE* (v. *supra*, par. 3) si era pronunciata, ma solo implicitamente, in tal senso riconoscendo l'obbligatorietà della gara anche nel caso di accordi interamministrativi.

sto scopo, a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva (...). Peraltro, come l'Avvocato Generale ha osservato giustamente al par. 72 delle sue conclusioni<sup>113</sup>, qualora una seconda amministrazione aggiudicatrice faccia ricorso a subappaltatori, c'è il frequente rischio che l'oggetto di ogni appalto successivo rappresenti soltanto una quota dell'appalto totale. Ne può derivare che il valore degli appalti susseguenti aggiudicati da una seconda amministrazione aggiudicatrice sia inferiore a quello [minimo previsto quale soglia d'applicazione della direttiva] (...). Così, attraverso l'attuazione di una serie di appalti successivi, l'applicazione della direttiva potrebbe essere elusa<sup>114</sup>.

In conclusione, quindi, «un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo *status* di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti»<sup>115</sup>.

La Corte rileva altresì che, essendo l'ente affidatario una società ad economia mista cui partecipano fondi privati, l'operazione di affidamento non può essere oggetto di deroga *in house*: «(...) il fatto che la SEDL sia una società (...) al capitale della quale partecipano fondi privati esclude che si possa ritenere che il comune di Roanne eserciti su di essa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi. Infatti, la Corte ha dichiarato che qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differenti da quelli perseguiti da un'amministrazione pubblica (...)»<sup>116</sup>.

È così ribadita l'esclusione dell'*in house* già sancita dalle sentenze *Stadt Halle e Parking Brixen* con l'ulteriore precisazione che la partecipazione privata risulta ostativa ancorché di carattere meramente "finanziario" (attraverso «fondi privati») <sup>117</sup>.

<sup>113</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott rassegnate il 15 giugno 2006, punto 72: «(...) anche laddove l'imprenditore aggiudicatario fosse tenuto a svolgere a sua volta delle procedure di aggiudicazione per la successiva selezione dei subappaltatori (...) siffatte procedure di aggiudicazione successive concernerebbero, di norma, solamente singoli lotti dell'intero appalto. Inoltre, i contratti stipulati con i subappaltatori potrebbero, a fronte del loro minore valore, non superare le soglie vigenti e non rientrare così nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti. Per di più, in tal modo la funzione di coordinamento svolta dalle imprese capo-commessa potrebbe essere costantemente sottratta all'esecuzione di una procedura di aggiudicazione. Le eventuali procedure di aggiudicazione successive indette per i subappaltatori non possono pertanto compensare l'assenza iniziale di una procedura di aggiudicazione (...)».

<sup>114</sup> Punti 66 e 67.

<sup>115</sup> Punto 68.

<sup>116</sup> Punto 64.

<sup>117</sup> Ciò non contraddice quanto evidenziato al par. 5: le partecipazioni private ostative agli affidamenti *in house* sono quelle che rivestono carattere «di impresa», in senso comunitario. La sen-

La sentenza in esame, si noti infine, estende espressamente i principi dell'*in house* al settore degli appalti di lavori<sup>118</sup>. Si può quindi dire che, dopo la sentenza *Auroux*, è definitivamente acclarato che i principi dell'*in house* sono applicabili a tutti i tipi di appalti e concessioni.

## 12. La sentenza *TRAGSA II* del 2007

La più recente sentenza comunitaria che si occupa dell'*in house* nasce da una denuncia proposta dalla ASEMFO (Asociación Nacional d'Empresas Forestales) contro l'amministrazione statale spagnola, per violazione delle disposizioni nazionali (e comunitarie) in materia di concorrenza, in particolare sotto il profilo di un'asserita indebita attribuzione di vantaggi concorrenziali alla società TRAGSA, impresa pubblica autorizzata, in virtù di specifiche disposizioni spagnole, ad effettuare, in modo diretto (senza gara), svariate tipologie di interventi, sia infrastrutturali che gestionali, in materia forestale, agricola e, più in generale di tutela dell'ambiente.

La Corte è investita della questione dal Tribunale Supremo spagnolo, il quale chiede (tra l'altro) se la disciplina "di favore" in questione sia compatibile con le disposizioni in materia di appalti.

La decisione della Corte muove dalle caratteristiche, del tutto particolari, della TRAGSA.

Secondo la normativa nazionale spagnola la TRAGSA è un'impresa pubblica che fornisce servizi essenziali nel settore dello sviluppo rurale e della difesa dell'ambiente. Si tratta di uno «strumento proprio» e di «un servizio tecnico dell'amministrazione»<sup>119</sup> che, o direttamente, o mediante le sue consociate, deve realizzare le opere ad esso affidate dall'amministrazione generale dello Stato, dalle regioni autonome e dagli organi pubblici da essi dipendenti. Siffatto obbligo riguarda espressamente gli incarichi che le vengono commissionati in quanto organizzazione esecutiva e servizio tecnico dell'amministrazione. Essa non può rifiutare gli incarichi affidatili, né discuterne il termine di esecuzione. Il regime finanziario a cui è soggetta la TRAGSA prevede rimborsi per le sue attività, calcolati secondo un sistema tariffario prede-

tenza in esame, si noti infine, estende espressamente i principi dell'*in house* al settore degli appalti di lavori (si veda l'ultimo rigo del punto 67). Invero, già la sentenza *Commissione c. Spagna* sanciva una tale estensione, seppur in modo meno diretto. Si può quindi dire che, dopo la sentenza qui in commento, è acclarato che i principi dell'*in house* sono applicabili a tutti i tipi di appalti e concessioni.

<sup>118</sup> Si veda l'ultimo rigo del punto 67. In verità, però, tale estensione era già chiaramente desumibile dalla sentenza *Commissione c. Spagna*.

<sup>119</sup> Per una dettagliata relazione delle caratteristiche normative ed oggettive della TRAGSA, si vedano i punti da 3 a 14 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed presentate il 28 settembre 2006 nella causa C-295/05, reperibile sul sito internet della Corte di giustizia: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

finito. Le tariffe sono stabilite da un comitato interministeriale. Per le sue attività la TRAGSA può avvalersi della collaborazione di imprese private, ma esistono consistenti limitazioni a siffatta collaborazione con soggetti privati, per oggetto e per limiti di valore. Nella selezione dei *partner* privati TRAGSA deve rispettare i principi della previa indizione di gara d'appalto. A questo riguardo si deve osservare che la TRAGSA può agire anche come impresa commerciale, addirittura nei confronti dell'amministrazione, senza doversi attenere alla sua qualità di «ente strumentale e servizio tecnico dell'amministrazione». In quei casi non vi è però alcuna possibilità di affidamenti diretti, ma trovano applicazione le norme che vengono generalmente applicate alle imprese commerciali. Già prima dell'entrata in vigore del Trattato CE per la Spagna, a seguito dell'avvento della Costituzione spagnola del 1978, la TRAGSA è stata messa a disposizione delle regioni autonome per assicurare l'esercizio delle loro (nuove) competenze. Secondo le leggi e i regolamenti spagnoli vigenti non occorre che una regione (*rectius*: comunità autonoma) detenga una quota nella TRAGSA per poter disporre dei suoi servizi: essa funziona come un'organizzazione esecutiva «propria» delle regioni, per cui in linea di principio non fa differenza se una regione vi partecipi o meno.

Il novantanove per cento della TRAGSA appartiene allo Stato, l'uno per cento a quattro regioni.

Ne risulta, in sintesi, un ente, totalmente in mano pubblica, sottoposto (per legge) ad una marcata «sudditanza operativa» dal momento che le prestazioni sono per tale ente obbligatorie e vincolate, secondo tariffe e condizioni «eterodeterminate»<sup>120</sup>.

Veniamo ora, dopo avere doverosamente evidenziato le caratteristiche del tutto peculiari della TRAGSA, alle valutazioni della Corte: «(...) se la TRAGSA non dispone di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni (...) la condizione per applicare le direttive [in materia di appalti; *n.d.r.*] relativa all'esistenza di un contratto non è soddisfatta»<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Questi in sintesi i tratti salienti della *TRAGSA* secondo quanto riporta l'Avvocato Generale Geelhoed (punto 24 delle conclusioni): «*A.* Nella sua qualità di strumento esecutivo per gli incarichi provenienti – soprattutto – dalle regioni, la TRAGSA è quasi completamente nelle mani dello Stato spagnolo, che detiene più del 99% del suo capitale. *B.* In quanto organizzazione esecutiva, separata sotto il profilo organizzativo, la TRAGSA per gli incarichi provenienti dall'amministrazione centrale e dalle regioni è completamente dipendente dagli ordini e dalle istruzioni impartite da siffatti enti nell'esercizio dei loro poteri pubblici: essa deve accettare gli incarichi affidatili ed eseguirli a norma delle specificazioni e dei termini imposti, a fronte di tariffe stabilite per regolamento. *C.* La legislazione spagnola sugli appalti pubblici non esclude che la TRAGSA riceva dall'amministrazione centrale e dalle regioni incarichi non direttamente connessi con l'esercizio di competenze, compiti e responsabilità pubbliche, ma che le vengono commissionati unicamente in quanto essa è a disposizione come servizio tecnico, mentre per il resto potrebbero essere eseguiti anche da parti private alle normali condizioni di mercato».

<sup>121</sup> Punto 54.



Il fatto che manchi una «libertà» in capo all'affidatario di determinare l'*an* ed il *quomodo* prestazionale esclude l'esistenza stessa di un contratto ed esclude quindi la sussistenza di un obbligo di gara<sup>122</sup>. Si tratta, come si nota, di una nuova esimente dall'applicazione delle regole di gara, parallela (e quindi aggiuntiva) rispetto all'*in house*, di per sé autonomamente rilevante<sup>123</sup>.

Dell'*in house* la Corte si occupa comunque, ma quale mero "corredo" motivazionale che non tange la preliminare, assorbente, considerazione dell'inesistenza, nella fattispecie, di un rapporto contrattuale<sup>124</sup>.

In particolare, quanto al primo requisito sull'*in house*, quello del «controllo analogo», la Corte ritiene che vada considerato sussistente nei confronti di tutti gli enti pubblici detentori della TRAGSA, a prescindere dal fatto che solo lo Stato detenga un capitale significativo (il 99% del capitale della TRAGSA) mentre alle regioni appartenga, complessivamente tra loro, l'irrisoria quota residua dell'1%.

Secondo la Corte, il «controllo analogo» va riconosciuto anche rispetto a tali secondi enti perchè «la Tragsa è tenuta ad eseguire gli incarichi ad essa affidati dalle amministrazioni pubbliche, comunità autonome incluse. Sembra altresì evincersi [dalla] normativa nazionale che, come per ciò che concerne lo Stato spagnolo, nell'ambito delle sue attività con queste ultime in quanto strumento esecutivo interno e servizio tecnico, la Tragsa non ha la possibilità di stabilire liberamente il costo dei suoi interventi e che i suoi rapporti con le dette comunità non sono di natura contrattuale. (...) Sembra quindi che la Tragsa non possa essere considerata come un terzo rispetto alla comunità autonome che detengono una parte del suo capitale sociale»<sup>125</sup>.

La Corte, come si nota, ritorna sul regime "vincolato" per superare l'*impasse* della irrisorietà del capitale di controllo regionale.

Il fatto che l'esecuzione dell'affidamento soggiaccia alla volontà unilate-

<sup>122</sup> Un contratto, come noto, presuppone l'incontro di due volontà, come tali necessariamente libere.

<sup>123</sup> È d'obbligo una considerazione chiarificatoria. Nella sentenza la Corte non si occupa, per la genericità degli elementi offertile a riguardo dal Giudice Nazionale, della legittimità di tale regime "vincolato" di affidamenti diretti sotto il profilo degli aiuti di Stato. Sul che si vedano i punti da 39 a 45 della sentenza e, in particolare, il punto 42 secondo cui «(...) va constatato che nella decisione di rinvio non vi sono indicazioni precise riguardo all'esistenza di una posizione dominante, al relativo sfruttamento abusivo di quest'ultima da parte della Tragsa e all'impatto di detta posizione sul commercio fra Stati membri». Dal che il fatto che la prima questione posta dal Giudice Nazionale, per l'appunto attinente alla legittimità rispetto alla disciplina in materia di aiuti di Stato, è dichiarata irricevibile.

Si deve quindi evidenziare che, pur risultando ammesso rispetto alla normativa sugli appalti, anzi costituendo motivo di esimente all'applicazione delle regole di gara, tale regime di affidamenti vincolati resta di dubbia legittimità sotto il profilo delle regole nella specifica materia della concorrenza.

<sup>124</sup> Pare evidente che dell'*in house* la Corte si occupi per mera completezza d'analisi, per non lasciare dubbi sul fatto che soluzione offerta (nel senso della legittimità dell'affidamento diretto) sia incontestabilmente quella corretta.

<sup>125</sup> Punti 60 e 61.

rale dell'ente, secondo regole predeterminate (anche sul *quomodo*), non dovrebbe però, a nostro avviso, essere equiparato alla «influenza determinante» necessaria per potersi parlare di «controllo analogo».

Il potere di imporre l'esecuzione di una determinata prestazione non si traduce necessariamente nel potere di esercitare un «controllo analogo».

Si tratta di elementi eterogenei. Il primo riguarda il potere di imporre un contratto prestabilito. Il secondo il potere di incidere sulle decisioni gestionali.

Anche perchè, è evidente, le regole da cui scaturisce la natura vincolata della prestazione risultano imporsi tanto all'ente affidatario quanto all'ente affidante, che non ha "voce in capitolo".

Una partecipazione azionaria irrisoria, quale quella nel caso di specie delle regioni, non è in grado di integrare un effettivo potere di «controllo analogo». Gli enti regionali non vantano alcun potere di imporre alla TRAGSA la loro volontà ma, piuttosto, il solo potere di decidere o meno se aderire ad un sistema contrattuale "preconfezionato".

Si badi, infatti, che in senso opposto alla sussistenza di un controllo analogo rispetto agli enti regionali si era espresso l'Avvocato Generale Geelhoed: «(...) dall'esposizione dello *status* giuridico della TRAGSA (...) emerge che essa è disciplinata integralmente o quasi dalle norme legislative, regolamentari ed amministrative dell'amministrazione centrale spagnola. Anche il regime tariffario per le attività svolte dalla TRAGSA su incarico dell'amministrazione centrale e delle regioni è stabilito dall'amministrazione centrale, e sotto la responsabilità di quest'ultima. Non risulta sussistere alcuna influenza diretta delle regioni. È vero che, come sottolineato dalla TRAGSA e dal Governo spagnolo, le regioni possono far valere la loro influenza mediante gli incarichi affidati, ma siffatto controllo sulla forma e sull'esecuzione di singole opere e progetti – del resto inerente ad ogni appalto concesso da un'amministrazione ad un servizio interno o a una persona giuridica esterna – non costituisce il controllo a cui si riferisce la Corte laddove parla di "un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti" dell'ente»; «l'assenza di un'influenza delle regioni sullo *status* giuridico della TRAGSA e nell'ambito del medesimo non viene compensata in alcun modo dall'influenza che queste potrebbero far valere sulla persona giuridica come azionisti, posto che solo una piccola minoranza delle regioni detiene una quota nel patrimonio della TRAGSA, oltretutto di portata puramente simbolica»<sup>126</sup>.

Sul secondo requisito per l'*in house* (asservimento funzionale) la Corte

<sup>126</sup> Punti 98 e 99 delle conclusioni. L'Avvocato Generale perviene quindi alla conclusione che «la TRAGSA non può essere considerata uno "strumento proprio" delle regioni, perché queste non possono esercitare alcuna influenza sugli obiettivi strategici e sulle altre decisioni importanti di questa società (...) Posto dunque che la TRAGSA non può essere definita uno strumento proprio delle regioni, è giocoforza desumerne che non è giusto che per gli appalti concessi dalle regioni alla TRAGSA non vengano indette gare pubbliche di aggiudicazione» (punti 101 e 102).

ripropone la formula, appena parafrasandola, della precedente sentenza *Carbotermo*<sup>127</sup>, affermando che «(...) per quanto riguarda la (...) circostanza che la parte essenziale dell'attività della Tragsa dev'essere realizzata con l'ente o gli enti pubblici che controllano detta società, dalla giurisprudenza risulta che, nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione in parola può essere soddisfatta qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati (...). Come risulta dal fascicolo, nella causa principale la Tragsa realizza mediamente più del 55% della sua attività con le comunità autonome e circa il 35% con lo Stato. Appare dunque che la parte più importante dell'attività della società di cui trattasi è realizzato con gli enti e gli organismi pubblici che la controllano».

Come si nota, la Corte, muovendo dalla ritenuta sussistenza di un potere di controllo in capo a tutti gli enti che partecipano al capitale della TRAGSA (Stato e regioni), non torna sul problema, già evidenziato in nota alla sentenza *Carbotermo*, di quale parte dell'attività dell'ente affidatario vada considerata rilevante ai fini dell'*in house*, se quella riferibile agli enti pubblici semplicemente detentori del capitale ovvero a quelli effettivamente "controllanti".

Di questo aspetto si occupa viceversa, proprio perchè al contrario ritiene che non tutti gli enti detentori del capitale della TRAGSA esercitino poteri di controllo, l'Avvocato Generale Geelhoed, il quale chiarisce che la parte dell'attività dell'ente affidatario che deve essere considerata rilevante ai fini dell'*in house* è solo e soltanto quella riferibile agli enti pubblici che effettivamente esercitino sull'ente stesso il potere di «controllo analogo» e non invece la quota di attività riferibile a tutti gli enti *lato sensu* partecipanti<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Vedasi *supra*, par. 10.

<sup>128</sup> Si vedano i punti da 104 a 109 delle conclusioni presentate il 28 settembre 2006: «(...) dall'analisi del contesto normativo in cui opera la TRAGSA consegue che siffatto contesto non soddisfa neppure i requisiti imposti dal secondo criterio *Teckal* (...) Nella sentenza *Carbotermo* la Corte ha dichiarato che la condizione che la società su cui viene esercitato un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni svolga nel contempo la maggior parte delle sue attività a favore dell'amministrazione pubblica (le amministrazioni pubbliche) che la controlla(-no), serve segnatamente a prevenire una distorsione della concorrenza. (...) Solo se la società controllata svolge la maggior parte delle sue attività esclusivamente per l'amministrazione pubblica (le amministrazioni pubbliche) che la controlla(-no), può essere giustificato che le norme imperative delle direttive per gli appalti pubblici, intese a garantire la tutela della concorrenza, vengano disapplicate, in quanto in tale situazione non sussiste più concorrenza. (...) Ciò implica che si può presumere che la società di cui si tratta svolga la maggior parte delle sue attività per l'amministrazione pubblica da cui è controllata, ai sensi della sentenza *Teckal*, quando l'attività di questa impresa è prevalentemente concentrata su tale amministrazione, ed ogni altra attività resta marginale (...) Orbene, (...) le attività svolte dalla TRAGSA per amministrazioni pubbliche, diverse dall'amministrazione centrale spagnola e dalle regioni, e per privati negli scorsi tre anni hanno raggiunto tra il 7 e l'8,5% del suo fatturato totale e che il suo *status* giuridico non pone limitazioni al volume di tali attività. (...) Ancora, se si segue la mia tesi secondo cui le regioni nei confronti della TRAGSA non possono essere considerate come amministrazioni pubbliche controllanti, è giocoforza concludere che non è soddisfatta la condizione che la maggior parte delle attività sia svolto per l'ente controllante, in quanto le attività per le regioni superano il 50% della cifra d'affari complessiva della TRAGSA».

### 13. Valutazioni conclusive e rassegna dei principi consolidati

Concludendo, dalla giurisprudenza della Corte si possono desumere le seguenti indicazioni operative:

*a.* le due condizioni cumulative per legittimare gli affidamenti *in house* devono essere applicate restrittivamente (cfr. sentenze *Teckal*, *Parking Brixen* e *Stadt Halle*<sup>129</sup>);

*b.* è onere di chi le invoca dimostrarne la sussistenza (cfr. sentenza *ANAV*<sup>130</sup>);

*c.* la partecipazione di «imprese private»<sup>131</sup> al capitale dell'ente affidatario osta agli affidamenti *in house* (cfr. sentenze *Stadt Halle*, *Parking Brixen* ed *Auroux*);

*d.* anche la mera prevedibilità, nell'arco di vigenza dell'affidamento, di un'apertura del capitale ad imprese private osta all'*in house* (cfr. sentenze *Mödling* e *ANAV*);

*e.* la partecipazione totalitaria pubblica non è di per sé comunque risolutiva in senso favorevole a legittimare gli affidamenti *in house* (cfr. sentenza *Stadt Halle*);

*f.* a nulla rileva il fatto che l'ente affidatario sia a sua volta tenuto ad effettuare gare d'appalto per l'esecuzione delle attività affidategli (cfr. ancora la sentenza *Auroux*);

*g.* la strutturazione dell'ente affidatario in forma di società per azioni esclude l'*in house*, salvo previsioni statutarie o parasociali particolari (cfr. sentenza *Parking Brixen*);

*h.* i principi in materia di *in house* si applicano sia agli appalti che alle concessioni, ed indipendentemente dal fatto che abbiano ad oggetto lavori, servizi o forniture (cfr. sentenze *CO.NA.ME*, *Parking Brixen* e *Auroux*).

È doveroso, infine, segnalare una recentissima decisione del Consiglio di Stato, di estremo interesse perché, oltre a recepire definitivamente i consolidati principi delle Corte di giustizia<sup>132</sup>, si pronuncia nel senso di ritenere am-

<sup>129</sup> Par. 4 e 7; si vedano in particolare, rispettivamente, i punti 63 e 46 delle sentenze.

<sup>130</sup> Par. 9.

<sup>131</sup> Nel senso evidenziato *supra*, par. 5 e 6.

<sup>132</sup> Si segnala in proposito anche la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2932 del 3 aprile 2007, depositata il 1° giugno, secondo cui «alla stregua dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria, deve ritenersi che un rapporto di immedesimazione tra l'ente e la società chiamata a gestire il servizio pubblico possa riscontrarsi solo laddove concorrano i seguenti due elementi: *a.* l'amministrazione deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; *b.* il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente (c.d. *in house*) non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa (principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98). La Corte di giustizia ha tuttavia escluso che possa sussistere il controllo analogo in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato

messo l'*in house*<sup>133</sup> solo laddove oggetto di previsione normativa autorizzatoria nazionale. Si tratta della sentenza della Sez. VI n. 1514 del 3 aprile 2007<sup>134</sup>.

Conviene riportare un ampio stralcio della decisione.

La causa riguardava un affidamento diretto da parte del Comune di Roma alla società Zetema, di proprietà integralmente comunale.

Il Consiglio di Stato ricorda infatti che «(...) all'epoca degli affidamenti impugnati (...) il Comune di Roma possedeva ormai il 100% della Zetema [ente affidatario], avendo acquisito il 25% di proprietà di un *partner* privato (...). È stato anche modificato lo statuto di Zetema, in modo da renderlo conforme ai principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria. (...) I giudici comunitari hanno ritenuto necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile: il consiglio di amministrazione della s.p.a. *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che

(Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, causa n. C-26/03, *Stadt Halle*; 11 maggio 2006, causa n. C-340/04). Secondo la Corte di giustizia, inoltre, la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo. I giudici comunitari hanno ritenuto necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile: - il consiglio di amministrazione della s.p.a. *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; - l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero (Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, causa n. C-458/03, *Parking Brixen*; 10 novembre 2005, causa n. C-29/04, *Mödling*; anche Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, ha escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati); - le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (in questo senso, anche Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5). È evidente, allora, che, nel caso di specie, la società che il Comune (...) si proponeva di costituire non poteva certo essere ricondotta a quel fenomeno di immedesimazione che ricorre solo in presenza dei requisiti dell'*in house*: da un lato, infatti, lo statuto prevedeva una consistente apertura all'ingresso di soci privati (sino al 49% del capitale); dall'altro, non risultavano predisposti strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto commerciale».

<sup>133</sup> Il Consiglio di Stato preliminarmente ricorda che «l'espressione *in house providing* identifica il fenomeno di "autoproduzione" da parte della pubblica amministrazione, che acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (c.d. esternalizzazione) e dunque al mercato. È noto che per un legittimo affidamento *in house* è necessario che concorrano i seguenti due elementi: *a.* l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; *b.* il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa (...)».

<sup>134</sup> In proposito, si segnala l'articolo di S. MEZZACAPO, *La perdita di chance va quantificata sull'utile in astratto conseguibile*, in *Guida al Diritto*, n. 17 del 28 aprile 2007, p. 120: «l'*in house* non costituis[ce] un principio generale, ma piuttosto l'eccezione nel complesso sistema degli affidamenti. È, peraltro, un meccanismo eccezionale derogatorio della regola generale dell'evidenza pubblica che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento (...)». Si segnala altresì la nota di R. MANGANI, *Il Consiglio di Stato restringe il ricorso all'*in house*: solo concessioni di pubblico servizio*, in *Edilizia e Territorio*, n. 20 del 2007, p. 6 ss.

il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero (...); le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (in questo senso, anche Cons. Stato, V, 8 gennaio 2007 n. 5). Nel caso di specie, non è in contestazione che lo statuto di Zetema, divenuta società a partecipazione totalitaria pubblica, integri i suddetti requisiti, essendo previsto quel particolare e più penetrante controllo da parte del Comune di Roma, richiesto dalla citata giurisprudenza comunitaria».

Come si può notare il Consiglio di Stato, con pregevole sintesi ed estrema incisività, ripercorre, integralmente confermandoli, i canoni ermeneutici comunitari, per arrivare a riconoscere quell'effettivo rapporto di strumentalità interna che è presupposto per l'*in house*.

Tuttavia, il Giudice amministrativo rileva comunque l'illegittimità (parziale<sup>135</sup>) dell'affidamento diretto sotto altro profilo: «la questione da risolvere è se il Comune di Roma potesse affidare a Zetema, oltre ai servizi di valorizzazione dei beni culturali, anche lavori di manutenzione e restauro, compresa la progettazione. (...) Il Collegio ritiene che Zetema possieda i requisiti per l'affidamento *in house* dei servizi, oggetto della deliberazione contestata, ma che il Comune non potesse affidare direttamente anche i menzionati lavori attinenti il settore dei beni culturali. Si deve tenere presente che la Corte di giustizia ha affermato che: i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (...). Ciò significa che l'*in house* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obblighi, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento. Per quanto concerne i lavori pubblici, e in particolare il settore dei beni culturali, [nessuna] previsione normativa interna consente il ricorso all'affidamento *in house*. ... Deve, quindi, ritenersi che l'affidamento diretto non potesse concernere che il [*n.d.r.*: solo] servizio relativo alla valorizzazione, e non anche, in difetto di specifiche norme derogatrici, le attività di progettazione, conservazione e manutenzione (...). Tali attività (...) non potevano essere affidate *in house* in assenza di espressa disposizione di legge, idonea a consentirlo».

Il Consiglio di Stato, in sostanza, stabilisce che pur essendo l'*in house* ammesso alle condizioni tassative poste dalla giurisprudenza comunitaria, occorre altresì che risulti oggetto di una specifica disposizione autorizzatoria nazionale.

<sup>135</sup> Per la parte, in particolare, in cui aveva avuto ad oggetto lavori pubblici.

Si giunge così, come si nota, all'estremizzazione dell'interpretazione restrittiva comunitaria, per addivenire ad un divieto generalizzato, salva espressa deroga normativa nazionale<sup>136</sup>.

**Andrea Soncini**

<sup>136</sup> Mi riallaccio a quanto detto alla nota 77; l'annoso problema degli affidamenti diretti deriva più che altro dal fatto che le disposizioni nazionali che li prevedono (ad esempio l'art. 113 ss. T.U.E.L. dlgs n. 267/00) utilizzano formule genericissime. L'oggetto delle attività «affidabili» è indefinito; il vero problema non è tanto la necessità di una norma autorizzatoria quanto piuttosto l'onnicomprendività delle formule autorizzatorie proposte, formule che consentono alle amministrazioni di spaziare tra i più vari settori, senza sostanziali limiti. Sul punto la decisione del Consiglio di Stato in commento è preziosissima. Se, come chiarisce ora il Supremo Giudice amministrativo, le disposizioni nazionali che prevedono gli affidamenti diretti hanno natura derogatoria, esse, oltre a dover essere in futuro strutturate nell'ottica di una puntuale individuazione delle fattispecie ammesse, devono essere certamente interpretate in modo restrittivo.





## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **AI SEGNALI TELEVISIVI TRASMESSI NELLE CAMERE D'ALBERGO SI APPLICA LA DIRETTIVA SUL DIRITTO D'AUTORE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 7 dicembre 2006 in causa n. C-306/05**

Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione - Direttiva n. 2001/29/Ce - Art. 3 - Nozione di «comunicazione al pubblico» - Opere comunicate mediante apparecchi televisivi installati in camere d'albergo - Carattere privato delle camere d'albergo.**

*Anche se la mera fornitura di attrezzature fisiche non costituisce, in quanto tale, una comunicazione ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, n. 2001/29/Ce, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, la distribuzione di un segnale mediante apparecchi televisivi da parte di un albergo ai clienti alloggiati nelle sue camere, indipendentemente dalla tecnica di trasmissione del segnale utilizzata, costituisce un atto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, n. 1, di tale direttiva<sup>1</sup>.*

*Il carattere privato delle camere di un albergo non si oppone a che la comunicazione di un'opera ivi effettuata mediante apparecchi televisivi costituisca un atto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2001/29/CE<sup>2</sup>.*

\* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

<sup>1-2</sup> La questione pregiudiziale posta dalla Corte provinciale di Barcellona concernente l'interpretazione dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce sul diritto d'autore (in *Guce* n. L 167 del 2001, p. 10) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto con-

trapposte, da un lato, la Sociedad General de Autores y Editores de España (di seguito denominata: SGAE) e, dall'altro lato, la Rafael Hoteles SA (di seguito denominata: Rafael) per la violazione dei diritti di proprietà intellettuale regolati dalla SGAE.

L'art. 3, n. 1 della direttiva n. 2001/29/Ce statuisce che: «Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente». Gli Stati membri riconoscono, inoltre, agli artisti interpreti o esecutori, ai produttori di fonogrammi e agli organismi di diffusione radiotelevisiva il diritto esclusivo di autorizzare, nonché di vietare la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (art. 3, n. 2).

La SGAE, ente incaricato della gestione dei diritti di proprietà intellettuale in Spagna, ha obiettato che l'uso degli apparecchi televisivi e degli apparecchi di diffusione di musica d'ambiente nell'ambito di un albergo di proprietà della società Rafael, dando luogo ad atti di comunicazione al pubblico di opere appartenenti al proprio repertorio, ha violato i diritti di proprietà intellettuale.

La SGAE ha così presentato una domanda di risarcimento danni nei confronti della Rafael dinanzi al Tribunale di Barcellona.

Il giudice spagnolo ha respinto parzialmente la domanda ed entrambe le società hanno presentato appello dinanzi alla Corte di Barcellona la quale ha sospeso il procedimento e si è rivolta alla Corte di giustizia affinché chiarisse, in primo luogo, se la distribuzione di un segnale mediante apparecchi televisivi ai clienti che si trovano nelle camere di un albergo, così come l'installazione di apparecchi televisivi nelle stesse camere, possano essere considerati atti di comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva n. 2001/29/Ce.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha precisato che i clienti di un albergo non sono solamente quelli che si trovano nelle camere, ma anche quelli presenti in tutti i locali dell'albergo; i frequentatori di un albergo, proprio perché si succedono in continuità devono essere considerati come un pubblico. La nozione di comunicazione al pubblico deve essere intesa, secondo la Corte, in senso ampio proprio per raggiungere l'obiettivo stesso della direttiva (cfr. ventitreesimo *considerando*) che è quello di garantire un alto livello di protezione, in particolare degli autori, interpreti ed esecutori che, per continuare la loro attività creativa e artistica, devono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere.

Ne consegue, pertanto, che se da un lato, la semplice fornitura di attrezzature da parte di imprese specializzate nella vendita o nella locazione di apparecchi televisivi, non costituisce una comunicazione ai sensi della direttiva n. 2001/29/Ce, la distribuzione da parte di un albergo di un segnale mediante apparecchi televisivi, installati grazie all'opera delle imprese di cui sopra, ai clienti alloggiati nelle camere, costituisce invece un atto di comunicazione al pubblico.

Il giudice del rinvio ha chiesto, inoltre, alla Corte di giustizia di chiarire se il carattere privato delle camere di un albergo possa impedire alla comunicazione di un'opera in tali luoghi, mediante apparecchi televisivi, di essere considerata un atto di comunicazione al pubblico. Su tale punto, la Corte ha richiamato, oltre l'art. 3, n. 1 della direttiva, anche l'art. 8 del Trattato dell'Organizzazione mondiale sulla proprietà intellettuale (OMPI) sul diritto d'autore (in *Guce* n. L 89 del 2000, p. 6) per sottolineare come in entrambe le disposizioni sia prevista un'autorizzazione dell'autore per tutti gli atti di comunicazione con i quali l'opera viene resa accessibile al pubblico. Ne consegue l'irrelevanza del carattere privato o pubblico del luogo in cui viene effettuata la comunicazione.

In sostanza, e così conclude la Corte di giustizia, il fatto di non ricomprendere nella nozione di comunicazione al pubblico anche quelle comunicazioni effettuate in luoghi privati, priverebbe della sua sostanza il diritto stesso di mettere a disposizione del pubblico le opere al fine di consentirne liberamente l'accesso.

## LA DIRETTIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI PUBBLICITÀ E DI SPONSORIZZAZIONE A FAVORE DEI PRODOTTI DEL TABACCO È LEGITTIMA

### Corte di giustizia

#### Sentenza del 12 dicembre 2006 in causa n. C-380/03

Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea

**Art. 226 CE - Ricorso di annullamento - Ravvicinamento delle legislazioni - Direttiva n. 2003/33/CE - Pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco - Annullamento degli artt. 3 e 4 della direttiva - Scelta del fondamento normativo - Artt. 95 e 152 CE - Principio di proporzionalità - Insussistenza.**

*(...) qualora sussistano ostacoli agli scambi, ovvero risulti probabile l'insorgere di tali ostacoli in futuro, per il fatto che gli Stati membri hanno assunto o stanno per assumere, con riferimento ad un prodotto o a una categoria di prodotti, provvedimenti divergenti tali da garantire un diverso livello di protezione e tali da ostacolare, perciò, la libera circolazione dei prodotti in questione all'interno della Comunità, l'art. 95 CE consente al legislatore comunitario di intervenire assumendo le misure appropriate nel rispetto, da un lato, dell'art. 95, n. 3 e, dall'altro, dei principi giuridici sanciti dal Trattato CE ovvero elaborati dalla giurisprudenza, segnatamente del principio di proporzionalità<sup>1</sup>.*

*Il ricorso al fondamento normativo dell'art. 95 CE (...) non presuppone l'esistenza di un nesso effettivo con la libera circolazione tra gli Stati membri in ognuna delle situazioni considerate dall'atto basato su tale fondamento normativo. (...) ciò che rileva, per giustificare il ricorso al fondamento normativo dell'art. 95 CE, è che l'atto adottato su tale fondamento abbia effettivamente ad oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno<sup>2</sup>.*

*Il ricorso è respinto<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> La Repubblica federale di Germania ha chiesto alla Corte di giustizia l'annullamento parziale, ex art. 230 CE, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 maggio 2003, n. 2003/33/CE in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco (in *Guce* n. L 152 del 2003, p. 16).

Si ricorda che la direttiva n. 98/43/CE, dal titolo identico (pubblicata in *Guce* n. L 213 del 1998, p. 9), era stata annullata dalla Corte con la sentenza del 5 ottobre 2000 (in causa n. C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8419). A seguito di tale pronuncia, è stata adottata la direttiva n. 2003/33/CE, oggetto di annullamento parziale nella causa qui esaminata.

La Germania ha chiesto alla Corte di precisare la portata della sua giurisprudenza relativamente alla scelta del fondamento giuridico preso in considerazione per l'adozione della direttiva annullata, scelta che è stata rinnovata per l'adozione della direttiva impugnata. In

sostanza, secondo la ricorrente, non sono state soddisfatte le condizioni che giustificano il ricorso all'art. 95 CE, ai sensi del quale il Consiglio adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Gli artt. 3 e 4 della direttiva n. 98/43/Ce, dei quali la Germania ha chiesto l'annullamento, disciplinano la pubblicità dei prodotti del tabacco nella stampa e nelle trasmissioni radiofoniche, nonché le sponsorizzazioni di queste ultime da parte di imprese la cui attività principale è la fabbricazione o la vendita dei prodotti del tabacco.

La Corte di giustizia ha precisato che il ricorso all'art. 95 CE non è giustificato in presenza di una semplice disparità di trattamento tra le normative nazionali, mentre è giustificato in caso di divergenze tra le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative tra gli Stati membri che possano ostacolare le libertà fondamentali garantite dal Trattato.

Nel caso di specie, la Corte ha valutato se, relativamente agli artt. 3 e 4 della direttiva in esame, ricorrevano le condizioni per potersi avvalere dell'art. 95 CE.

Al riguardo, la Corte ha osservato che, in occasione dell'adozione della direttiva, esistevano disparità tra le legislazioni nazionali in materia di pubblicità e di sponsorizzazione dei prodotti del tabacco. In taluni Stati, era stata vietata la pubblicità dei prodotti del tabacco perché di ostacolo alla libera circolazione delle merci, nonché alla libera prestazione dei servizi.

Infatti, i provvedimenti che vietano o limitano la pubblicità dei prodotti del tabacco sono idonei a pregiudicare in misura maggiore l'accesso al mercato dei prodotti provenienti da altri Stati membri rispetto a quello dei prodotti nazionali. Tali misure limitano di fatto la possibilità, per le imprese stabilite negli Stati membri in cui si applicano, di proporre agli inserzionisti stabiliti in altri Stati membri spazi pubblicitari nelle loro pubblicazioni, colpendo, in tal modo, l'offerta transfrontaliera dei servizi (cfr. la sentenza dell'8 marzo 2001 in causa n. C-405/98, *Gourmet International Products*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1795 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 79).

In sostanza, secondo la Corte di giustizia, gli ostacoli ed i rischi di distorsioni della concorrenza erano tali da giustificare l'intervento del legislatore comunitario sul fondamento normativo dell'art. 95 CE.

Infine, gli artt. 3 e 4, a parere della Corte, sono effettivamente diretti all'eliminazione o alla prevenzione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi, nonché all'eliminazione di distorsioni della concorrenza. Infatti, gli articoli in questione mirano a promuovere la libera diffusione di tali trasmissioni, nonché la libera circolazione delle comunicazioni rientranti nei servizi della società dell'informazione. Inoltre, l'art. 4, n. 2, della direttiva mira ad evitare che la libera prestazione dei servizi sia ostacolata dalle normative nazionali di un qualsiasi Stato membro.

Ritenendo che le condizioni per fare ricorso all'art. 95 CE siano state soddisfatte, la Corte di giustizia, infine, ha respinto anche gli altri motivi fondati sull'elusione dell'art. 152, n. 4, lett. c., CE, sulla violazione dell'obbligo di motivazione e su una violazione della procedura di codecisione.

## **L'AUTORIZZAZIONE CONCESSA AL CITTADINO TUNISINO AD ESERCITARE LA PROFESSIONE IN UNO STATO MEMBRO PROLUNGA LA DURATA DEL SUO DIRITTO DI SOGGIORNO IN TALE STATO**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 14 dicembre 2006 in causa n. C-97/05**

Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione dell'art. 64, n. 1,**

**dell'Accordo euromediterraneo - Produzione di effetti sul diritto di soggiorno - Lavoratore tunisino autorizzato a soggiornare in uno Stato membro e ad esercitarvi un'attività lavorativa - Principio di non discriminazione quanto alle condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento - Riduzione della durata di validità del permesso di soggiorno - Sussistenza.**

*L'art. 64, n. 1, dell'Accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina, dall'altra, firmato a Bruxelles il 17 luglio 1995 e approvato, a nome della Comunità europea e della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, con la decisione del Consiglio e della Commissione del 26 gennaio 1998, n. 98/238/Ce, Ceca, deve essere interpretato nel senso che esso è idoneo a produrre effetti sul diritto di soggiorno di un cittadino tunisino nel territorio di uno Stato membro, qualora il detto cittadino sia stato regolarmente autorizzato da tale Stato ad esercitare nel territorio del medesimo un'attività lavorativa per un periodo eccedente la durata della sua autorizzazione di soggiorno<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La Corte di giustizia, che più volte si è pronunciata in merito all'interpretazione di accordi stipulati dalla Comunità europea con Paesi terzi, è la prima volta che interpreta un trattato euromediterraneo (cfr. sull'Accordo di cooperazione CEE-Algeria, la sentenza del 15 gennaio 1998 in causa n. C-113/97, *Babahenini*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 183; sull'Accordo di cooperazione con il Marocco, le sentenze dell'11 novembre 1999 in causa n. C-179/98, *Mesbah*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7955 e del 20 marzo 2001 in causa n. C-33/99, *Fahmi e Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2415; sull'Accordo di associazione con la Repubblica di Polonia, la sentenza del 29 gennaio 2002 in causa n. C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1049; sull'Accordo di partenariato e di cooperazione con la Federazione russa, la sentenza del 12 aprile 2005 in causa n. C-265/03, *Simutenkov*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2579 e, infine, sull'Accordo di associazione con la Turchia, la sentenza del 2 giugno 2005 in causa n. C-136/03, *Dörr e Ünal*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4759).

Il Tribunale amministrativo di Darmstadt ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 64 dell'Accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina, dall'altra (in *Guce* n. L 97 del 1998, p. 2) per chiarire l'incidenza di tale accordo sulla limitazione della validità del permesso di soggiorno e sul conseguente ordine di espulsione dalla Germania di un cittadino tunisino in possesso di un permesso di lavoro di durata indeterminata.

Nel 2002 il signor Gattoussi sposava una cittadina tedesca e per l'ingresso in Germania gli era stato concesso un visto per ricongiungimento familiare dall'ambasciata tedesca di Tunisi. Egli otteneva poi un titolo di soggiorno della validità di tre anni dal sindaco di Rüsselsheim, comune di residenza della coppia. Successivamente, l'Ufficio del lavoro di Darmstadt concedeva al ricorrente un permesso di lavoro a tempo indeterminato. Nel frattempo, sottoscriveva un contratto di lavoro a tempo determinato della durata di un anno.

Il sindaco di Rüsselsheim, venuto a conoscenza della separazione intercorsa tra i coniugi, limitava la durata di validità dell'autorizzazione di soggiorno del signor Gattoussi, disponendone la scadenza alla data di notifica del provvedimento stesso, con obbligo di lasciare immediatamente il territorio tedesco a pena di espulsione verso la Tunisia. L'opposizione proposta dal signor Gattoussi contro il provvedimento del sindaco di Rüsselsheim veniva respinta e il ricorrente proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo di Darmstadt, affermando che il ritorno in Tunisia lo avrebbe messo in una situazione di particolare difficoltà sul piano economico e familiare.

Nell'ambito di tale ricorso il giudice del rinvio ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte.

In sostanza alla Corte di giustizia è stato chiesto di chiarire se l'art. 64, n. 1, dell'Accordo euromediterraneo impedisca allo Stato membro ospitante di limitare la durata di validità del titolo di soggiorno di un cittadino tunisino da esso autorizzato a soggiornare nel suo territorio per un periodo determinato e ad esercitarvi un'attività di lavoro dipendente per un periodo indeterminato, qualora la motivazione iniziale del diritto di soggiorno del cittadino tunisino venga a mancare prima della scadenza del termine di validità del suo titolo di soggiorno.

Si precisa che l'art. 64, n. 1, dell'Accordo euromediterraneo, prevede che: «Ogni Stato membro concede ai lavoratori di cittadinanza tunisina occupati nel suo territorio un regime che, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento, è caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità rispetto ai propri cittadini».

La Corte di giustizia, innanzitutto, ha osservato come i fatti oggetto della causa principale siano simili a quelli di cui alla sentenza del 2 marzo 1999 in causa n. C-416/96, *El-Yassini*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1209 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 80. In entrambi i casi lo Stato membro ospitante aveva ridotto, limitando il diritto di soggiorno, il diritto all'esercizio di un'attività lavorativa di cui beneficiava un cittadino di un Paese terzo, diritto che era stato concesso tramite un permesso di lavoro.

La Corte di giustizia, richiamando, pertanto, le argomentazioni già svolte nella sentenza *El-Yassini* relativamente alla Accordo CEE-Marocco, ha rilevato come l'accordo euromediterraneo non vieti allo Stato membro di adottare misure riguardanti il diritto di soggiorno di un cittadino tunisino che esso aveva inizialmente autorizzato ad entrare nel suo territorio e ad esercitarvi un'attività lavorativa. Nello stesso tempo, un cittadino tunisino può invocare il divieto di discriminazioni per contestare un provvedimento adottato da uno Stato membro per limitare il proprio diritto di soggiorno. A parere della Corte, lo Stato membro ospitante (Germania) che abbia inizialmente concesso al lavoratore migrante una serie di diritti riguardanti l'esercizio di un'attività lavorativa, più estesi di quelli riconosciuti in materia di soggiorno, non può limitarli se non per motivi legati alla tutela di un legittimo interesse dello Stato, quali l'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità pubblica (sulla nozione di ordine pubblico, cfr. le sentenze del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, p. 1279; del 10 febbraio 2000 in causa n. C-340/97, *Nazli*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 957 e del 25 luglio 2002 in causa n. C-459/99, *MRAX*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6591 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 530. Lo Stato tedesco, perciò, non avrebbe dovuto limitare, *a posteriori*, l'autorizzazione di soggiorno del signor Gattoussi in assenza di un'esigenza di tutela del legittimo interesse dello Stato.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA NUOVAMENTE LA DIRETTIVA SUGLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI CON RIFERIMENTO AD UN'AGGIUDICAZIONE SENZA GARA IN UN CASO DI AFFIDAMENTO *IN HOUSE***

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 18 gennaio 2007 in causa n. C-220/05**

Jean Aurox e a. c. Commune de Roanne, in presenza di: Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Appalti pubblici - Direttiva n. 93/37/Ce - Aggiudicazione senza previo bando di gara - Convenzione per la realizzazione di un'operazione di sistemazione urbanistica conclusa tra due amministrazioni aggiudicatrici - Nozione di «appalti pubblici di lavori» e di «opere» - Modalità di calcolo del valore dell'appalto.**

*Una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/37/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997, n. 97/52/Ce, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria, in tutto o in parte, di tale opera<sup>1</sup>.*

*Per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6 della direttiva n. 93/37, come modificata dalla direttiva n. 97/52/Ce, occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi<sup>2</sup>.*

*Un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva n. 93/37/Ce, come modificata dalla direttiva n. 97/52/Ce, per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> Il Tribunale amministrativo di Lione ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva n. 93/37/Cee relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (in *Guce* n. L 199 del 1993, p. 54), come modificata dalla direttiva n. 97/52/Ce (in *Guce* n. L 328 del 1997, p. 1). Tali questioni sono sorte nell'ambito di una controversia tra il signor Auroux e altri otto ricorrenti contro la delibera del consiglio comunale del comune di Roanne del 28 ottobre 2002, che autorizzava il sindaco a sottoscrivere con la Société d'équipement du département de la Loire (di seguito denominata: SEDL) un contratto d'appalto riguardante la realizzazione di un centro ricreativo a Roanne. La progettazione, nonché la realizzazione del centro ricreativo, veniva affidata alla SEDL, una società esecutrice ad economia mista, senza previa pubblicazione di un bando di gara. Su questa sentenza v. *supra*, p. 281 ss., A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA II del 2007*.

La convenzione per la realizzazione di un centro ricreativo prevedeva, in una prima fase, la costruzione di un cinema multisala, di negozi e di un parcheggio pubblico, nonché di strade di accesso ed aree pubbliche. La costruzione di ulteriori spazi commerciali o di servizio e di un albergo doveva avvenire in un secondo momento.

L'art. 2 della convenzione affidava alla SEDL l'incarico. I ricorrenti della causa principale hanno proposto un ricorso di annullamento contro la delibera del consiglio comunale del 28 ottobre 2002 contestando la validità della delibera, in particolare sotto il profilo del diritto comunitario per il fatto che la conclusione della convenzione avrebbe dovuto essere

preceduta da una pubblicità e da una messa in concorrenza in conformità agli obblighi derivanti dalla direttiva sugli appalti pubblici. Il Tribunal administratif de Lyon ha così deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte affinché chiarisse se la convenzione costituiva un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva.

Ai sensi dell'art. 1, lett. a. della direttiva, gli «appalti pubblici di lavori» sono definiti contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice (lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico) aventi per oggetto l'esecuzione e/o la progettazione di lavori o di un'opera nel rispetto delle esigenze precisate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Orbene, la Corte ha osservato, innanzitutto, che il solo fatto che la convenzione comporti elementi che eccedono l'esecuzione dei lavori, non è sufficiente ad escludere l'applicazione della direttiva.

Nella sentenza *Gestión Hotelera Internacional* (sentenza del 19 aprile 1994 in causa n. C-331/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1329) la Corte aveva precisato che qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori, sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria sugli appalti pubblici debba in linea di principio essere applicata. Nel caso di specie, per valutare se l'oggetto principale della convenzione sia l'esecuzione di un'opera, è irrilevante che la SEDL non esegua essa stessa i lavori, ma li faccia eseguire da subappaltatori.

Secondo la Corte di giustizia il comune di Roanne è un ente locale e gode dello *status* di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b., della direttiva ed esiste un contratto redatto in forma scritta. Sempre secondo la Corte, la SEDL, in qualità di operatore economico attivo sul mercato che si impegna a realizzare i lavori previsti dalla convenzione, deve essere qualificata come imprenditore ai sensi della direttiva, in quanto risulta obbligata in base ad una convenzione conclusa a titolo oneroso. Ne consegue che la convenzione conclusa tra il Comune di Roanne e la SEDL deve essere qualificata come un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva.

Il giudice del rinvio ha anche chiesto alla Corte di verificare le modalità di determinazione del valore dell'appalto in questione, allo scopo di giudicare se sia stata raggiunta la soglia prevista dall'art. 6 della direttiva.

In considerazione del fatto che l'obiettivo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva è proprio quello di garantire ai potenziali offerenti stabiliti nella Comunità europea l'accesso agli appalti pubblici che presentano per loro un particolare interesse, è a partire dal loro punto di vista che deve essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all'art. 6 della direttiva. E il valore globale dell'appalto comprenderà sia gli introiti provenienti dall'amministrazione aggiudicatrice, sia quelli provenienti da terzi.

Infine, sulla possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di essere dispensata dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva, per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo *status* di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti, la Corte ha precisato che le sole deroghe consentite all'applicazione della direttiva sono quelle in essa espressamente menzionate (cfr. le sentenze del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121 e dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4137 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 339).

La Corte ha osservato come la direttiva non contenga disposizioni che consentano di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici, neanche ammettendo che la seconda amministrazione aggiudicatrice si veda obbligata a subappaltare il valore totale dell'appalto ad imprenditori successivi e, a questo scopo, a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva (cfr. A. SONCINI, *Gli Affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA II del 2007*, cit.).



## LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I CRITERI DI CONVERSIONE IN EURO CONTENUTI NEI REGOLAMENTI COMUNITARI

### Corte di giustizia

#### Sentenza del 18 gennaio 2007 in causa n. C-359/05

Estager SA c. Receveur principal de la recette des douanes de Brive

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica economica e monetaria - Regolamenti (Ce) n. 1103/97 e n. 974/98 - Introduzione dell'euro - Conversione tra le unità monetarie nazionali e l'unità euro - Normativa di uno Stato membro recante adeguamento del valore in euro di taluni importi espressi in moneta nazionale nei testi legislativi dello Stato medesimo - Contrasto.**

*I regolamenti Ce del Consiglio del 17 giugno 1997, n. 1103 relativo a talune disposizioni per l'introduzione dell'euro, e del 3 maggio 1998, n. 974, relativo all'introduzione dell'euro, devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che, nell'operazione di conversione in euro dell'importo di un'imposta, come quella oggetto della causa principale, ne abbia elevato l'importo rispetto a quello che sarebbe risultato dall'applicazione delle norme di conversione previste dai detti regolamenti, salvo che tale aumento rispetti le esigenze di certezza del diritto e di trasparenza garantite dai regolamenti medesimi, il che implica che i testi normativi di cui trattasi consentano di distinguere chiaramente la decisione delle autorità di uno Stato membro di aumentare il detto importo dall'operazione di conversione dell'importo medesimo in euro. Spetta al giudice del rinvio verificare se, nel giudizio dinanzi ad esso pendente, ciò si sia verificato<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Il Tribunal de grande instance de Brive-la-Gaillarde (Francia) ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione relativa all'interpretazione dei regolamenti Ce n. 1103/1997 (in *Guce* n. L 162 del 1997, p. 1) e n. 974/1998 (in *Guce* n. L 139 del 1998, p. 1) relativi all'introduzione dell'euro.

In occasione del passaggio all'euro, è aumentata la tassa sui quantitativi di farina, di semola e tritello di grano tenero ceduti o immessi in commercio ai fini del consumo umano e, tra la Estager SA e l'esattoria principale dell'amministrazione doganale di Brive, è sorta una controversia proprio in merito a tale aumento. La Estager, infatti, ha chiesto all'Esattoria principale di Brive la restituzione di una parte della tassa assolta dalla società medesima a decorrere dal 1° gennaio 2002.

L'Esattoria principale respingeva la domanda di rimborso e la Estager conveniva l'Esattoria dinanzi al giudice del rinvio al fine di ottenere il rimborso delle somme che essa riteneva di aver indebitamente versato.

Il Tribunal de grande instance de Brive-la-Gaillarde decideva di sospendere il procedimento e si rivolgeva alla Corte per chiarire se i regolamenti nn. 1103/97 e 974/98 contrastino con una normativa nazionale che, nell'effettuare l'operazione di conversione in euro dell'importo di una tassa, abbia fissato la stessa in un importo superiore a quello che sarebbe risultato dall'applicazione dalle norme di conversione previste dai regolamenti oggetto di interpretazione.

La Corte, innanzitutto, ha esaminato le finalità dei regolamenti in questione (si ricorda che nella sentenza del 14 settembre 2004 in causa n. C-19/03, *Verbraucher-Zentrale Hamburg*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8183 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 83, la Corte aveva già esaminato le finalità del regolamento n. 1103/97). Ai sensi del settimo *considerando* del regolamento n. 1103/97 viene precisato che il principio della continuità dei contratti e degli altri strumenti giuridici non è influenzata dall'introduzione di una nuova moneta. L'obiettivo delle disposizioni del regolamento n. 1103/97 relative a tale continuità consiste nel garantire «certezza giuridica e (...) trasparenza per gli operatori economici, specialmente per i consumatori (...)». Inoltre, ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 974/98, «la sostituzione dell'euro alla moneta di ciascuno Stato membro partecipante non ha di per sé l'effetto di alterare la denominazione degli strumenti giuridici in vigore alla data di tale sostituzione». La Corte di giustizia ha precisato altresì che l'obiettivo di neutralità del passaggio all'euro viene raggiunto anche attraverso la fissazione di norme relative alle operazioni di conversione. (Sui regolamenti citati v. F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 101 ss.).

Orbene, nel caso di specie, la normativa francese, in occasione del passaggio all'euro, ha simultaneamente proceduto alla conversione in euro e all'aumento dell'importo della tassa.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha osservato come i regolamenti nn. 1103/97 e 2866/98 non abbiano pregiudicato in alcun modo la sovranità fiscale degli Stati membri, nonché il potere di aumentare l'importo delle tasse. Tuttavia, la conversione in euro dell'importo di una tassa dev'essere effettuata nel rispetto delle disposizioni previste dal regolamento n. 1103/97 nonché del principio di continuità degli strumenti giuridici e dell'obiettivo di neutralità del passaggio all'euro.

A parere della Corte di giustizia, l'esigenza di certezza del diritto e di trasparenza sono necessarie per «proteggere l'affidamento degli operatori economici nell'introduzione dell'euro». Pertanto, uno Stato membro, che simultaneamente procede alla conversione in euro e all'aumento dell'importo di una tassa, deve fare in modo che a tutti gli operatori economici siano garantite la trasparenza e la certezza del diritto. Ne consegue che, in mancanza di tali garanzie, la cui esistenza è rimessa al giudice del rinvio, la normativa francese contrasta con i regolamenti comunitari nn. 1103/97 e 2866/98.

## **LA DIRETTIVA N. 80/987/CEE SULLA TUTELA DEI LAVORATORI SUBORDINATI IN CASO DI INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO NON IMPONE AGLI STATI MEMBRI DI FINANZIARE IL TRATTAMENTO DI QUIESCENZA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 25 gennaio 2007 in causa n. C-278/05**

Carol Marilyn Robins e a. c. Secretary of State for Work and Pensions

**Art. 234 CE - Rinvio pregiudiziale - Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro - Direttiva n. 80/987/Cee - Attuazione - Art. 8 - Regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali - Trattamento di quiescenza - Tutela dei diritti maturati**

### **- Ampiezza della tutela - Responsabilità di uno Stato membro per la non corretta attuazione di una direttiva - Presupposti.**

*L'art. 8 della direttiva del Consiglio del 20 ottobre 1980, n. 80/987/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, deve essere interpretato nel senso che, in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, il finanziamento dei diritti maturati alle prestazioni di vecchiaia non deve essere obbligatoriamente assicurato dagli Stati membri medesimi, né essere integrale<sup>1</sup>.*

*L'art. 8 della direttiva n. 80/987/Cee osta a un sistema di tutela come quello oggetto del procedimento principale<sup>2</sup>.*

*In caso di attuazione scorretta dell'art. 8 della direttiva n. 80/987/Cee, la responsabilità dello Stato membro interessato è subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> I ricorrenti nella causa principale sono ex dipendenti di un'impresa divenuta insolvente (la società ASW Limited), che aveva creato due enti pensionistici aziendali che sono stati chiusi in seguito all'insolvenza dell'impresa. La conseguenza è stata che le risorse finanziarie degli enti pensionistici non sono stati sufficienti a soddisfare tutti i diritti dei loro contribuenti. Per tale motivo, i ricorrenti vedendosi diminuire la pensione professionale, peraltro concordata contrattualmente, hanno presentato un ricorso volto ad ottenere il risarcimento dei danni contro il Secretary of State for Work and Pensions, invocando l'art. 8 della direttiva n. 80/987/Cee (in *Guce* n. L 283 del 1980, p. 23) ai sensi del quale: «gli Stati membri si assicurano che vengano adottate le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori subordinati e quelli delle persone che hanno già lasciato l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro alla data dell'insorgere della insolvenza di quest'ultimo, per quanto riguarda i diritti maturati o i diritti in corso di maturazione, in materia di prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, previste dai regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, diversi dai regimi legali nazionali di sicurezza sociale».

La High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali volte a chiarire, innanzitutto, se in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi pensionistici complementari e professionali, i diritti al trattamento di quiescenza maturati debbano essere assicurati dagli Stati membri medesimi e pagati integralmente.

L'art. 8 della direttiva, sopra riportato, secondo la Corte di giustizia, non impone agli Stati membri di finanziare i diritti alle prestazioni che la direttiva vuol vedere tutelati e lascia agli stessi un certo potere discrezionale nella scelta del meccanismo da adottare per la tutela accordata dalla disposizione in questione. Ne consegue che l'art. 8 della direttiva n. 80/987/Cee non può essere interpretato nel senso di esigere una garanzia integrale dei diritti al trattamento di quiescenza a titolo dei regimi di previdenza complementare.

Sulla conformità della normativa britannica con l'art. 8 della direttiva n. 80/987/Cee, la Corte ha osservato che le disposizioni nazionali suscettibili di condurre in talune situazioni a limitare la garanzia delle prestazioni previdenziali del venti o addirittura del quarantanove per cento, come nel caso di specie, non possono essere considerate adeguate alla nozione di «tutela» definita all'art. 8 della direttiva. Pertanto, un sistema come quello messo in atto dal legislatore del Regno Unito non assicura la tutela prescritta dalla direttiva non realizzandone una trasposizione corretta.

Il giudice del rinvio ha chiesto, infine, che vengano precisati i presupposti della respon-

sabilità di uno Stato per non aver attuato correttamente una direttiva (cfr. le sentenze del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52; del 23 maggio 1996 in causa n. C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 56 con commento di L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, p. 63 ss.; dell'8 ottobre 1996 in cause riunite n. C-178/94, n. C-179/94 e da n. C-188/94 a n. C-190/94, *Dillenkofer e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 48405; e del 18 gennaio 2001 in causa n. C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 493 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 687 con commento di S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, p. 689 ss.).

La Corte ha precisato che, secondo la propria costante giurisprudenza (cfr. sentenze del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123 e del 4 dicembre 2003 in causa n. C-63/01, *Evans*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14447), la responsabilità di uno Stato membro per i danni arrecati ai singoli da una violazione del diritto comunitario presuppone che: *a.* la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, *b.* che si tratti di una violazione sufficientemente caratterizzata e *c.* che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Secondo la Corte di giustizia, il potere discrezionale dello Stato membro costituisce un criterio decisivo per poter stabilire l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario e tale potere discrezionale dipende, in gran parte, dal grado di chiarezza e di precisione della norma violata.

Con riferimento all'art. 8 della direttiva, la Corte ha osservato che, per il fatto che esso risulta formulato in termini generali e conferisce agli Stati membri un ampio potere discrezionale per la determinazione del livello di tutela da accordare, la responsabilità di uno Stato membro per l'inesatta attuazione di tale disposizione è subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale. Il giudice nazionale investito della domanda di risarcimento danni deve tener conto di una serie di elementi, tra i quali, il grado di chiarezza e di precisione della norma violata e l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, ecc. (cfr. sentenze *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, *cit.*).

La Corte, pertanto, richiamando la relazione definitiva della Commissione del 15 giugno 1995, Com(95) 164 def. sul recepimento della direttiva n. 80/987/Cee da parte degli Stati membri, nella quale era stato osservato che le varie misure adottate dal Regno Unito sembrano rispondere ai requisiti posti all'art. 8 della direttiva, ha concluso nel senso che la responsabilità dello Stato membro interessato è subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA RITORNA SULLA NOZIONE DI DIRITTO DI STABILIMENTO ED ESTENDE LA PORTATA DELLA DIRETTIVA SUI LICENZIAMENTI COLLETTIVI ANCHE ALLE UNITÀ PRODUTTIVE**

### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 15 febbraio 2007 in causa n. C-270/05**

Athinaiki Chartopoiia AE c. Panagiotidis e altri, con l'intervento di Geniki Synomospondia Ergaton Elládas (GSEE)

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Licenziamenti collettivi - Direttiva n. 98/59/Ce del Consiglio - Art. 1, n. 1, lett. a. - Cessazione delle attività dello stabilimento dovuta alla volontà del datore di lavoro - Nozione di «stabilimento».**

*La direttiva del Consiglio del 20 luglio 1998, n. 98/59/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, in particolare con riferimento al suo art. 1, n. 1, lett. a., dev'essere interpretata nel senso che un'unità di produzione come quella di cui alla causa principale rientra nella nozione di «stabilimento» ai fini dell'applicazione di tale direttiva<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La domanda pregiudiziale sull'interpretazione della nozione di stabilimento contenuta nella direttiva n. 98/59/Cee sui licenziamenti collettivi (in *Guce* n. L 225 del 1998, p. 16) è stata presentata nell'ambito di una controversia tra alcuni lavoratori licenziati e il loro ex datore di lavoro, la società Athinaiki Chartopoïa, relativamente alla legittimità del licenziamento collettivo avvenuto in seguito alla cessazione delle attività di una delle unità produttive di tale società.

La società Athinaiki Chartopoïa gestisce tre unità distinte di produzione, situate in tre località diverse e ciascuna di tali unità dispone di un equipaggiamento e di un personale operaio specializzato distinti, nonché di un direttore della produzione che assicura la buona esecuzione dei lavori, la sorveglianza degli impianti dell'unità, nonché la risoluzione di questioni di natura tecnica.

Nel luglio 2002, il consiglio di amministrazione della società ha deciso la cessazione dell'attività della prima unità di produzione, in quanto in perdita, e il licenziamento di quasi tutti i lavoratori impiegati in tale unità.

Il ricorso presentato dai lavoratori contro la decisione di licenziamento è stato accolto. La società Athinaiki Chartopoïa ha interposto appello dinanzi all'Efeteio Thrakis (la Corte d'appello della Tracia) che, investito della questione, ha dichiarato che l'unità di produzione che ha cessato la sua attività non era autonoma rispetto alla società appellante e non rientra quindi nell'eccezione prevista dall'art. 5, n. 5, della legge n. 1387/1983 (che ha recepito la normativa comunitaria sui licenziamenti collettivi) che prevede la non applicabilità di alcune norme poste a tutela dei lavoratori in presenza di licenziamenti collettivi dovuti alla cessazione dell'attività dello stabilimento o dell'azienda in seguito ad una decisione giudiziale. Tale norma, a parere della Corte d'appello, si applicherebbe anche nell'ipotesi in cui la cessazione è la conseguenza di una decisione unilaterale del datore di lavoro.

L'Areios Pagos, investito del ricorso in cassazione proposto dalla società, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se l'unità di produzione di cui trattasi rientri nella nozione di «stabilimento» ai fini dell'applicazione della direttiva n. 98/59/Ce.

La Corte di giustizia, quindi, è tornata nuovamente sulla nozione di stabilimento e ha precisato come tale nozione non sia definita dalla direttiva, ma costituisca una nozione di diritto comunitario (cfr. la sentenza del 7 dicembre 1995 in causa n. C-449/93, *Rockfon*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4291). Si tratta, a parere della Corte, di una nozione molto ampia al fine di limitare i casi di licenziamenti collettivi che non sarebbero soggetti alla direttiva n. 98/59/Ce a seguito della qualificazione giuridica di tale nozione a livello nazionale (cfr., in particolare, la sentenza del 7 settembre 2006 in cause riunite da n. C-187/05 a n. C-190/05, *Agorastoudis e. a.*, in *Raccolta*, I, p. 7775).

Secondo la Corte, può costituire uno «stabilimento», nell'ambito di un'impresa, un'entità distinta, permanente e stabile, destinata ad effettuare una o più operazioni determinate e che dispone di un insieme di lavoratori, nonché di una struttura organizzativa che permetta il compimento di tali operazioni. E l'entità in questione non dovrebbe essere dotata di una qualsiasi autonomia giuridica e neppure di un'autonomia economica, finanziaria, ammini-

strativa o tecnologica per poter essere qualificata come «stabilimento». Sulla base di tali argomentazioni, la Corte di giustizia ha ritenuto che la deroga contenuta nella disposizione nazionale di attuazione della normativa comunitaria trovi applicazione solamente quando la cessazione dell'attività di un'impresa o di un'azienda è dovuta ad una decisione giudiziaria. Ne consegue che la nozione comunitaria di stabilimento si estende dalle imprese alle unità produttive dell'impresa stessa.

**VIOLA IL TRATTATO CE UNA SANZIONE PENALE APPLICATA PER IL MANCATO ADEMPIMENTO DI UNA FORMALITÀ AMMINISTRATIVA LA CUI OSSERVANZA È RESA IMPOSSIBILE DALLA NORMATIVA NAZIONALE CONTRASTANTE CON IL DIRITTO COMUNITARIO**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 6 marzo 2007 in cause riunite n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04**

Procedimenti penali a carico di Massimiliano Placanica (n. C-338/04), Christian Palazzese (n. C-359/04), Angelo Sorricchio (n. C-360/04)

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Libera prestazione dei servizi - Interpretazione degli artt. 43 e 49 CE - Giochi d'azzardo - Raccolta di scommesse su eventi sportivi - Requisito di una concessione - Esclusione di operatori costituiti in talune forme di società di capitali - Requisito di un'autorizzazione di polizia - Sanzioni penali - Contrasto.**

*Una normativa nazionale che vieta l'esercizio di attività di raccolta, di accettazione, di registrazione e di trasmissione di proposte di scommesse, in particolare sugli eventi sportivi, in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia rilasciate dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione dei servizi previste rispettivamente agli artt. 43 CE e 49 CE<sup>1</sup>.*

*Spetterà ai giudici nazionali verificare se la normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo mirante a prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti<sup>2</sup>.*

*Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che esclude e per di più continua a escludere dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati<sup>3</sup>.*

*Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad*

*una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che impone una sanzione penale a soggetti quali gli imputati nelle cause principali per aver esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro*<sup>4</sup>.

<sup>1-4</sup> Sono incompatibili con il diritto comunitario le sanzioni penali applicate dall'Italia agli intermediari che raccolgono scommesse per conto di società straniere. E quanto ha statuito la Corte di giustizia nella sentenza sopra massimata.

La Corte di giustizia torna a pronunciarsi, per la terza volta, sulla materia dei giochi d'azzardo in relazione alla normativa vigente in Italia. La prima volta, nella causa *Zenatti* (sentenza del 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7289 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 293), su domanda del Consiglio di Stato, la Corte aveva statuito che non contrasta con il Trattato CE la normativa italiana che riserva a determinati enti il diritto di esercitare scommesse sugli eventi sportivi, qualora tale normativa sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale volti ad evitare gli effetti nocivi di tali attività e qualora le restrizioni da essa imposte non siano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

È seguito un secondo rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Ascoli Piceno, che ha dato luogo alla sentenza nel caso *Gambelli* (del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 528) nella quale la Corte, richiamando la precedente decisione, ha aggiunto che è compito del giudice nazionale verificare se la normativa in questione, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, sia giustificata e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto agli obiettivi da perseguire.

Le questioni pregiudiziali poste dai Tribunali di Larino e di Teramo, nella causa qui massimata, offrono alla Corte di giustizia la possibilità di precisare la sua giurisprudenza, in considerazione del fatto che la Suprema Corte di cassazione ha ritenuto compatibile tale sistema con la normativa comunitaria nella sentenza del 26 aprile 2004 n. 111/04 (caso *Ge-sualdi*).

La normativa italiana stabilisce che la partecipazione all'organizzazione di giochi d'azzardo, compresa la raccolta di scommesse, è sottoposta all'ottenimento di una concessione e di un'autorizzazione da parte della polizia. Qualsiasi violazione prevede l'applicazione di sanzioni penali.

A questo punto, è importante partire dai fatti che hanno condotto alla sentenza qui esaminata. Il CONI ha indetto, nel dicembre 1998, una gara per l'attribuzione di mille concessioni per la gestione delle scommesse sulle competizioni sportive e, nello stesso tempo, 671 nuove concessioni sono state messe a concorso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per le scommesse sulle competizioni ippiche (329 concessioni esistenti sono state rinnovate).

L'applicazione delle disposizioni nazionali sulla trasparenza dell'azionariato, in vigore all'epoca dei fatti, ha escluso dalle gare gli operatori costituiti in forma di società le cui azioni erano quotate nei mercati regolamentati. Tra le società escluse vi era la Stanley International Betting Ltd, una società di diritto inglese appartenente al gruppo Stanley Leisure plc che opera nel settore dei giochi d'azzardo e rappresenta il quarto maggior *bookmaker* e il primo gestore di case da gioco nel Regno Unito. La Stanley opera in Italia tramite l'intermediazione di oltre duecento agenzie, comunemente denominate «centri di trasmissione dati», i cosiddetti CTD. Questi ultimi sono gestiti da operatori indipendenti contrattualmente legati alla Stanley e i signori Placanca (causa n. C-338/04), Palazzese e Sorricchio (cause n. C-359/04 e n. C-360/04), imputati nell'ambito dei procedimenti principali, sono, tutti e tre, gestori di CTD legati alla Stanley avendo messo a punto un sito *web* che rendeva possibile effettuare le scommesse attraverso la società stessa.

Il Tribunale di Larino e il Tribunale di Teramo hanno avviato nel 2004 i procedimenti penali per avere i ricorrenti esercitato un'attività di raccolta di scommesse senza la richiesta autorizzazione di polizia. Si sono rivolti alla Corte di giustizia per chiarire la compatibilità

della normativa italiana (legge n. 401 del 13 dicembre 1989), recante interventi nel settore del giuoco e delle scommesse a tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive (in *Guri* n. 294 del 18 dicembre 1989) con i principi relativi alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento.

La Corte di giustizia, al fine di poter rispondere alla questione sottoposta, ha analizzato le condizioni poste dalla normativa italiana, ossia la concessione, i bandi di gara, l'autorizzazione di polizia e le sanzioni penali.

Sul requisito della concessione, la Corte di giustizia ha osservato come in Italia un soggetto che intenda operare nel settore dei giochi d'azzardo debba ottenere una concessione. L'Italia persegue una politica espansiva nel settore dei giochi d'azzardo allo scopo di incrementare le entrate fiscali. Ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, quale un sistema di concessioni, possono essere giustificati se consentono di controllare coloro che operano nel settore dei giochi d'azzardo allo scopo di prevenire attività criminali o fraudolente. Secondo la Corte, è compito dei giudici nazionali verificare se la normativa italiana, che limita di fatto il numero degli operatori che possono accedere al mercato dei giochi d'azzardo, risponda effettivamente all'obiettivo di prevenire attività criminali.

Sulla possibilità di partecipare ai bandi di gara, la Corte di giustizia ha osservato come la normativa italiana in materia, nella misura in cui l'assenza di operatori stranieri tra i concessionari è dovuta al fatto che la normativa esclude che le società di capitali quotate nei mercati regolamentati degli altri Stati membri possano ottenere concessioni, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento (sentenza *Gambelli e a., cit.*). Tale esclusione, secondo la Corte di giustizia, va oltre quanto è necessario per evitare che soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo siano coinvolti in attività criminali. Infatti, è possibile limitare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi in misura meno drastica mediante altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività degli operatori nel settore dei giochi di azzardo anche raccogliendo informazioni sui rappresentanti delle società e sui loro principali azionisti.

Pertanto, con riferimento alle conseguenze derivanti dall'illegittimità dell'esclusione di un certo numero di operatori dalle gare al fine dell'attribuzione delle concessioni, la Corte di giustizia ha statuito che compete all'ordinamento giuridico nazionale stabilire le modalità procedurali che garantiscano la tutela dei diritti riconosciuta agli operatori dall'efficacia diretta del diritto comunitario.

Sul requisito di un'autorizzazione di polizia al fine di poter operare nel settore dei giochi d'azzardo, la Corte di giustizia ha precisato che il procedimento per l'ottenimento di un'autorizzazione presenta gli stessi vizi che inficiano l'attribuzione delle concessioni.

Infine, sulle sanzioni penali previste dalla normativa italiana, la Corte ha precisato che una legislazione nazionale non può limitare le libertà fondamentali garantite dal Trattato (cfr. le sentenze del 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 11 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 73 nonché del 15 dicembre 1983 in causa n. 5/83, *Rienks*, in *Raccolta*, 1983, p. 4233).

La Corte di giustizia, infine, ha osservato che i soggetti che gestivano i CTD collegati alla Stanley non potevano ottenere le concessioni e le autorizzazioni di polizia richieste dalla normativa italiana in quanto, come sopra precisato, la Repubblica italiana subordina il rilascio di un'autorizzazione di polizia al possesso di una concessione e, all'epoca dei fatti, l'Italia aveva rifiutato di attribuire concessioni a società quotate nei mercati regolamentati. Ne consegue che la Repubblica italiana non può applicare nei confronti dei ricorrenti le sanzioni penali previste dalla propria normativa per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o autorizzazione di polizia. Sussiste, pertanto, il contrasto con la normativa comunitaria relativa alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento.



## LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SULLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE E COMPARATIVA

### Corte di giustizia

Sentenza del 19 aprile 2007 in causa n. C-381/05

De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttive n. 84/450/Cee e n. 97/55/Ce - Pubblicità comparativa - Nozione - Identificazione di un concorrente o dei beni o servizi offerti da un concorrente - Condizioni di liceità per quanto riguarda il confronto - Beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi - Riferimento a denominazioni d'origine.**

*L'art. 2, punto 2 bis, della direttiva del Consiglio del 10 settembre 1984, n. 84/450/Cee, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997, n. 97/55/Ce, dev'essere interpretato nel senso che può essere considerato pubblicità comparativa il riferimento, in un messaggio pubblicitario, a un tipo di prodotto, e non a un'impresa o a un prodotto determinati, se permette di identificare nella loro individualità tale impresa o i prodotti da essa offerti. La circostanza che il messaggio pubblicitario renda possibile identificare nella loro individualità un numero più ampio di concorrenti dell'operatore pubblicitario o di beni e servizi che essi offrono è irrilevante ai fini del riconoscimento del carattere comparativo della pubblicità<sup>1</sup>.*

*Per stabilire se tra l'operatore pubblicitario e l'impresa cui questo fa riferimento nella pubblicità sussiste un rapporto di concorrenza non si può prescindere dalla considerazione dei beni o servizi offerti da tale impresa.*

*Per valutare la sussistenza del suddetto rapporto di concorrenza devono essere considerati: lo stato attuale dei mercati e delle abitudini di consumo, nonché le loro possibilità di evoluzione; la parte del territorio comunitario in cui la pubblicità è diffusa, ma anche, se necessario, gli effetti che sul mercato nazionale interessato può avere l'evoluzione delle abitudini di consumo constatate in altri Stati membri, e le caratteristiche specifiche del prodotto che l'operatore pubblicitario intende promuovere e l'immagine che intende imprimergli.*

*I criteri per accertare la sussistenza di un rapporto di concorrenza ai sensi dell'art. 2, punto 2 bis, della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce, e quelli per verificare se il confronto soddisfa la condizione enunciata all'art. 3 bis, n. 1, lett. b., della stessa non sono identici<sup>2</sup>.*

*Una pubblicità che faccia riferimento a un tipo di prodotto, senza tuttavia*

*identificare un concorrente o i beni da lui offerti, non è illecita ai sensi dell'art. 3 bis, n. 1, della direttiva n. 84/450, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce. La sua liceità deve essere valutata sulla base di altre disposizioni di diritto nazionale o, eventualmente, di diritto comunitario, anche se dovesse risultrarne un minore grado di tutela dei consumatori o delle imprese concorrenti<sup>3</sup>.*

*L'art. 3 bis, n. 1, lett. f., della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce, deve essere interpretato nel senso che non ogni raffronto tra prodotti privi di denominazione d'origine e prodotti che ne sono provvisti è illecito<sup>4</sup>.*

<sup>1-4</sup> I quesiti pregiudiziali posti dalla Cour d'appel de Bruxelles concernenti l'interpretazione della direttiva n. 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole e comparativa (in *Guce* n. L 250/84, p. 17) come modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce (in *Guce* n. L 290 del 1997, p. 18) sono stati sollevati nell'ambito di una causa che ha visto contrapposti, da un lato, il Comitato Interprofessionale del Vino di Champagne (di seguito denominato: CIVC) e la società Veuve Clicquot Ponsardin, nonché, dall'altro lato, la società De Landtsheer Emmanuel relativamente alle pratiche pubblicitarie utilizzate da quest'ultima nella commercializzazione della birra denominata «Malheur Brut Réserve».

La De Landtsheer produce e commercializza diversi tipi di birra recanti il marchio «Malheur». Nel 2001 lanciava sul mercato una birra realizzata con un metodo che s'ispira a quello di elaborazione del vino spumante con il nome «Malheur Brut Réserve». Sulla bottiglia, sul dépliant appeso al collo della bottiglia, nonché sull'imballaggio di cartone figuravano le espressioni «Brut Réserve», «La première bière BRUT au monde», «Bière blonde à la méthode traditionnelle» e «Reims-France», come pure un riferimento esplicito ai vignaioli di Reims e di Épernay. La Società, inoltre, aveva lasciato intendere che si trattava di una birra fabbricata col metodo *champenois* perché aveva utilizzato l'espressione «Champagne-bier».

Il CIVC e la Veuve Clicquot citavano la De Landtsheer dinanzi al Tribunale commerciale di Nivelles per far cessare l'uso delle diciture sopra indicate, stante non solo l'ingannevolezza, ma costituendo anche esse una pubblicità comparativa illecita.

Il ricorso veniva respinto solamente per quanto riguardava l'utilizzo delle diciture «BRUT», «Réserve», «Brut Réserve» e «La première bière brut au monde». Entrambe le parti proponevano appello avverso tale sentenza e la Corte d'appello di Bruxelles decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali.

Il giudice del rinvio, in primo luogo, ha chiesto se il riferimento, in un messaggio pubblicitario, esclusivamente ad un tipo di prodotto, e non ad un'impresa o a un prodotto determinati, sia tale da far rientrare tale messaggio nella nozione di pubblicità comparativa di cui all'art. 2, punto 2 bis, della direttiva.

La Corte di giustizia, nel risolvere la prima questione, ha richiamato la propria giurisprudenza sulla nozione di pubblicità comparativa precisando che è sufficiente che sussista un messaggio che faccia, anche implicitamente, riferimento a un concorrente o ai beni o ai servizi da questo offerti perché si abbia una pubblicità comparativa (cfr., sul punto, le sentenze del 25 ottobre 2001 in causa n. C-112/99, *Toshiba Europe*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7945 e dell'8 aprile 2003 in causa n. C-44/01, *Pippig Augenoptik*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3095). A parere della Corte, un messaggio può integrare una pubblicità comparativa se permette di identificare il riferimento concreto, sia pure implicito, a un concorrente o ai beni o servizi da lui offerti. Ne consegue che il messaggio pubblicitario in questione rientra nella nozione di pubblicità comparativa ai sensi della direttiva.

La Corte di giustizia ha precisato, inoltre, che per stabilire se tra l'operatore pubblicitario e l'impresa che è identificata nella pubblicità esista realmente un rapporto di concorrenza, non si possono ignorare i beni o i servizi offerti dall'impresa stessa e per stabilire se tra le parti esista un rapporto di concorrenza occorre considerare una serie di fattori, tra i quali, lo stato attuale dei mercati, la parte del territorio comunitario in cui viene diffusa la pubbli-

cità, nonché le caratteristiche del prodotto.

Infine, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se dall'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *f*., della direttiva discenda l'illiceità di ogni confronto tra prodotti privi di denominazione d'origine e prodotti che ne sono provvisti.

Sul punto, la Corte ha osservato come le condizioni imposte dalla pubblicità comparativa debbano essere interpretate in senso più favorevole a questa. Occorre, altresì, accertare se lo scopo della pubblicità sia solamente quello di distinguere i prodotti dell'operatore pubblicitario da quelli del suo concorrente e, quindi, mettere obiettivamente in rilievo le differenze (cfr. le sentenze *Toshiba Europe*, *cit.* e del 23 febbraio 2006 in causa n. C-59/05, *Siemens*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2147). A parere della Corte, una volta che sono state soddisfatte tutte le condizioni di liceità di una pubblicità comparativa, una tutela delle denominazioni d'origine non può spingersi fino al punto di vietare ogni raffronto tra prodotti privi di denominazione d'origine e prodotti che ne sono provvisti.

## **L'ESCLUSIONE DEL RIMBORSO DELLE SPESE DI RICOVERO IN CLINICHE PRIVATE DI UN ALTRO STATO MEMBRO CONTRASTA CON LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 19 aprile 2007 in causa n. C-444/05**

Aikaterini Stamatelaki c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangel-  
mation (OAEE)

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Restrizioni alla libera prestazione di servizi - Rimborso di spese di ricovero in cliniche private all'estero - Giustificazione e proporzionalità dell'esclusione - Cure prestate ai bambini di età inferiore ai quattordici anni - Contrasto.**

*L'art. 49 Trattato CE osta alla normativa di uno Stato membro, quale quella in esame nella causa principale, la quale esclude qualsiasi rimborso, da parte di un ente previdenziale nazionale, delle spese sostenute in occasione del ricovero di un suo assicurato presso cliniche private situate in altri Stati membri, fatta eccezione per quelle relative alle cure prestate ai bambini di età inferiore ai quattordici anni<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Non è la prima volta che la Corte di giustizia affronta problemi legati alla mobilità dei malati all'interno dell'Unione europea, nonché la questione relativa al rimborso delle spese mediche effettuate in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza (cfr. le sentenze del 28 aprile 1998 in causa n. C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931 nonché in causa n. C-120/95, *Decker*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1831, entrambe massimate in questa *Rivista*, 1999, p. 55; del 25 febbraio 2003 in causa n. C-326/00, *Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1703 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 68; del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *V. G. Müller-Fauré e van Riet*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4509 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 355; del 13 luglio 2003 in causa n. C-156/01, *R.P. Van der Duin e Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7045 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 565; del 15 giugno 2006 in causa n. C-466/04, *Manuel Acereda Herrera*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5341 e del 16 maggio 2006

in causa n. C-372/04, *The Queen su richiesta di Watts*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325, entrambe massimate in questa *Rivista*, 2006, p. 521 ss.).

Nella sentenza, sopra massimata, il Tribunale di primo grado per il contenzioso amministrativo di Atene ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'eventuale contrasto con l'art. 49 CE della normativa ellenica che esclude il rimborso delle spese per prestazioni ricevute in cliniche private all'estero, tranne nel caso dei pazienti di età inferiore a quattordici anni.

Il signor Stamatelakis, cittadino greco, è stato ricoverato nel 1998, per due periodi, presso una clinica privata inglese versando l'importo di 13.600 sterline inglesi (GBP) per le relative spese.

L'ente previdenziale ellenico dei liberi professionisti che è succeduto alla cassa previdenziale dei commercianti gli ha negato il rimborso delle spese mediche in quanto, secondo la legge ellenica (Decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale n. 35/1385/1999, recante la disciplina relativa al ramo sanitario dell'ente previdenziale dei lavoratori autonomi), le spese di ricovero in cliniche private situate all'estero non sono rimborsate, a meno che non riguardino bambini di età inferiore a quattordici anni.

In seguito al decesso del marito, la signora Stamatelakis ha proposto un ricorso avverso la decisione di diniego e il Tribunale di primo grado per il contenzioso amministrativo di Atene ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se l'art. 49 CE contrasta con la normativa ellenica che esclude il rimborso di spese per cure prestate in una clinica privata situata in un altro Stato membro, fatta eccezione per quelle relative a cure prestate a bambini di età inferiore a quattordici anni (sulle prestazioni mediche cfr. sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, cit.).

La Corte, innanzitutto, ha precisato che la libera prestazione dei servizi comprende la libertà dei destinatari dei servizi, in particolare delle persone che devono ricevere cure mediche, di recarsi in un altro Stato membro per godere dei servizi in questione.

La Corte ha osservato che in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, ciascuno Stato membro è libero di determinare le condizioni per la concessione delle prestazioni previdenziali nel rispetto delle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi. Tali disposizioni comportano il divieto, per gli Stati membri, di introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni dell'esercizio di questa libertà nell'ambito delle cure sanitarie (cfr., in particolare, la sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 690) nel senso che non devono rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (cfr. sentenza del 5 ottobre 1994 in causa n. C-381/93, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5145).

Nel caso di specie, il paziente che venga ricoverato in una clinica privata situata in un altro Stato membro deve farsi carico delle spese di ricovero senza godere della possibilità di un rimborso. L'unica eccezione riguarda i bambini di età inferiore a quattordici anni. Il paziente non deve fare nessun pagamento se il ricovero avviene in Grecia in una clinica convenzionata.

La normativa ellenica, a parere della Corte, di fatto scoraggia e può ostacolare le persone iscritte ad un regime previdenziale dal rivolgersi ai prestatori di servizi sanitari stabiliti in Stati membri diversi da quello d'iscrizione costituendo così una restrizione della libera prestazione dei servizi. Tale restrizione, pur essendo giustificata da ragioni imperative di pubblico interesse, appare tuttavia sproporzionata riguardo allo scopo perseguito in quanto potrebbero essere adottate misure meno restrittive e maggiormente rispettose della libertà di prestazione dei servizi, quali, per esempio, un regime di autorizzazioni preventive che rispetti gli obblighi imposti dal diritto comunitario (cfr. al riguardo, la sentenza del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, cit.), nonché la definizione di limiti massimi rimborsabili.

## GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

---

**IL CONSIGLIO DI STATO SI È PRONUNCIATO  
SULLE PROFESSIONI DI ARCHITETTO E DI INGEGNERE  
STATUENDO CHE PER IL RESTAURO DI UN IMMOBILE  
VINCOLATO È COMPETENTE L'ARCHITETTO**

**Consiglio di Stato, sezione VI  
Sentenza 21 marzo-11 settembre 2006, n. 5239\***

Presidente, *Varrone* - Relatore, *Balucani*

Rauty c. Ministero per i beni culturali e ambientali e Ordine degli ingegneri della Provincia di Pistoia c. Rauty

**Beni culturali e ambientali - Accesso alla professione in Italia - Divisione di competenze nel campo del restauro architettonico - Professionisti - Ingegneri ed architetti - Direttiva n. 85/384/Cee - Legge n. 1089/1939 - Art. 52 r.d. n. 2537/1925 - Beni sottoposti alla tutela di interesse artistico e storico - Controllo del progetto - Soprintendenza - Competenza - Sussistenza - Riserva agli architetti delle opere di edilizia di rilevante carattere artistico - Presunta incostituzionalità - Infondatezza.**

*(...) la stessa Corte di giustizia ritiene che la direttiva [n. 85/384/Cee] concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e della libera prestazione di*

\* In argomento v. *infra*, p. 343 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

*servizi] non imponga allo Stato membro di porre su un piano di perfetta parità i diplomi di laurea in architettura e in ingegneria civile per quanto riguarda l'accesso all'attività di architetto in Italia.*

*(...) dall'applicazione della direttiva non consegue affatto che chi è in possesso di un diploma di laurea in ingegneria civile conseguito in un altro Stato della Comunità possa accedere all'esercizio di attività professionali riservate specificatamente agli architetti (secondo la legislazione italiana), a differenza di chi tale titolo abbia conseguito in Italia.*

*(Omissis)* **In diritto**

2. Le questioni sulle quali il Collegio deve pronunciarsi possono essere riassunte nei termini che seguono:

a. se la limitazione posta dall'art. 52 del regolamento approvato con r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537 (che riserva alla "professione di architetto" "le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico, e il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla legge 20 giugno 1909, n. 364" (poi legge 1° giugno 1939, n. 1089), salvo che la "parte tecnica" che può essere compiuta anche dall'"ingegnere"), risulti o meno superata dalla legislazione successiva;

b. se in virtù della direttiva Cee 10 giugno 1985, n. 384 (recepita in Italia con dlgs 27 gennaio 1992, n. 129) debba ritenersi che il titolo di ingegnere in ingegneria civile sia ormai equiparato a quello di architetto, ai fini dell'accesso alle attività nel settore dell'architettura, con il conseguente superamento della limitazione posta dal citato art. 52 r.d. n. 2537/1925;

c. se appartenga o meno alla competenza della Soprintendenza stabilire quando il progetto delle opere di cui al citato art. 52 debba essere redatto da un ingegnere o da un architetto.

3. Iniziando, per ordine logico, da quest'ultimo profilo non può essere condivisa la tesi sostenuta nell'atto di appello dell'ingegner Rauty, che ha negato il potere della Soprintendenza di verificare la paternità professionale del progetto richiamandosi ad un risalente parere del Consiglio di Stato (parere Cons. St., 12 luglio 1969, n. 663/68).

Se è vero infatti che spetta alla Soprintendenza ai sensi dell'art. 18 L. n. 1089/1939 di autorizzare i progetti delle opere concernenti i beni sottoposti alla legge stessa, il controllo del progetto – che mira ad assicurare la conformità dell'intervento alla salvaguardia del valore storico-artistico del bene – non può non estendersi anche alla verifica della idoneità professionale del progettista (come stabilita dal legislatore), secondo quanto riconosciuto in un più recente parere di questo Consiglio (Cfr. Cons. St. II, 23 luglio 1997, n. 386/97).

4. Assodato, per quanto precede, che nella fattispecie in esame il Soprintendente aveva il potere di controllare se il progetto presentato si conformasse alle regole in tema di competenza professionale, si tratta di stabilire se la disposizione contenuta nell'art. 52 del Regolamento per la professione di ingegnere e di architetto (approvato con r.d. n. 2537/1925) debba considerarsi abrogata, come hanno prospettato gli odierni appellanti.

Nella ordinanza n. 2379 dell'11 maggio 2005, con la quale era stato rimesso alla

Corte di giustizia delle Comunità europee di decidere pregiudizialmente sulla interpretazione della direttiva comunitaria n. 384/1985, la Sezione ha già riconosciuto che tale asserita abrogazione non può essere comprovata facendo riferimento al T.U. del 1933 sulla istruzione superiore (art. 173 e tabelle allegate), ove il legislatore si è limitato ad equiparare le lauree di architettura e di ingegneria civile in funzione dell'accesso alla professione di architetto; e neppure richiamando la legge 7 dicembre 1961, n. 1264 (art. 15, 3° comma) che, laddove prevede come requisito per ricoprire il ruolo di architetto presso le Soprintendenze il possesso della laurea in architettura o in ingegneria civile, non stabilisce con ciò alcuna equipollenza tra le due lauree ai fini dello svolgimento della attività professionale.

Occorre aggiungere che la ripartizione delle competenze professionali tra architetto e ingegnere, come delineata nel citato art. 52, r.d. n. 2537/1925, non è venuta meno per effetto della normativa successiva che ha innovato la disciplina per il conseguimento del titolo di architetto e di ingegnere.

È bensì vero infatti che nel 1925 per conseguire tali titoli era sufficiente il semplice diploma di istruzione secondaria (e non già il diploma di laurea), e che nell'attuale ordinamento universitario il laureato in ingegneria civile deve avere acquisito una specifica preparazione anche nel campo dell'architettura, talché potrebbe ritenersi ormai anacronistica la limitazione posta dal citato art. 52 alla competenza professionale dell'odierno laureato in ingegneria, e in ogni caso meritevole di essere adeguata alla mutata disciplina delle professioni di architetto e di ingegnere civile.

Nondimeno la norma in questione, nella misura in cui vuole garantire che a progettare interventi edilizi su immobili di interesse storico-artistico siano professionisti forniti di una specifica preparazione nel campo delle arti, e segnatamente di un'adeguata formazione umanistica, deve ritenersi tuttora vigente.

Fermo restando che, alla stregua della anzidetta disposizione, non la totalità degli interventi concernenti gli immobili di interesse storico e artistico deve essere affidata alla specifica professionalità dell'architetto, ma solo «le parti di intervento di edilizia civile che riguardino scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico»; restando invece nella competenza dell'ingegnere civile la c.d. parte tecnica, cioè «le attività progettuali e di direzione dei lavori che riguardano l'edilizia civile vera e propria ...» (in questi termini Cons. St. II, n. 2038/2002 del 24 novembre 2004).

5. Si deve infine passare alla questione sulla quale si è maggiormente incentrato il giudizio, vale a dire se la direttiva comunitaria 10 giugno 1985, n. 384 abbia determinato la equiparazione dei titoli di architetto e di ingegnere civile ai fini dell'esercizio delle attività professionali nel campo della architettura, con conseguente superamento della normativa racchiusa nell'art. 52 r.d. *cit.*

Al riguardo giova premettere che gli artt. 2 e seguenti della direttiva dettano le norme per il reciproco riconoscimento dei titoli di studio conseguiti dai cittadini degli Stati membri a conclusione di studi universitari riguardanti l'architettura, introducendo anche un regime transitorio di reciproco riconoscimento di taluni titoli tassativamente indicati.

Tra i titoli che beneficiano di tale riconoscimento automatico l'art. 11 menziona per l'Italia:

«- i diplomi di "laurea in architettura" rilasciati dalle università, dagli istituti politecnici e dagli istituti superiori di architettura di Venezia e di Reggio Calabria, accompagnati dal diploma di abilitazione all'esercizio indipendente della professione di architetto, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione una volta che il candidato abbia sostenuto con successo, davanti ad un'apposita Commissione, l'esame di Stato che abilita all'esercizio indipendente della professione di architetto (dott. architetto);

i diplomi di "laurea in ingegneria" nel settore della costruzione civile rilasciati dalle università e dagli istituti politecnici, accompagnati dal diploma di abilitazione all'esercizio indipendente di una professione nel settore dell'architettura, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione una volta che il candidato abbia sostenuto con successo, davanti ad un'apposita Commissione, l'esame di Stato che lo abilita all'esercizio indipendente della professione (dott. ing. architetto o dott. ing. in ingegneria civile)».

Con la ordinanza n. 2379 dell'11 maggio 2005 la Sezione ha rimesso alla Corte di giustizia delle Comunità europee di decidere pregiudizialmente se per effetto della applicazione degli artt. 10 e 11 della direttiva dovesse ritenersi attuata nell'ordinamento interno la equiparazione anzidetta. Con la stessa ordinanza si sottoponeva alla Corte di giustizia la prospettazione degli odierni appellanti secondo cui, in difetto di una siffatta equiparazione, la normativa italiana avrebbe potuto dar luogo ad una discriminazione alla rovescia poiché, diversamente dagli ingegneri civili che hanno conseguito il titolo rilasciato in Italia, i soggetti in possesso di un titolo di ingegnere civile rilasciato da altro Stato membro avrebbero accesso (ove tale titolo sia menzionato nell'elenco di cui all'art. 11 della direttiva) alle attività che in Italia sono riservate agli architetti, ai sensi del ripetuto art. 52 r.d. n. 2537/1925.

Ma alla ordinanza della Sezione la Corte ha risposto trasmettendo la decisione già assunta in fattispecie del tutto identica a quella in esame, nella quale si afferma che «la direttiva n. 85/384 non si propone di disciplinare le condizioni di accesso alla professione di architetto, né di definire la natura delle attività svolte da chi esercita tale professione»; ma ha invece ad oggetto solamente «il reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli rispondenti a determinati requisiti qualitativi e quantitativi minimi in materia di formazione allo scopo di agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per le attività del settore della architettura...».

In definitiva, secondo la Corte, la direttiva non impone allo Stato membro di porre i diplomi di laurea in architettura e in ingegneria civile indicati all'art. 11 su un piano di perfetta parità per quanto riguarda l'accesso alla professione di architetto in Italia; né tantomeno può essere di ostacolo ad una normativa nazionale che riservi ai soli architetti i lavori riguardanti gli immobili d'interesse storico-artistico sottoposti a vincolo.

Alla stregua delle conclusioni formulate dalla Corte deve dunque ritenersi infondata la tesi degli appellanti secondo cui la disposizione dell'art. 52 r.d. *cit.* sarebbe stata superata dalla direttiva comunitaria.

Residua il problema, prospettato nella stessa pronuncia della Corte di giustizia, se la disposizione in questione per effetto della direttiva comunitaria realizzi una discriminazione vietata dal diritto nazionale in relazione al trattamento che sarebbe riservato a chi è in possesso di uno dei titoli di ingegneria civile elencati all'art. 11 della direttiva; e se dunque possa essere sospettata di illegittimità costituzionale per contrasto con gli



artt. 3, 35 e 41 Cost. secondo quanto sostenuto dalle parti appellanti.

Ma siffatti dubbi non hanno ragion d'essere ove si consideri che la stessa Corte di giustizia ritiene che la direttiva non imponga allo Stato membro di porre su un piano di perfetta parità i diplomi di laurea in architettura e in ingegneria civile per quanto riguarda l'accesso all'attività di architetto in Italia.

In altri termini, dalla applicazione della direttiva non consegue affatto che chi è in possesso di un diploma di laurea in ingegneria civile conseguito in un altro Stato della Comunità possa accedere all'esercizio di attività professionali riservate specificatamente agli architetti (secondo la legislazione italiana), a differenza di chi tale titolo abbia conseguito in Italia.

6. Alla stregua delle considerazioni che precedono i due atti di appello all'esame del Collegio vanno respinti dovendosi riconoscere che nelle fattispecie in questione la Soprintendenza ha correttamente applicato la disposizione di cui all'art. 52 r.d. n. 2537/1925.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali del presente grado di giudizio tra le parti in causa.

*(Omissis)*

## **LE COMPETENZE DEGLI ARCHITETTI E DEGLI INGEGNERI ALLA LUCE DEL DIRITTO COMUNITARIO**

Le lauree in architettura e in ingegneria non sono equipollenti: l'ingegnere civile non può svolgere tutte le attività riservate all'architetto professionista in mancanza di un'equiparazione completa tra le due professioni. Le scelte culturali inerenti al restauro di un immobile di interesse storico e artistico sono di competenza esclusiva dell'architetto, più preparato sotto il profilo accademico, mentre le competenze di carattere tecnico sono riservate all'ingegnere.

Con la sentenza n. 5239/06, sopra riportata, il Consiglio di Stato, confermando così una precedente pronuncia del TAR Toscana (sentenza n. 2379 del 22 dicembre 2000) sulla base di argomenti derivanti dal diritto comunitario, ha respinto il ricorso del signor Rauty, laureato in ingegneria civile nel 1979 e iscritto all'Albo degli ingegneri di Pistoia, il cui progetto di restauro di un immobile sottoposto a vincolo di interesse storico-artistico, non era stato accettato dalla Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici di Firenze, Pistoia e Prato con la motivazione che era stato «redatto da un tecnico non abilitato, in quanto non iscritto all'albo degli architetti».

Il progetto che era stato elaborato dall'ingegner Rauty, avendo ad oggetto un bene culturale, veniva sottoposto all'esame della Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici di Firenze, Pistoia e Prato affinché questa esprimesse il parere previsto dalla normativa vigente.

La Soprintendenza negava il proprio nulla osta per lavori di straordinaria manutenzione ritenendo che solamente gli architetti (e non gli ingegneri civili) fossero competenti a firmare i progetti relativi ad edifici vincolati.

L'ingegner Rauty, sostenuto dall'Ordine degli Ingegneri della provincia di Pistoia, nonché dal Consiglio nazionale degli Ingegneri, impugnava il provvedimento di diniego della Soprintendenza dinanzi al TAR Toscana.

Con la sentenza n. 2379/2000, il TAR Toscana respingeva il ricorso proposto dall'ingegner Rauty avverso il provvedimento della Soprintendenza che negava la competenza professionale degli ingegneri in tema di lavori da effettuarsi su immobili contemplati dalla l. n. 1089/1939, concernente la tutela dei beni d'interesse artistico e storico<sup>1</sup>.

La questione affrontata dal Giudice amministrativo di primo grado riguarda il rapporto, presuntivamente conflittuale, fra l'art. 52 del r.d. n. 2537/1925 e la normativa comunitaria relativa al riconoscimento dei titoli equipollenti.

Si ricorda che l'art. 52 del r.d. del 22 ottobre 1925, n. 2537<sup>2</sup>, precisa che: «le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico ed il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla legge 20 giugno 1909, n. 364 per l'antichità e belle arti, sono di spettanza della professione di architetto, anche se la parte tecnica può essere compiuta tanto dall'architetto quanto dall'ingegnere».

In sostanza, il TAR Toscana ha motivato la propria decisione sostenendo che la norma di cui all'art. 52 del r.d. n. 2537/1925 che l'ingegner Rauty, nel proprio ricorso, presume abrogata, con riferimento alla normativa comunitaria, mantiene pienamente la propria efficacia. A sostegno di questa affermazione, il TAR richiama il parere del Consiglio di Stato n. 386 del 23 luglio 1997 che ha preso in considerazione proprio la competenza degli ingegneri e degli architetti nella progettazione ed esecuzione di interventi su immobili di interesse storico-artistico osservando come le competenze in questione siano esclusivamente quelle riconosciute agli architetti e non quelle degli ingegneri<sup>3</sup>.

L'ingegner Rauty ha proposto così appello dinanzi al Consiglio di Stato per l'annullamento della sentenza del TAR Toscana.

Il ricorrente ha contestato la sentenza di diniego sostenendo che la norma contenuta nell'art. 52 r.d. n. 2537/1925<sup>4</sup>, sopra citata, dovesse ritenersi abrogata per effetto delle successive disposizioni riguardanti la materia volta a disciplinare le professioni di ingegnere e di architetto. In particolare, a parere dell'inge-

<sup>1</sup> In *Guri* n. 184 dell'8 agosto 1939. Tale legge è stata abrogata dall'art. 166 del dlvo n. 490 del 29 ottobre 1999, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali.

<sup>2</sup> In seguito divenuto legge n. 1089 del 1° giugno 1939.

<sup>3</sup> Il parere del Consiglio di Stato si è basato su una corretta valutazione dell'interesse perseguito dal legislatore che con disposizioni successive nel tempo «ha voluto predisporre un sistema di protezione delle belle arti avendo riguardo, di volta in volta, alla identificazione dei beni oggetto di tutela, al *modus operandi*, alla qualifica e alle specifiche competenze artistiche e non solo tecniche dei soggetti cui gli interventi sono affidati».

<sup>4</sup> In *Guri* n. 37 del 15 febbraio 1925.

gnere, per effetto della direttiva comunitaria del 10 giugno 1985, n. 85/384/Cee<sup>5</sup> concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura, gli ingegneri civili, laureati prima dell'entrata in vigore della direttiva, sarebbero automaticamente abilitati in tutta la Comunità e, quindi, anche in Italia, all'esercizio della professione di architetto.

L'atto con il quale è stata negata l'autorizzazione rende evidente, a parere dell'ingegner Rauty, che l'equiparazione della laurea di architetto e quella di ingegnere civile, stabilita dalla direttiva comunitaria varrebbe solamente ai fini della libera circolazione in ambito comunitario e non inciderebbe sulla riserva di competenza tecnica stabilita dalla normativa nazionale. Tale interpretazione comporterebbe, conseguentemente, un'illegittima disparità di trattamento tra il cittadino dell'Unione che ha conseguito il titolo in Italia e il cittadino che ha conseguito il medesimo titolo in un altro Paese membro (la c.d. discriminazione a rovescio). Infatti, un professionista stabilito in uno Stato membro diverso dall'Italia che abbia conseguito la laurea in ingegneria, può esercitare nel nostro Paese (anche in maniera stabile) le attività di un architetto italiano ivi comprese quelle sugli immobili vincolati; viceversa, un ingegnere italiano, laureato in Italia, ai sensi dell'art. 52 del r.d., citato, non può estendere la propria attività agli immobili vincolati, ad eccezione della parte tecnica.

La questione se per effetto degli artt. 10<sup>6</sup> e 11<sup>7</sup> della citata direttiva n. 85/384/Cee dovesse ritenersi attuata nell'ordinamento nazionale l'equiparazione tra architetti e ingegneri (stante la sostanziale analogia del percorso di studi e della formazione professionale) è stata così posta<sup>8</sup> dal Consiglio di Stato<sup>9</sup>, all'attenzione della Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale sul-

<sup>5</sup> In *Guce* n. L 223 del 21 agosto 1985, p. 15. La direttiva in questione è stata recepita in Italia con dlgo n. 129 del 27 gennaio 1992, in *Guri* n. 41 del 19 febbraio 1992, p. 18.

<sup>6</sup> L'art. 10 della direttiva prevede che: «Ogni Stato membro riconosce i diplomi, i certificati e gli altri titoli, di cui all'art. 11, rilasciati dagli altri Stati membri ai cittadini degli Stati membri, che siano già in possesso di tali qualifiche alla data della notifica della presente direttiva o che abbiano iniziato la loro formazione, sanzionata da tali diplomi, certificati e altri titoli, al massimo durante il terzo anno accademico successivo a tale notifica, anche se non rispondono ai requisiti minimi dei titoli di cui al capitolo II, e attribuisce loro, sul proprio territorio, per quanto concerne l'accesso alle attività di cui all'art. 1 ed il loro esercizio, alle condizioni di cui all'art. 23, lo stesso effetto di diplomi, certificati ed altri titoli nel campo dell'architettura da esso rilasciati».

<sup>7</sup> I diplomi, certificati e altri titoli di cui all'art. 10 della direttiva sono: (...) in Italia: «- i diplomi di "laurea in architettura" rilasciati dalle università, dagli istituti politecnici e dagli istituti superiori di architettura di Venezia e di Reggio Calabria, accompagnati dal diploma di abilitazione all'esercizio indipendente della professione di architetto, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione una volta che il candidato abbia sostenuto con successo, davanti ad un'apposita commissione, l'esame di Stato che abilita all'esercizio indipendente della professione di architetto (dott. architetto); - i diplomi di "laurea in ingegneria" nel settore della costruzione civile rilasciati dalle università e dagli istituti politecnici, accompagnati dal diploma di abilitazione all'esercizio indipendente di una professione nel settore dell'architettura, rilasciato dal ministro della Pubblica Istruzione una volta che il candidato abbia sostenuto con successo, davanti ad un'apposita commissione, l'esame di Stato che lo abilita all'esercizio indipendente della professione (dott. ing. architetto o dott. ing. in ingegneria civile); (...)».

<sup>8</sup> Con l'ordinanza n. 2379 dell'11 maggio 2005.

<sup>9</sup> Sezione IV.

l'interpretazione degli artt. 10 e 11, sopra citati.

La Corte di giustizia, investita della questione, riprendendo quanto da essa già statuito in un caso analogo alla fattispecie in esame, ha invitato il Consiglio di Stato ad esaminare quanto già stabilito nella propria ordinanza del 5 aprile 2004<sup>10</sup>. Tale ordinanza è stata pronunciata in seguito alla rimessione in Corte di giustizia, da parte del TAR Veneto, di una questione pregiudiziale interpretativa degli artt. 10 e 11 della direttiva n. 85/384/Cee<sup>11</sup>.

In tale ordinanza la Corte di giustizia aveva affermato che la direttiva n. 85/384/Cee non si propone di disciplinare le condizioni di accesso alla professione di architetto, né di definire la natura delle attività svolte da chi esercita tale professione, non imponendo, pertanto, allo Stato membro di porre le lauree in architettura e ingegneria civile su un piano di perfetta parità per quanto riguarda l'accesso alla professione di architetto in Italia. Inoltre, la Corte di giustizia aveva precisato che la questione sottoposta non aveva rilevanza sotto il profilo del diritto comunitario, trattandosi di una situazione puramente interna ad uno Stato membro<sup>12</sup> e l'ipotizzata discriminazione non interferiva con il principio della parità di trattamento, principio vigente in ambito comunitario, in quanto questo viene salvaguardato dalla possibilità per qualsiasi cittadino dell'Unione di esercitare in tutti gli Stati membri della Comunità la medesima attività che può svolgere nel proprio Paese d'origine<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> In causa n. C-3/02, *Alessandro Mosconi, Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia c. Soprintendenza per i beni Ambientali e Architettonici di Venezia; Ministero per i beni e le attività culturali, in presenza di Comune di San Martino Buon Albergo (Verona), Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti di Verona e Consiglio Nazionale degli ingegneri, inedita* in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 767, *Legittimità di una discriminazione (a rovescio) ai danni degli ingegneri italiani*. Il dispositivo è il seguente: «Quando si tratti di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, né la direttiva del Consiglio del 10 giugno 1985, n. 85/384/Cee, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi – in particolare i suoi artt. 10 e 11, lett. g. –, né il principio della parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori riguardanti in particolare gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico». V. il testo dell'ordinanza in: <http://www.no.archiworld.it/200205/ordine/docs/avvisi3.html>.

<sup>11</sup> L'ordinanza del TAR Veneto del 28 settembre 2005, n. 3600 ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 52, 2° comma, r.d. n. 2537/1925, nella parte in cui reca una riserva a favore degli architetti che non è applicabile ai diplomi di ingegneria civile, rilasciati in un altro Stato membro della Comunità europea, qualora tali titoli siano ricompresi nell'elenco redatto ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 85/384/Cee. In seguito all'ordinanza interlocutoria della Corte di giustizia del 5 aprile 2004, il TAR Veneto ha affermato che «se la disparità di trattamento tra ingegneri civili italiani e titolari di analoghi titoli riconosciuti equivalenti secondo la direttiva n. 85/384/Cee è irrilevante per il diritto comunitario, non sembra esserlo per il diritto costituzionale italiano». V. il testo dell'ordinanza del TAR Veneto n. 3600/05 in: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=9924>.

<sup>12</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1994 in causa n. C-132/93, *Steen*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2715 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 663. Cfr. il commento di E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 352.

<sup>13</sup> Cfr. Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri, *Le competenze degli ingegneri sugli im-*

Tuttavia, la Corte di giustizia, nella propria ordinanza, non aveva escluso che dall'applicazione della normativa italiana potesse derivare una discriminazione a rovescio (come si vedrà più avanti).

Il Consiglio di Stato, pertanto, alla luce della pronuncia della Corte, ha ritenuto che la riserva a favore degli architetti, dell'esercizio di attività professionali in materia di opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico, nonché in materia di restauro e ripristino degli edifici contemplati dalla l. n. 1089/39, fosse pienamente legittima<sup>14</sup>, non essendo stata abrogata dalla normativa comunitaria. Di conseguenza, spettano alla Soprintendenza non solo la funzione di autorizzare i progetti delle opere concernenti i beni sottoposti alla l. n. 1089/1939, ma anche i compiti di controllo del progetto e di verifica dell'idoneità professionale del progettista<sup>15</sup>.

Il Consiglio di Stato ha osservato come la direttiva abbia unicamente per oggetto il reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli rispondenti a determinati requisiti qualitativi e quantitativi minimi in materia di formazione, allo scopo di agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi per le attività concernenti il settore dell'architettura.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondate le censure di incostituzionalità alla norma in questione. Infatti, dall'applicazione della direttiva n. 85/384/Cee non deriva, secondo il giudice amministrativo, una discriminazione a rovescio, nel senso che chi è in possesso di un diploma di laurea in ingegneria civile conseguito in un altro Stato della Comunità possa automaticamente avere accesso all'esercizio di attività professionali riservate dalla legge specificatamente agli architetti<sup>16</sup>, mentre tale accesso non è consentito all'ingegnere italiano.

mobili vincolati (dlgvo n. 42/2004), commento alla sentenza del TAR Veneto n. 3600/2005 del 28 settembre 2005, Roma, novembre 2005. La pronuncia del TAR Veneto n. 3600/2005 ha risolto la questione a favore dei ricorrenti dichiarando che è discriminatorio impedire agli ingegneri civili italiani l'accesso alle attività professionali in Italia.

<sup>14</sup> Cfr. TAR Sardegna, sez. I, sentenza n. 2/2005 nella quale è stato osservato come l'ingegnere italiano non subisca nessuna discriminazione a rovescio rispetto ai cittadini di altri Paesi dell'Unione europea in quanto il cittadino straniero munito di uno dei titoli di cui alla direttiva n. 85/384/Cee potrà esercitare un'attività riservata dalla normativa italiana agli architetti solamente a condizione che il titolo di cui è in possesso gli conferisca la stessa facoltà nello Stato che ha rilasciato il titolo stesso. V. il testo della sentenza in: [http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/CA\\_200500002\\_SE.doc](http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/CA_200500002_SE.doc).

<sup>15</sup> Cfr., al riguardo, parere del Consiglio di Stato n. 663/68 del 12 luglio 1969.

<sup>16</sup> Cfr., sulla discriminazione a rovescio, commento di F. CAPELLI, *È legittima la discriminazione alla rovescia imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1999, p. 421, nonché le seguenti sentenze della Corte di giustizia sui lettori di lingua straniera: 30 maggio 1989 in causa n. 33/88, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, in *Raccolta*, 1989, p. 1591 e massimata in questa *Rivista*, 1989, p. 390; 2 agosto 1993 in causa n. C-259/91, n. C-331/91 e n. C-332/91, *P. Allué e C. M. Coonan c. Università di Venezia*; *S. H. Barta c. Università di Parma*; *B. Sellinger e R. Del Maestro, G. Manfield c. Università di Parma*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4309 e massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 630; 20 ottobre 1993 in causa n. C-272/92, *M. C. Spotti c. Freistaat Bayer*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5185 e massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 631 (v. il commento di A. GRATANI, *La Corte di giustizia a favore dei lettori di lingua madre straniera, ibidem*); 26 giugno 2001 in causa n. C-212/99, *Commissione euro-*

Di diverso avviso la Corte di giustizia che, nell'ordinanza del 2004, sopra richiamata, pur dichiarandosi incompetente a decidere la controversia, non ha escluso, come sopra ricordato, che dall'applicazione della norma in questione possa derivare una discriminazione a rovescio, «poiché gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Italia non hanno accesso, in tale Stato membro, all'attività di cui all'art. 52 del r.d. n. 2537/25», mentre tale ingresso non può essere contestato ai soggetti in possesso di un diploma di ingegnere civile o di un titolo assimilabile rilasciato in altro Stato membro, qualora tale titolo sia menzionato nella direttiva stessa.

La Corte di giustizia, nella propria ordinanza, ha osservato come la direttiva non imponga allo Stato membro di mettere i diplomi di laurea in architettura e in ingegneria civile su un piano paritario relativamente all'accesso alla professione di architetto in Italia e neppure sia di ostacolo ad una normativa nazionale, come quella di cui si discute, che riservi ai soli architetti i lavori riguardanti gli immobili d'interesse storico-artistico sottoposti a vincolo.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel proprio parere n. 386/1997, ha osservato come il principio di uguaglianza venga rispettato in quanto gli architetti, per lo specifico corso di laurea che frequentano e per la conseguente professionalità artistica ed estetica che acquisiscono sono più idonei, rispetto agli ingegneri, a tutelare l'interesse pubblico connesso alla custodia dei beni artistici e storici e, conseguentemente, a redigere i progetti di restauro e ripristino su edifici vincolati dalle belle arti. Dall'applicazione della direttiva non deriva perciò che chi è in possesso di un diploma di laurea in ingegneria civile conseguito in un altro Stato della Comunità possa accedere all'esercizio di attività professionali destinate specificatamente agli architetti ai sensi della normativa italiana, diversamente da chi abbia conseguito in Italia il medesimo titolo.

Il Consiglio di Stato, pertanto, ritenendo pienamente valido l'art. 52 del regio decreto citato, ha respinto integralmente l'appello dell'ingegner Rauty.

Se il Consiglio di Stato avesse invece sostenuto l'esistenza di una discriminazione a rovescio ai danni degli ingegneri laureati in Italia, avrebbe dovuto affermare la legittimazione degli ingegneri civili ad intervenire sugli immobili di carattere storico-artistico, sulla base dell'art. 2, par. 1, lett. *h*. della legge comunitaria 2004 che ha fissato alcuni criteri per chiarire il problema delle discriminazioni a rovescio<sup>17</sup>. Il legislatore italiano, con tale disposizione, ha infatti previsto la necessità di garantire «una effettiva parità di trattamento

*pea c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4923 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 516. V. inoltre I. ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in questa *Rivista*, 2006, p. 795 ss.

<sup>17</sup> Legge del 18 aprile 2005, n. 62, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea, Legge comunitaria 2004. Cfr. art. 2, par. 1, lett. *h*. della legge n. 62 del 18 aprile 2005, in *Guri* n. 96 del 27 aprile 2005, *suppl. ord.* Mentre un emendamento alla finanziaria del 2006, peraltro rimasto sulla carta, ha cercato di ampliare le attività degli ingegneri con una modifica dell'art. 46 del d.p.r. n. 328/2001.

dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri».

La posizione degli ingegneri italiani (legittimati ad intervenire sugli immobili di carattere storico e artistico), infatti, sarebbe fondata su tale disposizione che garantisce, in sostanza, un'effettiva parità di trattamento tra i cittadini italiani e quelli comunitari collocandosi dunque nella prospettiva di mettere al bando le c.d. discriminazioni a rovescio nell'esercizio di attività professionali, a danno dei cittadini italiani rispetto ai cittadini europei che vengono nel nostro Paese<sup>18</sup>.

La conclusione cui è giunto il Consiglio di Stato, dichiarando la compatibilità della normativa italiana con la direttiva comunitaria, non esclude, sotto il profilo sostanziale, la possibilità di attribuire a professionisti, appartenenti alla stessa categoria professionale e con titoli di studio equipollenti (ossia diploma di laurea specialistica in ingegneria in Italia ed all'estero), ambiti oggettivi di operatività disomogenei.

C'è da auspicare, pertanto, che la sentenza del Consiglio di Stato offra uno spunto di riflessione sui limiti dell'esercizio delle professioni di architetto e di ingegnere che spesso possono trovarsi in conflitto, proprio perché non chiaramente delineate<sup>19</sup>.

**Enrica Adobati**

<sup>18</sup> In un emendamento alla finanziaria 2006, non andato poi a buon fine, era stata avanzata la proposta di ampliare le attività di competenza degli ingegneri con la modifica dell'art. 46 del dpr 328/2001.

<sup>19</sup> Si ricorda che in data 17 luglio 2006 è stata proposta dal Consiglio di Stato una questione pregiudiziale nella causa promossa dal *Consiglio nazionale degli ingegneri c. Ministero della giustizia* in causa n. C-311/06. Le questioni pregiudiziali poste sono le seguenti: «1. Se la direttiva n. 89/48/Cee si applica al caso di un cittadino italiano il quale: *a.* ha conseguito la laurea triennale di ingegneria in Italia; *b.* ha ottenuto l'omologazione del titolo italiano al corrispondente titolo spagnolo; *c.* ha ottenuto l'iscrizione all'albo spagnolo degli ingegneri, ma non ha mai esercitato quella professione in Spagna; *d.* ha richiesto in base al titolo di omologazione spagnolo l'iscrizione all'albo degli ingegneri in Italia; 2. in caso di risposta affermativa al primo quesito, se sia compatibile con la direttiva n. 89/48/Cee la norma interna (art. 1 del decreto legislativo n. 115/1992) che non consente il riconoscimento in Italia di un titolo del Paese membro a sua volta frutto esclusivo del riconoscimento di un precedente titolo italiano». Infine, in data 29 giugno 2006 è stato proposto dalla Commissione delle Comunità europee un ricorso per inadempimento della direttiva n. 89/48/Cee nei confronti del Regno di Spagna per aver questi negato il riconoscimento delle qualifiche professionali di ingegnere ottenute in Italia ed avendo subordinato l'ammissione alle prove per la promozione all'interno del pubblico impiego di ingegneri in possesso di qualifiche professionali ottenute in un altro Stato membro al riconoscimento accademico di tali qualifiche.





# ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

---

## LA NUOVA DISCIPLINA DELLE REGOLE DI CONDOTTA DELLE IMPRESE DI INVESTIMENTO

**Direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive n. 85/611/Cee e n. 93/6/Cee del Consiglio e la direttiva n. 2000/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 93/22/Cee del Consiglio\***

*(Omissis)*

### **Titolo II - Condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività applicabili alle imprese di investimento**

*(Omissis)*

#### **Capo II - Condizioni di esercizio applicabili alle imprese di investimento**

*(Omissis)*

#### **Sezione 2 - Disposizioni volte a garantire la protezione degli investitori**

##### **Articolo 19 - Norme di comportamento da rispettare al momento della prestazione di servizi di investimento ai clienti**

1. Gli Stati membri prescrivono che le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento e/o, se del caso, servizi accessori ai clienti, agiscano in modo onesto, equo e professionale, per servire al meglio gli interessi dei loro clienti e che esse rispettino in particolare i principi di cui ai paragrafi da 2 a 8.

\* In *Gu-Ue* n. L 145 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. La direttiva n. 2004/39/Ce è stata rettificata in *Gu-Ue* n. L 45 del 16 febbraio 2005, p. 18 e modificata dalla direttiva n. 2006/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006, in *Gu-Ue* n. L 114 del 27 aprile 2006, p. 60. In argomento v. *infra*, p. 363 ss., il commento di VALERIO SANGIOVANNI.

2. Tutte le informazioni, comprese le comunicazioni di *marketing*, indirizzate dalle imprese di investimento a clienti o potenziali clienti sono corrette, chiare e non fuorvianti. Le comunicazioni di *marketing* sono chiaramente identificabili come tali.

3. Ai clienti o potenziali clienti vengono fornite in una forma comprensibile informazioni appropriate:

- sull'impresa di investimento e i relativi servizi,

- sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte;

ciò dovrebbe comprendere opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento,

- sulle sedi di esecuzione, e

- sui costi e gli oneri connessi

cosicché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che vengono loro proposti nonché i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa. Tali informazioni possono essere fornite in formato standardizzato.

4. Quando effettua consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio, l'impresa di investimento ottiene le informazioni necessarie in merito alle conoscenze e esperienze del cliente o potenziale cliente, in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio, alla situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento per essere in grado di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari adatti al cliente o al potenziale cliente.

5. Gli Stati membri si assicurano che, quando prestano servizi di investimento diversi da quelli di cui al par. 4, le imprese di investimento chiedano al cliente o potenziale cliente di fornire informazioni in merito alle sue conoscenze e esperienze in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio proposto o chiesto, al fine di determinare se il servizio o il prodotto in questione è adatto al cliente.

Qualora l'impresa di investimento ritenga, sulla base delle informazioni ottenute a norma del comma precedente, che il prodotto o il servizio non sia adatto al cliente o potenziale cliente, avverte quest'ultimo di tale situazione. Quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato.

Qualora il cliente o potenziale cliente scelga di non fornire le informazioni di cui al primo comma circa le sue conoscenze e esperienze, o qualora tali informazioni non siano sufficienti, l'impresa di investimento avverte il cliente o potenziale cliente che tale decisione le impedirà di determinare se il servizio o il prodotto sia adatto a lui. Quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato.

6. Gli Stati membri autorizzano le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento che consistono unicamente nell'esecuzione e/o nella ricezione e trasmissione di ordini del cliente, con o senza servizi accessori, a prestare detti servizi di investimento ai loro clienti senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla determinazione di cui al par. 5 quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i suddetti servizi sono connessi ad azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, o in un mercato equivalente di un paese terzo, strumenti del mercato monetario, obbligazioni o altri titoli di credito (escluse le obbligazioni o titoli di credito che incorporano uno strumento derivato), OICVM ed altri strumenti

finanziari non complessi. Un mercato di paese terzo è considerato equivalente a un mercato regolamentato se rispetta requisiti equivalenti a quelli fissati al Titolo III. La Commissione pubblica un elenco dei mercati da considerare equivalenti. L'elenco è aggiornato periodicamente;

- il servizio è prestato a iniziativa del cliente o potenziale cliente;
- il cliente o potenziale cliente è stato chiaramente informato che, nel prestare tale servizio, l'impresa di investimento non è tenuta a valutare l'idoneità dello strumento o servizio prestato o proposto e che pertanto egli non beneficia della corrispondente protezione offerta dalle pertinenti norme di comportamento delle imprese. Quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato;
- l'impresa di investimento rispetta i propri obblighi a norma dell'art. 18.

7. Le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente in cui sono precisati i diritti e gli obblighi delle parti nonché le altre condizioni alle quali l'impresa fornirà servizi al cliente. I diritti e gli obblighi delle parti del contratto possono essere integrati mediante un riferimento ad altri documenti o testi giuridici.

8. I clienti devono ricevere dall'impresa di investimento adeguate relazioni sui servizi prestati ai suoi clienti. Tali relazioni comprendono, se del caso, i costi delle operazioni e dei servizi prestati per loro conto.

9. Nel caso in cui un servizio di investimento sia proposto come parte di un prodotto finanziario che è già soggetto ad altre disposizioni di diritto comunitario o a norme comuni europee connesse con gli enti creditizi e i crediti al consumo in relazione alla valutazione del rischio dei clienti e/o ai requisiti in materia di informazione, detto servizio non è ulteriormente soggetto agli obblighi stabiliti dal presente articolo.

10. Per assicurare la necessaria tutela degli investitori e l'applicazione uniforme dei paragrafi da 1 a 8, la Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'art. 64, par. 2, misure di esecuzione volte a garantire che le imprese di investimento rispettino i principi di cui ai predetti paragrafi quando prestano servizi di investimento o servizi accessori ai loro clienti. Queste misure di esecuzione prendono in considerazione:

- a. la natura dei servizi proposti o forniti al cliente o al potenziale cliente, tenuto conto del tipo, dell'oggetto, delle dimensioni e della frequenza delle operazioni;
- b. la natura degli strumenti finanziari proposti o considerati;
- c. la natura del cliente o potenziale cliente (al dettaglio o professionale).

*(Omissis)*

**Direttiva n. 2006/73/Ce della Commissione, del 10 agosto 2006, recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva\*\***

*(Omissis)*

**CAPO III - Condizioni di esercizio applicabili alle imprese di investimento**

*(Omissis)*

**Sezione 2 - Informazioni fornite ai clienti e potenziali clienti**

**Articolo 27 - (Art. 19, par. 2, della direttiva n. 2004/39/Ce)**  
*Condizioni che le informazioni devono rispettare  
per essere corrette, chiare e non fuorvianti*

1. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di assicurare che tutte le informazioni, comprese le comunicazioni di *marketing*, che esse indirizzano a clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio o che esse distribuiscono in modo tale per cui è probabile che siano da loro ricevute, soddisfino le condizioni di cui ai paragrafi da 2 a 8.

2. Le informazioni di cui al par. 1 devono includere il nome dell'impresa di investimento.

Devono essere accurate ed in particolare non devono sottolineare gli eventuali vantaggi potenziali di un servizio di investimento o di uno strumento finanziario senza fornire anche un'indicazione corretta ed evidente di eventuali rischi rilevanti.

Devono essere sufficienti e presentate in modo da essere con ogni probabilità comprensibili per il componente medio del gruppo al quale sono dirette o dal quale saranno probabilmente ricevute.

Non devono mascherare, minimizzare od oscurare elementi, dichiarazioni o avvertenze importanti.

3. Quando le informazioni raffrontano servizi di investimento o accessori, strumenti finanziari o persone che prestano servizi di investimento o accessori, devono soddisfare le seguenti condizioni:

*a.* il raffronto deve avere un senso e deve essere presentato in modo corretto ed equilibrato;

*b.* le fonti di informazione utilizzate per il raffronto devono essere specificate;

\*\* In *Gu-Ue* n. L 241 del 2 settembre 2006, p. 26 ss.

c. i fatti e le ipotesi principali utilizzati per il raffronto devono essere indicati.

4. Quando le informazioni contengono un'indicazione dei risultati passati di uno strumento finanziario, di un indice finanziario o di un servizio di investimento, devono essere soddisfatte le condizioni seguenti:

a. tale indicazione non deve costituire l'elemento centrale della comunicazione;

b. le informazioni devono fornire dati appropriati sui risultati riguardanti i 5 anni immediatamente precedenti, o l'intero periodo durante il quale lo strumento finanziario è stato offerto, l'indice finanziario è stato creato o il servizio di investimento è stato fornito se inferiore a 5 anni, oppure riguardanti un periodo più lungo eventualmente deciso dall'impresa e in ogni caso tali dati devono essere basati su periodi completi di 12 mesi;

c. il periodo di riferimento e la fonte delle informazioni devono essere chiaramente indicati;

d. le informazioni devono contenere l'avviso evidente che i dati si riferiscono al passato e che i risultati passati non costituiscono un indicatore affidabile dei risultati futuri;

e. quando tale indicazione si basa su dati espressi in una valuta diversa da quella dello Stato membro nel quale il cliente al dettaglio o il potenziale cliente al dettaglio è residente, le informazioni devono indicare chiaramente di che valuta si tratta e avvertire che il rendimento può crescere o diminuire a seguito di oscillazioni del cambio;

f. quando l'indicazione è basata sui risultati lordi, deve essere comunicato l'importo delle commissioni, delle competenze o degli altri oneri.

5. Quando le informazioni includono o fanno riferimento a simulazioni di risultati passati, devono riguardare uno strumento finanziario o un indice finanziario e devono essere soddisfatte le condizioni seguenti:

a. le simulazioni dei risultati passati devono essere basate sui risultati passati reali di uno o più strumenti finanziari o indici finanziari che siano identici o soggiacenti allo strumento finanziario in questione;

b. per quanto riguarda i risultati passati reali di cui alla lett. a., devono essere soddisfatte le condizioni di cui al par. 4, lettere da a. a c., e. e f.;

c. le informazioni devono contenere l'avviso evidente che i dati si riferiscono a simulazioni dei risultati passati e che i risultati passati non costituiscono un indicatore affidabile dei risultati futuri.

6. Quando le informazioni contengono dati sui risultati futuri, devono essere soddisfatte le condizioni seguenti:

a. non devono basarsi su simulazioni di risultati passati o farvi riferimento;

b. devono basarsi su ipotesi ragionevoli supportate da dati obiettivi;

c. quando l'informazione è basata sui risultati lordi, deve essere comunicato l'importo delle commissioni, delle competenze o degli altri oneri;

d. devono contenere l'avviso evidente che tali previsioni non costituiscono un indicatore affidabile dei risultati futuri.

7. Quando le informazioni fanno riferimento ad un trattamento fiscale particolare, devono indicare in modo evidente che il trattamento fiscale dipende dalla situazione individuale di ciascun cliente e può essere soggetto a modifiche in futuro.

8. Le informazioni non devono utilizzare il nome di qualsiasi autorità competente in alcun modo che possa indicare o suggerire che tale autorità avalli o approvi i prodotti o i servizi dell'impresa di investimento.

**Articolo 28** - (Art. 19, par. 3, della direttiva n. 2004/39/Ce)  
*Informazioni riguardanti la classificazione dei clienti*

1. Gli Stati membri assicurano che le imprese di investimento notifichino ai nuovi clienti e ai clienti esistenti che l'impresa di investimento ha classificato di recente, come richiesto dalla direttiva n. 2004/39/Ce, la loro classificazione in qualità di cliente al dettaglio, cliente professionale o controparte qualificata conformemente alla predetta direttiva.

2. Gli Stati membri assicurano che le imprese di investimento informino i clienti, su un supporto durevole, circa l'eventuale diritto a richiedere una diversa classificazione e circa gli eventuali limiti che ne deriverebbero sotto il profilo della tutela del cliente.

3. Gli Stati membri autorizzano le imprese di investimento, le quali possono agire o su loro iniziativa o su richiesta del cliente:

*a.* a trattare come cliente professionale o cliente al dettaglio un cliente che potrebbe essere altrimenti classificato come controparte qualificata ai sensi dell'art. 24, par. 2, della direttiva n. 2004/39/Ce;

*b.* a trattare come cliente al dettaglio un cliente che è considerato come cliente professionale ai sensi dell'allegato II, parte I, della direttiva n. 2004/39/Ce.

**Articolo 29** - (Art. 19, par. 3, della direttiva n. 2004/39/CE)  
*Obblighi generali di informazione nei confronti dei clienti*

1. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di fornire al cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio, in tempo utile prima che tale cliente o potenziale cliente sia vincolato da qualsiasi accordo per la prestazione di servizi di investimento o accessori, o prima della prestazione di tali servizi qualora essa sia precedente, le seguenti informazioni:

*a.* i termini di qualsiasi accordo del tipo suddetto;

*b.* le informazioni di cui all'art. 30 riguardanti tale contratto o tali servizi di investimento o accessori.

2. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di fornire le informazioni di cui agli articoli da 30 a 33 ai clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio in tempo utile prima della prestazione di servizi di investimento o accessori a tali clienti.

3. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di fornire ai clienti professionali le informazioni di cui all'art. 32, par. 5 e 6, in tempo utile prima della prestazione del servizio in questione.

4. Le informazioni di cui ai paragrafi da 1 a 3 vengono fornite su un supporto durevole o tramite un sito Internet (quando esso non costituisce un supporto durevole), purché le condizioni di cui all'art. 3, par. 2, siano soddisfatte.

5. In deroga ai par. 1 e 2, gli Stati membri consentono alle imprese di investimento, nelle circostanze seguenti, di fornire al cliente al dettaglio le informazioni di cui al par. 1 immediatamente dopo che tale cliente sia vincolato da qualsiasi contratto per la prestazione di servizi di investimento o accessori e le informazioni di cui al par. 2 immediatamente dopo l'inizio della prestazione del servizio:

*a.* l'impresa non ha potuto rispettare i termini specificati ai par. 1 e 2 in quanto, su richiesta del cliente, l'accordo è stato concluso utilizzando un mezzo di comunica-

zione a distanza che impedisce all'impresa di fornire le informazioni conformemente al par. 1 o 2;

b. in tutti i casi in cui l'art. 3, par. 3, della direttiva n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva n. 90/619/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce e n. 98/27/Ce<sup>11</sup>, non prescrive altrimenti, l'impresa di investimento adempie agli obblighi di cui al predetto articolo in relazione al cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio, agendo come se tale cliente o potenziale cliente fosse un «consumatore» e l'impresa di investimento fosse un «fornitore» ai sensi della predetta direttiva.

6. Gli Stati membri assicurano che l'impresa di investimento notifichi al cliente in tempo utile qualsiasi modifica rilevante delle informazioni fornite in virtù degli articoli da 30 a 33 che sia pertinente per un servizio che l'impresa fornisce a tale cliente. Tale notifica viene fatta su un supporto durevole, se le informazioni alle quali si riferisce vengono fornite su un supporto durevole.

7. Gli Stati membri richiedono alle imprese di investimento di assicurarsi che le informazioni contenute nelle comunicazioni di *marketing* siano conformi a quelle che l'impresa fornisce ai clienti nel quadro della prestazione di servizi di investimento e accessori.

8. Gli Stati membri assicurano che, quando una comunicazione di *marketing* contiene un'offerta o un invito della seguente natura e specifica le modalità di risposta o include un modulo attraverso il quale può essere data una risposta, essa includa le informazioni di cui agli articoli da 30 a 33 che siano rilevanti per tale offerta o invito:

a. offerta a concludere un accordo in relazione ad uno strumento finanziario o servizio di investimento o accessorio con qualsiasi persona che risponda alla comunicazione;

b. invito a qualsiasi persona che risponda alla comunicazione a fare un'offerta per concludere un accordo in relazione ad uno strumento finanziario o servizio di investimento o accessorio.

Tuttavia il primo comma non si applica se, per rispondere ad un'offerta o ad un invito contenuti nella comunicazione di *marketing*, il potenziale cliente al dettaglio deve far riferimento ad uno o più altri documenti, che, singolarmente o congiuntamente, contengono tali informazioni.

**Articolo 30 - (Art. 19, par. 3, primo trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce)**  
*Informazioni sull'impresa di investimento e i suoi servizi destinate ai clienti al dettaglio e ai potenziali clienti al dettaglio*

1. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di fornire ai clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio le seguenti informazioni generali, laddove siano pertinenti:

a. il nome e l'indirizzo dell'impresa di investimento e i dettagli di contatto necessari per consentire al cliente di comunicare in modo efficace con l'impresa;

b. le lingue nelle quali il cliente può comunicare con l'impresa di investimento e ricevere da essa documenti e altre informazioni;

<sup>11</sup> *Guce* n. L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16.

c. i metodi di comunicazione che devono essere utilizzati tra l'impresa di investimento e il cliente, anche, se pertinente, per l'invio e la ricezione di ordini;

d. una dichiarazione che l'impresa di investimento è autorizzata e il nome e l'indirizzo di contatto dell'autorità competente che l'ha autorizzata;

e. quando l'impresa di investimento opera tramite un agente collegato, una dichiarazione in tal senso in cui viene specificato lo Stato membro in cui tale agente è registrato;

f. la natura, la frequenza e le date delle relazioni sull'esecuzione del servizio che l'impresa di investimento presta al cliente conformemente all'art. 19, par. 8, della direttiva n. 2004/39/Ce;

g. se l'impresa di investimento detiene strumenti finanziari o fondi di clienti, una descrizione sintetica delle misure adottate dall'impresa per assicurare la loro protezione, compresi i dati principali di qualsiasi sistema di indennizzo degli investitori o di garanzia dei depositi pertinente che si applichi all'impresa in virtù delle sue attività in uno Stato membro;

h. una descrizione, eventualmente in forma sintetica, della politica seguita dall'impresa in materia di conflitti di interesse conformemente all'art. 22;

i. ogniqualvolta il cliente lo richiama, maggiori dettagli circa tale politica in materia di conflitti di interesse su un supporto durevole o tramite un sito Internet (qualora esso non costituisca un supporto durevole), purché le condizioni di cui all'art. 3, par. 2, siano soddisfatte.

2. Gli Stati membri assicurano che, quando le imprese di investimento forniscono il servizio di gestione del portafoglio, stabiliscano un metodo appropriato di valutazione e raffronto, come ad esempio un parametro di riferimento significativo, che sia basato sugli obiettivi di investimento del cliente e sui tipi di strumenti finanziari inclusi nel portafoglio del cliente, in modo da consentire al cliente al quale viene fornito il servizio di valutarne l'esecuzione da parte dell'impresa.

3. Gli Stati membri prescrivono che, quando le imprese di investimento propongono di fornire servizi di gestione del portafoglio ad un cliente al dettaglio o ad un potenziale cliente al dettaglio, forniscano al cliente, in aggiunta alle informazioni di cui al par. 1, le informazioni seguenti, laddove pertinenti:

a. informazioni sul metodo e sulla frequenza di valutazione degli strumenti finanziari contenuti nel portafoglio del cliente;

b. i dettagli di eventuali deleghe della gestione discrezionale della totalità o di una parte degli strumenti finanziari o dei fondi contenuti nel portafoglio del cliente;

c. la descrizione di qualsiasi parametro di riferimento al quale verrà raffrontato il rendimento del portafoglio del cliente;

d. i tipi di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente e i tipi di operazioni che possono essere realizzate su tali strumenti, inclusi eventuali limiti;

e. gli obiettivi di gestione, il livello del rischio entro il quale il gestore può esercitare la sua discrezionalità ed eventuali specifiche restrizioni a tale discrezionalità.

**Articolo 31** - (*Art. 19, par. 3, secondo trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce*)  
*Informazioni sugli strumenti finanziari*

1. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di fornire ai clienti o potenziali clienti una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti



finanziari, tenendo conto in particolare della classificazione del cliente come cliente al dettaglio o cliente professionale. Tale descrizione deve spiegare le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, nonché i rischi propri a tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate.

2. La descrizione dei rischi include, laddove pertinente per il tipo specifico di strumento interessato e lo *status* e il livello di conoscenza del cliente, i seguenti elementi:

*a.* i rischi connessi a tale tipo di strumento finanziario, compresa una spiegazione dell'effetto leva e della sua incidenza, nonché il rischio di perdita totale dell'investimento;

*b.* la volatilità del prezzo di tali strumenti ed eventuali limiti del mercato disponibile per tali strumenti;

*c.* il fatto che un investitore potrebbe assumersi, a seguito di operazioni su tali strumenti, impegni finanziari e altre obbligazioni aggiuntive, comprese eventuali passività potenziali, oltre al costo di acquisizione degli strumenti;

*d.* eventuali requisiti di margine od obbligazioni analoghe applicabili a strumenti di tale tipo.

Gli Stati membri possono specificare i termini precisi, o il contenuto, della descrizione dei rischi di cui al presente paragrafo.

3. Se l'impresa di investimento fornisce ad un cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio informazioni in merito ad uno strumento finanziario che è oggetto di un'offerta corrente al pubblico ed in relazione a tale offerta è stato pubblicato un prospetto conformemente alla direttiva n. 2003/71/Ce, tale impresa comunica al cliente o potenziale cliente dove tale prospetto è a disposizione del pubblico.

4. Quando è probabile che i rischi connessi con uno strumento finanziario composto da due o più strumenti o servizi finanziari diversi siano superiori ai rischi connessi alle singole componenti, l'impresa di investimento fornisce una descrizione adeguata delle componenti di tale strumento e del modo in cui la loro interazione accresce i rischi.

5. Nel caso di strumenti finanziari che incorporano una garanzia di un terzo, le informazioni relative a tale garanzia includono dettagli sufficienti sul garante e sulla garanzia, affinché il cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio possa compiere una valutazione corretta della garanzia.

**Articolo 32 - (Art. 19, par. 3, primo trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce)**  
*Requisiti di informazione concernenti la salvaguardia degli strumenti finanziari o dei fondi della clientela*

1. Gli Stati membri assicurano che le imprese di investimento che detengono strumenti finanziari o fondi appartenenti a clienti al dettaglio forniscano a tali clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio le informazioni di cui ai paragrafi da 2 a 7 laddove pertinenti.

2. L'impresa di investimento informa il cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio della possibilità, qualora esista, che gli strumenti finanziari o i fondi di tale cliente siano detenuti da un terzo per conto dell'impresa, nonché della responsabilità che essa si assume, conformemente al diritto nazionale applicabile, per qualsiasi atto od omissione di tale terzo e delle conseguenze che l'eventuale insolvenza di quest'ultimo determinerebbe per il cliente.

3. Quando gli strumenti finanziari del cliente al dettaglio o potenziale cliente al

dettaglio possono, se consentito dal diritto nazionale, essere detenuti in un conto *omnibus* da un terzo, l'impresa di investimento informa il cliente di questo fatto e gli dà un avviso evidente circa i rischi che ne derivano.

4. Quando il diritto nazionale non consente che gli strumenti finanziari del cliente detenuti da un terzo siano identificati separatamente dagli strumenti finanziari di proprietà di tale terzo o dell'impresa d'investimento, l'impresa di investimento informa il cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio di questo fatto e dà un avviso evidente circa i rischi che ne derivano.

5. Quando i conti che contengono strumenti finanziari o fondi appartenenti al cliente o potenziale cliente sono o saranno soggetti ad un ordinamento giuridico diverso da quello di uno Stato membro, l'impresa di investimento informa tale cliente o potenziale cliente di tale fatto ed indica in che misura i diritti del cliente o potenziale cliente relativi a tali strumenti finanziari o fondi possano differire di conseguenza.

6. L'impresa di investimento informa il cliente circa l'esistenza e i termini di eventuali diritti di garanzia o privilegi che l'impresa detiene o potrebbe detenere sugli strumenti finanziari o fondi del cliente, o di eventuali diritti di compensazione che essa detiene in relazione ad essi. Laddove applicabile, informa il cliente del fatto che un depositario può avere un diritto di garanzia o privilegio o diritto di compensazione in relazione a tali strumenti o fondi.

7. L'impresa di investimento, prima di realizzare operazioni di finanziamento tramite titoli utilizzando strumenti finanziari da essa detenuti per conto di un cliente al dettaglio o di utilizzare altrimenti tali strumenti finanziari per proprio conto o per conto di un altro cliente, fornisce al cliente al dettaglio in tempo utile prima dell'utilizzo di tali strumenti, su un supporto durevole, informazioni chiare, complete ed accurate sugli obblighi e sulle responsabilità che l'utilizzo di tali strumenti finanziari comporta per l'impresa di investimento, comprese le condizioni di restituzione degli strumenti, e sui rischi che ne derivano.

**Articolo 33** - (*Art. 19, par. 3, quarto trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce*)  
*Informazioni sui costi e sugli oneri connessi*

Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di fornire ai loro clienti al dettaglio e potenziali clienti al dettaglio informazioni sui costi e sugli oneri connessi comprendenti, laddove pertinenti, i seguenti elementi:

*a.* il prezzo totale che il cliente deve pagare in relazione allo strumento finanziario o al servizio di investimento o accessorio, comprese tutte le competenze, le commissioni, gli oneri e le spese connesse, e tutte le imposte che verranno pagate tramite l'impresa di investimento o, se non può essere indicato un prezzo esatto, la base per il calcolo del prezzo totale cosicché il cliente possa verificarla;

*b.* quando una parte qualsiasi del prezzo totale di cui alla lett. *a.* deve essere pagata o è espressa in valuta estera, l'indicazione di tale valuta, nonché dei tassi e delle spese di cambio applicabili;

*c.* l'indicazione della possibilità che emergano altri costi per il cliente, comprese eventuali imposte, in relazione alle operazioni connesse allo strumento finanziario o al servizio di investimento, che non sono pagati tramite l'impresa di investimento o imposti da essa;

*d.* le modalità per il pagamento o altra prestazione.

Ai fini della lett. *a.*, le commissioni applicate dall'impresa vengono scomposte in ciascun caso in voci distinte.

**Articolo 34** - *(Art. 19, par. 3, secondo e quarto trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce)*  
*Informazioni redatte conformemente alla direttiva 85/611/Cee*

1. Gli Stati membri assicurano che, per quanto riguarda le quote di organismi di investimento collettivo soggetti alla direttiva n. 85/611/Cee, si consideri che un prospetto semplificato conforme all'art. 28 di tale direttiva fornisca informazioni appropriate ai fini dell'art. 19, par. 3, secondo trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce.

2. Gli Stati membri assicurano che, per quanto riguarda le quote di organismi di investimento collettivo soggetti alla direttiva n. 85/611/Cee, si consideri che un prospetto semplificato conforme all'art. 28 di tale direttiva fornisca informazioni appropriate ai fini dell'art. 19, par. 3, quarto trattino, della direttiva n. 2004/39/Ce rispetto ai costi e agli oneri connessi propri all'OICVM, incluse le commissioni di entrata e uscita.

*(Omissis)*



## GLI OBBLIGHI INFORMATIVI DELLE IMPRESE DI INVESTIMENTO NELLA PIÙ RECENTE NORMATIVA COMUNITARIA

**Sommario:** **1.** *Introduzione* - **2.** *Informazioni «corrette», «chiare» e «non fuorvianti»* - **3.** *Il flusso informativo dall'impresa di investimento al cliente* - **4.** *Le categorie d'informazioni da fornire ai clienti.*

### 1. Introduzione

Negli ultimi anni si sono verificati diversi scandali finanziari che, in alcuni casi, hanno assunto dimensioni preoccupanti per i risparmiatori italiani. Le tre principali vicende cui si allude sono conseguenti al mancato rimborso in misura adeguata delle obbligazioni emesse dallo Stato argentino nonché da società riconducibili al gruppo Cirio e al gruppo Parmalat. In Italia sono stati sottoscritti circa 12 miliardi di euro di obbligazioni argentine, 1 miliardo di obbligazioni Cirio e 4,8 miliardi di obbligazioni Parmalat<sup>1</sup>. Nel complesso si tratta dunque di quasi 18 miliardi di euro. Alcune centinaia di migliaia di investitori hanno perso parte consistente dei propri capitali nelle operazioni citate. I tre casi menzionati non sono peraltro gli unici. Vi sono state altre emissioni obbligazionarie non adeguatamente rimborsate, che – pur essendo di minore entità dal punto di vista del valore complessivo dell'operazione – hanno comunque danneggiato un discreto numero di investitori.

È comprensibile che i risparmiatori che hanno perso parte dei propri capitali non accettino questa situazione e, conseguentemente, agiscano in giudizio. Dall'esame delle sentenze edite risulta che l'azione viene esercitata molto spesso nei confronti degli intermediari finanziari, non degli emittenti. Si sta così formando una copiosa giurisprudenza, finora quasi solo di merito, in materia di responsabilità delle banche<sup>2</sup>. Sfogliando le ultime annate delle più diffuse riviste

<sup>1</sup> Sono i dati elaborati da B. SCIENZA e G. B. PONZETTO e riportati in *La Repubblica, Affari & Finanza*, 15 maggio 2006, p. 32.

<sup>2</sup> Si è rinvenuta una sola sentenza di legittimità in tema di responsabilità degli intermediari finanziari. Si tratta della sentenza della Corte di cassazione, sez. I, n. 19024 del 29 settembre 2005. Questa

giuridiche ci si imbatte in decine di sentenze concernenti la responsabilità degli intermediari<sup>3</sup>. Capita che diversi provvedimenti giudiziari ricolleghino a uno stesso comportamento della banca conseguenze diverse. Vi è incertezza, in particolare, relativamente agli effetti delle violazioni delle «norme di comportamento» (o «regole di condotta») degli intermediari finanziari<sup>4</sup>.

Una rivista specializzata in diritto comunitario potrebbe apparire *prima facie* non interessata ad una materia quale la responsabilità degli intermediari fi-

sentenza è stata pubblicata in diverse riviste e commentata da numerosi autori, in particolare in *Corr. giur.*, 2006, p. 669 ss., con nota di G. GENOVESI; in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO - G. AFFERNI; in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 626 ss., con nota di C.-E. SALODINI; in *Giur. it.*, 2006, c. 1599 ss., con nota di G. SICCHIERO; in *I Contratti*, 2006, p. 446 ss., con nota di F. POLIANI.

<sup>3</sup> Per una recente rassegna di giurisprudenza cfr. G. GOBBO - C.-E. SALODINI, *I servizi d'investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 5 ss.

<sup>4</sup> Sulla complessa problematica della individuazione del corretto rimedio a disposizione dell'investitore nei confronti degli intermediari finanziari cfr., per limitarsi ad alcuni dei più recenti contributi, E. BATTELLI, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, in *I Contratti*, 2006, p. 460 ss.; M. BOMBELLI - M. IATO, *Obbligazioni Argentina e Cirio: responsabilità dell'istituto bancario intermediario*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 277 ss.; I. A. CAGGIANO, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. e giur.*, 2006, p. 453 ss.; A. M. CAROZZI, *Regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici esperibili dal risparmiatore*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 697 ss.; M. DELLACASA, *Negoziazione di titoli obbligazionari e insolvenza dell'emittente: quale tutela per il risparmiatore non adeguatamente informato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 593 ss.; M. M. GAETA, *L'applicazione del principio del know your customer ai contratti di deposito ed amministrazione titoli*, in *I Contratti*, 2006, p. 113 ss.; F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 889 ss.; E. GUERINONI, *Negligenza e giudizio di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *I Contratti*, 2005, p. 113 ss.; G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 944 ss.; L. PICARDI, *La negoziazione di strumenti finanziari derivati fra codice civile e legislazione speciale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, II, p. 361 ss.; S. RIZZINI BISINELLI, *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*, in *Le Società*, 2006, p. 203 ss.; V. SANGIOVANNI, *Emissioni di obbligazioni e scandali finanziari fra diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Le Società*, 2007, p. 547 ss.; V. SANGIOVANNI, *Finanzskandale (Argentinien, Cirio und Parmalat) und die Haftung der Anlagevermittler in der neuesten italienischen Rechtsprechung*, in *BKR (Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht)*, 2006, p. 476 ss.; V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *I Contratti*, 2006, p. 1133 ss.; V. SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario finanziario nel diritto austriaco sullo sfondo del diritto comunitario e un suggerimento al legislatore italiano*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1182 ss.; V. SANGIOVANNI, *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1569 ss.; V. SANGIOVANNI, *Circolazione dei prodotti finanziari e responsabilità degli investitori professionali: il nuovo art. 100 bis TUF*, in *Le Società*, 2006, p. 1355 ss.; V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, in *I Contratti*, 2006, p. 966 ss.; V. SANGIOVANNI, *Sollecitazione all'investimento, nullità del contratto e frode alla legge*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 1389 ss.; V. SANGIOVANNI, *La responsabilità precontrattuale dell'intermediario finanziario nel diritto inglese*, in *Le Società*, 2006, p. 1173 ss.; V. SANGIOVANNI, *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 874 ss.; V. SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *I Contratti*, 2006, p. 686 ss.; V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine*, in *Corr. mer.*, 2006, p. 737 ss.; V. SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario nel caso Parmalat e la recentissima legge per la tutela del risparmio*, in *Le Società*, 2006, p. 605 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1107 ss.; S. VIGNOLO, *Prime riflessioni in tema di responsabilità bancaria nella vendita di titoli obbligazionari caduti in default*, in *Nuova giurisprudenza ligure*, 2005, p. 270 ss.; R. VIGO, *La reticenza dell'intermediario nei contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, p. 665 ss.

nanziari. Una conclusione del genere è però affrettata perché omette di considerare che le norme di comportamento sono di derivazione comunitaria (direttiva n. 93/22)<sup>5</sup>. L'interesse è ancora maggiore se si considera che si tratta di una materia in fase di evoluzione e relativamente alla quale sono stati emessi, recentemente, diversi provvedimenti a livello europeo. Questo articolo si propone di effettuare una prima lettura delle regole di condotta (in particolare degli obblighi informativi) delle banche, quali risultanti dalla normativa comunitaria. Non ci si soffermerà tuttavia sulla direttiva n. 93/22, ormai in via di abrogazione, bensì sulla nuova disciplina introdotta dalla direttiva n. 2004/39<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda l'entrata in vigore della direttiva n. 2004/39 occorre fare riferimento a quanto disposto, da ultimo, dalla direttiva n. 2006/31<sup>7</sup>. Le nuove disposizioni prevedono che la direttiva n. 93/22 è abrogata con effetto dal 1° novembre 2007. La materia affrontata si presenta dunque come estremamente attuale<sup>8</sup>. È molto recente l'ipotesi di modifica del dlgo n. 58/1998 (c.d. «legge Draghi»)<sup>9</sup> messa a punto dal Dipartimento del Tesoro per il recepimento della direttiva n. 2004/39<sup>10</sup>.

La direttiva n. 2004/39 si compone di cinque titoli<sup>11</sup>. È di particolare rile-

<sup>5</sup> Direttiva n. 93/22/Cee del Consiglio del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, in *Guce* n. L 141 dell'11 giugno 1993, p. 27 ss.

<sup>6</sup> Direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive n. 85/611/Cee e n. 93/6/Cee del Consiglio e la direttiva n. 2000/12/Cee del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 93/22/Ce del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 145 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. Fra i primi commenti a questa direttiva cfr. C. COMPARTI, *I conflitti di interesse nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005, I, p. 593 ss.; L. ENRIQUES, *L'intermediario in conflitto d'interessi nella nuova disciplina comunitaria dei servizi d'investimento*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 844 ss.; L. ENRIQUES, *Dum Romae consulitur ... verso una nuova disciplina comunitaria del conflitto d'interessi nei servizi d'investimento*, in *Banca impresa società*, 2004, p. 447 ss.; F. RECINE, *La direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID): nuove regole sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2006, I, p. 303 ss.; V. SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *I Contratti*, 2007, p. 243 ss.

<sup>7</sup> Direttiva n. 2006/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 che modifica la direttiva n. 2004/39/Ce relativa ai mercati degli strumenti finanziari per quanto riguarda alcune scadenze, in *Gu-Ue* n. L 114 del 27 aprile 2006, p. 60 ss. Questo testo normativo è breve (si compone di quattro pagine) ed è di carattere particolarmente tecnico perché si limita a ridefinire alcune scadenze relative all'entrata in vigore della direttiva n. 2004/39.

<sup>8</sup> Non ci si può soffermare in questa sede sui problemi connessi agli effetti e all'attuazione delle direttive comunitarie. Fra le tante pubblicazioni apparse in materia cfr. F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 755 ss.; F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, in questa *Rivista*, 1994, p. 367 s.; F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive secondo una giurisprudenza incompiuta*, in questa *Rivista*, 1994, p. 51 ss.; F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, in questa *Rivista*, 1982, p. 506 ss.

<sup>9</sup> Dlgo n. 58 del 24 febbraio 1998. Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, in *Guri* n. 71 del 26 marzo 1998, *suppl. ord.*

<sup>10</sup> L'ipotesi di modifica è stata pubblicata in *Il Sole-24 Ore*, 3 marzo 2007, p. 39 ss.

<sup>11</sup> Il titolo I della direttiva n. 2004/39 è rubricato «definizioni e ambito di applicazione» (artt. 1-4), il titolo II «condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività applicabili alle imprese di

vanza, ai fini della presente analisi, il titolo II della direttiva n. 2004/39, concernente le condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività applicabili alle imprese di investimento, il quale si compone – a sua volta – di tre capi. Il capo I è rubricato «condizioni e procedure per l'autorizzazione» (artt. 5-15), il capo II «condizioni di esercizio applicabili alle imprese di investimento» (artt. 16-30), il capo III «diritti delle imprese di investimento» (artt. 31-35). Le norme di comportamento da rispettare al momento della prestazione dei servizi di investimento sono contenute nell'art. 19 della direttiva n. 2004/39.

Il legislatore comunitario identifica un complesso di «norme di comportamento da rispettare al momento della prestazione di servizi di investimento ai clienti» (art. 19 direttiva n. 2004/39). Lo studio analitico di tutte le regole di condotta non è possibile in questa sede<sup>12</sup>. Saranno oggetto di esame soltanto alcune delle norme di comportamento: quelle che attengono agli «obblighi informativi»<sup>13</sup>. Dalla giurisprudenza italiana edita si desume che la violazione degli obblighi informativi è una delle contestazioni che viene mossa con maggiore frequenza agli intermediari finanziari. Si tratta dunque di un aspetto della materia di sicura rilevanza pratica.

La direttiva n. 2004/39 non è peraltro l'unico testo normativo cui fare riferimento per l'indagine che si intende svolgere. L'art. 19, par. 10, della direttiva n. 2004/39 assegna difatti alla Commissione il compito di adottare misure di esecuzione volte a garantire che le imprese di investimento rispettino le norme di comportamento. Queste misure di esecuzione – stabilisce il legislatore comunitario – devono tenere in considerazione numerosi fattori, quali la natura dei servizi proposti o forniti, la natura degli strumenti finanziari<sup>14</sup> pro-

investimento» (artt. 5-35), il titolo III «mercati regolamentati» (artt. 36-47), il titolo IV «autorità competenti» (artt. 48-63), il titolo V «disposizioni finali» (artt. 64-73).

<sup>12</sup> La materia è stata approfondita in alcune monografie. Su regole di condotta e responsabilità degli intermediari cfr., in particolare, le opere di M. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, Giuffrè, 2004. La monografia di SARTORI è stata da me recensita in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>13</sup> Il funzionamento dei mercati finanziari si fonda sull'informazione, che deve essere completa, corretta e tempestiva. Sul ruolo dei flussi informativi cfr., fra i tanti, F. CAVAZZUTI, *La trasparenza dei mercati finanziari*, in *Banca impresa società*, 2004, p. 411 ss.; R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 719 ss.; E. GIRINO, *I mercati finanziari fra abusi e tutele*, in *Amministrazione & Finanza Oro*, 2006, fasc. 6; A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, Giuffrè, 2003. La centralità dell'informazione nel buon funzionamento del sistema finanziario è riconosciuta in ogni ordinamento. Per riferimenti alla Germania sia consentito il rinvio, in lingua tedesca, a V. SANGIOVANNI, *Die Ad-hoc-Publizität im deutschen und italienischen Recht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003 e, in lingua italiana, a V. SANGIOVANNI, *Documento d'offerta pubblica e responsabilità civile nel nuovo diritto tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 153 ss.; V. SANGIOVANNI, *L'attuazione della direttiva sull'insider trading nel diritto tedesco*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, I, 540 p. ss.; V. SANGIOVANNI, *L'informazione c.d. continua o permanente nel diritto tedesco del mercato dei capitali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, I, p. 582 ss. Con particolare riferimento agli Stati Uniti d'America cfr. M. VENTORUZZO, *La responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, Egea, 2003.

<sup>14</sup> La definizione di «strumenti finanziari» è contenuta nell'allegato I, sezione C, della direttiva n. 2004/39.



posti o considerati nonché la natura del cliente o potenziale cliente. Di questo potere la Commissione si è avvalsa emanando la direttiva n. 2006/73<sup>15</sup>. L'esame degli obblighi informativi che fanno capo alle imprese di investimento deve dunque essere condotto sulla base non solo dalla direttiva n. 2004/39, ma anche della direttiva n. 2006/73.

È opportuno fare un breve riferimento ai *considerando* iniziali della direttiva n. 2004/39, perché consentono di comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore comunitario a rivedere la disciplina sulle norme di comportamento delle imprese di investimento. La direttiva n. 93/22 mirava ad armonizzare i requisiti di esercizio per le imprese di investimento, comprese le norme di comportamento<sup>16</sup>. Il legislatore comunitario sottolinea come negli ultimi anni sia cresciuto il numero degli investitori che operano sui mercati finanziari. Inoltre, è diventato più articolato e più complesso lo spettro di servizi e di strumenti che viene offerto ai risparmiatori. Questi sviluppi hanno fatto sorgere l'esigenza di un grado di armonizzazione che offra agli investitori un livello elevato di protezione. Si è così affermata la necessità di sostituire la direttiva n. 93/22 con una nuova direttiva<sup>17</sup>.

Per completezza si segnala che, nell'attuale diritto italiano, le norme di comportamento delle imprese di investimento sono contenute in due testi normativi, uno di carattere legislativo, l'altro di carattere regolamentare. L'art. 21 dlgs n. 58/1998 stabilisce i «criteri generali» da osservarsi nella prestazione dei servizi di investimento. In particolare si prevede che, nella prestazione dei servizi di investimento, i soggetti abilitati debbano acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che questi ultimi siano sempre adeguatamente informati (art. 21, comma 1, lett. b., dlgs n. 58/1998). A livello regolamentare il testo di riferimento è il c.d. «regolamento

<sup>15</sup> Direttiva n. 2006/73/Ce della Commissione del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva, in *Gu-Ue* n. L 241 del 2 settembre 2006, p. 26 ss. Questo testo normativo si compone di quattro capi. Il capo I è rubricato «ambito di applicazione e definizione» (artt. 1-4), il capo II «requisiti di organizzazione» (artt. 5-25), il capo III «condizioni di esercizio applicabili alle imprese di investimento» (artt. 26-52), il capo IV «disposizioni finali» (artt. 53-55). Il capo maggiormente rilevante con riferimento al tema di questo articolo (obblighi informativi) è il capo III, che contiene una sezione 2 dedicata alle «informazioni fornite ai clienti e potenziali clienti» (artt. 27-34). È difficile esimersi dall'osservare come la disciplina comunitaria in materia di imprese di investimento sia veramente molto articolata e complessa. La Commissione ha difatti emanato anche un regolamento in materia. Si tratta del Regolamento (Ce) n. 1287/2006 della Commissione del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva, in *Gu-Ue* n. L 241 del 2 settembre 2006, p. 1 ss. Questo regolamento non è peraltro direttamente rilevante rispetto al tema qui in esame delle norme di comportamento, perché attua disposizioni diverse dall'art. 19 della direttiva n. 2004/39.

<sup>16</sup> Cfr. il *considerando* n. 1 della direttiva n. 2004/39.

<sup>17</sup> Cfr. il *considerando* n. 2 della direttiva n. 2004/39.

intermediari» della Consob<sup>18</sup>. L'art. 26, lett. *e.*, di tale regolamento prevede che gli intermediari autorizzati acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire. L'art. 28, in particolare, concerne le informazioni tra gli intermediari e gli investitori<sup>19</sup>.

Infine si osservi che tutta la materia della tutela del risparmio è in fermento, sia a livello comunitario sia a livello nazionale. La legge n. 262/2005 (c.d. «legge sul risparmio») ha fissato alcune regole<sup>20</sup>. L'adattamento alla normativa comunitaria, in incessante evoluzione, richiederà – però – ulteriori modificazioni.

## 2. Informazioni «corrette», «chiare» e «non fuorvianti»

Passiamo ora ad esaminare gli obblighi informativi che incombono sulle imprese di investimento per effetto della nuova normativa comunitaria. L'art. 19, par. 2, della direttiva n. 2004/39 ha funzione di clausola generale e prevede che tutte le informazioni indirizzate dalle imprese di investimento a clienti o potenziali clienti debbano presentare tre caratteristiche: essere corrette, chiare e non fuorvianti. Se si tratta di comunicazioni di *marketing*, queste devono essere chiaramente identificabili come tali.

Per comprendere meglio il significato di questa disposizione giova innanzitutto fare riferimento alle definizioni usate dal legislatore comunitario. Come è noto, le direttive contengono usualmente le definizioni dei termini che esse utilizzano. La tecnica è senz'altro utile se si tiene conto del fatto che lo

<sup>18</sup> Delibera Consob 1° luglio 1998, n. 11522. Regolamento di attuazione del dlgo n. 58 del 24 febbraio 1998 concernente la disciplina degli intermediari. Il testo di questo regolamento è riprodotto, per esempio, in A. SIRONI - C. TABACCHI - D. TORTORIELLO (a cura di), *Codice del sistema finanziario*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, p. 102 ss.

<sup>19</sup> L'art. 28, comma 1, regolamento intermediari dispone che prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono: *a.* chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo art. 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore; *b.* consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari. L'art. 28, comma 2, regolamento intermediari prevede che gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.

<sup>20</sup> Legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, in *Guri* n. 31 del 28 dicembre 2005, *suppl. ord.* Fra i primi commenti alla legge sul risparmio cfr. G. ALPA, *La legge sul risparmio e la tutela contrattuale degli investitori*, in *I Contratti*, 2006, p. 927 ss.; G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1 ss.; V. SALAFIA, *La legge sul risparmio*, in *Le Società*, 2006, p. 143 ss.

stesso provvedimento legislativo deve trovare attuazione in diversi Stati. Nel caso della direttiva n. 2004/39, le definizioni sono contenute nell'art. 4<sup>21</sup>. Le prime due nozioni cui il legislatore comunitario fa riferimento sono quelle di «impresa di investimento» e di «cliente». Per impresa di investimento si intende qualsiasi persona giuridica la cui occupazione o attività abituale consiste nel prestare uno o più servizi di investimento<sup>22</sup> a terzi e/o nell'effettuare uno o più attività di investimento a titolo professionale. Per cliente si intende la persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento e/o servizi accessori<sup>23</sup>.

L'art. 19, par. 2, della direttiva n. 2004/39 enuncia un principio di carattere generale. Tutte le informazioni indirizzate dalle imprese di investimento ai clienti devono presentare tre caratteristiche: essere «corrette», «chiare» e «non fuorvianti». Un'informazione è «corretta» quando corrisponde a verità. La «chiarezza» è una nozione diversa. Un'informazione può essere corretta, nel senso che corrisponde al vero, e tuttavia può essere non chiara. La chiarezza ha a che fare anche con il contesto nel quale e con le modalità con le quali certi dati vengono comunicati. Chiarezza significa essenzialmente rappresentazione lineare e, dunque, facile comprensibilità dell'informazione. «Fuorviante» è un'informazione che, pur potendo essere in sé corretta e chiara, induce il cliente in errore. Ciò può succedere quando viene sottolineato con particolare vigore un aspetto secondario mentre si tralascia di menzionare circostanze d'importanza primaria. In una situazione del genere il cliente può essere indotto ad effettuare un investimento sulla base di un assetto informativo «fuorviante».

L'art. 27 della direttiva n. 2006/73 attua l'art. 19, par. 2, della direttiva n. 2004/39. L'art. 27, par. 1, della direttiva n. 2006/73 in particolare fissa le condizioni che le informazioni devono rispettare per essere considerate corrette, chiare e non fuorvianti: spetta agli Stati membri prescrivere alle imprese di investimento di assicurare che tutte le informazioni che esse indirizzano a clienti (o potenziali clienti) al dettaglio soddisfino tutte le condizioni stabilite nei successivi paragrafi dello stesso art. 27<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> La tecnica legislativa utilizzata dalle autorità comunitarie sta diventando sempre più sofisticata. Talvolta si prevede non solo un elenco di definizioni, ma anche un meccanismo di adeguamento delle stesse. Con riferimento alla direttiva n. 2004/39, bisogna menzionare il suo art. 4, par. 2, secondo cui per tenere conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e garantire l'applicazione uniforme della direttiva, la Commissione può chiarire le definizioni contenute nel par. 1.

<sup>22</sup> Per servizio e attività di investimento si intende qualsiasi servizio o attività riportati nella sezione A dell'allegato I relativo ad uno degli strumenti che figurano nella sezione C dell'allegato I (art. 4, par. 1, n. 2, direttiva n. 2004/39).

<sup>23</sup> Per servizio accessorio si intende qualsiasi servizio riportato nella sezione B dell'allegato I (art. 4, par. 1, n. 3, direttiva n. 2004/39).

<sup>24</sup> La direttiva n. 2004/39 distingue fra cliente «professionale» e cliente «al dettaglio» (art. 4, par. 1, nn. 11 e 12, direttiva n. 2004/39). Cliente professionale è il cliente che soddisfa i criteri stabiliti nell'allegato II (art. 4, par. 1, n. 11, direttiva n. 2004/39). Cliente al dettaglio è il cliente che non sia un cliente professionale (art. 4, par. 1, n. 12, direttiva n. 2004/39). La definizione di cliente professionale è dunque contenuta nell'allegato II della direttiva n. 2004/39. Questo allegato distin-

Alcune indicazioni contenute nel testo legislativo sono di carattere essenzialmente formale: si pensi al precetto secondo cui le informazioni devono includere il nome dell'impresa di investimento. Altre prescrizioni hanno invece un significativo contenuto e tendono a fissare precisi limiti entro cui si può muovere la politica informativa degli intermediari finanziari. Il riferimento è in particolare alla disposizione secondo cui le informazioni fornite dalle imprese di investimento devono essere accurate e non possono sottolineare gli eventuali vantaggi potenziali di un servizio di investimento o di uno strumento finanziario senza contemporaneamente fornire anche un'indicazione corretta ed evidente di eventuali rischi rilevanti. Altrettanto importante è la prescrizione secondo cui le informazioni devono essere sufficienti e devono essere presentate in modo da essere comprensibili per il componente medio del gruppo al quale sono dirette. Infine il legislatore comunitario precisa che le informazioni non possono mascherare né minimizzare né oscurare elementi importanti (art. 27, par. 2, della direttiva n. 2006/73). L'art. 27, par. 2, della direttiva n. 2006/73 enuncia dunque principi importanti che le imprese di investimento devono osservare nel comunicare informazioni. Si tratta innanzitutto della regola dell'accuratezza. «Accuratezza» significa, essenzialmente, precisione. Le informazioni non possono omettere di evidenziare i rischi connessi ad un investimento. Un'impresa che sottolinea solo i vantaggi di un investimento senza evidenziare i pericoli dello stesso può indurre l'investitore in errore, nel senso di fargli credere che dall'investimento trarrà solo e comunque benefici. I rischi devono essere fatti presente in modo «corretto» ed «evidente». Indicazione «corretta» significa che i pericoli devono essere presentati per quello che sono, devono corrispondere a verità e non possono essere minimizzati. Indicazione «evidente» significa che i rischi devono essere presentati in modo tale che il cliente si renda agevolmente conto della loro esistenza. Altro requisito che l'informazione deve possedere, ai sensi della normativa comunitaria, è la «sufficienza». Deve essere fornita una quantità di dati tale per cui l'investitore è in grado di valutare le caratteristiche essenziali dell'investimento. Non possono essere taciute informazioni ragionevolmente rilevanti, altrimenti non è soddisfatto il requisito della sufficienza. Sufficienza non significa peraltro che è necessario fornire ogni dato in dettaglio. Una carica eccessiva di informazioni può persino rivelarsi deleteria per il cliente. Si possono cioè verificare fenomeni di "sovra-informazione" (l'espressione inglese è: *overinformation*). Il legislatore comunitario si sofferma anche sulle modalità di presentazione delle informazioni. Il modo in cui i dati vengono presentati deve essere tale da renderli comprensibili. La «comprensibilità» non è una nozione di carattere assoluto. Numerosi fattori la influenzano. Il le-

gue fra «categorie di clienti professionali» e «clienti che su richiesta possono essere trattati come professionali».

gislatore comunitario fissa un parametro che dovrebbero consentire di stabilire quando i dati sono "oggettivamente" comprensibili: per ottenere questo risultato si fa riferimento ad un ipotetico destinatario medio. Altra disposizione importante della normativa comunitaria è quella che precisa che le informazioni non possono "mascherare", "minimizzare" o "oscurare" elementi, dichiarazioni o avvertenze importanti. Si tratta di regole che, in realtà, possono desumersi già da principi di carattere generale. Si pensi solo, nel diritto italiano, alle disposizioni del codice civile che impongono di comportarsi secondo buona fede. È difficile concludere nel senso che un'impresa di investimento che "maschera", "minimizza" o "oscura" si comporti secondo buona fede.

L'art. 27, par. 2, della direttiva n. 2006/73 stabilisce dunque che le informazioni devono fornire un'indicazione corretta ed evidente di eventuali rischi rilevanti. Questa disposizione è importante perché sancisce il principio che le imprese di investimento devono comportarsi con correttezza, non potendo limitarsi a sottolineare gli eventuali vantaggi potenziali di un servizio di investimento o di uno strumento finanziario senza porre l'accento anche sugli eventuali rischi connessi. La giurisprudenza di merito degli ultimi anni mostra come sia piuttosto diffusa la prassi degli intermediari finanziari di tacere o di minimizzare i rischi. Vi sono numerose sentenze in questo senso. Non è possibile esaminarle tutte in questa sede e ci si limiterà, qui di seguito, ad alcuni esempi.

Giova segnalare, innanzitutto, una sentenza dell'aprile 2006 del Tribunale di Torino<sup>25</sup>. Questa autorità giudiziaria ha stabilito che sull'intermediario grava l'onere di conoscere il grado di rischio degli strumenti finanziari oggetto dei servizi di investimento prestati e quando il servizio di investimento ha ad oggetto titoli di debito sullo stesso grava l'onere di procurarsi tutti gli elementi per un'accurata valutazione del «merito creditizio» dell'emittente e di far sì che le notizie acquisite siano conosciute da tutti i dipendenti della rete operativa. L'intermediario deve fornire agli investitori notizie specifiche sui rischi connessi ai singoli investimenti. Nel caso di specie la banca non solo aveva omesso di dare le informazioni che doveva, ma aveva anche fornito indicazioni sbagliate. L'intermediario riferì che il titolo aveva un *rating* non alto, quando invece il titolo non aveva alcun *rating*. La banca si era in sostanza limitata a prendere atto della scelta di investire in titoli Cirio e aveva poi tenuto un comportamento, scrive l'autorità giudiziaria torinese, «approssimativo e superficiale» rivelando che la società era solida quando invece l'assenza di *rating* – peraltro prospettato come esistente – era senz'altro un indice di allarme in merito alla solvibilità dell'emittente. Il titolo su cui cadde la scelta del cliente era ad elevato rischio e non di medio rischio come riferito dall'impiegata e di ciò doveva essere informato l'investitore. L'intermediario avreb-

<sup>25</sup> Sentenza del Tribunale di Torino del 12 aprile 2006, in *Giur. it.*, 2006, c. 1630 ss., con nota di G. COTTINO.

be dovuto spiegare che si trattava di obbligazioni riservate, nel mercato primario, agli investitori professionali e che, quindi, la società emittente non si era preventivamente rivolta alla Consob, non aveva sottoposto – all’atto dell’emissione – i propri bilanci al vaglio di una società di revisione, non aveva compilato il prospetto informativo; l’intermediario avrebbe inoltre dovuto dichiarare che non erano state attivate le procedure per la valutazione del *rating* della società emittente. Solo se fossero state fornite queste informazioni si sarebbe potuto affermare che il cliente aveva acquisito un consapevole grado di conoscenza dello strumento finanziario che andava ad acquistare.

Si prenda come altro esempio una sentenza, sempre del Tribunale di Torino, del novembre 2005<sup>26</sup>. Gli strumenti finanziari erano privi di *rating*, erano negoziati fuori dei mercati regolamentati ed erano, dunque, particolarmente rischiosi. L’intermediario avrebbe quindi dovuto quantomeno procurarsi una conoscenza approfondita degli stessi. La banca non fornì invece adeguate informazioni sulla rischiosità e sulle implicazioni dell’operazione.

Il Tribunale di Pinerolo, nell’ottobre 2005, ha ritenuto che il comportamento della banca avesse assunto, nel caso di specie, le connotazioni del dolo, sia per avere fornito informazioni inesatte, sia per avere taciuto informazioni che – se fornite – avrebbero indotto i clienti a maggior cautela<sup>27</sup>. Si trattava di un caso di vendita di obbligazioni argentine. L’impiegata dalla banca convenuta dichiarò, nel corso del processo, di avere parlato ai clienti del FMI quale «organo di garanzia a tutela dei *bond* emessi da Stati esteri». L’impiegata affermò che «il FMI sarebbe intervenuto qualora fosse successo l’irreparabile». Lo scopo per il quale era stato menzionato il FMI era quello di vincere la resistenza dei risparmiatori e convincerli ad acquistare il prodotto. Ad indurre gli attori all’acquisto delle obbligazioni furono anche le generiche e imprecise affermazioni intese a far credere all’inveritiera prospettiva di recuperabilità del capitale, asseritamente garantito dal FMI. L’impiegata della banca aveva riferito la sicurezza delle obbligazioni all’impossibilità per uno Stato di fallire. La banca non aveva inoltre fornito alcuna indicazione circa il *rating* accordato alle obbligazioni argentine dalle maggiori agenzie. Secondo il Tribunale di Pinerolo il *rating* costituisce un’informazione, se non determinante, quanto meno indicativa del tipo di investimento che si è in procinto di effettuare e la sua mancata comunicazione rappresenta la violazione dei più elementari obblighi informativi. Il peggioramento del *rating*, ove comunicato, avrebbe consentito al cliente una scelta più consapevole. La banca non aveva fornito adeguate informazioni circa il rischio dell’investimento legato al Pae-

<sup>26</sup> Sentenza del Tribunale di Torino del 7 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, c. 526 ss., con nota di G. COTTINO.

<sup>27</sup> Sentenza del Tribunale di Pinerolo del 14 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, c. 525 ss., con nota di G. COTTINO.

se, estero ed emergente, e relativamente all'assunto che maggiore era il tasso di interesse maggiore era l'aleatorietà dell'operazione.

Infine è utile prendere conoscenza dei contenuti di una sentenza del Tribunale di Rimini del maggio 2005<sup>28</sup>. Secondo questa autorità giudiziaria la banca convenuta non aveva adempiuto l'obbligo d'informarsi adeguatamente in ordine alla tipologia e alle caratteristiche essenziali del titolo, violando il bisogno di protezione dei clienti, investitori non professionali. Nel caso di specie la banca, all'epoca della stipula del contratto, non possedeva l'*offering circular*, unico documento contenente le informazioni essenziali sui prestiti obbligazionari. La mancata acquisizione dell'*offering circular* determinò una carenza di informazioni su punti determinanti nella scelta dell'investimento. Nell'*offering circular* erano contenuti numerosi avvertimenti ed era, in particolare, espressamente rappresentata l'aleatorietà dell'investimento. In questo documento si faceva presente che non poteva esservi sicurezza che in futuro il gruppo Cirio avrebbe generato dalla gestione operativa flussi di cassa sufficienti a pagare i propri debiti e ad effettuare investimenti. Secondo il Tribunale di Rimini, la mancata acquisizione di detti strumenti informativi configura violazione del dovere d'informarsi (art. 26 regolamento intermediari) e, conseguentemente, d'informare adeguatamente il cliente (art. 28 regolamento intermediari). Nel corso del processo un teste aveva ammesso di avere fornito una consulenza incidentale agli attori orientandoli all'acquisto del titolo Cirio, da lui definito «vantaggioso e sufficientemente sicuro» sulla base delle (peraltro incomplete) informazioni a sua disposizione.

Tornando all'esame della recente normativa comunitaria, vale osservare come i successivi paragrafi dell'art. 27 della direttiva n. 2006/73 regolino in grande dettaglio le caratteristiche che l'informazione deve avere in certi particolari contesti. La tecnica utilizzata dal legislatore comunitario è quella di prevedere categorie di informazioni e di stabilire che ciascuna di esse debba rispettare certe condizioni affinché l'informazione possa essere considerata «corretta», «chiara» e «non fuorviante». Non è qui possibile soffermarsi in dettaglio su tutte le possibili categorie di informazioni e sulle condizioni cui esse sono soggette. A titolo di esempio si rifletta sull'art. 27, par. 3, della direttiva n. 2006/73, il quale concerne il meccanismo del confronto fra servizi di investimento, strumenti finanziari o persone che prestano servizi di investimento. Il legislatore comunitario consente il raffronto, ma solo a certe condizioni: deve essere presentato in modo corretto ed equilibrato, le fonti d'informazione devono essere specificate e i fatti utilizzati devono essere indicati. È evidente qui di nuovo il timore del legislatore comunitario che certi meccanismi d'informazione (nel caso in esame il «raffronto») possano indurre il cliente in errore. Da un lato è cer-

<sup>28</sup> Sentenza del Tribunale di Rimini dell'11 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, c. 522 ss., con nota di G. COTTINO.

tamente positivo per lo sviluppo della concorrenza che si possano effettuare confronti fra le prestazioni, dall'altro lato bisogna assicurare che il raffronto non sia occasione per confondere l'investitore.

Curiosa è la clausola di chiusura dell'art. 27 della direttiva n. 2006/73, secondo la quale le informazioni non devono utilizzare il nome di autorità creando l'impressione che tali autorità approvino i servizi dell'impresa di investimento. In effetti il riferimento ad un'autorità di vigilanza potrebbe creare un falso affidamento nel pubblico. I risparmiatori potrebbero cioè essere indotti a pensare che tale autorità sia in qualche modo garante della bontà dell'investimento.

### **3. Il flusso informativo dall'impresa di investimento al cliente**

L'art. 19, par. 3, della direttiva n. 2004/39 prevede che ai clienti o potenziali clienti debbano venire fornite, in forma comprensibile, informazioni appropriate sull'impresa di investimento e i relativi servizi, sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte (comprese le avvertenze sui rischi) nonché sui costi e gli oneri connessi. La disposizione si premura d'indicare la finalità di queste informazioni: devono essere fornite affinché i risparmiatori possano comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che vengono loro proposti nonché i rischi ad essi connessi. Il fine ultimo è che i clienti prendano decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa.

Questa disposizione impone un flusso informativo dall'impresa di investimento ai clienti. All'intermediario spetta informare adeguatamente l'investitore. È frequente che banca e risparmiatore dispongano di un patrimonio informativo diverso. L'intermediario è un soggetto che svolge professionalmente attività finanziaria, mentre l'investitore può essere una persona che non conosce il funzionamento dei mercati mobiliari. Il legislatore ritiene che questa asimmetria informativa debba essere ridotta a vantaggio del cliente. Il legislatore impone in particolare di orientare e di avvertire i clienti sui rischi associati agli investimenti. Di grande importanza pratica è anche l'obbligo d'informativa sui costi e sugli oneri connessi all'attività di investimento.

La direttiva n. 2006/73 detta disposizioni di attuazione anche dell'art. 19, par. 3, della direttiva n. 2004/39 appena illustrato. L'art. 28 della direttiva n. 2006/73, in particolare, riguarda la classificazione dei clienti. Spetta agli Stati membri assicurare che le imprese di investimento notificino a tutti i clienti (sia i nuovi clienti sia quelli già esistenti) che l'impresa di investimento ha provveduto alla loro classificazione in qualità di cliente al dettaglio, cliente professionale o controparte qualificata (art. 28, par. 1, della direttiva n. 2006/73). Da questa disposizione si comprende come il contenuto del dovere



d'informare dell'impresa di investimento dipenda dalle caratteristiche dei clienti. Il primo passo che gli intermediari finanziari devono fare è quello di dividere i clienti in tre categorie. Più il cliente è inesperto, più ha bisogno di informazioni. Il grado di tutela del cliente al dettaglio è maggiore di quello del cliente professionale, il quale – a sua volta – è maggiore di quello di cui usufruiscono le controparti qualificate. Inoltre, la disciplina comunitaria prevede che gli Stati membri debbano assicurare che le imprese di investimento informino i clienti, su un supporto durevole, circa l'eventuale diritto a richiedere una diversa classificazione. Ancora più importante è la specificazione che gli intermediari devono indicare gli eventuali limiti che derivano, sotto il profilo della tutela, da una certa classificazione rispetto ad un'altra (art. 28, par. 2, della direttiva n. 2006/73). Gli intermediari potrebbero avere interesse a classificare come clienti professionali soggetti che, in realtà, sono clienti al dettaglio. In questo modo la tutela di cui disporrebbero questi risparmiatori diminuirebbe. Il legislatore comunitario è consapevole che si possono verificare abusi del genere e, per questa ragione, prevede il diritto del cliente di chiedere una diversa classificazione.

Anche l'art. 29 della direttiva n. 2006/73 costituisce attuazione dell'art. 19, par. 3, della direttiva n. 2004/39. La disposizione, rubricata «obblighi generali di informazione nei confronti dei clienti», regola in sostanza la tempistica con cui le imprese di investimento sono tenute a informare i clienti. Alcune informazioni devono essere date prima che il contratto venga concluso oppure prima che i servizi di investimento vengano prestati. Una volta difatti che il contratto è stato concluso oppure il servizio è stato prestato, l'informazione rischia di essere inutile. Il legislatore comunitario prevede che gli Stati membri prescrivano alle imprese di investimento di fornire al cliente in tempo utile, prima che il cliente sia vincolato da qualsiasi accordo, una serie d'informazioni (art. 29, par. 1-3, della direttiva n. 2006/73). Ai clienti al dettaglio vanno fornite più informazioni di quelle che devono essere fornite ai clienti professionali.

La direttiva n. 2006/73 appare innovativa con riferimento alle modalità con le quali possono essere fornite le informazioni. Al riguardo si stabilisce che le informazioni di cui all'art. 29, par. 1-3, vengano fornite su un supporto durevole o tramite un sito *internet*, dovendosi comunque soddisfare le condizioni di cui all'art. 3, par. 2 (art. 29, par. 4, della direttiva n. 2006/73). Il legislatore comunitario prevede che, quando l'impresa di investimento fornisce informazioni a un cliente tramite un sito *internet*, gli Stati membri debbano assicurare il soddisfacimento di alcune condizioni. La prima di esse è che la prestazione delle informazioni su tale supporto deve essere appropriata in relazione al contesto in cui si svolge il rapporto d'affari fra l'impresa e il cliente. Ciò, tuttavia, non basta perché il legislatore comunitario impone altresì che il cliente acconsenta espressamente alla prestazione delle informazioni in tale forma. Correda questi precetti l'obbligo per le imprese di investimento di co-

municare al cliente l'indirizzo del sito *internet* e il punto del sito in cui si può avere accesso all'informazione. Si specifica inoltre che le informazioni devono essere aggiornate e continuamente accessibili tramite il sito (art. 3, par. 2, della direttiva n. 2006/73).

L'art. 29, par. 5, della direttiva n. 2006/73 prevede alcuni casi in cui, in via eccezionale, le informazioni possono essere fornite dopo che il cliente è vincolato da contratto e dopo l'inizio della prestazione del servizio.

Altra disposizione della direttiva n. 2006/73 la cui importanza pratica non va sottovalutata è quella prevista dall'art. 29, par. 6. Questa norma impone agli Stati membri di assicurare che le imprese di investimento notifichino tempestivamente al cliente qualsiasi modifica rilevante delle informazioni fornite. In materia di investimenti il problema dell'aggiornamento delle informazioni è, in genere, di centrale rilevanza. Si pensi per esempio, in caso di emissione di obbligazioni, al *rating* dell'emittente. Se il *rating* peggiora, il rischio di perdite per l'investitore aumenta. La circostanza è importante per il risparmiatore perché questi, se adeguatamente informato, potrebbe decidere – in considerazione dell'accresciuto rischio – di disinvestire.

#### **4. Le categorie d'informazioni da fornire ai clienti**

Le informazioni da fornire ai clienti sono disciplinate nei successivi articoli della direttiva n. 2006/73: «informazioni sull'impresa di investimento e i suoi servizi destinate ai clienti al dettaglio e ai potenziali clienti al dettaglio» (art. 30), «informazioni sugli strumenti finanziari» (art. 31), «requisiti di informazione concernenti la salvaguardia degli strumenti finanziari o dei fondi della clientela» (art. 32), «informazioni sui costi e sugli oneri connessi» (art. 33).

Con l'art. 30 della direttiva n. 2006/73 il legislatore comunitario impone agli Stati membri di prescrivere alle imprese di investimento di fornire ai clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio certe informazioni generali. Inoltre la normativa europea prevede che gli Stati membri prescrivano che, quando le imprese di investimento propongono di fornire servizi di gestione del portafoglio ad un cliente (o potenziale cliente) al dettaglio, forniscano al cliente – in aggiunta – una serie di altre informazioni.

Diverrà probabilmente di grande rilevanza pratica quanto previsto dall'art. 31 direttiva n. 2006/73, relativo alle «informazioni sugli strumenti finanziari». Le imprese di investimento svolgono un'attività rischiosa, trattando un bene – come gli strumenti finanziari – il cui valore può subire delle variazioni (anche consistenti) con il passare del tempo. I titoli compravenduti possono presentare caratteristiche del tutto particolari e diverse rispetto alle caratteristiche di altri strumenti finanziari. L'investitore deve essere consapevole quantomeno degli elementi essenziali che caratterizzano i titoli che compra

e dei rischi loro connessi. Al fine di realizzare questi obiettivi la nuova normativa comunitaria prevede che gli Stati membri prescrivano alle imprese di investimento di fornire ai clienti una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari. Questa informativa deve tenere conto, fra le altre cose, della classificazione del cliente come cliente al dettaglio oppure professionale. Tale descrizione non può esimersi dallo spiegare i rischi propri dello strumento finanziario interessato, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate.

Nel contesto delle informazioni sugli strumenti finanziari gioca un ruolo importante l'informativa sui rischi. La giurisprudenza edita sui casi *Argentina*, *Cirio* e *Parmalat* mostra come le imprese di investimento si siano frequentemente rese responsabili proprio per la violazione di obblighi informativi concernenti i rischi. Al riguardo la nuova normativa comunitaria prevede che la descrizione dei rischi includa, laddove pertinente per il tipo specifico di strumento interessato e lo *status* e il livello di conoscenza del cliente, diversi elementi. Innanzitutto, occorre segnalare i rischi connessi al tipo di strumento finanziario coinvolto, compresa una spiegazione dell'effetto leva, nonché il rischio di perdita totale dell'investimento. Poi andrà indicata la volatilità del prezzo di tali strumenti. Infine le imprese di investimento devono spiegare che sussiste il rischio che l'investitore debba assumersi impegni finanziari che vanno oltre al costo di acquisizione degli strumenti.

L'art. 31 della direttiva n. 2006/73 esprime principi che parte della giurisprudenza italiana ha già avuto modo di applicare negli ultimi anni. È utile, per esempio, prendere conoscenza di quanto statuito dal Tribunale di Parma nell'ottobre 2005<sup>29</sup>. Questa autorità giudiziaria ha stabilito che il cliente deve essere informato sulle specifiche caratteristiche del prodotto e del servizio finanziario acquistato. I clienti avevano comprato obbligazioni Cirio, ma non erano stati informati di diverse circostanze sintomatiche della rischiosità delle obbligazioni. Si trattava difatti di strumenti finanziari emessi senza *rating*, mancava il prospetto informativo, i titoli non potevano essere collocati sul mercato in quanto destinati ad investitori istituzionali, erano stati emessi da società estere. Il Tribunale di Brindisi, nel giugno 2005, ha ritenuto che la banca avesse violato primari doveri d'informazione, avendo taciuto al cliente circostanze decisive nell'economia del contratto<sup>30</sup>. Al risparmiatore erano state sottaciute informazioni relative a: 1. la natura giuridica della società emittente le azioni, il suo volume di affari, il suo capitale sociale, se esso fosse stato o meno interamente versato; 2. gli eventuali rapporti di collegamento e/o

<sup>29</sup> Sentenza del Tribunale di Parma del 21 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, c. 1153 s., con nota di A. TENCATI.

<sup>30</sup> Sentenza del Tribunale di Brindisi del 21 giugno 2005, in *I Contratti*, 2006, p. 884 ss., con nota di V. VELLUZZI.

partecipazione societaria; 3. la redditività media dei titoli negoziati. Secondo il Tribunale di Brindisi queste informazioni avrebbero consentito al cliente una piena consapevolezza delle caratteristiche degli strumenti finanziari che si accingeva ad acquistare. Si consideri infine una sentenza del Tribunale di Roma dell'ottobre 2004<sup>31</sup>. Questa autorità giudiziaria ha affermato che sussiste a carico degli intermediari e nell'interesse degli investitori un obbligo di conoscenza, che è più della semplice informazione, sui prodotti da essi offerti, conoscenza che si estende alla loro provenienza, alla situazione degli stessi nei mercati, alla loro destinazione fra il pubblico dei consumatori. Si tratta di conoscenza che l'investitore risparmiatore, per esperienza, per cultura e per diverso campo lavorativo non potrà mai acquisire, pervenendo ad un giudizio completo sulla operazione finanziaria che si appresta a sottoscrivere. Nel caso di specie, i funzionari avevano valutato positivamente l'investimento (si trattava dell'acquisto di obbligazioni Cirio), ma questa valutazione non era conforme alla realtà dei fatti. Dall'*offering circular* risultava difatti che non vi era nessuna garanzia che Cirio potesse produrre flussi di cassa sufficienti a soddisfare il suo debito e a consentirle di effettuare i necessari investimenti.

L'art. 32 della direttiva n. 2006/73 concerne un aspetto molto particolare, ossia i «requisiti di informazione concernenti la salvaguardia degli strumenti finanziari o dei fondi della clientela», sul quale non ci si può qui soffermare.

Per concludere questo commento a prima lettura degli obblighi informativi imposti alle imprese di investimento dalla nuova normativa comunitaria, occorre rilevare che potrebbe apparire poco importante quanto previsto dall'art. 33 della direttiva n. 2006/73 che impone certe «informazioni sui costi e sugli oneri connessi». Si tratta, in realtà, di una disposizione di grande rilievo pratico. Occorre difatti tenere presente che gli intermediari finanziari guadagnano grazie ai costi che vengono imposti ai clienti. Per i risparmiatori è, conseguentemente, di decisiva importanza sapere quanto costerà avvalersi di un'impresa di investimento. Il guadagno reale che un certo investimento finanziario può garantire si riduce in proporzione ai costi dell'intermediazione. Il legislatore comunitario esige che i clienti siano bene informati anche su questo aspetto.

**Valerio Sangiovanni**

<sup>31</sup> Sentenza del Tribunale di Roma dell'8 ottobre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 699 ss., con nota di L. PICARDI.

# DOCUMENTAZIONE

---

## CENTRI DI ACCOGLIENZA E CENTRI DI TRATTENIMENTO TEMPORANEO PER GLI IMMIGRATI IRREGOLARI

### Rapporto della Commissione Staffan De Mistura sulla condizione attuale dei Centri di accoglienza e dei Centri di trattenimento temporaneo per i migranti irregolari sul territorio italiano<sup>1</sup>

#### 1. Presentazione del lavoro della Commissione

##### *Premessa*

Il Sistema dei Centri di accoglienza e dei Centri di trattenimento per cittadini extra comunitari irregolarmente presenti sul territorio nazionale è frutto di un'evoluzione complessa e travagliata.

Si tratta di un'evoluzione, normativa ed organizzativa, che ha già attraversato due legislature, ma che non ha ancora portato ad un assetto ampiamente condiviso nel Paese, né risultati soddisfacenti.

E questo anche in ragione delle implicazioni che hanno ispirato dapprima l'introduzione di tali strutture nel nostro ordinamento e, con l'andare del tempo, la diversa interpretazione della loro funzione e la loro utilità rispetto al fenomeno generale dell'immigrazione.

Il Ministro dell'Interno nel costituire la Commissione ha voluto marcare una scelta precisa in materia, al fine di voler superare i limiti di un confronto che spesso ha assunto i toni poco produttivi delle "barriere contrapposte": con le posizioni

<sup>1</sup> Il Rapporto della Commissione De Mistura è stato presentato al Ministero dell'interno il 31 gennaio 2007. La composizione della Commissione De Mistura, istituita il 6 luglio 2006, è la seguente: Presidente Staffan De Mistura, Pasquale Piscitelli (Direttore Centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere), Nicola Prete (Direttore Centrale dei Servizi Civili per l'immigrazione e l'asilo), Luca Pacini (Responsabile dell'Ufficio immigrazione e diritto d'asilo presso l'Anci), Le Quyen Ngo Dinh (Caritas italiana), Gianfranco Schiavone (Associazione studi giuridici per l'immigrazione), Annemarie Von Hammerstein Gesmold ved. Dupré (Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia), Filippo Miraglia (Arci), Giuseppe Gulia (Acli), Christopher Hein (Cir), Maurizio Falco (Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione).

Il testo integrale del Rapporto, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/1/2007131181826.pdf> (n.d.r.).

In argomento v. *infra*, p. 383 ss., il commento di FEDERICA MORRONE.

estreme di chi guarda ai Centri come ad un elemento unico ed indispensabile per arginare e regolare l'ingresso indiscriminato di stranieri nel nostro territorio, e chi, invece, li ritiene privi di qualsiasi utilità e vorrebbe vederli aboliti subito.

All'interno di questo dibattito, si collocano poi anche le differenti analisi formulate dall'esperienza degli Enti territoriali e dall'Associazionismo di settore, impegnati da anni e con professionalità nel campo della gestione dell'accoglienza, della assistenza, della mediazione culturale e dell'integrazione sociale.

Sono tutte queste, testimonianze del forte coinvolgimento di una società civile che vuole partecipare attivamente alla discussione e farsi carico della propria fetta di problema, per contribuire alla costruzione di un più efficace sistema di gestione del fenomeno immigrazione. Obiettivo questo che trova quasi tutti d'accordo.

#### *L'obiettivo della Commissione*

È noto l'impegno con cui vari Governi si sono confrontati su questo nodo cruciale della politica dell'immigrazione.

All'inizio di questa legislatura il fatto di affidare ad una Commissione *ad hoc* l'incarico di «procedere anche attraverso appositi sopralluoghi, ad un'indagine conoscitiva sulle condizioni di sicurezza e di situazione della vivibilità di tutte le strutture destinate al trattenimento temporaneo ed all'assistenza degli immigrati irregolari, nonché all'ospitalità dei richiedenti asilo, tenute ad assicurare la tutela della dignità della persona e il rispetto dei diritti fondamentali», è stato proprio per favorire la «formulazione di proposte e suggerimenti sulle possibili strategie future», basate sulla concretezza dei fatti e sulla conoscenza diretta delle attuali risposte del sistema, nella consapevolezza generale che l'attuale sistema si è rivelato né sufficiente né efficace.

L'idea di fondo è stata dunque quella di "andare a vedere" sul campo e nella massima trasparenza il meccanismo oggi in funzione, cercando di seguire un ordine logico che immaginasse il percorso tipo dell'immigrato (l'indagine è partita con la prima tornata di visite al Centro di Accoglienza di Lampedusa ed ai Centri di Identificazione e di Permanenza Temporanea di Crotona quali frontiere di primo impatto per l'immigrato) e di concludere i lavori entro 31 dicembre 2006.

## **2. Contesto generale (Omissis)**

2.1 *Immigrazione: i dati dell'irregolarità (Omissis)*

2.2 *Legislazione italiana: la normativa sui CPTA in sintesi (Omissis)*

2.3 *Centri e tipologia: analisi sintetica (Omissis)*

## **3. Analisi dei dati raccolti (Omissis)**

3.1 *Il Questionario (Omissis)*

## **4. Criticità del sistema attuale (Omissis)**

4.1 *Espulsione e Trattenimento nei CPTA (Omissis)*

4.2 *Respingimento (Omissis)*

4.3 *Trattenimento nei CID (Omissis)*

4.4 *La realtà dei CPA (Omissis)*

4.5 *Gruppi vulnerabili (Omissis)*

**5. Conclusioni: Le proposte della Commissione (Omissis)**

- 5.1 *Linee guida per le proposte (Omissis)*
- 5.2 *CPTA: "superamento" attraverso "svuotamento" (Omissis)*
- 5.3 *Riforma del sistema: proposte di modifica alla normativa vigente (Omissis)*
- 5.4 *Categoria residuale: immigrati non identificati e che resistono all'identificazione (Omissis)*
- 5.5 *Diritti e doveri del trattenuto (Omissis)*
- 5.6 *Respingimento (Omissis)*

**6. Le proposte della Commissione per un'evoluzione dei CPA (Omissis)****7. Le proposte della Commissione per l'asilo: superamento dei CID e introduzione di un "Sistema nazionale" unico di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati (Omissis)****8. Gestione CPTA, CPA e CID (Omissis)****9. Proposte per la trasparenza dei centri (Omissis)**

- 9.1 *Accesso ai centri per enti e associazioni, enti locali e stampa (Omissis)*

**Documento di sintesi (Omissis)****Conclusioni (Omissis)****Allegato1 - Il Questionario (Omissis)****Allegato2 - Elaborazione dati (Omissis)****Reference**

- 1. Decreto istitutivo della Commissione (2 persone invitate non hanno potuto partecipare ai lavori della Commissione: Daniela Pompei e Gianni Amelio) (Omissis)
- 2. Giurisprudenza della Corte costituzionale (Omissis)
- 3. Schede delle visite ai centri effettuate (Omissis)
- 4. Questionari ricevuti dalla Commissione (Omissis)
- 5. Tabella «Tempi di trattenimento nei Centri per espellendi» nei vari Stati europei (Omissis)
- 6. Foto (Omissis)





**LE PROPOSTE DELLA "COMMISSIONE DE MISTURA"  
SULLA CONDIZIONE DEI CENTRI DI TRATTENIMENTO TEMPORANEO  
E LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL DISEGNO DI LEGGE DELEGA  
SULLE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA SULL'IMMIGRAZIONE**

Nel gennaio 2007 è stato presentato il rapporto della speciale Commissione di indagine<sup>1</sup> presieduta dal rappresentante del Segretario generale delle Nazioni Unite Staffan De Mistura sull'attuale condizione dei centri di trattamento temporaneo per i migranti irregolari sul territorio italiano. Le raccomandazioni e proposte in esso contenute basate sui risultati di un'indagine conoscitiva<sup>2</sup> mirano, per un verso, al superamento dei «Centri d'identificazione» (CID) in favore di un sistema unico di accoglienza per i richiedenti asilo e i rifugiati attraverso la graduale sostituzione ed il riutilizzo delle strutture già esistenti come strutture di prima accoglienza; e, per altro verso, ad una riorganizzazione dei «Centri di permanenza temporanea ed assistenza» (d'ora in avanti: CPTA) in vista di una loro graduale soppressione.

Tali proposte hanno solo in parte trovato accoglimento nel disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 24 aprile concernente le modifiche alla normativa italiana in materia di immigrazione<sup>3</sup>, e di cui si tenterà di illustrare la filosofia ispiratrice. In particolare, le raccomandazioni relative ai CID sono state sostanzialmente accantonate, mentre risultano solo parzialmente accolte quelle riguardo i CPTA. La normativa interna, peraltro, si segnala anche per altri profili che però non sarà possibile esaminare in questa sede<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L'organo, creato nel luglio del 2006, era composto da tecnici del Ministero degli Interni, da rappresentanti di alcune associazioni (Caritas italiana, Associazione studi giuridici per l'immigrazione, Arci, Acli, Cir e ANCI).

<sup>2</sup> La Commissione ministeriale ha anzitutto intervistato gli enti gestori dei centri, le autorità coinvolte (prefetti, questori, forze di polizia), i rappresentanti degli Enti territoriali, le delegazioni delle associazioni di volontariato, nonché rappresentanti di varie organizzazioni non governative ed internazionali; successivamente, l'organo ha proceduto alla raccolta dei dati attraverso la distribuzione di un questionario presso i centri dislocati nelle varie parti del Paese. Consultabile sul sito ufficiale del Ministero dell'Interno alla pagina <http://www.interno.it/assets/files/1/2007131181826.pdf>.

<sup>3</sup> Il testo di legge delega è consultabile sul sito ufficiale del Ministero degli Interni [www.interno.it](http://www.interno.it).

<sup>4</sup> In particolare, meritano di essere segnalate le disposizioni relative: al riconoscimento del diritto all'elettorato attivo e passivo per le elezioni amministrative agli stranieri titolari del permesso

Il problema dei flussi di immigrati irregolari in costante aumento è stato affrontato dalla Commissione nell'ottica di limitare l'accesso al territorio dello Stato perfezionando il funzionamento delle strutture di assistenza a tali soggetti: a fronte della necessità di predisporre meccanismi che incentivino gli ingressi regolari, il disegno di legge sembra accogliere le proposte della Commissione in ordine ad una programmazione dei flussi che tenga conto delle esigenze di flessibilità del mercato del lavoro e ad un sistema di garanzie economiche per lo straniero da parte di *sponsor* pubblici o privati idonee a consentire l'ingresso regolare sul territorio dello Stato di questi soggetti.

Quanto al primo aspetto, occorre rilevare che il testo normativo in esame intende rivedere l'attuale meccanismo di determinazione dei flussi di ingresso prevedendo una programmazione triennale delle quote massime di cittadini stranieri da ammettere sul territorio nazionale suscettibile di un adeguamento annuale in risposta alle esigenze del mercato del lavoro (art. 1, n. 1, lett. *a.1*). Al fine di favorire il graduale incontro tra domanda ed offerta di lavoro<sup>5</sup>, il testo prevede, inoltre, l'istituzione di liste organizzate in base alle singole nazionalità secondo un criterio cronologico, cui potranno iscriversi i lavoratori stranieri che intendano fare ingresso in Italia per lavoro (art. 1, n. 1, lett. *a.5*)<sup>6</sup>.

Tra le misure volte a favorire l'immigrazione regolare, merita di essere segnalata la reintroduzione<sup>7</sup> nell'ordinamento italiano del sistema di "sponsorizzazione" che favorirebbe l'ingresso di stranieri alla ricerca di lavoro mediante forme di garanzia patrimoniale a carico di enti pubblici e privati (art. 1, n. 1, lett. *a.9*), o degli stessi soggetti interessati che siano in possesso di adeguate risorse finanziarie (art. 1, n. 1, lett. *a.11*).

di soggiorno CE per residenti di lungo periodo in conformità al cap. C della Convenzione di Strasburgo sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale del 1992 (art. 1, n. 1, lett. *e*. del disegno di legge); all'inserimento civile e sociale dei minori mediante modalità più flessibili di concessione dei permessi di soggiorno (lett. *i.*); ad una adeguata tutela delle vittime di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, delle vittime di tratta, delle vittime di violenza o grave sfruttamento (lett. *q.*).

<sup>5</sup> A riguardo il disegno di legge delega prevede: la semplificazione delle procedure per il rilascio del permesso di soggiorno e del suo rinnovo, eliminando il c.d. contratto di soggiorno; l'allungamento dei termini di validità iniziali dei permessi di soggiorno non stagionali, la cui durata è raddoppiata in sede di rinnovo; la previsione di misure idonee ad assicurare la continuità degli effetti del soggiorno regolare nelle more del rinnovo del permesso di soggiorno; l'estensione del periodo di validità del permesso di soggiorno per attesa occupazione, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, ad un anno (art. 1, n. 1, lett. *d.*).

<sup>6</sup> La procedura di iscrizione alle liste verrà definita tenendo conto del livello di conoscenza della lingua italiana, dei titoli e della qualifica professionale posseduta, dell'eventuale frequenza di corsi di istruzione e di formazione professionale nei Paesi di origine, nell'ambito dei quali sia garantita la diffusione dei valori a cui si ispira la Costituzione italiana e dei principi su cui si basa la convivenza della comunità nazionale (art. 1, n. 1, lett. *a.7*).

<sup>7</sup> Si tratta, infatti, di un meccanismo già previsto nel testo originario della legge n. 40 del 6 marzo 1998, «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (c.d. legge «Turco-Napolitano»). L'art. 21 riconosce al cittadino italiano o straniero regolarmente soggiornante, alle regioni, agli enti locali, alle associazioni professionali e sindacali, agli enti e alle associazioni di volontariato operanti nel settore dell'immigrazione la facoltà di offrirsi come garante dell'ingresso di uno straniero per consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro.

Di grande interesse sono le proposte della Commissione miranti ad attenuare le conseguenze negative per gli individui irregolari trattenuti nei centri in attesa di un loro allontanamento definitivo conseguente ad un provvedimento di espulsione. L'organo ministeriale ritiene che l'attuale sistema debba essere profondamente modificato mediante una graduale diversificazione delle procedure di espulsione in funzione delle differenti categorie di soggetti (stranieri già identificati, *overstayer* o irregolari di ritorno, ex-detenuti, persone bisognose di protezione sociale, richiedenti asilo) che impedisca il sovrappollamento di tali strutture e ne faciliti la riorganizzazione<sup>8</sup>.

A riguardo, il testo del disegno di legge delega da un lato suggerisce una revisione delle modalità di allontanamento<sup>9</sup> in base alla natura e alla gravità delle violazioni commesse ovvero al grado di pericolosità dello straniero espulso per motivi di ordine pubblico e di sicurezza nazionale (art. 1, n. 1, lett. g.5), dall'altro propone una riorganizzazione strutturale dei CPTA che tenga conto delle posizioni individuali dei singoli soggetti trattenuti<sup>10</sup>.

Inoltre, il testo normativo in esame, accogliendo l'orientamento della Commissione De Mistura, prevede il superamento dell'attuale sistema dei centri di trattenimento temporaneo attraverso la promozione e la valorizzazione della loro funzione di accoglienza, di soccorso e di tutela dell'unità familiare con particolare attenzione alla protezione dei minori e alla identificazione degli stranieri presenti irregolarmente sul territorio nazionale e privi di mezzi di sostentamento (art. 1, n. 1, lett. h).

Infine, nell'intento di snellire ulteriormente l'attuale sistema di trattenimento amministrativo, il disegno di legge delega, ispirandosi ancora una volta al rapporto della Commissione De Mistura, prevede l'istituzione di «programmi di rimpatrio volontario ed assistito» finanziati da un «Fondo nazionale rimpatri» e volti ad agevolare il rientro dei migranti espulsi o semplicemente di coloro i quali non dispongono di risorse economiche sufficienti a consentire il loro ritorno nel Paese di origine o di provenienza (art. 1, n. 1, lett. g.1).

<sup>8</sup> Le proposte dell'organo ministeriale, difatti, suggeriscono da un lato il "superamento" dei CPTA attraverso il loro graduale svuotamento, prevedendo per talune categorie di soggetti soluzioni alternative al trattenimento; e dall'altro il perfezionamento degli *standard* minimi in relazione all'assistenza sanitaria, all'orientamento e all'assistenza legale, sociale e psicologica, nonché al numero di mediatori ed interpreti, ed al percorso formativo e ricreativo.

<sup>9</sup> In materia di espulsione, le competenze giurisdizionali vengono attribuite nuovamente al giudice ordinario in composizione monocratica (art. 1, n. 1, lett. g.6).

<sup>10</sup> In particolare, il disegno di legge prevede: misure di sicurezza strettamente limitate e proporzionate per gli stranieri già identificati o anche non identificati per ragioni a loro non imputabili; l'introduzione di procedure amministrative per l'identificazione di stranieri detenuti finalizzate ad evitare il loro successivo trattenimento; strutture destinate esclusivamente al trattenimento degli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione che si sono sottratti all'identificazione (con congrua riduzione del periodo di permanenza), o di coloro i quali siano stati identificati o che abbiano collaborato fattivamente alla loro identificazione, avverso i quali non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione con accompagnamento coattivo (art. 1, n. 1, lett. h.1 ss.).

Per concludere, in attesa del completamento dell'*iter* normativo che dovrebbe condurre alla revisione della vigente legislazione in materia di immigrazione, ci sembra di poter affermare che solo in parte le proposte avanzate dalla Commissione ministeriale abbiano ispirato in maniera significativa l'azione recente del Governo italiano in un ambito che sempre più necessita del giusto equilibrio tra interessi statali e aspirazioni individuali. Infatti, per quanto riguarda le raccomandazioni relative all'eventuale "superamento" dei CID in favore di un sistema unico di accoglienza per i richiedenti asilo e i rifugiati, sorprende constatare l'assenza di un qualunque riferimento a tale aspetto nel disegno di legge in esame. A questo proposito, è necessario domandarsi se il Governo italiano abbia volutamente tralasciato di affrontare la suddetta questione ignorando così le proposte della Commissione in ordine ad una razionalizzazione delle diverse procedure di trattenimento, o abbia semplicemente inteso inserire questo particolare aspetto, pur non richiamandolo espressamente, all'interno della più generale questione relativa alla riorganizzazione strutturale dei centri di accoglienza.

Quanto ai CPTA, nonostante l'apprezzabile tentativo di rivedere l'intera organizzazione dei centri mediante una valorizzazione della loro funzione di accoglienza e una riduzione dei tempi di permanenza dei migranti, tuttavia il testo del disegno di legge pare non affrontare in modo deciso la delicata questione della natura detentiva del trattenimento presso tali strutture. In altre parole, le raccomandazioni della Commissione ministeriale in ordine ad un inquadramento delle pratiche di trattenimento come misura residuale volta esclusivamente all'accoglienza e al soccorso dei migranti, vengono accolte solo in via di principio nel testo normativo in esame. Resta infatti da chiarire se le misure introdotte dal disegno di legge in materia costituiscano la base per una trasformazione dell'attuale sistema di trattenimento, o al contrario, non finiscano per riproporre forme velate di detenzione amministrativa.

**Federica Morrone**

## **CONSIGLIO EUROPEO**

### **Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 8-9 marzo 2007\***

La riunione è stata preceduta da una relazione del signor Hans-Gert Pöttering, nuovo Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

#### **Europa - riuscire insieme**

L'Europa beneficia attualmente di una ripresa economica e le riforme cominciano a tradursi in crescita e posti di lavoro. Occorrerebbe servirsi di questi sviluppi positivi per accelerare il ritmo di modernizzazione dell'Europa e della sua economia, aiutando così l'Unione europea a conseguire livelli più alti di prosperità, un'ulteriore creazione di occupazione e maggiore coesione sociale. L'Unione è determinata a forgiare, in un mondo globalizzato, politiche interne ed esterne ispirate ai suoi valori che vadano a beneficio dei cittadini dell'Unione.

Muovendo dai significativi progressi finora compiuti nell'attuazione degli obiettivi della strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione e al fine di far fronte alle sfide più pressanti, il Consiglio europeo chiede agli Stati membri e alle istituzioni dell'UE di proseguire nell'azione volta a:

- rafforzare il mercato interno e la competitività, creare migliori condizioni generali per l'innovazione e maggiori investimenti nella ricerca e nello sviluppo, promuovere l'occupazione di qualità e migliorare la coesione sociale;
- rin vigorire l'agenda per il miglioramento della regolamentazione al fine di creare un contesto imprenditoriale più dinamico;
- sviluppare una politica europea climatica ed energetica integrata e sostenibile.

#### **I. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione**

**1.** La strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione comincia a dare i suoi frutti. Sta contribuendo alla favorevole ripresa economica generale, come esemplificato dalle attuali previsioni economiche: tasso di crescita del 2,7% atteso nel 2007 e sviluppi positivi previsti sui mercati del lavoro con sette milioni di nuovi posti creati nel 2007/2008, con un aumento potenziale del tasso di occupazione che

\* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet [http://europa.eu.int/european\\_council/websites/index\\_it.htm](http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm) (n.d.r.).

passa da un valore di poco inferiore al 64% nel 2005 a quasi il 66% entro il 2008 e un tasso di disoccupazione in diminuzione. Gli sviluppi positivi dei settori economico, occupazionale e sociale si stanno rafforzando reciprocamente.

2. L'attuazione dei programmi nazionali di riforma degli Stati membri e del programma comunitario di Lisbona, presentato nell'autunno 2005, ha avuto un inizio promettente. Come rilevato nella relazione annuale della Commissione per il 2007, gli Stati membri stanno compiendo sforzi concreti per far avanzare le riforme benché i risultati varino a seconda dello Stato membro e dei settori d'intervento. Anche la politica di coesione contribuisce al raggiungimento degli obiettivi di Lisbona.

3. Gli Stati membri sono determinati a trarre pieno vantaggio dalla situazione economica generale in miglioramento per imprimere maggiore slancio alle riforme, potenziando così ulteriormente la competitività dell'Europa sulla scena mondiale. Al fine di corroborare questi sforzi il Consiglio europeo approva le raccomandazioni proprie a ciascun paese relative alle politiche economiche e occupazionali per gli Stati membri e la zona dell'euro, i cui Stati membri dovrebbero garantire un efficace coordinamento delle politiche. Per consentire la preparazione del prossimo ciclo triennale della strategia di Lisbona rinnovata, il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare una relazione interinale nell'autunno del 2007 in vista della proposta di orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione (2008-2011). Inoltre, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a presentare tempestivamente le relazioni nazionali sull'attuazione dei programmi nazionali di riforma.

4. Il Consiglio europeo sottolinea la rilevanza dello scambio di migliori pratiche nel contesto della sorveglianza multilaterale e esorta a una maggiore cooperazione tra i coordinatori di Lisbona. Conferma l'importanza di un più forte senso di appartenenza della società civile, delle parti sociali, delle regioni e delle autorità locali, tutti elementi chiave per la realizzazione degli obiettivi della strategia. In questo contesto occorrerebbe adoperarsi ulteriormente per migliorare la comunicazione. Il Consiglio europeo sottolinea la conclusione del vertice sociale trilaterale dell'8 marzo 2007 riguardo al ruolo fondamentale delle parti sociali e alla necessità del loro continuo e attivo contributo al raggiungimento degli obiettivi di Lisbona.

*Politica economica e finanziaria orientata verso la crescita e la stabilità (Omissis)*

*Rafforzare il mercato interno e la competitività dell'Europa (Omissis)*

*Rafforzare innovazione, ricerca e istruzione (Omissis)*

*Promuovere l'occupazione, modernizzare e rafforzare il modello sociale europeo (Omissis)*

## **II. Miglioramento della regolamentazione**

21. Il miglioramento della regolamentazione rimane un importante strumento che contribuisce alla politica di rafforzamento della competitività e di supporto alla crescita sostenibile e all'occupazione. Il Consiglio europeo sottolinea che nel 2006 si

sono registrati buoni progressi verso il miglioramento del contesto normativo e accoglie con favore il programma d'azione della Commissione per la riduzione degli oneri amministrativi nell'UE. Rileva che occorrono ulteriori sforzi per consolidare i risultati sinora ottenuti e servirsene come base.

**22.** Il Consiglio europeo invita la Commissione ad aggiornare regolarmente il suo *programma di semplificazione*. Esso sottolinea l'importanza di giungere a risultati concreti in questo settore pur senza compromettere gli obiettivi politici della regolamentazione e rispettando l'*acquis* comunitario, e chiede al Consiglio di prestare particolare attenzione alle proposte di semplificazione che giudica prioritarie.

**23.** Sono stati compiuti progressi sostanziali in materia di *miglioramento della legislazione*. L'analisi del sistema di valutazione d'impatto della Commissione contribuirà all'individuazione degli ulteriori miglioramenti da apportare, anche attraverso una maggiore considerazione degli aspetti pertinenti alla competitività esterna nel quadro del pilastro dell'impatto economico. Ai fini di un ulteriore miglioramento della qualità del sistema di valutazione d'impatto, il Consiglio europeo considera un passo importante la creazione da parte della Commissione del "comitato per la valutazione d'impatto". Il Consiglio europeo sottolinea la necessità che il Consiglio e il Parlamento europeo si avvalgano maggiormente delle valutazioni d'impatto. Nella primavera del 2008 il Consiglio europeo, sulla base di un riesame della Commissione, vaglierà l'opportunità di ulteriori misure, tenendo conto delle diverse opzioni, incluso un gruppo di esperti indipendenti incaricato di consigliare le istituzioni nei loro lavori per il miglioramento della regolamentazione.

**24.** Il Consiglio europeo sottolinea che la *riduzione degli oneri amministrativi* costituisce una misura importante per stimolare l'economia europea, specialmente attraverso il suo impatto sulle PMI. È necessario un forte sforzo congiunto per ridurre in maniera significativa gli oneri amministrativi all'interno dell'UE. Il Consiglio europeo concorda pertanto sulla necessità di ridurre del 25% entro il 2012 gli oneri amministrativi derivanti dalla legislazione UE. Tenendo conto delle diverse situazioni di partenza e tradizioni, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a fissare i loro obiettivi nazionali con livello di ambizione comparabile nei rispettivi ambiti di competenza entro il 2008.

**25.** Il Consiglio europeo invita di conseguenza la Commissione a varare il programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi con l'ausilio degli Stati membri, conviene che la misurazione dei costi amministrativi della legislazione comunitaria debba iniziare nei settori prioritari proposti dalla Commissione e invita il Consiglio e il Parlamento europeo ad accordare particolare priorità alle misure per un'azione immediata enunciate nel programma d'azione, una volta che la Commissione avrà presentato le corrispondenti proposte, in vista della loro adozione il più presto possibile nel 2007. Esso sostiene l'intenzione della Commissione di creare, come progetto pilota, un comitato di esperti indipendenti incaricato di assistere la Commissione e gli Stati membri nell'attuazione del programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi.

**26.** Il Consiglio europeo chiede al Consiglio di esaminare su base annuale i progressi compiuti su tutti gli aspetti del miglioramento della regolamentazione.

### III. Una politica climatica ed energetica integrata

27. Le sfide poste dai cambiamenti climatici devono essere affrontate con efficacia e con urgenza. Recenti studi in materia hanno contribuito ad accrescere la consapevolezza e la conoscenza delle conseguenze a lungo termine, incluse le conseguenze per lo sviluppo economico globale, e hanno evidenziato la necessità di un'azione decisa e immediata. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza fondamentale del raggiungimento dell'obiettivo strategico di limitare l'aumento della temperatura media globale al massimo a 2°C rispetto ai livelli preindustriali.

28. Dato che la produzione e l'impiego di energia sono le principali fonti delle emissioni di gas ad effetto serra, per realizzare tale obiettivo è necessario un approccio integrato alle politiche climatica ed energetica. L'integrazione dovrebbe essere conseguita in modo da assicurare il vicendevole sostegno tra le due componenti. Alla luce di tali considerazioni, la politica energetica per l'Europa (PEE), rispettando pienamente il mix energetico scelto dagli Stati membri e la loro sovranità sulle fonti di energia primaria e sostenuta da uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, perseguirà i tre obiettivi seguenti:

- aumentare la sicurezza dell'approvvigionamento;
- garantire la competitività delle economie europee e la disponibilità di energia a prezzi accessibili;
- promuovere la sostenibilità ambientale e lottare contro i cambiamenti climatici.

*Protezione del clima (Omissis)*

*Politica energetica (Omissis)*

*Follow-up (Omissis)*

### IV. Relazioni internazionali (Omissis)

ALLEGATO I

**Piano d'azione del Consiglio europeo (2007-2009) - Politica Energetica per l'Europa (PEE)**  
(Omissis)

ALLEGATO II

**Elenco dei documenti presentati al Consiglio europeo (Omissis)**



# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## STRATEGIA A DIFESA DEL «TOCAI FRIULANO»\*

*Signor Presidente,*

devo ringraziare gli organizzatori di questo Convegno per l'invito e per l'occasione che mi si offre di tornare a parlare del Tocai.

Dal titolo del convegno si vede che, effettivamente, ci troviamo all'ultimo atto di un dramma.

Dalle tre relazioni iniziali, ugualmente interessanti, ho ricavato la conferma che tutti concordiamo su un punto.

Nel 1993, anno di adozione di quel famoso Accordo sui vini tra la Comunità europea e l'Ungheria, lo Stato italiano ha commesso un errore monumentale. Senza usare altri termini, che qualcuno ha usato per la nostra ultima legge elettorale, si potrebbe aggiungere e precisare che, complessivamente, sono stati commessi tre errori imperdonabili: uno giuridico, uno economico e l'ultimo, più grave di tutti, di carattere politico.

L'errore giuridico riguarda il disconoscimento della nota sentenza della Corte di cassazione pronunciata nel 1962 e successivamente passata in giudicato. Mi domando come lo Stato italiano abbia potuto non tener conto della sentenza del suo massimo organo giudiziario, una sentenza, per di più passata in giudicato, che ha accertato la non confondibilità del vino Tocai friulano con il vino Tokaji ungherese legittimando la commercializzazione di entrambi.

L'errore economico riguarda la mancata esecuzione di un accordo sul reciproco riconoscimento dei nomi dei due vini. Nel 1948 è stato concluso infatti un accordo tra l'Ungheria e l'Italia, nell'ambito dell'Ufficio internazionale della vite e del vino, nel quale si riconosceva ad entrambi i vini la possibilità di essere commercializzati nel mondo intero, senza limitazione alcuna.

\* Relazione presentata al Convegno di Udine, tenutosi in data 10 marzo 2007, su: «Tocai: ultimo atto?».

Dopo quelli segnalati, lo Stato italiano è anche riuscito a commettere un errore ancor più grave, di carattere politico, quello di non opporsi alla soppressione, dal 31 marzo 2007, della denominazione «Tocai friulano» prevista nell'Accordo sui vini tra la Comunità europea e l'Ungheria del 1993, poc'anzi citato. In questo modo lo Stato italiano ha rinunciato a difendere il nome di un vino conosciuto in Italia fin dall'anno 1000!

Purtroppo, a causa di tale Accordo del 1993 non è stato più possibile considerare omonime le denominazioni dei due vini «Tocai» perché quella ungherese è stata collegata alla zona geografica di produzione del Tokaji, mentre quella italiana è rimasta collegata al solo nome del vitigno: «Tocai friulano».

Se, però, appare esclusa dall'Accordo sui vini del 1993 la possibilità di considerare omonime (e, quindi, entrambe legittime) le denominazioni dei due vini, tale possibilità viene invece consentita dal successivo Accordo TRIP's, concluso nel 1994 nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio. Secondo l'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, infatti, uno Stato aderente all'Accordo può mantenere il nome di un vino sul suo territorio se è esattamente uguale al nome del vitigno da cui il vino deriva.

Dal punto di vista ampelografico, si potranno pertanto avviare dotte discussioni scientifiche per dimostrare le differenze esistenti fra i vitigni da cui derivano i due vini in contestazione, ma, sotto il profilo giuridico, ciò che interessa, con riferimento all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, è che il nome del vitigno, registrato come «Tocai Friulano», sia uguale al nome del vino che esso produce: «Tocai Friulano».

Si comprende, quindi, perché l'Argentina e gli Stati Uniti, avvalendosi di questa disposizione dell'Accordo TRIP's, possano mantenere il nome «Tocai Friulano» per i loro vini prodotti nei loro territori con l'omonimo vitigno.

Considerato il contrasto esistente tra l'Accordo sui vini del 1993 e l'Accordo TRIP's del 1994, entrambi appena citati, è stata introdotta nel 2002 una causa davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee, per far accertare l'eventuale illegittimità dell'Accordo sui vini stipulato nel 1993 tra la Comunità europea e l'Ungheria.

La Corte di giustizia ha deciso tale causa con una sentenza del 2005 che ha accertato la validità dell'Accordo con riferimento, però, al periodo in cui l'Ungheria era ancora uno Stato terzo.

Nel frattempo, il 1° maggio 2004, l'Ungheria è diventata uno Stato membro dell'Unione europea e, quindi, l'Accordo del 1993 è venuto meno. Nel Trattato di adesione dell'Ungheria all'Unione europea non viene più fatto riferimento all'impegno comunitario di rinunciare al nome Tocai ed anzi, il Governo italiano, al momento della firma del predetto Trattato di adesione, si è riservato di ridiscutere il problema prima della citata scadenza del 31 marzo 2007.

Poiché, come già segnalato, l'Accordo sui vini Comunità europea/Ungheria era destinato a decadere con l'entrata dell'Ungheria nella Comunità, la Com-

missione europea ha ripreso la scadenza del 31 marzo 2007, relativa all'utilizzo della denominazione «Tocai friulano», nel suo Regolamento n. 753/2002, successivamente integrato dal Regolamento n. 1429/2004.

Contro tali due Regolamenti, lo Stato italiano, la Regione Friuli Venezia-Giulia e i produttori di vino «Tocai friulano» hanno introdotto tre diversi ricorsi davanti al Tribunale di primo grado delle Comunità europee.

Nel procedimento conseguente al ricorso introdotto dallo Stato italiano, il Tribunale di primo grado è stato invitato a decidere sulla sospensione dei due Regolamenti della Commissione appena citati (n. 753/2002 e n. 1429/2004) con riferimento alla data ultima di utilizzo della denominazione «Tocai Friulano» (31 marzo 2007).

Nel frattempo, avvicinandosi la data di scadenza del 31 marzo 2007, il Ministero delle politiche agricole ha avviato la procedura di soppressione del nome «Tocai», adottando un decreto ministeriale in data 28 luglio 2006, che prevede, al posto della denominazione «Tocai friulano», il solo qualificativo «friulano» (che non sembra certo una trovata geniale).

Anche contro questo decreto si sono opposti i produttori di vino «Tocai friulano», davanti al TAR del Lazio, il quale, con due ordinanze ben motivate del dicembre 2006, ha sospeso l'efficacia del decreto ministeriale ed ha rimesso gli atti di causa alla Corte di giustizia per far accertare la illegittimità dei regolamenti della Commissione europea sopra citati (n. 753/2002 e n. 1429/2004) sui quali si basava il decreto ministeriale italiano che disponeva la soppressione del nome «Tocai».

Le ordinanze del TAR del Lazio sono state confermate dal Consiglio di Stato il 27 febbraio 2007.

Attualmente, pertanto, i due procedimenti sono pendenti davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee (n. 23/2007 e n. 24/2007).

Inoltre sono pendenti due ricorsi davanti al TAR del Lazio, mediante i quali è stata sospesa l'efficacia del citato decreto del Ministero per le politiche agricole che ha disposto la soppressione del nome «Tocai».

Considerata l'ampiezza del contenzioso in atto sui vari fronti, è ora opportuno verificare le ragioni fatte valere dalle parti delle diverse cause.

Innanzitutto balza agli occhi la posizione contraddittoria del Governo italiano che, da un lato, difende i produttori di «Tocai friulano» davanti alle Corti europee e, dall'altro lato, li attacca davanti ai tribunali italiani.

In secondo luogo, occorre tenere distinti gli aspetti di diritto comunitario da quelli di diritto internazionale.

Per quanto riguarda gli argomenti di diritto comunitario, che saranno discussi davanti alla Corte di giustizia, questi possono essere schematicamente così sintetizzati:

a. L'Accordo sui vini tra la Comunità europea e l'Ungheria concluso nel 1993, che aveva previsto la cessazione dell'uso del nome «Tocai friulano» al

31 marzo 2007, ha perso efficacia il 1° maggio 2004, con il nuovo Trattato di adesione, essendo l'Ungheria entrata a far parte dell'Unione europea.

*b.* In tale Trattato di adesione non si fa alcun riferimento al «Tocai friulano».

*c.* I soli provvedimenti che fanno riferimento al «Tocai friulano» sono i Regolamenti della Commissione n. 753/2002 e n. 1429/2004, i quali, senza fornire la benché minima motivazione, hanno mantenuto la data ultima di utilizzo del nome «Tocai friulano» (31 marzo 2007).

*d.* Al contrario, l'Italia, al momento della firma del Trattato di adesione, ha posto una riserva, segnalando la necessità di ridiscutere l'utilizzo del nome «Tocai friulano» al momento in cui si avvicinasse la scadenza del 31 marzo 2007.

*e.* I due Regolamenti, appena citati, che hanno fissato la data di scadenza del 31 marzo 2007, portano, nell'allegato, un elenco di 122 nomi di vini contenenti riferimenti geografici, come è il caso del «Tocai friulano».

La Corte di giustizia è stata quindi richiesta di pronunciarsi su un punto specifico che possiamo così sintetizzare.

Deve essere considerata contraria al principio di non discriminazione una disposizione comunitaria che, senza fornire alcuna motivazione, impedisca soltanto ai produttori di «Tocai friulano» l'uso del nome di un vino contenente un riferimento geografico, mentre consente a tutti i produttori di altri vini con caratteristiche analoghe, ad esempio «Chardonnay» (e ai produttori dei vini elencati negli allegati dei predetti Regolamenti), di continuare ad usare i nomi rispettivi per il futuro. Una tale discriminazione appare vietata dall'art. 34, par. 2, secondo comma del Trattato Ce.

In secondo luogo, il principio di non discriminazione viene violato anche con riferimento ai produttori ungheresi, i quali si avvalgono dei predetti regolamenti della Commissione, non motivati, per utilizzare in modo esclusivo il nome di un vino «Tokaji» che in base all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's è da considerare omonimo del nome «Tocai friulano», con il quale, pertanto, deve poter convivere sul mercato.

Le cause sopra descritte, fondate sul diritto comunitario, saranno risolte unicamente mediante le sentenze della Corte di giustizia che decide come giudice unico e supremo.

Conseguentemente per evitare di dover dipendere dalle sole decisioni della Corte di giustizia, sono state prospettate le altre azioni, fondate sul diritto internazionale, che possono essere così descritte.

Le azioni fondate sul diritto internazionale sono quelle che fanno riferimento all'Accordo TRIP's in precedenza segnalato. Esse seguono due diversi indirizzi: il primo, concernente i rapporti tra gli Stati aderenti all'Accordo TRIP's e, il secondo, i rapporti fra i soggetti privati che operano all'interno di tali Stati.

Questi indirizzi devono essere esaminati separatamente.

### A. Rapporti fra gli Stati aderenti all'Accordo TRIP's

L'Accordo TRIP's, come è noto, riguarda la materia della proprietà intellettuale e, in particolare, i marchi, i brevetti e le indicazioni geografiche (in particolare le indicazioni geografiche dei vini).

Tale Accordo, come già ricordato, è stato concluso in seno all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) ed è stato ratificato tanto dalla Comunità europea quanto dai singoli Stati membri perché, secondo il parere n. 1/94 della Corte di giustizia, si tratta di un Accordo c.d. «misto». Gli accordi «misti» sono, secondo la Corte di giustizia, gli accordi che disciplinano materie nelle quali la competenza a legiferare non è riservata in via esclusiva alla Comunità europea, ma è ripartita tra la Comunità europea e gli Stati membri.

In effetti, nel citato parere n. 1/94, la Corte di giustizia, prendendo in considerazione proprio l'art. 24 dell'Accordo TRIP's (sul quale si fondano le tesi a favore del «Tocai friulano»), ha riconosciuto che in materia di indicazioni geografiche dei vini, la competenza a legiferare deve essere riconosciuta tanto alla Comunità europea, quanto ai singoli Stati membri.

Passando ora al punto fondamentale che qui interessa, occorre riconoscere che la formulazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, più volte ricordato, non consente interpretazioni equivoche. Stabilisce infatti tale disposizione che:

«(...) la presente sezione non obbliga in alcun modo un Membro ad applicarne le disposizioni [ad esempio: in tema di uso di denominazioni geografiche confondibili, di marchi o di denominazioni omonime] in relazione ad un'indicazione geografica di qualsiasi altro Membro, per vini per i quali la pertinente indicazione sia identica alla *denominazione comune di una varietà di uva esistente nel territorio di detto Membro alla data di entrata in vigore dell'accordo OMC*»<sup>1</sup>.

In termini più semplici, l'art. 24, par. 6, dell'Accordo citato, stabilisce che uno Stato aderente all'Accordo è in ogni caso autorizzato a mantenere, sul suo territorio, il nome di un vino che sia uguale al nome del vitigno dal quale il vino deriva. È esattamente il caso del «Tocai friulano».

Il motivo dell'introduzione di tale disposizione è stato quello di riconoscere agli Stati, aderenti all'Accordo, il diritto di usare il nome di determinati vitigni per designare i vini che da essi derivano e che sono prodotti nei loro territori.

Poiché, ad esempio, il vitigno «Chardonnay» risultava coltivato, al momento della negoziazione dell'Accordo TRIP's, in numerosi Stati aderenti al-

<sup>1</sup> Corsivo aggiunto.

l'Accordo, si è voluto evitare che potesse essere imposto qualche divieto all'utilizzo di tale nome, nella designazione del vino da esso derivato, facendo valere un diritto basato sulla provenienza geografica del nome originario appartenente ad uno degli Stati aderenti (Champagne - Francia).

Allo scopo di eliminare sul nascere pretese siffatte, è stata quindi accolta la proposta avanzata dai negozianti americani, poi definitivamente trasfusa nell'art. 24, par. 6, dell'Accordo, secondo cui nessuno Stato, aderente all'Accordo medesimo, poteva essere costretto a cambiare il nome di un proprio vino se tale nome era uguale al nome del vitigno che risultava coltivato sul suo territorio alla data di entrata in vigore dell'Accordo TRIP's.

Stando così le cose, appare evidente la mala fede dei rappresentanti della Commissione europea che stavano negoziando contemporaneamente sia l'Accordo sui vini, in precedenza ricordato, Comunità europea/Ungheria, concluso nel 1993, sia l'Accordo TRIP's, concluso nel 1994.

Poiché alle negoziazioni per l'adozione dei due Accordi partecipavano soltanto i rappresentanti della Commissione europea, appare evidente la slealtà con cui è stato portato a termine l'Accordo sui vini, Comunità europea/Ungheria, dato che i negozianti della Commissione europea sapevano perfettamente che il «Tocai friulano», in base all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, avrebbe avuto il diritto di continuare ad essere utilizzato per il futuro.

Per evitare che questo avvenisse, i rappresentanti della Commissione europea, che hanno negoziato l'Accordo sui vini, Comunità europea/Ungheria, hanno soppresso dall'elenco dei vini prodotti nella Comunità, il nome «Tocai friulano» per impedire che potessero essere invocate le regole dell'omonimia, in base alle quali sarebbe stato consentito ai due vini di convivere sul mercato per il futuro. Inoltre gli stessi negozianti hanno predisposto il noto scambio di lettere da cui risulta la data ultima di utilizzo del nome «Tocai friulano» (31 marzo 2007).

La slealtà nel comportamento tenuto dalla Commissione appare ulteriormente confermata dal fatto che il nome del vino «Tocai friulano» risulta soppresso anche nell'elenco dei vini comunitari allegato ad un altro Accordo sui vini stipulato in quello stesso periodo (1993) dalla Comunità europea. Si tratta dell'Accordo concluso con la Romania, Paese con il quale non esistevano contrasti o divergenze, dato che in Romania non viene prodotto alcun vino con il nome Tocai!

È quindi probabile che i negozianti della Commissione europea abbiano approfittato delle evidenti difficoltà gestionali incontrate dallo Stato italiano in quel periodo (1992-1994), dovute agli sconvolgimenti politici provocati dalle azioni giudiziarie ("mani pulite") che allora dilagavano.

Ma nonostante gli inconvenienti appena descritti, l'Accordo TRIP's è stato adottato nel 1994 e, quindi, successivamente all'Accordo sui vini, Comunità europea/Ungheria.

Orbene, poiché le disposizioni del primo Accordo, che prevedono la soppressione del nome «Tocai friulano», sono in palese contrasto con la disposizione del citato art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, che invece ne garantiscono la sopravvivenza, sono le disposizioni di quest'ultimo Accordo che devono prevalere in base alla Convenzione di Vienna del 1969 sull'interpretazione dei Trattati.

La situazione giuridica appena indicata non è stata modificata dal Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea, entrato in vigore il 1° maggio 2004, perché, come è noto, non esiste in tale Trattato di adesione alcun accenno al problema delle denominazioni dei vini qui considerati.

Al contrario, come pure sappiamo, l'Italia, in sede di approvazione del predetto Trattato di adesione, si è riservata di ridiscutere il problema in concomitanza con la scadenza della data ultima di utilizzo del nome «Tocai friulano».

Sotto il profilo giuridico, con riferimento al diritto internazionale, non esiste pertanto alcun ostacolo all'adozione, da parte del Governo italiano, di un provvedimento che mantenga il nome «Tocai friulano» per designare il vino prodotto con il vitigno «Tocai friulano», se destinato ad essere commercializzato all'interno del territorio italiano.

Poiché, come già segnalato, l'Accordo TRIP's è un Accordo «misto», ratificato tanto dalla Comunità europea quanto dai singoli Stati membri, lo stesso potrà essere attuato da entrambi.

Ciò che viene richiesto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è una leale cooperazione tra la Comunità europea e lo Stato membro quando viene data attuazione congiuntamente allo stesso accordo misto.

L'esigenza di una leale cooperazione tra la Comunità europea e gli Stati membri, nel dare attuazione ad un accordo misto, si ricava, da ultimo, dalla sentenza della Corte di giustizia emessa il 30 maggio 2006 in causa n. C-459/03, *Commissione c. Irlanda* (punti nn. 175, 176 e 179 della sentenza).

Nel caso del «Tocai friulano», la disponibilità alla leale cooperazione da parte dell'Italia è stata dimostrata dalla ricordata dichiarazione posta a verbale, al momento della firma del Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea, con cui il Governo italiano si è riservato di ridiscutere il problema del «Tocai friulano».

Ma la disponibilità alla leale cooperazione viene anche provata dal fatto che il mantenimento del nome «Tocai friulano» sarebbe circoscritto unicamente al territorio italiano, in quanto non verrebbe ostacolato l'ingresso in Italia dei vini che portano legittimamente, secondo il diritto comunitario, un nome simile a quello del «Tocai friulano» e non verrebbe per di più consentita la commercializzazione del «Tocai friulano» al di fuori dei confini italiani.

In tal modo verrebbe data soltanto una corretta attuazione all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, senza incidere minimamente sui meccanismi di funzionamento del sistema comunitario applicabili in materia.

Qualora la Commissione europea volesse impedire all'Italia di attuare l'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's nel modo sopra indicato, violerebbe essa stessa il principio della buona fede nell'esecuzione dei Trattati, stabilito dall'art. 18 della citata Convenzione di Vienna del 1969 (sull'interpretazione dei Trattati) e riconosciuto dal Tribunale di primo grado in una recente sentenza emessa il 17 gennaio 2007 in causa n. T-231/04, *Grecia c. Commissione* (punti 85-87 e 98-99 della sentenza).

In altri termini e concludendo, la Commissione europea, che già ha dato prova di slealtà, come abbiamo sopra visto, al momento delle negoziazioni per la conclusione dell'Accordo sui vini, Comunità europea/Ungheria, diventerebbe ora inadempiente all'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione dell'Accordo TRIP's, se impedisse allo Stato italiano di esercitare le competenze che gli sono riconosciute dell'art. 24, par. 6, di tale Accordo.

*B. Rapporti fra i soggetti privati che operano all'interno degli Stati aderenti all'Accordo TRIP's*

Come in precedenza precisato, l'Accordo TRIP's non solo riconosce diritti e poteri agli Stati aderenti all'Accordo medesimo, ma può attribuire diritti anche a soggetti privati in casi particolari.

Uno di questi casi appare contemplato proprio dall'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, in precedenza esaminato.

Se, infatti, lo Stato italiano dovesse dare esecuzione al citato art. 24, par. 6, nel senso di adottare un provvedimento che mantenga il nome «Tocai friulano» per quanto riguarda il vino commercializzato all'interno del territorio italiano, in tal caso attribuirebbe ai produttori italiani di «Tocai friulano» il diritto di avvalersi direttamente dell'art. 24, par. 6, all'interno del nostro ordinamento.

Questo principio verrà quasi sicuramente affermato dalla Corte di giustizia in una sentenza che sta per essere emessa nella causa n. C-431/05, *Merck*, per la quale l'Avvocato Generale della Corte *Colomer*, ha presentato le proprie conclusioni in data 23 gennaio 2007.

Secondo l'Avvocato Generale *Colomer*, che si basa soprattutto sulle tesi da tempo sostenute dall'Avvocato Generale *Tesouro* in altre cause, quando uno Stato aderente all'Accordo TRIP's dà attuazione, mediante un apposito provvedimento interno, ad un articolo di tale Accordo (nel caso di specie: art. 33) che espressamente lo consente, i singoli possono invocare direttamente tale articolo dell'Accordo ed avvalersi delle disposizioni in esso contenute.

Dalle considerazioni svolte, si deduce che la difesa più sicura del nome «Tocai friulano» è quella fondata sull'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's.

Alla luce dell'art. 24, par. 6, del citato Accordo, basterebbe infatti l'adozione di un provvedimento del Governo italiano (anche un decreto ministeriale) per consentire il mantenimento della denominazione «Tocai friulano» al-



l'interno del territorio italiano.

Sussiste unicamente un ostacolo di natura politica, consistente nella volontà del Governo italiano di seguire soltanto l'indirizzo del Ministero dell'agricoltura che è contrario ad avvalersi dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's.

Stando così le cose, può essere consentito alla Regione Friuli-Venezia Giulia di adottare direttamente una legge di attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's.

Come è noto, la Regione Friuli-Venezia Giulia, ha competenza esclusiva in materia agricola e, sulla base del comma quinto dell'art. 117 della Costituzione, può dare diretta attuazione agli accordi internazionali.

Tale potere della Regione è disciplinato dall'art. 6, par. 1, della Legge *La Loggia* (l. n. 131 del 5 giugno 2003) che impone unicamente l'obbligo di comunicare al Governo il testo della legge per sollecitare le sue osservazioni, ma senza attribuire a tali osservazioni un effetto preclusivo.

Un effetto preclusivo, al contrario, è attribuito alle osservazioni del Governo soltanto nei casi contemplati dall'art. 6, par. 2, della stessa legge *La Loggia* (conclusione di intese con altri Stati) e dall'art. 6, par. 3 (conclusione di intese applicative di accordi internazionali). In tali casi, infatti, occorre attendere la scadenza del termine concesso al Governo per formulare le osservazioni, prima di adottare la legge regionale.

Per i motivi sopra indicati, la Regione Friuli-Venezia Giulia può pertanto adottare una legge regionale, per dare diretta attuazione all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's.

Occorre quindi auspicare, e questo auspicio costituisce la mia conclusione, che la Regione Friuli-Venezia Giulia adotti la legge regionale a favore del «Tocai Friulano» appena segnalato.

**Fausto Capelli**

#### *DIBATTITO*

1° Domanda

**Se il nome «Tocai» è così difficile da difendere sul piano giuridico, perché non conviene investire, dal punto di vista economico, sul nome «friulano»?**

Risposta del Prof. Capelli

*Non è un problema di difesa astratta di una denominazione; noi stiamo parlando del nome di un vino, «Tocai friulano», che esiste da secoli e che ha diritto di esistere: chi ha argomenti giuridici per sopprimerlo li esponga e li esamineremo.*

*Non ci sono invece argomenti economici per farlo.*

*Che senso ha cambiare il nome di un vino da tempo noto sul mercato: si può immaginare che la Coca Cola possa cambiare il nome del suo prodotto perché a un certo punto, per ragioni economiche, conviene chiamarlo soltanto «Cola»?*

*Sappiamo tutti quali sono gli investimenti effettuati dalle imprese per valorizzare i loro marchi. Il marchio di un prodotto ha un valore in sé, indipendentemente dall'impresa che lo produce e il nome di un vino è come il marchio collettivo di un prodotto. La nuova regolamentazione comunitaria consente alle imprese di vendere i propri marchi separatamente dalle imprese perché il marchio ha, appunto, un proprio valore sul mercato. Come non ha senso, quindi, annullare il valore di un marchio già affermato, sperando di trasferirlo su un marchio nuovo del tutto sconosciuto, così non ha senso rinunciare al nome di un vino molto noto, investendo su un nome che nessuno conosce. Ho anche capito, da un intervento in sala, che qualcuno, invece di difendere il nome «Tocai friulano», preferirebbe incassare l'indennizzo che lo Stato italiano ha promesso per compensare la perdita del nome. Se è così vuol dire, in primo luogo, che lo Stato italiano sa di creare un danno, per cui, a rigor di logica, dovrebbe fare il possibile per evitarlo, seguendo, ad esempio, i suggerimenti forniti nella relazione. In secondo luogo, e questo vale per i produttori che preferiscono l'indennizzo alla difesa del nome del vino, non mi sembra ragionevole procurarsi un danno per avere poi il diritto di farselo risarcire. Meglio evitare il danno, anche perché il risarcimento del danno, in un caso come quello del «Tocai friulano», incontrerebbe ostacoli giuridici notevoli, sotto il profilo del diritto comunitario.*

2° Domanda

**Limitare l'utilizzo del nome «Tocai friulano» al solo territorio dello Stato italiano, come Lei propone, non sarebbe in contrasto con le norme comunitarie sulla libera circolazione delle merci?**

Risposta del Prof. Capelli

*Per quanto riguarda il problema della libera circolazione delle merci, nel nostro caso ci troviamo in un'ipotesi in cui si applicano le norme del diritto internazionale, quelle dell'Accordo TRIP's. Uno Stato ha la possibilità di applicare tali norme con effetti che si producono unicamente all'interno del proprio territorio.*

*Anche nella Comunità europea si verificano situazioni di questo genere. Per esempio, in materia di proprietà intellettuale, esistono migliaia di marchi registrati nei singoli Stati membri, che non possono essere utilizzati in altri Stati membri perché confondibili con marchi simili. Tutti i cultori del diritto comunitario ricordano il celebre caso del «Caffè Hag», risolto dalla Corte di giustizia, negli anni '90, nel senso che il «Caffè Hag» prodotto in Belgio*

*non poteva essere commercializzato in Germania, come quello tedesco non poteva essere commercializzato in Belgio nonostante le norme sulla libera circolazione delle merci nella Comunità europea. È stato necessario l'intervento della multinazionale americana «Kraft», che ha comprato i due marchi, per risolvere il problema.*

*C'è pure un caso famoso riguardante l'acqua spagnola con il nome «Vichy», che ha la propria fonte presso Barcellona. Grazie a tale nome è stato impedito per tanto tempo alla celebre acqua francese Vichy, di entrare in Spagna, nonostante l'esistenza del mercato interno, perché i diritti di proprietà industriale sono ancora in gran parte regolati dalle leggi degli Stati. Per risolvere il problema è stato necessario, anche in questo caso, un accordo commerciale tra i produttori dei due Paesi.*

*Ma nel caso del «Tocai friulano», come risulta dalla mia relazione, non c'è neppure necessità di un accordo siffatto, perché non si impedirebbe ad alcun vino «Tocai», legittimamente denominato, di entrare in Italia e non si consentirebbe al «Tocai friulano» di essere commercializzato sul mercato europeo.*

*D'altra parte, a riprova che anche il diritto comunitario consente di limitare la circolazione di determinati vini all'interno di un solo Stato membro, con divieto di commercializzarli negli altri Stati membri, si può citare il considerando n. 28 e l'art. 36 del regolamento n. 1622/2000 della Commissione (Guce n. L 194 del 31 luglio 2000, p. 1) secondo cui i vini bianchi tagliati con vini rossi in Spagna possono essere commercializzati, con apposite indicazioni, esclusivamente all'interno del territorio spagnolo (con divieto di vendita negli altri Paesi comunitari e nei Paesi terzi).*



## **IL CODICE CIVILE ALLA PROVA DEL DIRITTO EUROPEO: A PROPOSITO DI UN MANUALE RECENTE**

**Sommario:** **1.** *Una codicistica euro-nazionale in via di formazione* - **2.** *Le fonti del diritto privato europeo* - **3.** *I "diritti" tra persone e mercato* - **4.** *La disciplina dei contratti dei consumatori* - **5.** *Le responsabilità "a regime" di mercato* - **6.** *I servizi per il mercato* - **7.** *La disciplina del mercato finanziario* - **8.** *I codici euro-nazionali come alternativa al codice europeo.*

### **1. Una codicistica euro-nazionale in via di formazione**

Nel dibattito sulle prospettive della codicistica nell'età della "decodificazione" e della "destatualizzazione" del diritto, risulta significativa l'ormai esasperata contrapposizione tra le tendenze del cosiddetto "nichilismo giuridico" e quelle, viceversa, definite ricodificatorie e finalizzate alla "costruzione" di Codici adeguati alle esigenze della contemporaneità<sup>1</sup>. Appare, in tal senso, altamente significativo il ruolo svolto dalla recente manualistica, ormai fuoriuscita dai limiti e dai confini più tradizionali posto che essa si mostra in grado di creare «un nuovo modo di pensare al diritto privato del terzo millennio»<sup>2</sup>, che tenga in debito conto l'imponente azione svolta dalle Istituzioni comunitarie. In effetti, è proprio in tale letteratura recente che il moderno giurista (non solo privatista, ma anche pubblicista) può trovare immense risorse e, soprattutto, le basi necessarie su cui consolidare la propria formazione scientifi-

<sup>1</sup> Si segnalano, al riguardo, N. IRTI (a cura di), *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004 ed il volume, sempre a cura dello stesso Autore, *L'età della decodificazione: l'età della decodificazione vent'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 1999.

<sup>2</sup> G. ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, Rassegna Astrid n. 18 del 2005, p. 25.

ca per poter assolvere, nel migliore dei modi, un difficile compito, che si arricchisce di nuovo contenuto e di nuove responsabilità.

Sulla scia delle complesse evoluzioni che allo stato attuale coinvolgono, in ambito sia nazionale che sovranazionale, la disciplina privatistica, assume rilievo eccezionale la pubblicazione del ben noto manuale sui fondamenti del diritto privato europeo, a cura di G. Alpa e di M. Andenas, Giuffrè, 2005, sul quale si soffermeranno le seguenti brevi note<sup>3</sup>. Innanzitutto, come sopra accennato, in un'epoca di rapida e profonda trasformazione dei sistemi giuridici interni e del sistema giuridico comunitario, è dato assistere a due fenomeni che procedono parallelamente: in particolare, al fenomeno della perdita di centralità dei Codici civili nazionali, dovuto agli ormai avanzati processi di decodificazione attestati dal sopravvenire di un numero crescente di legislazioni speciali, si affiancano altrettanto rilevanti processi di destatuazione delle discipline privatistiche nazionali, specie in ragione di un sempre più corposo diritto transnazionale e comunitario. In virtù di quest'ultimo fenomeno, il diritto privato dei singoli Paesi membri tende sempre di più ad essere anche «diritto privato europeo», in un costante e continuo processo di osmosi che non può non sollecitare una compiuta e meditata riflessione da parte del giurista. Si assiste, infatti, ad un rapido cambiamento dei modelli giuridici esistenti, dovuto soprattutto all'imponente azione dell'Unione europea, posto che le regole comunitarie introdotte nei singoli Stati aderenti incidono inevitabilmente sui modelli già presenti in questi Stati e, altrettanto inevitabilmente, li modificano e li alterano, garantendo un adattamento continuo e costante dell'ordinamento giuridico nazionale a quello euro-comunitario.

Da ciò la perdita, negli ordinamenti interni, della sostanziale unità e linearità del diritto privato, a cui però fa da contrappeso una maggiore armonizzazione degli assetti normativi dei Paesi membri singolarmente considerati. Nello specifico, è interessante notare come lo sviluppo di normative privatistiche di origine comunitaria venga a costituire una delle manifestazioni più emblematiche del salto di qualità che i processi di integrazione hanno assunto a seguito dei Trattati unionistici di Maastricht, Amsterdam e Nizza. Il processo *in fieri* di integrazione comunitaria, insomma, si arricchisce ulteriormente grazie all'emersione di nuclei di nuove discipline uniformi, destinate a regolare nello stesso modo, pur all'interno di spazi territoriali diversi, istituti e rapporti che hanno sinora trovato differente normazione nei Codici civili e

<sup>3</sup> G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2005. Ovviamente, le presenti note di commento al manuale summenzionato si muovono nell'ottica prevalentemente civilistica e prescindono da citazioni della pure ampia bibliografia di origine comunitaria già formatasi nel settore. Ciò premesso, forniamo un breve schema dell'indice sommario del volume, che si presenta suddiviso in tre Parti (Parte Prima: «L'identità europea»; Parte Seconda: «Il diritto privato europeo»; Parte Terza: «Il mercato»), a loro volta ripartite in una serie variabile di capitoli, paragrafi e sottoparagrafi.

nella legislazione speciale, talvolta alluvionale, di ciascun Paese e segna, per tale via, l'affermazione di uno *ius commune* rinforzato e garantito.

## 2. Le fonti del diritto privato europeo

Nell'ottica della civilistica italiana più sensibile e avvertita del settore, dunque, assume rilievo crescente l'obiettivo (perseguito dal processo di integrazione comunitaria) di creare uno *ius commune* che prenda forma «intorno a valori condivisi ed a metodi giuridici generalmente riconosciuti, come pure attorno a principi comuni e massime guida e che sia formato da giudici, legislatori e docenti che agiscano in cooperazione gli uni con gli altri»<sup>4</sup>. Con riguardo particolare alla formazione "complessa" di detto *ius commune*, occorre soprattutto specificare come il processo di edificazione del diritto privato europeo debba la sua origine ed il suo costante consolidamento a fonti (o fattori normativi) di varia natura<sup>5</sup>. Innanzitutto, come si evince dalla citata affermazione, occorre riconoscere un ruolo di tutto rilievo alla componente dottrinale, alla quale va ascritto il tentativo volto all'individuazione dei principi comuni in materia civilistica, settore per settore, ai singoli ordinamenti, al loro aggiornamento alla luce del diritto comunitario ed, infine, alla loro organizzazione a mò di *restatement*, od addirittura a mò di codice modello, che le parti private potrebbero adottare nella loro libertà contrattuale e che potrebbe essere assunto a guida dai legislatori nazionali. D'altro canto, la strada testè indicata è già stata seguita da parte del legislatore tedesco che, nelle più recenti innovazioni allo storico BGB, introdotte come conseguenza dell'impatto comunitario, si è ispirato ai principi elaborati nel testo della Commissione O. Lando - H. Beale<sup>6</sup>.

Accanto alla fonte dottrinale si pone, poi, la fonte giurisprudenziale, che gioca un ruolo decisivo grazie alle pronunce delle Corti comunitarie, finalizzate non solo a cementare il diritto euro-comunitario, ma anche ad edificare un diritto privato europeo che sia tale nel significato più pregnante del termi-

<sup>4</sup> R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 707-708.

<sup>5</sup> Cfr. G. ALPA, *Diritto privato europeo. Come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), p. 1-3.

<sup>6</sup> G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. supra, nota 3, p. 159. In particolare, i lavori della Commissione Lando - Beale, supportati dalla Commissione europea, hanno dato vita ai c.d. *Principles of European Contract Law*, produttivi di una codificazione non autoritativa delle regole generali in materia di contratto. Detti principi, dunque, non sono destinati ad avere un impatto immediato sulle legislazioni interne, ma a proporsi come legge applicabile su scelta delle parti di un contratto transnazionale, come criterio regolatore per giudici ed arbitri e come modello per l'unificazione (o, se si preferisce, l'uniformazione) del diritto privato europeo.

Cfr. anche *I principi del diritto contrattuale europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3 del 2000, p. 83-86 e C. CASTRONOVO (a cura di), *I principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2001.

ne. A tale proposito, ai fini cioè della edificazione di uno *ius commune* rinforzato e garantito, importanza peculiare assume altresì la componente giurisprudenziale nazionale, anche perché, come è noto, i giudici nazionali sono soliti fare largo uso delle fonti di matrice comunitaria. In sinergia con le menzionate fonti opera, infine, la componente legislativa, la quale, soprattutto nel passato più recente, si è affidata essenzialmente alle direttive comunitarie, in grado di veicolare, negli ordinamenti interni, regole volte ad uniformare la disciplina privatistica vigente, soprattutto in vista di una maggiore e più incisiva tutela dei soggetti privati.

Alla luce di quanto finora detto, si comprende come allo stato attuale non sia più possibile tracciare un netto confine tra diritto privato comunitario e diritti privati nazionali, posto che questi ultimi, in virtù dell'attuazione degli obblighi di matrice comunitaria, finiscono con l'inglobare il primo, dando vita ad una totale compenetrazione tra i singoli ordinamenti interni e l'ordinamento sovranazionale<sup>7</sup>, con la naturale conseguenza che i diritti nazionali si presentano ormai come il risultato di un insieme complesso, formato, oltre che dalle norme nazionali emanate secondo la normale prassi costituzionale, dalle disposizioni contenute nei Trattati istitutivi e nei Regolamenti, dalla giurisprudenza nazionale ed, infine, dalle decisioni della Corte di giustizia, siano esse di condanna per inadempimento od anche emanate a seguito di mero rinvio pregiudiziale.

### 3. I "diritti" tra persone e mercato

Nella sistematica del volume qui commentato, appare di particolare interesse la coincidenza, quasi perfetta, con l'*ordo juris* tradizionale dei Codici civili, secondo le varie categorie di riferimento. Si parte, pertanto, dal ruolo centrale assegnato alla persona umana come protagonista della sfera giuridica privata, anche in virtù dei diritti fondamentali ad essa espressamente riconosciuti.

In tale ottica, il diritto privato europeo, inteso come *corpus* di regole in cui si riconoscono le diverse esperienze dei Paesi appartenenti all'Unione<sup>8</sup>, viene ad integrare il diritto pubblico europeo, così come raffigurato non solo nei principi costituzionali comuni e nei principi dei Trattati istitutivi e modificativi, ma anche nella Carta dei diritti fondamentali<sup>9</sup>, successivamente incor-

<sup>7</sup> Sia consentito il rinvio alla recensione dell'A. all'opera a cura di M. PANEBIANCO, *Codice delle leggi comunitarie*, Raccolta legislativa di diritto comunitario interno con indice generale cinquantennale e allegato Cd-Rom 1957-2007, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, in questa *Rivista*, 2007, p. 205.

<sup>8</sup> G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. *supra*, nota 3, p. 137.

<sup>9</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel 2000.



porata nel Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa<sup>10</sup>. In particolare, la Carta di Nizza concorre attivamente a ridefinire non soltanto i rapporti sussistenti tra i soggetti privati e le Istituzioni, ma altresì quelli esistenti tra gli stessi soggetti privati in uno spazio giuridico che supera ormai gli angusti confini nazionali. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai diritti riconosciuti dal summenzionato documento ed inerenti alla proprietà, alla libertà contrattuale, alla libertà di concorrenza ed alla libertà di intraprendere attività economiche. In tal senso, come giustamente si sottolinea nel manuale, alle pp. 67-70, alla luce dei diritti fondamentali espressamente riconosciuti, sembra riformulata anche la natura stessa dei diritti soggettivi, che vanno inquadrati in un contesto che ha bisogno, di volta in volta, di essere specificato, stante la protezione di dette posizioni giuridiche soggettive da parte di nuovi organi e per mezzo di nuovi strumenti.

Una menzione a parte merita, poi, il problema relativo all'"azionabilità" dei diritti previsti nella Carta dell'Unione europea, e quindi inerente all'effettiva forza di tali diritti nello spazio europeo. Al riguardo, è possibile notare come la tutela effettiva dei diritti enunciati nella Carta sarà, sino al completo e definitivo riconoscimento della sua giuridicità, garantita a livello giurisdizionale ad opera della Corte di giustizia di Lussemburgo ed altresì ad opera degli stessi giudici nazionali, con ciò dimostrandosi come il documento firmato a Nizza risulti già pienamente vigente nelle soluzioni ermeneutiche<sup>11</sup>.

#### 4. La disciplina dei contratti dei consumatori

Nel minuzioso studio della realtà giusprivatistica, reso ancora più complesso dall'analisi dell'onda, ad un tempo riformatrice ed uniformatrice, della fonte sovranazionale, occorre anche dedicarsi, al di là della disamina delle linee generali, a tutte quelle tematiche in cui si va articolando questa esperienza di diritto uniforme, la cui conoscenza diventa imprescindibile per la stessa comprensione del diritto privato vigente e per la sua effettiva giustiziabilità. Si rileva nel volume di Alpa e Andenas, alle pp. 153 e 163, preliminarmente, come il rinnovato pluralismo delle fonti in ambito privatistico, che viene ad incidere con particolare forza sulla disciplina dei contratti<sup>12</sup>, *rectius*, dei contratti stipulati tra operatori professionali e consumatori, costituisca sol-

<sup>10</sup> Trattato costituzionale europeo di Roma del 29 ottobre 2004. Cfr., al riguardo, CIDE (a cura di), *Una Costituzione per la nuova Europa*, con premessa di M. Panebianco, Milano, Giuffrè, 2003, p. 18.

<sup>11</sup> Cfr. A. CELOTTO A. - G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), p. 3-4.

<sup>12</sup> Si segnala, in proposito, come la Commissione europea, a partire già dal 2001, abbia avviato, utilizzando lo strumento delle «Comunicazioni», un dialogo con gli operatori del diritto e con la dottrina circa le modalità di revisione dell'*acquis communautaire*, con attenzione particolare al diritto dei contratti.

tanto la punta di un *iceberg* nella misura in cui si pone come l'effetto più evidente di un radicale processo di trasformazione di diversi settori, che mette in crisi la tradizionale costruzione codicistica dei rapporti *inter privatos*. Invero, la necessità di creare un mercato unico interno coincidente con l'intero territorio dell'Unione, in luogo di un più ridotto mercato comune nell'ambito del quale fossero semplicemente facilitati gli scambi tra i Paesi membri, ha comportato, come passaggio obbligato, la graduale rivisitazione delle singole normative nazionali al fine di renderle uniformi<sup>13</sup>. Solo un complesso di regole uniformi, d'altro canto, può consentire l'instaurazione di un mercato interno che rappresenti una sorta di zoccolo duro del diritto di tutte quelle transazioni che coinvolgono quotidianamente chiunque agisca per perseguire finalità di tipo extraimprenditoriale od extraprofessionale e, per converso, qualsiasi persona fisica o ente personificato che agisca nell'ambito della propria attività imprenditoriale o *professional*.

Sempre seguendo un siffatto percorso logico, dunque, si acclara una realtà fatta di regole uniformi in grado di assicurare una soddisfacente allocazione delle risorse attraverso interventi riequilibratori e misure dirette ad eliminare ogni ostacolo esistente per un effettivo esercizio della libertà di contrattazione anche in ambito sovranazionale. Come si evince dalla stessa sistematica utilizzata nel manuale in queste pagine commentato, in una simile ottica si spiega anche quella che, *prima facie*, può apparire un'anomalia del diritto di matrice comunitaria, consistente nel privilegio accordato solo ad alcune aree della tradizionale materia privatistica, il quale dà luogo ad una sorta di doppia velocità nell'evoluzione di un diritto privato comunitario, stante la non proporzionalità dello sviluppo della disciplina di alcuni settori fatti oggetto di un intervento serrato, quali quello dei soggetti, dei beni, delle obbligazioni e dei contratti, allo sviluppo di altri settori, quali quello del diritto di famiglia e del diritto successorio<sup>14</sup>.

Di fondamentale importanza è sottolineare, poi, come il nucleo di regole uniformi che si sta creando in materia di contratti del consumatore, oltre ad essere finalizzato alla realizzazione di un mercato unico interno, miri anche e soprattutto ad apprestare forme di tutela più incisive per quello che gli stessi Autori riconoscono essere il contraente «in posizione per così dire "debole"»

<sup>13</sup> Si veda, al riguardo, G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. *supra*, nota 3, p. 163, in cui si afferma: «il superamento delle barriere degli ordinamenti nazionali in materia contrattuale risulta essere funzionale alla realizzazione del mercato interno. In altre parole, il differente trattamento dei rapporti giuridici di diritto privato nei diversi Paesi è considerato come un costo, un ostacolo, una complicazione, che si oppongono o rendono più difficile la realizzazione del mercato interno, cioè del libero scambio di merci, servizi, capitali, lavoro, all'interno dell'Unione. Si pone, quindi, una stretta correlazione tra attività economiche e forme giuridiche, e l'armonizzazione delle regole giuridiche attinenti il diritto patrimoniale è effettuata in funzione per così dire ancillare rispetto alle esigenze economiche».

<sup>14</sup> Si veda, in materia di diritto successorio, la recente l. n. 55 del 14 febbraio 2006, recante «Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia», in *Guri* n. 50 del 1° marzo 2006.

rispetto alla controparte, in un'ottica che tende a privilegiare i diritti della persona rispetto ai diritti strumentali allo sviluppo economico (diritti "di" mercato o "sul" mercato o "nel" mercato). Al riguardo, è possibile fare menzione, a titolo puramente esemplificativo, tra le tante emanate, della direttiva comunitaria<sup>15</sup>, di recente recepita dal legislatore italiano, ed afferente la vendita di prodotti finanziari a distanza. Si tratta, nello specifico, di un provvedimento in cui non si disciplina il contratto in sé considerato, bensì il comportamento dei contraenti, nella fase anteriore alla conclusione ed in quella ad essa posteriore. Detto provvedimento si incentra, perciò, sulle informazioni che necessariamente devono scambiarsi le parti contraenti, in maniera tale da ridurre l'asimmetria informativa tra loro esistente. Quanto, poi, alla tutela effettiva prestata sul piano sostanziale, nell'eventualità della violazione delle indicate regole di correttezza (e, quindi, di *fair play* contrattuale), va evidenziato come il legislatore comunitario abbia introdotto, accanto al rimedio del recesso, anche l'ulteriore possibilità di declaratoria della nullità dello stipulato negozio giuridico, nel caso in cui, appunto, il professionista non abbia fornito alla controparte contraente tutte le informazioni essenziali sulla natura e sui contenuti del servizio finanziario promosso a distanza. È ragionevole pensare, ovviamente, che una simile soluzione adottata dal legislatore comunitario costituirà lo spunto per un'approfondita riflessione del giurista italiano, da sempre ancorato al disposto di cui agli artt. 1337 e 1338 del Codice civile<sup>16</sup>.

## 5. Le responsabilità "a regime" di mercato

Come puntualmente sottolineato nel manuale, alle pp. 432 - 433, l'armonizzazione dei diversi settori della disciplina privatistica ha interessato anche, ed in maniera piuttosto incisiva, il sistema della responsabilità civile nel diritto privato europeo. Tra i numerosi esempi che potrebbero enumerarsi, basti pensare ad alcuni principali settori in cui si è fatto maggiormente sentire l'in-

<sup>15</sup> Direttiva n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 (modificativa della direttiva n. 90/619/Cee e delle direttive n. 97/07/Ce e 98/27/Ce), in *Guce* n. L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16.

<sup>16</sup> Cfr. G. ALPA, *Diritto privato europeo*, cit. supra, nota 5, p. 2-3. Concludendo il complesso e vasto discorso sulla disciplina afferente i contratti dei consumatori, non pare superfluo notare come gli interventi normativi in materia di *consumer protection*, nei quali è centrale il dualismo consumatore-operatore professionale, abbia in qualche modo suscitato, con ogni probabilità, stupore nello studioso del diritto privato, poiché nella centralità attribuita al detto dualismo è stato possibile intravedere il segnale di un ritorno al passato, all'epoca cioè in cui anche in Italia esistevano due diversi regimi giuridici: l'uno per i rapporti tra i privati, disciplinati dal codice civile, e l'altro, per i rapporti tra commercianti e privati o tra commercianti (cosiddetta *lex mercatoria*), disciplinati dal codice di commercio. Un sistema, quest'ultimo, che sembrava definitivamente superato dalla codificazione unitaria del 1942, la quale, come noto, fagocitò il codice di commercio, che continua a resistere invece in altri Paesi europei, decisi a mantenere l'originaria duplicità codicistica di stampo napoleonico. Sulla nozione di *lex mercatoria* si veda anche D. DESIDERIO, *Concetti di soft law e di lex mercatoria nel diritto del commercio internazionale*, in *studiolex@tin.it*.

tervento comunitario in materia, quali quelli relativi alla responsabilità del produttore di beni di consumo<sup>17</sup>, alla responsabilità dell'organizzatore di viaggi "tutto compreso"<sup>18</sup>, od anche alla responsabilità per danno ambientale<sup>19</sup>. In effetti, è di palmare evidenza come la normativa comunitaria in tema di responsabilità civile si riveli, oltre che come normativa di carattere settoriale e di accentuata specialità, anche come normativa "di *status*", posto che essa prende in considerazione soggetti di volta in volta caratterizzati da *status* diversi, tra i quali quello di consumatore risulta essere attualmente quello preminente, al fine di apprestare una migliorata e più efficace tutela giuridica.

Alla luce delle precedenti considerazioni, appare dunque evidente l'obiettivo perseguito dalle Istituzioni euro-comunitarie, che non è tanto la riformulazione *in toto* della disciplina generale degli istituti di diritto privato, quanto piuttosto l'adozione di misure relative al ravvicinamento ed all'armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri che abbiano ad oggetto l'instaurazione e l'efficiente funzionamento del mercato interno. Da quanto fin qui chiarito emerge, quindi, in maniera estremamente nitida, come «i diversi modelli imperanti nei singoli ordinamenti nazionali» esprimano ormai, sotto la spinta dell'onda uniformatrice ed armonizzatrice del diritto euro-comunitario, una evidente "tendenza alla convergenza"<sup>20</sup>. Ciò considerato risulta, in effetti, molto proficua una ricerca che allo stato attuale, anche attraverso lo strumento della comparazione tra i sistemi giuridici dei diversi Paesi, si concentri sulla evoluzione in chiave europea degli aspetti maggiormente rilevanti della responsabilità civile, quali, in particolare, quelli riguardanti il cosiddetto nesso eziologico tra evento e danno, il danno risarcibile, l'elemento soggettivo e, rispettivamente, l'imputazione oggettiva dell'illecito, nonché la distinzione tra danni *stricto sensu* patrimoniali e danni personali.

## 6. I servizi per il mercato

Come chiaramente sottolineano gli Autori nel manuale in commento, la definizione di servizio risulta essere di particolare ampiezza e di altrettanto particolare complessità, ricomprendendo «ogni prestazione, di tipo materiale od anche immateriale, effettuata a titolo professionale o nell'ambito dell'uten-

<sup>17</sup> Direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss., modificata dalla direttiva n. 1999/34/Ce, in *Guce* n. L 141 del 4 giugno 1999, p. 20 ss.

<sup>18</sup> Direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio del 13 giugno 1990, in *Guce* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59 ss.

<sup>19</sup> Si pensi alla direttiva n. 92/43/Cee del Consiglio del 21 maggio 1992, che ha per obiettivo la protezione, la conservazione ed il miglioramento della biodiversità, intesa come l'insieme degli *habitat* naturali, della flora e della fauna selvatiche presenti in un determinato spazio territoriale, in *Guce* n. L 206 del 22 luglio 1992, p. 7 ss.

<sup>20</sup> G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. *supra*, nota 3, p. 525.

za pubblica, a titolo oneroso o gratuito, che non abbia per oggetto diretto ed esclusivo la fabbricazione di beni mobili, il trasferimento o la cessione di diritti reali o intellettuali e sia realizzata a beneficio di un consumatore»<sup>21</sup>. Con riguardo allo specifico settore dei servizi nel mercato interno, appare interessante notare come di recente sia stata adottata in ambito europeo una direttiva<sup>22</sup> relativa ai detti servizi, esclusi, per espressa statuizione dell'atto normativo, i servizi sociali e quelli sanitari. Il testo del predetto atto, in particolare, chiarisce che la direttiva di cui in oggetto non pregiudica in alcun modo la legislazione del lavoro e neppure la normativa in materia di sicurezza sociale dei singoli Stati membri, che questi ultimi sono tenuti ad applicare nel pieno rispetto del diritto comunitario.

Come già accennato in precedenza, il testo della direttiva non risulta applicabile ai servizi sociali, ai servizi sanitari, nonché ai servizi finanziari, mentre, al contrario, riguarda un'ampia gamma di attività tra le quali rientrano i servizi prestati alle imprese (*i.e.*, servizi di consulenza manageriale e gestionale, servizi di certificazione e di collaudo, servizi di pubblicità e servizi connessi alle assunzioni), i servizi prestati sia alle imprese che ai consumatori (tra cui i servizi di consulenza legale o fiscale, i servizi relativi alle organizzazioni di fiere, noleggio di auto, agenzie di viaggio) ed, infine, i servizi prestati ai soli consumatori (nel settore del turismo, compresi i servizi delle guide turistiche, i servizi ricreativi, i centri sportivi ed i parchi di divertimento). Per quanto attiene, nello specifico, alla libera prestazione di servizi, si chiarisce che il testo dell'atto normativo comunitario in esame è inteso a garantire che i destinatari ed anche i fornitori del servizio possano, rispettivamente, ricevere e fornire servizi in tutto lo spazio europeo, evidenziandosi così in quale misura possano eventualmente essere imposti limiti (o, *recte*, requisiti) da parte degli Stati membri in cui il servizio viene fornito. In relazione a quest'ultimo punto, ovviamente, si specifica anche che tali requisiti, eventualmente imposti, debbano soddisfare i criteri di non discriminazione, necessità e proporzionalità ed essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente.

Quanto, invece, alla cooperazione amministrativa, si sono convenute regole relative alla cooperazione tra i Paesi membri, chiamati a prestarsi assistenza reciproca e ad adoperarsi per instaurare forme di collaborazioni efficaci, onde garantire il controllo dei prestatori e dei servizi dagli stessi forniti. Una menzione a parte merita, infine, la previsione di un'apposita clausola di revisione della direttiva n. 2006/123, volta a consentire eventuali proposte intese a modificarne il testo al fine di completare il mercato interno dei servizi,

<sup>21</sup> G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. *supra*, nota 3, p. 626.

<sup>22</sup> Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

nonché finalizzata a consentire, all'occorrenza, ulteriori misure per le materie espressamente escluse dal campo di applicazione della direttiva medesima.

## 7. La disciplina del mercato finanziario<sup>23</sup>

Nel quadro dell'ampia categoria dei contratti dei consumatori, particolare rilievo assumono i contratti negoziati tra consumatori ed operatori professionali ed aventi ad oggetto prodotti di natura finanziaria.

Infatti, come già accennato in precedenza e come ampiamente chiarito nel manuale alla p. 282, parlando della categoria dei contratti dei consumatori, in cui assumono rilevanza le particolari caratteristiche dei soggetti che li pongono in essere, il "consumatore" è definito come quel soggetto destinatario e, quindi, beneficiario non solo di beni, ma anche di servizi di tipo finanziario. Orbene, al riguardo, occorre sottolineare come numerose misure di tutela del consumatore nel settore dei servizi finanziari abbiano già fatto, da tempo, il loro ingresso nell'ampio panorama di protezione offerto dalla normativa comunitaria. Si tratta, ovviamente, di una protezione offerta al contraente più debole, a colui cioè che si trova in posizione di sudditanza psicologica e, comunque, di conclamata inferiorità<sup>24</sup> rispetto alla controparte, vale a dire a colui che presta il servizio (di tipo finanziario)<sup>25</sup>.

Alla luce di quanto sin qui chiarito, emerge come l'intero ordinamento della *financial economy* configuri con sempre maggiore evidenza il nuovo diritto privato alla scala sovranazionale, posto che sempre più copiosa è la normativa comunitaria che opera al punto della necessaria interazione con le norme nazionali di costituzione economica. Tutto ciò, in effetti, è funzionale ai processi di progressiva globalizzazione dell'economia finanziaria, posto che anche l'impiego a tutto campo degli strumenti offerti dalle nuove tecnologie digitali sconvolge in ogni sua parte l'ordine dei mercati finanziari, che sono mercati sempre più lontani da qualsiasi fattore materiale e da qualsiasi vincolo di appartenenza nazionale e che si configurano, per ciò stesso, come mercati transnazionali, essendo crescenti il flusso ed il volume degli scambi che ignorano del tutto i confini geografici di territorio. Proprio per i motivi appena esposti, le complesse normative che si rendono indispensabili per la regolamentazione dei mercati finanziari sono pensabili soltanto alla soglia so-

<sup>23</sup> Si segnalano G. ALPA - F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commento al T. U. sui mercati finanziari*, Padova, Cedam, 1998 nonché *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, Cedam, 1998.

<sup>24</sup> Sia dal punto di vista della competenza tecnica, sia dal punto di vista delle informazioni acquisibili, sia dal punto di vista del controllo e sia, infine, dal punto di vista del potere contrattuale.

<sup>25</sup> Si pensi alle imprese che svolgono la loro attività nei mercati finanziari, cioè le banche, le assicurazioni, le società finanziarie, le imprese di investimento, di intermediazione mobiliare od anche gli operatori di fondi pensionistici.

vrannazionale: ciò, in particolare, è di palmare evidenza laddove si pensi semplicemente in quale misura l'insieme dei flussi monetari dell'economia finanziaria di un qualsiasi Paese sia ormai un aggregato multiforme, nel quale è sempre più consistente la complessa trama dei suoi rapporti con l'estero. In altri termini, flussi monetari di rilevante entità lasciano il territorio nazionale per diventare investimento estero, così come soggetti residenti al di là del territorio nazionale originano a loro volta un flusso di segno contrario. Grazie all'armonizzazione operata dal legislatore comunitario, insomma, si rende possibile ad ogni singola impresa di operare nell'intero contesto europeo, così come si consente agli investitori di allocare il proprio risparmio dovunque nello spazio sovranazionale, con le necessarie ed indefettibili garanzie di protezione normativa.

## 8. I codici euro-nazionali come alternativa al codice europeo

Dalle considerazioni che precedono si evince agevolmente come, allo stato attuale, ogni singolo operatore giuridico si trovi a dover operare in un ordinamento nazionale necessariamente rinnovato, *recte* consolidato alla luce del più recente diritto euro-comunitario. L'assunto da cui si muove è, quindi, quello di una completa e totale integrazione tra fonti interne e fonti esterne, discendente non solo dal primato del diritto comunitario, che si svolge sul piano tecnico degli effetti, ma anche dal profondo riconoscimento dell'insieme dei valori assunti ad obiettivo dell'Unione europea. Di qui un ulteriore ed interessante spunto di riflessione sulla natura peculiare dell'ordinamento giuridico euro-nazionale, comprensivo delle due facce di una stessa medaglia e segno di un'ormai avvenuta trasformazione dello Stato contemporaneo in ambedue i versanti sopra indicati.

Tale situazione, che si configura come il risultato di un lungo processo di integrazione, ha generato, dunque, un particolare sistema politico-istituzionale e, soprattutto, ha realizzato una compiuta "ri-articolazione" dell'ordinamento comunitario nell'ambito degli ordinamenti nazionali, determinando la nascita di un vero e proprio «diritto comunitario interno» o, se si preferisce, di un «diritto parallelo» che si pone in un rapporto di diretta e reciproca connessione con i singoli sistemi normativi degli spazi giuridici nazionali<sup>26</sup>. Ed è, in effetti, proprio dalla continua e costante armonizzazione delle disposizioni normative nazionali a quelle euro-comunitarie che discende una delle accezioni più accreditate ed attuali del diritto privato europeo, inteso appunto come il complesso di regole di derivazione comunitaria puntualmente recepite e

<sup>26</sup> A proposito della nozione di «diritto parallelo», si veda la premessa introduttiva in M. PANEBIANCO (a cura di), *Codice delle leggi comunitarie*, cit. *supra*, nota 7, p. 1-3.

richiamate da regole di diritto interno, in un rapporto di armonica, diretta e reciproca connessione<sup>27</sup>. Le norme comunitarie, dunque, proprio grazie all'osservanza ed alla puntuale e corretta attuazione da parte dei Paesi membri, vengono a comporre un *corpus* unitario con le norme nazionali, il quale, almeno per il momento, costituisce di sicuro una valida ed efficace alternativa alla pure auspicabile realizzazione di un vero e proprio «Codice di diritto privato europeo», e cioè di un codice modello in grado di attestare (ove ancora ce ne fosse bisogno) l'esistenza di una "cultura giuridica comune" solida e ben radicata nel sentimento di coloro che appartengono allo spazio dell'Europa unita<sup>28</sup>.

Resta ovviamente al di fuori dell'indagine del fondamentale volume a cura di G. Alpa e di M. Andenas, l'analisi del significato da attribuire allo storico *nomen juris* identificato con il termine «Codice». Codice di diritto privato o Codice di diritto amministrativo, Codice generale o Codice particolare, Testo Unico o Legislazione di principio? Sono tutti questi interrogativi ancora del tutto aperti all'indagine del giurista contemporaneo e, rispetto ad essi, lo studio sovraindicato resterà per sempre punto di riferimento fondamentale.

**Miriam Immediato**

<sup>27</sup> Sulle possibili accezioni di diritto privato europeo si veda G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. supra, nota 3, p. 133-140.

<sup>28</sup> Cfr. PANEBIANCO (a cura di), *Codice delle leggi comunitarie*, cit. supra, nota 7, p. 467. Tra i codici di settore a origine comunitaria, meritano di essere segnalati: Codice in materia di dati personali (dlgvo n. 196 del 30 giugno 2003); Codice delle comunicazioni elettroniche (dlgvo n. 259 del 1° agosto 2003); Codice dell'amministrazione digitale (dlgvo n. 159 del 7 marzo 2006, n. 159); Codice del consumo (dlgvo n. 206 del 6 settembre 2005); Codice dell'ambiente (dlgvo n. 152 del 3 aprile 2006, n. 152; dlgvo n. 284 dell'8 novembre 2006); Codice dei contratti pubblici (dlgvo n. 163 del 12 aprile 2006; dlgvo n. 6 del 26 gennaio 2007).



## RECENSIONI

---

**Paolo Mengozzi**, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, II° ed., Padova, Cedam, 2006, pp. 504, € 38,00

**Luigi Ferrari Bravo**, *Diritto comunitario*, V° ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 245, € 20,00

**Tito Ballarino**, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, II° ed., Padova, Cedam, 2007, pp. 425, € 31,00

Le opere, qui recensite, rappresentano tre dei manuali più noti nel settore del diritto europeo che offrono un rilevante contributo all'approfondimento delle conoscenze dell'ordinamento comunitario e del complesso processo di integrazione europea.

I primi cinque capitoli del manuale del Prof. *Mengozzi* affrontano innanzitutto la genesi e lo sviluppo del processo di integrazione europea fino al Trattato costituzionale, passando poi ad analizzare le norme che riguardano l'apparato istituzionale ed organizzativo, nonché il processo decisionale comunitario.

Il sesto capitolo tratta la materia del contenzioso comunitario e approfondisce il tema dei procedimenti davanti alla Corte di giustizia. Tra questi vengono analizzati i procedimenti di infrazione nei confronti degli Stati membri, quelli introdotti per ottenere il controllo di legittimità degli atti comunitari e il rispetto del principio di legalità nell'ordinamento comunitario. Vengono altresì esaminati i procedimenti in carenza, quelli pregiudiziali rimessi alla Corte di giustizia ex art. 234 del Trattato Ce e quelli concernenti la responsabilità extracontrattuale della Comunità europea.

L'eliminazione delle lacune del diritto comunitario, grazie alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, costituisce la materia analizzata nel settimo capitolo, mentre la cittadinanza dell'Unione e le libertà fondamentali, nonché le regole di concorrenza da un lato, la PESC e la GAI dall'altro, sono materie analizzate, rispettivamente, nell'ottavo, nel nono e nell'undicesimo capitolo.

Il manuale di Mengozzi dedica inoltre una particolare attenzione alle relazioni esterne (decimo capitolo), analizzando la posizione della Corte di giustizia con riferimento al problema della diretta applicabilità delle norme OMC (e dell'Accordo TRIP's) nell'ordinamento comunitario.

Prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (sentenza del 14 dicembre 2000, *Dior e Assco*, in cause riunite n. C-300/98 e n. C-392/98 e sentenza del 23 novembre 1999, *Portogallo c. Consiglio* in causa n. C-149/96), l'A. osserva come la Corte, relativamente alla diretta applicabilità dell'Accordo TRIP's, segua un indirizzo altalenante che richiede di essere precisato e definitivamente stabilito.

Il manuale, analizzando le varie materie in modo accurato e approfondito, offre una presentazione organica dei principi del diritto comunitario con particolare attenzione alla giurisprudenza comunitaria. Nell'appendice del volume sono, invero, contenuti completi riferimenti giurisprudenziali (elenco delle sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, in ordine alfabetico e cronologico) e dottrinali, che costituiscono utili strumenti di lavoro per gli operatori del settore.

Il secondo volume, qui recensito, del Prof. *Ferrari Bravo*, è suddiviso in sette parti e offre un quadro puntuale e completo di tutto il sistema comunitario, da cui si desume come la normazione europea si intrecci e spesso si confonda con il diritto interno che al sistema comunitario deve necessariamente adeguarsi.

La parte introduttiva si sofferma sull'evoluzione del processo di integrazione europea dalle origini ai giorni nostri. Nella seconda parte viene effettuata una disamina generale e complessiva del Trattato Ce (TCE) e del Trattato sull'Unione europea (TUE), con un'attenta valutazione delle numerose modifiche intervenute.

Nella terza parte, l'A., nel tracciare la genesi dell'idea della cooperazione politica sottolinea come «l'approfondimento sempre maggiore del processo d'integrazione economica esiga l'allineamento delle scelte politiche degli Stati membri e quindi la necessità di forme sempre più precise di cooperazione politica». L'idea della cooperazione politica è, a parere dell'Autore, un'idea insita nelle modalità stesse di gestione delle relazioni internazionali nei settori di stretta competenza della Comunità europea.

Le parti quarta e quinta analizzano il quadro istituzionale, il procedimento di formazione degli atti comunitari e la loro tipologia, mentre il ruolo della Corte di giustizia, nei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale degli Stati membri, nonché nel settore delle relazioni esterne, costituiscono oggetto di approfondimento, rispettivamente, nella parte sesta e nella parte settima. Ogni parte si chiude con la bibliografia essenziale sull'argomento.

La nuova impostazione seguita non toglie nulla alla chiarezza espositiva e alla completezza che hanno caratterizzato le precedenti edizioni dell'opera.

Infine, il manuale del Prof. *Ballarino*, suddiviso in venti capitoli, tratta, in modo esaustivo, sia gli aspetti pubblicistico-istituzionali (fonti, soggetti e procedimento di formazione degli atti comunitari), sia gli aspetti privatistici del diritto comunitario.

Dopo una breve introduzione sull'evoluzione dell'integrazione europea e sulla natura giuridica dell'Unione europea, l'A., nella prima parte, analizza le istituzioni comunitarie, le fonti, i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, nonché il ruolo svolto dalla Corte di giustizia in generale e, in particolare, nella tutela giurisdizionale dei singoli. Esaurita la parte pubblicistica, l'A. prende in esame, in successione, a partire dal decimo capitolo fino al quattordicesimo, le libertà fondamentali relativamente alla libertà di circolazione: delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Negli ultimi capitoli, l'A. tratta in modo completo gli aiuti di Stato e il diritto comunitario *antitrust* (con particolare attenzione rivolta alla proprietà intellettuale, alle operazioni di concentrazioni tra imprese e alle posizioni dominanti nel mercato interno).

Il metodo espositivo seguito dall'A. è sicuramente efficace e il lettore segue senza difficoltà il contenuto delle varie parti.

Nelle considerazioni conclusive l'A. manifesta il suo convincimento nel senso che, nonostante la mancata ratifica del Trattato costituzionale, gli Stati membri, in un futuro non troppo lontano, sapranno comunque mettere mano a un riordino dei Trattati per dare all'Unione europea una base comune rinnovata.

**Enrica Adobati**

**Lorenzo Federico Pace**, *Diritto europeo della concorrenza - Divieti anti-trust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, Cedam, 2007, pp. 452, € 33,00

*European Antitrust Law - Prohibitions, Merger Control and Procedures*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 413, € 130,00

*Derecho europeo de la competencia - Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 445, € 52,00

L'A., con il volume qui recensito affronta in termini schematici, senza compromettere la completezza della trattazione, il diritto europeo della concorrenza, offrendo ai lettori uno strumento agevole di comprensione e di primo approfondimento della materia. Il volume, infatti, tratta sia l'esame delle fattispecie sostanziali tipiche del diritto *antitrust* (intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni) che gli aspetti procedurali, soprattutto alla luce del processo di riforma, la c.d. modernizzazione del diritto *antitrust* europeo.

Prima di passare ad alcuni brevi rilievi sulle singole parti che compongono l'opera, è opportuno delineare alcune osservazioni di carattere generale. Innanzi tutto, il volume si caratterizza per una struttura solida e una coerenza sistematica apprezzabile. Inoltre, l'A. conferma in questo libro, come già nel precedente del 2005 dedicato ai "fondamenti" del diritto *antitrust*, una particolare attenzione all'approccio storico. I principali istituti del diritto della concorrenza sono, infatti, sempre inquadrati in un'ottica ricostruttiva delle origini mettendo in evidenza l'evoluzione che gli stessi hanno subito nel corso del tempo. La storia del diritto *antitrust* europeo è anche la storia delle Comunità europee e, pertanto, tali richiami offrono al lettore spunti di riflessione non rinvenibili in altri testi che pure si occupano della stessa materia. Altra caratteristica di rilievo è che l'A., anche in conseguenza dell'attenzione posta agli aspetti storici, effettua utili riferimenti ad esperienze di ordinamenti diversi, sia guardando alla tradizione statunitense, culla del diritto *antitrust*, sia alle principali tradizioni giuridiche che compongono il sistema comunitario. Questo volume si pone, dunque, come un commento al diritto europeo, senza che i singoli sistemi nazionali, e in particolare quello italiano, assumano particolare rilevanza, se non nella misura in cui abbiano contribuito all'evoluzione del diritto comunitario della concorrenza. La vocazione internazionale del volume è, infatti, confermata dalla traduzione dello stesso anche in inglese e spagnolo.

Andando, invece, a vedere in maggiore dettaglio le singole parti dell'opera, l'A. prende le mosse da una puntuale ricostruzione della nascita del diritto statale sui cartelli, con particolare attenzione alle differenze Stati Uniti/Europa, per poi soffermarsi sulla nascita del diritto *antitrust* europeo e sul processo di integrazione nel quale si inserisce.

Nella parte II del volume, l'Autore entra nel vivo del diritto *antitrust* mettendo in evidenza le finalità e i tratti comuni degli attuali artt. 81 e 82 TCE, senza rinunciare, per un verso, alla loro analisi storica, e, per l'altro, alla valutazione di tali disposizioni alla luce del Regolamento Ce n. 1/2003. L'A. esamina, quindi, prima l'art. 81 TCE, dando specifica enfasi all'applicabilità diretta della deroga di cui al par. 3, e, successivamente, l'art. 82 TCE, approfondendo per entrambe le disposizioni l'ambito di applicazione e le principali fattispecie illecite, con utili richiami alla ricca casistica giurisprudenziale. A chiusura del sistema, una sezione dell'opera è dedicata all'applicazione delle regole *antitrust* agli Stati membri.

Come anticipato, l'A. privilegia non solo l'esame delle fattispecie sostanziali ma, in eguale misura, l'analisi dell'apparato procedurale volto a garantire l'*enforcement* del diritto *antitrust* comunitario, soprattutto alla luce del rapporto tra diritto comunitario e i rispettivi diritti nazionali. L'A. offre interessanti spunti di riflessione sulla natura della competenza comunitaria in materia di concorrenza rispetto alle categorie classiche della competenza «esclusiva» e delle competenze «ripartite». In quest'ambito, ampio spazio è dato al

Regolamento Ce n. 1/2003 del quale l'A. mette in evidenza, tra l'altro, in quali termini si sia limitato a recepire i principi giurisprudenziali affermati precedentemente alla modernizzazione e in quali termini, invece, vi sia stato un superamento della giurisprudenza. In particolare, l'A., come nella precedente opera del 2005, ripropone una dura critica all'art. 3, par. 2, del Regolamento n. 1/2003 nella parte in cui afferma il c.d. principio di convergenza in materia di intese.

Nell'approfondita analisi del Regolamento n. 1/2003 l'A. descrive in termini sintetici e chiari le funzioni e i poteri degli organi coinvolti: la Commissione europea, le autorità nazionali della concorrenza e i giudici nazionali. Tali organi non sono presi in esame soltanto singolarmente, ma anche nelle loro interrelazioni nella prospettiva della tensione tra uniformità e decentramento, tensione che permea tutto il Regolamento.

Infine, l'Autore tratta, sebbene con minore approfondimento rispetto agli artt. 81 e 82 TCE, il diritto *antitrust* europeo sul controllo delle concentrazioni. Anche in questo caso il volume si caratterizza per un approccio storico e per la completezza della trattazione sia della fattispecie sostanziale che degli aspetti procedurali.

**Gabriella Romano**

**Arturo Iannuzzi**, *Il diritto delle espulsioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 256, € 20,00.

La materia dell'espulsione e del respingimento alla frontiera dei cittadini extracomunitari ha da sempre costituito uno degli aspetti più rilevanti della disciplina dell'immigrazione oggetto, com'è noto, negli ultimi tempi, di numerosi interventi legislativi, nonché di diverse pronunce della Corte costituzionale volte ad adeguare la normativa in materia di espulsioni ai principi e alle norme della Costituzione.

Infatti, allo straniero sono riconosciuti diritti fondamentali sia dalle norme interne, sia dalle convenzioni internazionali, sia dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Tali norme vincolano lo Stato italiano ad assicurare sul proprio territorio e nei confronti di chiunque vi si trovi, per qualunque ragione, il rispetto di quei diritti fondamentali della persona, quali la dignità e l'integrità fisica. Tali diritti sono riconosciuti come ineliminabili in capo a qualunque essere umano e vanno, dunque, rispettati anche nei confronti di coloro che si trovino illegalmente nel territorio dello Stato e senza che il loro riconoscimento possa essere limitato in ragione delle motivazioni o dei modi che hanno condotto lo straniero ad entrare o a soggiornare sul territorio italiano.

Su questo tema merita di essere segnalata l'opera di Arturo Iannuzzi il quale, in circa 250 pagine, è riuscito ad offrire al lettore non solo una ricostruzione accurata della materia ma anche un'approfondita analisi delle ragioni di fondo della continua evoluzione della disciplina in tema di espulsioni e della prassi giurisprudenziale maturata negli ultimi anni.

L'opera recensita è divisa in sette capitoli dedicati, rispettivamente, alle espulsioni amministrative, alle forme speciali di espulsioni amministrative, alle espulsioni giudiziarie, alle altre specie di espulsioni, agli istituti contigui, al procedimento amministrativo di espulsione e all'espulsione speciale anti-terrorismo introdotta per il contrasto del terrorismo internazionale.

Un'attenzione particolare è stata dedicata all'analisi dei numerosi interventi con cui la Corte costituzionale in questi ultimi anni si è impegnata per cercare di estendere l'area dei diritti riconosciuti agli immigrati, a fronte di prassi legislative (ma spesso anche di natura giurisprudenziale) molto restrittive da parte dello Stato italiano. Basti pensare all'inasprimento delle sanzioni penali previste per quei reati connessi alle violazioni delle disposizioni sull'immigrazione sui quali l'A. si è soffermato ampiamente nel primo capitolo del suo libro (p. 87 ss.).

La Corte costituzionale ha più volte affermato che la natura amministrativa dell'espulsione non esclude l'esigenza di assicurare le necessarie garanzie al destinatario del provvedimento, garanzie che di certo finiscono per costituire limiti all'esecuzione stessa del provvedimento di espulsione.

Allo straniero colpito da un provvedimento di espulsione dovranno essere assicurati diritti come quello alla traduzione del provvedimento di espulsione in una lingua a lui comprensibile. D'altronde, il mancato rispetto dell'obbligo giuridico di traduzione del provvedimento nella lingua conosciuta dall'espellendo determinerebbe l'illegittimità del provvedimento di espulsione, salvo che l'Autorità non specifichi le ragioni concrete per cui tale operazione non sia stata possibile.

Allo straniero espulso dovranno essere assicurati il diritto alla difesa ed al contraddittorio nonché il diritto ad un ricorso effettivo avverso il provvedimento di espulsione, provvedimento che incide fortemente sulla libertà personale. Pertanto, anche se la legge concede molto spesso ampia discrezionalità all'Autorità nel disporre l'espulsione (basti pensare alla discrezionalità lasciata al giudice nell'accertare la pericolosità sociale dello straniero ogni qual volta l'espulsione deve essere disposta a titolo di misura di sicurezza personale), non può essere assolutamente eliminato l'effettivo controllo su questo provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva.

È interessante osservare, inoltre, che il tema dell'espulsione è affrontato dall'A. non soltanto alla luce della normativa interna e della giurisprudenza italiana, ma anche alla luce della normativa comunitaria, della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e della Corte europea dei di-

ritti dell'uomo. In particolare, l'A. analizza quella storica sentenza dell'11 luglio 2002, a cui successivamente si conformerà sia la Corte europea dei diritti dell'uomo con due pronunce, rispettivamente del 31 ottobre 2002 e del 6 febbraio 2003, sia la prima sezione della Corte di cassazione con la sentenza dell'11 luglio 2002 n. 56811. Con questa sentenza la Corte di giustizia, partendo dal presupposto che il legislatore europeo da sempre riconosce l'importanza di tutelare la vita familiare dei cittadini europei, ha affermato che al fine di evitare una ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare dei cittadini comunitari, l'espulsione di una cittadina extra-comunitaria coniugata con un cittadino comunitario può essere disposta soltanto qualora venga accertato che la sua presenza sul territorio nazionale costituisce una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico.

Va, infine, ricordato che con il decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella legge 31 luglio 2005, n. 155 sono state introdotte nuove norme in materia di espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo, al cui esame l'A. dedica l'ultimo capitolo del suo libro. In particolare, l'art. 3 riconosce al Prefetto il potere straordinario di disporre, previa informazione al Ministro dell'Interno, «l'espulsione dello straniero che risulti appartenere ad una delle categorie di persone pericolose previste dalla legge n. 152/1975 o nei cui confronti vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». Anche in relazione a queste norme potrebbero sorgere dubbi di legittimità costituzionale considerato che esse consentono al Prefetto di adottare un provvedimento che incide fortemente sulla libertà personale senza assicurare una tutela effettiva dei diritti del soggetto interessato dal provvedimento di espulsione. Basti pensare che l'espulsione è immediatamente esecutiva e non è prevista la sospensione dell'esecuzione del provvedimento nelle more della decisione della competente autorità giurisdizionale.

Senza pretendere di approfondire tutti gli sviluppi dell'analisi e le articolate considerazioni svolte, ci si limita ad evidenziare la notevolissima dimestichezza con cui l'A. tratta questi argomenti. Tale dimestichezza deriva certamente dalla circostanza che, oltre ad essere uno studioso della materia, è un operatore di Polizia e, pertanto, si trova a fronteggiare ogni giorno, in prima persona, i problemi concreti legati all'immigrazione. Però sarebbe riduttivo pensare che l'opera qui recensita sia destinata, in via esclusiva, solo al pratico, ovvero all'avvocato, al magistrato e all'operatore di polizia giacché il lavoro di Iannuzzi va al di là di tale destinatario. Infatti, il suo lavoro rappresenta un utile contributo anche per il mondo scientifico, nonché un momento di riflessione per lo studioso desideroso di confrontarsi con la tematica delle espulsioni al fine di capire la logica dei diversi interventi normativi e giurisprudenziali, in una prospettiva che mette sempre in primo piano le garanzie

fondamentali che devono essere assicurate allo straniero interessato da un provvedimento di espulsione.

**Anna Amendola**

**Ugo Grozio**, *Il diritto della guerra e della pace* (ristampa anastatica dell'edizione pubblicata a Napoli nel 1777 a cura di A. Porpora, Editore De Dominicis), introduzione a cura di F. Russo, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2002, Tomo I, pp. I-XIII e 1-258, Tomo II, pp. 1-342, Tomo III, pp. 1-375, Tomo IV, pp. 1-342, € 50,00

**Francisco De Vitoria**, *De iure belli* (ristampa e traduzione dell'edizione pubblicata a Salamanca nel 1539) a cura di C. Galli, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. I-LVII e 1-107, € 10

**Pietrino Belli**, *De re militari et bello tractatus* (ristampa anastatica e traduzione dell'edizione pubblicata a Venezia nel 1563, Editore Portinariis) Alba, Fondazione Ferrero, 2005, introduzione a cura di B. Conforti, traduzione a cura di C. Cascone, pp. I-XX e 1-704, edizione fuori commercio.

Nel passaggio dall'Europa della "guerra fredda" all'Europa attuale della "guerra giusta" si segnalano le tre coeve pubblicazioni qui recensite, contenenti preziose introduzioni e traduzioni in lingua italiana di altrettante opere dall'originaria lingua latina. Si tratta di tre "classici" che videro la luce nel periodo precedente al Congresso di Westphalia del 1648. Complessivamente valutate segnano l'inizio della tradizione del diritto internazionale moderno nella triplice componente della tradizione "groziana" (Parigi, 1625) e di quella precedente "vitoriana" (Salamanca, 1539), passando per l'edizione veneziana di Pietrino Belli del 1562.

La prima opera, articolata in quattro tomi, rappresenta un vero e proprio "scoop editoriale", grazie al quale emerge nella sua completezza il Grozio napoletano all'interno del vasto panorama delle altre traduzioni nelle lingue europee del '600 e del '700. Essa riproduce, infatti, in traduzione italiana i soli due primi libri del *De iure belli ac pacis*, come parte di un unico trattato di diritto costituzionale e delle genti, con esclusione del libro terzo groziano, dedicato al diritto internazionale bellico *stricto sensu*. La Napoli di allora era la roccaforte dell'internazionalismo cattolico secondo la tradizione tomista e vitoriana, facente capo alla scuola domenicana e dei gesuiti della Facoltà teologica. Proprio nella sala San Tommaso della biblioteca camaldolense di quest'ultima istituzione, la curatrice dell'opera Francesca Russo Iervolino ha rintracciato l'edizione completa dell'opera, di cui erano finora noti soltanto i primi tre tomi. Con preziosa indagine condotta sull'Archivio storico del Banco di Napoli, nonché nell'Archivio di Stato napoletano sono stati segnati i



termini dell'intero periodo di pubblicazione dei quattro volumi, attraverso le vicende del rapporto tra traduttore ed editore fino al definitivo nulla ad osta per la messa in circolazione. Sempre grazie a tale indagine, il Grozio costituzionalista dell'edizione napoletana, appositamente dedicata a Bernardo Tanucci, ministro riformatore di Carlo III, venne utilizzato nell'intento di fornire un vero e proprio manuale alle classi dirigenti pronte al grande passaggio di fine secolo in sintonia con i movimenti costituzionali appena emersi l'anno precedente alla stampa della Costituzione americana di Philadelphia. Trattasi, quindi, di una lettura estremamente originale di cui gli studiosi di diritto costituzionale europeo dovranno essere particolarmente grati ai fini della ricostruzione della traiettoria di sviluppo dello Stato costituzionale e dello Stato di diritto in Italia ed Europa, come frutto di una grande iniziativa culturale ed editoriale (v. p. XII del tomo I, la premessa a firma di Salvo Mastellone nella cui collana, denominata «politica e storia» n. 57, l'opera ha visto la luce).

La seconda opera rappresenta uno straordinario contributo per la ricostruzione della «teoria dello Stato» in chiave moderna, come risulta dalla originale introduzione del politologo bolognese Carlo Galli. Grazie a tale fondamentale contributo si confuta decisamente la usuale identificazione della tradizione vittoriana con quella teologico-politica. E ciò grazie alla rifondazione del potere militare e civile come "basamento" unico dello Stato moderno. Alla luce di tale impostazione si riaffrontano le quattro questioni classiche del *De iure belli*, dedicate rispettivamente alla liceità generale della guerra, all'autorità esclusiva di operare la dichiarazione di guerra, alle ragioni ed alle cause giuste della medesima, nonché, infine, alla giustizia degli atti compiuti ed alla loro misura in occasione di una guerra giusta. Conclusivamente valutata la prima traduzione italiana del *De iure* vittoriano ne "laicizza" il ruolo ed il significato, aprendo un sorprendente confronto con il successivo *De iure* groziano di un secolo dopo.

Intermedia tra le due opere indicate è quella dedicata al *De re militari et bello* del giurista piemontese di Alba, Pietrino Belli. Già nel secolo scorso, la sua opera è stata inclusa nei *classics* della scienza del diritto internazionale, ma senza che finora fosse apparsa una traduzione italiana sinottica a quella dell'originario testo latino. Trattasi, in realtà, di un vero e proprio trattato di concezione e struttura poderose come ha sottolineato la sempre raffinata introduzione di Benedetto Conforti, autore di un'analisi dettagliata e penetrante delle undici parti di cui si compone l'opera. Non è certo sorprendente tale riconoscimento accademico se si considera che lo stesso Grozio aveva rilevato la mancata citazione di Belli nell'opera dell'altro grande italiano Alberico Gentili, da sempre ritenuto specialista del settore. Ed in realtà trattasi di un'opera multidisciplinare comprensiva della storia militare, della teoria delle istituzioni politiche e di governo, nonché del diritto bellico nel suo doppio *voleto* interno ed internazionale. La inusuale imponenza di quest'opera ha così consentito ad uno specialista, come il Conforti, una sostanziale "modernizza-

zione" del trattato cinquecentino nei termini del diritto internazionale «bellico» e «non bellico» dell'attualità contemporanea. Si chiarisce, così, come nella "casa comune" degli internazionalisti esista spazio, ora come allora, per una proficua collaborazione tra giuristi accademici e giuristi istituzionali nel comune intento di rendere un utile servizio alla teoria ed alla pratica. Singolare coincidenza risulta, infine, quella della voluta destinazione dell'opera in oggetto non solo ai funzionari civili e militari, ma anche ai giudici civili e penali («*iudicibus*»).

Complessivamente le tre opere qui recensite impongono un grande rispetto al lettore e testimoniano una comune esigenza di costituzionalismo ed internazionalismo grazie alla riutilizzazione dei classici su cui si è formata la moderna dottrina all'epoca delle grandi monarchie nazionali e delle prime repubbliche europee, ivi comprese quelle italiane pre-unitarie. E se l'esperienza del secolo XX si è conclusa nella crisi, palese ed evidente, dell'internazionalismo "pacifista" restano, ciononostante, tradizioni non trascurabili dell'internazionalismo *tout court*. Al risveglio di tali complessive tradizioni, le iniziative suindicate di grande Cultura e di grande Editoria hanno, senza dubbio, apportato un contributo unico ed irripetibile per la storia dell'Europa del secolo XXI.

**Massimo Panebianco**

### **Libri ricevuti nell'anno 2006**

*(con riserva di recensione)*

ASTUTI M. - CASTOLDI F., *Pacchetto igiene - Le nuove norme comunitarie - Obblighi e adempimenti per le imprese agricole e agroalimentari*, I libri di Agrisole - Il Sole 24 Ore, 2006

BIANCHI A. - GESTRI M. (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2006

BIANCHI D., *La politique agricole commune (PAC). Toute la PAC, rien d'autre que la PAC!*, Bruxelles, Bruylant, 2006

BOSCO G., *Dionisio Anzilotti - L'attività diplomatica e giurisdizionale*, Milano, Edizioni Nagard, 2006

CASSESE S., *Oltre lo Stato - Verso una costituzione globale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006

CLERICI A. - RUBINO V., *La nuova disciplina comunitaria sull'igiene delle produzioni alimentari*, vol. II, aggiornamento 2006, Alessandria, Editrice Taro, 2006

CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Collana «Grands écrits», ristampa dell'opera pubblicata dalla Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence à Paris nel 1970, Bruxelles, Bruylant, 2006

GAMBINO S. (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006

GERMANÒ A. - ROOK BASILE E., *Diritto agrario*, Torino, Giappichelli, 2006

- IVONE D., *Alcide De Gasperi nella storia dell'Italia repubblicana a cinquant'anni dalla morte*, Atti del Convegno di Studio di Salerno, 28-30 ottobre 2004, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006
- LABOUZ M.-F. - PHILIP C. - SOLDATOS P. (sous la direction de), *L'Union européenne élargie aux nouvelles frontières et à la recherche d'une politique de voisinage*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- LENAERTS K. - VAN NUFFEL P. (editor: Robert Bray), *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2005
- MORIGI P., *Il controllo di gestione nella pubblica amministrazione locale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2006
- NICOLINI G., *Immissione in commercio del prodotto agro-alimentare. Regole comunitarie e competenze dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Gli alimenti e i mangimi geneticamente modificati*, Torino, Giappichelli, 2005
- NOGLER L., *Le attività autonome*, Torino, Giappichelli, 2006
- PATTI S. - STEIN U. - BARIATTI S. - BECKER C. - SALAZAR L. - NEHM K., *Klauselrichtlinie Mobiliarsicherheiten Strafverfolgung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2005
- PICOZZA E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006
- RAVASI G. - BERUTO G. L., *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, Milano, Edizioni Nagard, 2005
- SILANO M. - SILANO V., *Prodotti di origine vegetale in medicina, alimentazione, erboristeria e cosmetica*, Milano, Tecniche Nuove, 2006
- TESAURO G., *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006
- TRINCIA G., *Il cittadino europeo - Un viaggio attraverso diritti e doveri*, Roma, Cide, 2006
- ZAGREBELSKY G., *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006

**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

ANNA AMENDOLA, *Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno*

HOLGER BACKU, *Membro del Comitato Direttivo Centrale della società Inter Europe AG European Law Service - Düsseldorf (Germania)*

MARCO BORRACCETTI, *Ricercatore di Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - Polo di Forlì*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ANTONIO FURLANETTO, *Direttore di InterEurope Italia - Trento*

MIRIAM IMMEDIATO, *Cultore di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

FEDERICA MORRONE, *Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale / Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

GABRIELLA ROMANO, *Funzionario presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

VALERIO SANGIOVANNI, *Avvocato in Milano; Rechtsanwalt in Francoforte sul Meno*

ANDREA SONCINI, *Avvocato in Parma e Milano*

MARIA TERESA STILE, *Dottore di ricerca in Diritto della concorrenza e del mercato dell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli "Federico II"; assegnista di ricerca presso la medesima Università*



## ARTICOLI

---

### **GATS, SERVIZI DI TELECOMUNICAZIONE E PROBLEMI DI INTERAZIONE TRA SCAMBI E CONCORRENZA: ALCUNE RIFLESSIONI ALLA LUCE DEL CASO *TELMEX***

**Sommario:** *Premessa - 1. Accordi OMC e disciplina della concorrenza - 2. Le regole antitrust contenute negli allegati e strumenti connessi al GATS nel settore delle telecomunicazioni - a. L'Allegato sulle telecomunicazioni di base («Allegato») - b. Il «Reference Paper» («RP») - 3. Il caso Teléfonos de México («Telmex») deciso dagli organi giudicanti dell'OMC: alcune considerazioni introduttive - 4. Segue: La situazione del mercato messicano delle telecomunicazioni - 5. Segue: L'accusa statunitense nei confronti del Messico - 6. Segue: Il rapporto del panel. In particolare, la violazione della Sezione I del RP - a. La natura di «fornitore principale» attribuita a Telmex - b. La nozione di «pratiche anticoncorrenziali» - c. I comportamenti anticoncorrenziali richiesti dal diritto interno come ostacolo all'applicazione della Sezione I («state action defense») - d. L'obbligo di mantenere «misure adeguate» al fine di prevenire condotte anticoncorrenziali da parte di un fornitore principale - 7. Conclusioni.*

#### **Premessa**

Malgrado la sensibile riduzione degli ostacoli tariffari e non tariffari originata dai successivi *round* di negoziati commerciali, esiste il timore che i mercati nazionali siano mantenuti "artificialmente" isolati a causa della presenza di pratiche anticoncorrenziali d'impresa. Infatti, dato l'abbassamento degli ostacoli "pubblici" all'importazione e all'esportazione di beni e servizi, gli Stati devono oggi fare i conti con la possibilità che i benefici derivanti dalla liberalizzazione siano compromessi da condotte di natura "privata", attuate cioè da persone fisiche e giuridiche private, tese a restringere il gioco della concorrenza internazionale. Tale fenomeno – in cui si è ravvisata una sorta di

«privatizzazione del protezionismo»<sup>1</sup> – manifesta tutta la sua gravità laddove gli Stati siano "responsabili" insieme alle imprese, a seguito dell'applicazione o non applicazione di misure di regolazione statale, delle pratiche restrittive poste in essere da queste ultime e, perciò, si servano delle restrizioni alla concorrenza come strumento di politica commerciale, in funzione protettiva dell'industria nazionale. Sono queste le c.d. restrizioni «ibride»<sup>2</sup>. La natura ibrida delle restrizioni può essere intesa in un duplice significato: da un canto, si tratta di pratiche che restringono tanto la concorrenza quanto il commercio; dall'altro, l'effetto restrittivo è frutto della "sinergia" dell'azione privata e di quella pubblica, che si confondono fra loro a detrimento delle relazioni commerciali. Si pensi, per esempio, a tutti i casi in cui uno Stato imponga, favorisca o tolleri attività anticoncorrenziali d'impresa pregiudizievoli alle importazioni. Tali restrizioni, a causa di una *lacuna normativa* nel sistema commerciale multilaterale, finiscono per godere di una sorta di "impunità", giacché sfuggono sia al controllo del diritto *antitrust*, che si occupa per definizione delle pratiche restrittive (condotte private pure e semplici), sia alle maglie del diritto del commercio internazionale, che è destinato a disciplinare le misure statali in campo commerciale (condotte di rilevanza pubblicistica). In effetti, mentre il diritto della concorrenza è messo fuori gioco, nello Stato esportatore (che subisce gli effetti della restrizione), dalla dimensione territoriale della disciplina *antitrust* interna, oppure dai limiti della sua applicazione extraterritoriale, e, nello Stato importatore (che concorre a produrre gli effetti restrittivi), dall'intervento favorevole, o quanto meno acquiescente, delle autorità nazionali nei confronti delle attività anticoncorrenziali in questione, il diritto del commercio internazionale non è di regola abbastanza flessibile o evoluto per affrontare il problema delle restrizioni ibride. La suddetta "lacuna" del sistema commerciale multilaterale sembra dovuta alla rigida e netta demarcazione, ancora oggi predominante, tra la disciplina della concorrenza e quella degli scambi commerciali – tuttora per lo più concepite come "compartimenti stagni" o "scatole separate" – e, dunque, alla mancanza di un approccio eclettico ed unitario al problema dell'interazione fra le due sfere di disciplina.

<sup>1</sup> E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, *JIEL*, 2006, p. 271; E. M. FOX, *International Antitrust and the Doha Dome*, in *Virginia JIL*, 2003, p. 927. L'espressione è stata utilizzata, per la prima volta, da Eastman Kodak Company in un reclamo proposto nel 1995 al *US Trade Representative* contro il Giappone, avente ad oggetto pratiche escludenti nel mercato della carta e delle pellicole fotografiche; reclamo cui è seguita un'azione del Governo degli Stati Uniti in ambito OMC, che ha dato inizio alla famosa controversia Kodak-Fuji (v. *infra*, par. 1).

<sup>2</sup> Sulle c.d. «hybrid restraints» v. tra gli altri, E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, *loc. cit.*, p. 271 ss.; E. M. FOX, *Toward World Antitrust and Market Access*, *AJIL*, 1997, p. 1 ss.



## 1. Accordi OMC e disciplina della concorrenza

Come è noto, gli accordi OMC contengono una serie di regole attinenti alla materia della concorrenza<sup>3</sup>. Sebbene fortemente eterogenee quanto al loro contenuto, tali disposizioni presentano il comune carattere di fare riferimento alla necessità di creare e preservare condizioni di competitività sui mercati. Si tratta di norme indirizzate agli Stati, e che non riguardano direttamente la condotta delle imprese, il cui fine è di evitare l'adozione di misure in grado di influire sulla concorrenza e, quindi, di impedire la possibilità che abbia luogo un'apertura dei mercati secondo le modalità previste dal sistema commerciale multilaterale<sup>4</sup>.

L'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT) detta alcune regole attinenti ai monopoli all'importazione e ai monopoli commerciali statali, rispettivamente, agli artt. II, par. 4, e XVII, par. 1. L'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) comprende invece norme relative alla concorrenza nell'ambito degli artt. VIII e IX, par. 1. Accanto a queste norme di carattere generale si collocano le norme "settoriali" contenute negli allegati e strumenti connessi al GATS: l'art. 5 dell'Allegato sulle telecomunicazioni e il c.d. *Reference Paper*, che si riferiscono al libero accesso alle reti pubbliche di telecomunicazioni e alla prevenzione dei comportamenti abusivi da parte degli organismi di telecomunicazione ex monopolisti, nonché i par. 1 e 10 della Sezione B dell'Accordo sui servizi finanziari, aventi ad oggetto l'eliminazione dei diritti di monopolio e degli altri ostacoli interni alla libera prestazione dei servizi finanziari. L'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs) reca, a sua volta, alcune disposizio-

<sup>3</sup> Cfr. in proposito i seguenti documenti: OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements: A Post-Uruguay Round Overview of WTO Agreements*, COM/TD/DAFFE/CLP(98)26/FINAL, 1999; European Commission, *Communication submitted by Sir Leon Brittan and Karel Van Miert, Towards an International Framework of Competition Rules, Communication to the Council*, COM(96)284, 1996, p. 5. In dottrina si vedano in generale: M. MATSUSHITA, *Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy*, in *Washington University Global Studies LR*, 2004, p. 363 ss.; R. D. ANDERSON - P. HOLMES, *Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System*, *JIEL*, 2002, p. 531 ss.; D. VOILLEMOT - A. THILLIER, *WTO and Competition Rules*, in *International Antitrust LP - Annual Proceedings* (Fordham Corp. L. Inst.), 2000, New York, p. 43 ss.; H. KOBAYASHI, *The World Trade Organization and Competition Policy*, in *International Antitrust LP - Annual Proceedings* (Fordham Corp. L. Inst.), 1997, New York, p. 27 ss.; B. HINDLEY, *Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement*, in J. N. BHAGWATI - R. E. HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade? Vol. 2: Legal Analysis*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 333 ss.; W. FIKENTSCHER, *Competition Rules for Private Agents in the GATT/WTO System*, in *Aussenwirtschaft*, 1994, p. 281 ss.; E. U. PETERSMANN, *International Competition Rules for the GATT-WTO World Legal System*, *JWT*, 1993, p. 35 ss. Cfr. altresì, A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, *Emerging WTO Competition Jurisprudence and its Possibilities for Future Development*, in *Northwestern JILB*, 2004, p. 441 ss.; G. ADINOLFI, *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust fra politica commerciale e politica della concorrenza*, in AA.VV., *Comunicazioni e Studi*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 419 ss.

<sup>4</sup> G. ADINOLFI, *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust*, loc. cit., p. 420.

ni a proposito delle clausole restrittive della concorrenza di cui si faccia uso nei contratti di trasferimento di tecnologia (artt. 8 e 40). Norme sulla concorrenza, infine, sono contenute in altri accordi multilaterali compresi nell'Allegato 1A, che si occupano di alcune forme di barriere non tariffarie allo scambio di merci in generale (è il caso dell'Accordo sulle misure relative agli investimenti e dell'Accordo sulle sovvenzioni), oppure provvedono ad ancorare le azioni di salvaguardia previste dall'art. XIX dello stesso GATT a regole più precise e a condizioni più rigorose (si pensi all'Accordo sulle misure di salvaguardia).

L'inserimento di queste disposizioni nel sistema commerciale multilaterale è stato determinato dall'esigenza di affrontare alcuni tra gli aspetti di maggiore pregnanza e immediata percezione, nell'ambito specifico delle materie disciplinate dai singoli accordi commerciali, dei problemi legati all'interferenza della sfera interna della concorrenza con quella propria degli scambi internazionali. Esse mirano ad impedire, in generale, che possa sussistere un pregiudizio ai flussi di interscambio commerciale a causa della *struttura di mercato* di un determinato bene o servizio (e, dunque, per effetto di un fenomeno di c.d. «discriminazione indiretta»)<sup>5</sup>. Infatti, le regole in parola hanno in linea di massima lo scopo di garantire un'effettiva apertura dei mercati, e segnatamente di evitare il rischio – comune a molti settori economici tra i quali spicca quello delle telecomunicazioni – che, malgrado la eliminazione delle barriere commerciali, la presenza di monopoli (o imprese altrimenti dominanti) e il conseguente emergere di situazioni abusive o di sfruttamento<sup>6</sup>, *impediscono* l'accesso, o consentano un accesso *limitato*, ai mercati che sono stati liberalizzati<sup>7</sup>. In sostanza, esse si propongono di contrastare quelle "pratiche" che, pur ricadendo per loro natura nel "dominio" del diritto *antitrust*<sup>8</sup>, si prestano ad essere utilizzate dai membri per aggirare gli impegni presi in sede di negoziati multilaterali, o possono rendere comunque vani i tentativi di liberalizzazione internazionale di un dato settore.

<sup>5</sup> Si tratta di una forma subdola di discriminazione di cui gli Stati si avvalgono per creare nel mercato di riferimento impedimenti "strutturali" all'accesso di concorrenti stranieri. Per un approfondimento sui concetti di discriminazione "diretta" e "indiretta" si rimanda a V. CHIMIENTI, *La rilevanza dei principi fondamentali OMC rispetto alla politica della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 891, soprattutto p. 902 ss.

<sup>6</sup> Oppure l'adozione di misure in grado di incidere sulla competitività dei mercati esteri (come quelle che autorizzano i cartelli all'esportazione anche quando si risolvano in una restrizione alle esportazioni).

<sup>7</sup> Cfr. OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements*, cit. *supra*, nota 3, p. 4, par. 2: «In some instances, the removal of border trade barriers may provide only limited market access in the absence of action on, for example, monopoly or market dominance issues».

<sup>8</sup> V. OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements*, loc. cit., *ibid.*: «Such matters – from a domestic policy perspective – may be the prime subject matter of competition policy».

Se è vero che la materia della concorrenza non è estranea agli accordi OMC, è anche vero che le regole *antitrust* dell'OMC hanno una portata *limitata* per almeno una (o più) delle seguenti ragioni: *i.* sono tra loro slegate, sparse e di natura settoriale<sup>9</sup>; *ii.* provvedono a regolamentare soltanto determinati casi o fattispecie; *iii.* hanno carattere puramente programmatico<sup>10</sup>. L'inadeguatezza delle suddette regole è peraltro aggravata dal fatto che, al di fuori del loro ambito materiale di applicazione, il sistema OMC di soluzione delle controversie si scopre impotente e assolutamente incapace di evitare che un uso distorto della concorrenza abbia l'effetto di neutralizzare i benefici delle norme commerciali. La controversia *Kodak-Fuji* – il primo tentativo di rimediare a fenomeni di interazione tra scambi e concorrenza (di cui ci siamo ampiamente occupati in altra sede<sup>11</sup>) – ha infatti dimostrato che il meccanismo dei reclami senza infrazione è tutt'altro che adatto a "riparare" gli effetti pregiudizievoli derivanti al commercio dalle restrizioni ibride<sup>12</sup>. Nel caso *Kodak-Fuji* gli Stati Uniti, che accusavano il Giappone di avere adottato alcune misure di regolazione nazionale per favorire pratiche escludenti nel mercato della carta e delle pellicole fotografiche, avevano presentato all'OMC un reclamo senza infrazione (in inglese, «*violation complaint*»), ma il ricorso statunitense si era rivelato infruttuoso, avendo il *panel* ritenuto che non fosse ravvisabile una discriminazione avverso stranieri (le misure apparivano formalmente neutrali quanto alla nazionalità delle imprese), né (in un numero significativo di casi) alcuna frustrazione di legittime aspettative da parte degli

<sup>9</sup> In una Comunicazione della Commissione europea del giugno 1996 si legge infatti che «the scope of these provisions remains very limited for the effective control of anticompetitive practices at the international level. More importantly, the lack of more comprehensive multilateral principles and standards for the application and enforcement of competition policies, may undermine past and present international trade liberalisation efforts». Cfr. European Commission, *Communication submitted by Sir Leon Brittan and Karel Van Miert, cit. supra*, nota 3, p. 5.

<sup>10</sup> Particolare importanza riveste ai nostri fini l'Accordo sui servizi finanziari, il quale enuncia alcuni principi in materia di concorrenza nei par. 1 e 10 della Sezione B, intitolata «Market Access». Il par. 1, oltre a richiedere che gli Stati membri indichino nella lista di concessioni relativa ai servizi finanziari l'eventuale esistenza di diritti di monopolio, invita gli stessi ad eliminare o ridurre la portata di questi diritti («[Each Member] (...) shall endeavour»). Il valore programmatico, prima ancora che precettivo, della disposizione è intuitivo, assicurandosi semplicemente l'"impegno" dei membri ad attivarsi in futuro al fine di limitare in qualche modo l'incidenza dei monopoli in materia finanziaria, in maniera da lasciare libero gioco alla concorrenza anche internazionale. Per quanto riguarda il par. 10, ogni Stato membro si "impegna" («Each Member shall endeavour») a rimuovere o limitare gli effetti negativi prodotti nei confronti di altri membri da misure non discriminatorie, quali le restrizioni alla gamma di servizi finanziari che possono essere forniti o i limiti di natura territoriale all'espansione delle attività finanziarie e, più in generale, da ogni altra misura che, pur essendo compatibile con l'Accordo, incida negativamente sulla capacità dei prestatori stranieri di servizi finanziari di penetrare il mercato dello Stato membro in questione o anche soltanto di operare e competere in tale mercato. Pertanto, anche la norma appena illustrata non ha natura propriamente precettiva, ma piuttosto programmatica, in quanto si propone soprattutto di spronare gli Stati membri a contenere in qualche modo l'incidenza negativa sulla concorrenza delle proprie leggi e regolamenti in materia finanziaria.

<sup>11</sup> V. CHIMIANTI, *La rilevanza dei principi fondamentali OMC*, cit. supra, nota 5, p. 891 ss.

<sup>12</sup> *Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Panel Report, WT/DS44/R, 31 March 1998.

USA (trattandosi di restrizioni già esistenti all'epoca delle concessioni giapponesi)<sup>13</sup>.

Se si guarda alle attuali regole OMC sulla concorrenza e alla loro prassi applicativa, ci si rende subito conto che gli organi giudicanti dell'OMC dispongono di un effettivo potere di attuazione del dato normativo in casi davvero eccezionali, essendo in grado di impedire l'uso della politica di concorrenza come fattore di distorsione degli scambi unicamente quando siano chiamati ad applicare delle regole che, da un lato, non hanno mero valore programmatico e, dall'altro, sono suscettibili di affrontare a tutto campo ed indiscriminatamente i problemi d'interazione tra commercio e politica della concorrenza. Si deve purtroppo constatare, però, che regole del genere rappresentano al momento una rarità. Un esempio forse più unico che raro è quello della c.d. «clausola *antitrust*» contenuta nel *Reference Paper*, un testo connesso al GATS sulle telecomunicazioni di base che *obbliga* gli Stati membri, ai sensi della Sezione 1, a prendere «misure adeguate» per evitare che, da parte dei c.d. operatori principali si faccia uso o si persista nell'uso di pratiche anticoncorrenziali<sup>14</sup>. Tale clausola ha formato, di recente, l'oggetto di una causa instaurata presso l'OMC dagli Stati Uniti – *Teléfonos de México* (qui di seguito, «*Telmex*»)<sup>15</sup>. Il caso *Telmex* è stato promosso dagli USA contro il Messico, accusato di una serie di violazioni dell'Accordo GATS e di alcuni allegati e strumenti connessi, con specifico riguardo al sub-settore delle telecomunicazioni, ivi compresa la violazione del *Reference Paper* nella parte in cui impone agli Stati membri l'obbligo di attivarsi per prevenire o impedire i comportamenti anticoncorrenziali d'impresa.

Per quanto sussista una notevole differenza tra le due controversie summenzionate (diversamente da *Kodak-Fuji*, nel caso *Telmex* il reclamo è sorto in relazione ad un accordo settoriale allegato al GATS contenente regole di concorrenza e lo Stato resistente non ha mai negato, ma al contrario ammesso di aver fatto quanto gli veniva contestato nel tentativo di raggiungere obiettivi di politica interna come il miglioramento della rete pubblica di trasmissione e l'accesso universale al servizio), il rapporto *Telmex* dimostra che il sistema commerciale multilaterale si presta ad impedire che la politica di concorrenza venga utilizzata dagli Stati membri in modo protezionistico, colpendo anche quelle pratiche "miste" (a metà strada tra pubblico e privato) che ibridamente restringono sia la concorrenza sia il commercio, a patto che nel *corpus* nor-

<sup>13</sup> V. CHIMIENTI, *La rilevanza dei principi fondamentali OMC*, cit. supra, nota 5, p. 909 ss.

<sup>14</sup> Cfr. E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 281: «(...) in telecommunications, at least, the sharp line between public and private restraints made no sense. Telecoms were historically monopolized national markets, most often in the form of a state-owned enterprise».

<sup>15</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, Report of the Panel, WT/DS204/R, 2 April 2004.

mativo dell'OMC siano previste norme statuenti obblighi o divieti *specifici* per gli Stati in materia di misure connesse alla concorrenza.

## 2. Le regole *antitrust* contenute negli allegati e strumenti connessi al GATS nel settore delle telecomunicazioni

Mentre le norme del GATS sono concepite come una disciplina generale e applicabile, in linea di principio, a tutti gli scambi di servizi tra gli Stati membri, le particolari esigenze e caratteristiche intrinseche di alcuni sub-settori del terziario hanno reso necessaria la previsione di regolamentazioni "speciali". Si è così adottato un approccio "settoriale" alla liberalizzazione, mediante l'adozione di pacchetti di norme applicabili solo a determinati servizi. Quest'approccio ha condotto alla redazione di una serie di testi che figurano, in genere, come Allegati al GATS e ne costituiscono parte integrante.

Il settore delle telecomunicazioni – considerato d'importanza strategica per lo sviluppo di tutto il terziario, essendo in grado di facilitare tutti gli altri scambi internazionali di servizi<sup>16</sup> – è tra quelli che beneficiano di una disciplina *ad hoc*. In passato i mercati nazionali delle telecomunicazioni erano dominati dai monopoli di imprese pubbliche o private, con la conseguente esclusione di ogni forma di concorrenza, anche da parte degli organismi stranieri di telecomunicazioni, in considerazione sia dei vantaggi derivanti dalle economie di scala sia dello stretto collegamento esistente tra la disciplina del settore e le esigenze di sicurezza nazionale<sup>17</sup>. Solo negli anni '90 i mercati nazionali delle telecomunicazioni si sono aperti alla concorrenza e hanno posto così i presupposti necessari per la loro liberalizzazione internazionale<sup>18</sup>. In quegli anni, infatti, il settore delle telecomunicazioni è stato caratterizzato da

<sup>16</sup> P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 387. Cfr. pure, G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 160, p. 1 ss. È ampiamente riconosciuto che le telecomunicazioni rappresentano il settore tecnologicamente ed economicamente più avanzato del terziario. Tale progresso nelle telecomunicazioni ha consentito ad altre categorie di servizi di usufruire di nuovi strumenti tecnici in grado di renderne più semplice ed efficiente la fornitura, contribuendo così ad incrementare il volume di transazioni anche in settori diversi dalle telecomunicazioni. V. in proposito, G. VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 104.

<sup>17</sup> Per meglio comprendere la situazione esistente basti pensare che i collegamenti tra le diverse reti nazionali, indispensabili per la realizzazione delle telecomunicazioni internazionali, erano basati su accordi di collaborazione tra i gestori nazionali monopolisti e non già tra gli Stati interessati. Per giunta, in seno all'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (UIT) – l'organizzazione internazionale creata nel 1865 per risolvere i problemi connessi agli aspetti transnazionali delle telecomunicazioni – gli Stati erano rappresentati proprio dai gestori nazionali. Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, loc. cit., *ibid.*

<sup>18</sup> Cfr. A. F. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford, OUP, 2002, Charter 6: «The [telecoms'] negotiations in the WTO were consistent with the general wave of privatization and deregulation, which in turn was consistent with opening up of at least some competition within states and across national frontiers».

programmi nazionali di privatizzazione e deregolamentazione, i quali hanno prodotto come conseguenza la caduta dei monopoli e l'apertura dei mercati alla concorrenza. Tale mutamento ha inciso sui negoziati dell'*Uruguay Round*, in quanto i Paesi industrializzati hanno cercato sin dall'inizio di inserire nelle trattative anche il settore delle telecomunicazioni. Tuttavia i risultati ottenuti al termine del negoziato hanno consentito una liberalizzazione solo parziale, in quanto impegni in materia di telecomunicazioni sono stati assunti con riguardo ai servizi a valore aggiunto, attraverso la predisposizione dell'Allegato sulle telecomunicazioni (*Annex on Telecommunications*) – uno strumento allegato al GATS il quale enuncia gli obblighi specifici dei Membri in relazione alla liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni a valore aggiunto – mentre sono rimaste escluse le telecomunicazioni di base<sup>19</sup>. Quanto a queste ultime, l'Allegato sui negoziati in materia di telecomunicazioni di base (*Annex on Negotiations on Basic Telecommunications*), un altro documento allegato al GATS che ha ormai perso di importanza, si limitava a sospendere l'applicazione del trattamento generalizzato della nazione più favorita fino alla conclusione di uno specifico negoziato. Tale negoziato supplementare ha avuto esito positivo il 15 febbraio 1997, quando rilevanti impegni di liberalizzazione sono stati assunti in relazione alle telecomunicazioni di base, giungendosi alla firma del IV Protocollo allegato al GATS<sup>20</sup>. In aggiunta, i Membri dell'OMC hanno adottato, sempre nel corso del 1997, il c.d. *Reference Paper*<sup>21</sup>, un testo che fornisce le definizioni e regole generali che presiedono agli impegni contenuti nel IV Protocollo GATS sulle telecomunicazioni di base, quali la possibilità per i gestori stranieri di utilizzare le reti già esistenti, la tutela della concorrenza, la garanzia della trasparenza delle procedure per la concessione delle licenze, la questione dell'interconnessione e l'indipendenza del regolatore nazionale<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> In linea di principio, è possibile distinguere tra le comunicazioni «di base» e quelle «a valore aggiunto». Le prime sono costituite dai servizi nei quali il gestore si limita a mettere a disposizione dell'utente la rete, senza in alcun modo processare le informazioni (si pensi alla telefonia vocale, al servizio fax o alla trasmissione dati via *internet*); le seconde comportano, da parte del fornitore del servizio, anche il trattamento e lo stoccaggio delle informazioni trasmesse (è il caso, ad esempio, del servizio di posta elettronica). V. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. *supra*, nota 16, p. 388.

<sup>20</sup> Tale strumento è entrato in vigore il 5 febbraio 1998 per 72 membri dell'OMC, tra i quali la Comunità europea.

<sup>21</sup> Per un commento si veda M. BRONCKERS, *The WTO Reference Paper on Telecommunications: A Model for WTO Competition Law?*, in (eds.) M. BRONCKERS - R. QUICK, *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of J. H. Jackson*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 371 ss.

<sup>22</sup> V. in argomento, G. VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. *supra*, nota 16, p. 105 ss. Cfr. altresì, P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, loc. cit., p. 388 ss.

Norme sulla concorrenza sono contenute sia nell'Allegato sulle telecomunicazioni sia nel *Reference Paper*<sup>23</sup>.

a. *L'Allegato sulle telecomunicazioni di base («Allegato»)*

Un'effettiva liberalizzazione del settore in questione passa attraverso la possibilità, per qualunque fornitore, di accedere liberamente ad una rete pubblica di telecomunicazioni<sup>24</sup>. Per questa ragione, l'art. 5(a) dell'Allegato sulle telecomunicazioni di base (in breve, «Allegato») enuncia in capo agli Stati membri un obbligo generale di concedere ai fornitori di tutte le altre parti l'accesso alle reti e ai servizi pubblici di trasporto delle telecomunicazioni ed il loro uso, «on reasonable and non-discriminatory terms and conditions», assicurando in tal modo il principio dell'accesso non discriminatorio alle diverse reti nazionali; lo stesso articolo, alla lett. b., prevede l'ulteriore obbligo per ogni Stato di assicurare l'accesso e l'uso delle linee prese in affitto o acquistate da imprese private (*private leased circuits*), nonché la possibilità di interconnettere tali linee alle reti e ai servizi pubblici di trasporto delle telecomunicazioni<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sulle regole OMC di concorrenza rinvenibili in materia di telecomunicazioni si vedano, tra gli altri, P. GUERRIERI, *Global Governance and Telecommunications Regimes*, in P. GUERRIERI - H.-E. SCHARRER (eds.), *Trade, Investment and Competition Policies in the Global Economy: The Case of the International Telecommunications Regime*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 423 ss.; C. A. PRIMO BRAGA - C. FINK - B. HOEKMAN, *Telecommunications-Related Services: Market Access, Deeper Integration and the WTO*, in P. GUERRIERI - H.-E. SCHARRER (eds.), *Trade, Investment and Competition Policies*, loc. cit., p. 401 ss.; G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza*, cit. supra, nota 16, p. 1 ss.; M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, *JWT*, 1997, p. 5 ss.; P. HOLMES - J. KEMPTON - F. MCGOWAN, *International Competition Policy and Telecommunications - Lessons from the EU and Prospects for the WTO*, in *Telecommunications Policy*, 1996, 10, p. 756 ss. Cfr. altresì, OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements*, cit. supra, nota 3, p. 14 ss., par. 3, nonché OECD, *Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications*, COM/TD/DAFFE/CLP(99) 12/FINAL, 1999.

<sup>24</sup> Per «rete di telecomunicazione» si intende il sistema di apparecchiature di commutazione e altre risorse che permettono la trasmissione di segnali tra punti terminali di rete definiti con mezzi a filo, radio, ottici o altri mezzi elettromagnetici; la rete si definisce «pubblica» quando è utilizzata, in tutto o in parte, per fornire servizi di telecomunicazione a disposizione del pubblico. Cfr. art. 3(b) e (c) dell'Allegato.

<sup>25</sup> L'esigenza di norme in grado di assicurare l'accesso ai mercati è particolarmente sentita nel settore delle telecomunicazioni in quanto quest'ultimo risulta caratterizzato da due esigenze contrapposte: da un lato, la necessità di offrire a tutti i residenti sul territorio di uno Stato l'opportunità di accedere alle reti di telecomunicazioni e, dall'altro, la considerazione che la fornitura di determinati servizi in zone a bassa densità di popolazione o a bassa percentuale di utilizzazione potrebbe costituire un costo eccessivo per il fornitore (si pensi ai servizi ad alta tecnologia, i quali necessitano di apposite reti, come ad esempio le reti a fibre ottiche). Proprio in questi casi "limite" potrebbero verificarsi interventi statali volti a limitare la concorrenza (eventualmente attribuendo ad un'impresa diritti speciali o esclusivi a condizione che essa offra il servizio su tutto il territorio nazionale) o a favorire determinati operatori nazionali a discapito di quelli stranieri (ad esempio durante le procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici), al fine di tutelare particolari interessi pubblici, quale potrebbe essere, tra gli altri, quello alla diffusione di un determinato servizio su tutto il territorio. Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. supra, nota 16, p. 388.

b. *Il «Reference Paper» («RP»)*

Di maggiore interesse risultano le disposizioni – la cui stipulazione si è rivelata assai controversa – che il *Reference Paper* (in breve, «RP») ha introdotto in tema di pratiche restrittive della concorrenza, molto frequenti nel settore dei servizi e soprattutto in quello delle telecomunicazioni, sia da parte dei gestori pubblici sia degli altri operatori, e nei confronti delle quali le legislazioni nazionali sono sovente inadeguate<sup>26</sup>.

Tali disposizioni, raccolte nella Sezione 1 del *RP* sotto la rubrica «Competitive safeguards», sono considerate come il più "elaborato" insieme di regole di concorrenza rinvenibile nel complesso normativo dell'OMC<sup>27</sup>. Esse si giustificano in ragione del fatto che, a seguito dei programmi nazionali di privatizzazione e deregolamentazione di cui sono stati oggetto nello scorso decennio i mercati delle telecomunicazioni, in particolare quelli dei Paesi europei e degli Stati Uniti, e della conseguente apertura alla concorrenza anche da parte di operatori stranieri, gli Stati membri dell'OMC hanno presto compreso la necessità di evitare che la caduta dei monopoli, l'apertura dei mercati alla concorrenza e la successiva liberalizzazione internazionale di un settore strategico come quello delle telecomunicazioni fossero rese inutili dall'emergere di pratiche anticoncorrenziali, specie di iniziative abusive o di sfruttamento ad opera di imprese dominanti, volte a limitare l'accesso ai mercati già liberalizzati<sup>28</sup>. Sebbene dal punto di vista linguistico l'espressione «Competitive safeguards» induca a pensare alle c.d. clausole di salvaguardia, ossia alle norme OMC volte a giustificare l'eccezionale applicazione di misure protezionistiche da parte degli Stati membri, in questo contesto l'espressione va dunque intesa come riferita alla tutela concessa agli operatori stranieri di telecomunicazioni – coloro i quali beneficiano dall'apertura dei mercati – nei confronti delle pratiche anticoncorrenziali attuate dai fornitori principali, al fine di evitare che lo Stato straniero "privatizzi" il protezionismo, tollerando in pratica quello messo in atto dai fornitori stessi<sup>29</sup>.

Le «Competitive safeguards» sanciscono obblighi – anzi, come si è detto, «the only set of antitrust prohibitions in the WTO»<sup>30</sup> – che, per quanto riguarda gli organismi di telecomunicazioni (qui di seguito, «OT») un tempo beneficiari di monopoli legali, cioè di attività ad essi "riservate" *ex lege*, o comun-

<sup>26</sup> G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza*, cit. supra, nota 16, p. 154.

<sup>27</sup> In tal senso, P. HOLMES - J. KEMPTON - F. MCGOWAN, *International Competition Policy and Telecommunications*, cit. supra, nota 23, p. 756. In senso conforme, M. BRONCKERS - P. LAROUCHE, *Telecommunications Services*, cit. supra, nota 23, p. 43.

<sup>28</sup> Cfr. E. M. *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 277: «(...) here was a point at which the symbiosis between trade and competition could not be denied».

<sup>29</sup> E. M. *The WTO's First Antitrust Case*, loc. cit., p. 281 ss.

<sup>30</sup> Così, E. M. *The WTO's First Antitrust Case*, loc. ult. cit., p. 273.



que titolari di diritti esclusivi o speciali<sup>31</sup>, sono complementari rispetto a quelli imposti dall'Accordo GATS<sup>32</sup>. In particolare, la Sezione 1 del *RP*, definita in dottrina «antitrust clause»<sup>33</sup>, recita come segue:

«1. Competitive safeguards

1.1. Prevention of anti-competitive practices in telecommunications

Appropriate measures shall be maintained for the purpose of preventing suppliers who, alone or together, are a major supplier from engaging in or continuing anti-competitive practices.

1.2. Safeguards

The anti-competitive practices referred to above shall include in particular:

*a.* engaging in anti-competitive cross-subsidization;

<sup>31</sup> Per «diritti speciali o esclusivi» si intendono in questa materia i diritti concessi da uno Stato membro o da un'autorità pubblica a un numero limitato di organismi pubblici o privati, mediante uno strumento legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica, riserva loro la fornitura di un servizio o la svolgimento di una determinata attività. Per fare un esempio tutto italiano, si pensi che ENEL, FS, ENI, IRI, INA, ecc., prima della loro trasformazione in s.p.a., erano beneficiari di monopoli legali, cioè di attività ad essi riservate per legge. Poiché l'art. 43 della Costituzione consente monopoli *ex lege* solo a favore dello «Stato», di «enti pubblici» o di «comunità di lavoratori o di utenti», al momento della loro trasformazione si decise di conservare a titolo di concessione i monopoli legali degli ex enti pubblici in capo alle nuove s.p.a. derivanti dalla trasformazione (e destinate alla vendita a privati), nel senso che alle nuove società, nascenti dalle costole dei vecchi enti, i monopoli non furono più attribuiti in titolarità diretta ma solo per concessione statale ventennale. Cfr. F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 34.

<sup>32</sup> M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 23, p. 26. Tale concetto è stato ribadito in sede OMC nel caso *Telmex*. Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 15, par. 7.237: «(...) An analysis of the Reference Paper commitments shows that Members recognized that the telecommunications sector, in many cases, was characterized by monopolies or market dominance. Removing market access and national treatment barriers was not deemed sufficient to ensure the effective realization of market access commitments in basic telecommunications services. Accordingly many Members agreed to additional commitments to implement a pro-competitive regulatory framework designed to prevent continued monopoly behaviour, particularly by former monopoly operators, and abuse of dominance by these or any other major suppliers. Members wished to ensure that market access and national treatment commitments would not be undermined by anti-competitive behaviour by monopolies or dominant suppliers, which are particularly prevalent in the telecommunications sector. Mexico's Reference Paper commitment to the prevention of "anti-competitive practices" by major suppliers has to be read in this light» (corsivo aggiunto).

Il *panel Telmex* si è soffermato a lungo anche sul rapporto intercorrente tra il *RP* e l'Allegato, sostenendo che, sebbene gli obblighi in essi sanciti siano entro una certa misura sovrapponibili, esistono in ogni caso tra i due strumenti alcune differenze importanti. Anzitutto, l'Allegato enuncia obblighi generali per l'accesso e l'uso della rete e dei servizi pubblici di trasporto delle telecomunicazioni nei confronti di *tutti* i membri e di *tutti* i tipi di telecomunicazioni. Di contro, quelli inseriti nel *RP* sono impegni "aggiuntivi" che si applicano più specificamente agli Stati membri che hanno accettato di includerli nella propria lista di concessioni e con solo riguardo ai servizi di telecomunicazione di base. In secondo luogo, mentre l'Allegato si applica a tutti gli operatori di rete e servizi pubblici di trasporto delle telecomunicazioni, a prescindere dal loro posizionamento all'interno del mercato di uno Stato membro, gli impegni previsti dal *RP* in materia di interconnessione sono applicabili soltanto agli «operatori principali». In terzo luogo, l'Allegato affronta il tema più ampio dell'«accesso e uso» della rete e dei servizi pubblici di trasporto delle telecomunicazioni, laddove il *RP* si concentra su una serie di «misure a salvaguardia della competitività» e sul problema della «interconnessione». *Ivi*, par. 7.331.

<sup>33</sup> E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. *supra*, nota 1, p. 271 ss.

b. using information obtained from competitors with anti-competitive results; and

c. not making available to other services suppliers on a basis technical information about essential facilities and commercially relevant information which are necessary for them to provide services».

Come si vede, il primo paragrafo della Sezione 1 obbliga gli Stati membri a prendere misure adeguate per evitare che, da parte degli «operatori principali» (in inglese, «*major suppliers*»), in genere ex monopolisti pubblici o privati<sup>34</sup>, si faccia uso o si persista nell'uso di pratiche anticoncorrenziali.

Che cosa si intende esattamente per «operatore principale»? Secondo la definizione contenuta nel *RP*, «[a] major supplier is a supplier which has the ability to materially affect the terms of participation (having regard to price and supply) in the relevant market for basic telecommunications services as a result of: (a) control over essential facilities; or (b) use of its position in the market». L'operatore "principale" è dunque un fornitore che:

i. ha il potere di alterare materialmente le condizioni di partecipazione al mercato rilevante, avuto riguardo al prezzo e alla fornitura (di seguito, «forza di mercato»)<sup>35</sup>;

ii. grazie alla sua forza di mercato, può incidere negativamente sulle condizioni di partecipazione al mercato rilevante per i servizi di telecomunicazioni di base<sup>36</sup>;

<sup>34</sup> OECD, OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements*, cit. supra, nota 3, par. 3, p. 13, in nota. Cfr. anche, E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 282: «(...) a state-owned monopoly or recently privatized dominant firm is presumptively a "major supplier"».

<sup>35</sup> Per quanto riguarda questo primo requisito, taluni hanno sostenuto che il «potere di alterare materialmente le condizioni di partecipazione (avuto riguardo al prezzo e alla fornitura)» al mercato rilevante non corrisponda ad una mera posizione di potere o dominanza, vale a dire alla capacità di agire in maniera indipendente da concorrenti e consumatori, ma indichi l'esercizio di un'influenza sostanziale («*radical influence*») sul mercato, e cioè il potere di escludere, o comunque controllare, la "partecipazione" al mercato stesso, sicché il *RP* avrebbe inteso riferirsi agli OT che occupano nel mercato una posizione dominante di particolare intensità o forza, sono cioè in grado di esercitare il c.d. «*discipline power*». Così, M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. supra, nota 23, p. 24. Il rapporto del *panel* nel caso *Telmex* ha chiarito che «[a] firm has market power if it has the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time, which implies both the ability to maintain prices well above costs, and protection (either governmental limitations or market circumstances) against a rival's entry or expansion». Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 7.153. Del resto, il quadro normativo di base introdotto dall'Unione europea in tema di regime di fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (c.d. *Open Network Provision* - in breve, «*ONP*»), e in particolare la direttiva n. 90/387/Cee del Consiglio del 28 giugno 1990 sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione e la fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni, nell'intento di giustificare l'imposizione degli obblighi "speciali" di cui al *RP*, parla di OT «che detengono una quota di mercato significativa».

<sup>36</sup> Il requisito in questione individua la nozione di operatore principale avendo riguardo al mercato rilevante «per i servizi di telecomunicazioni di base». Tale riferimento, che appare strettamente connesso alla sfera applicativa del *RP* (circoscritta com'è ai servizi di telecomunicazioni di base), è stato criticato in dottrina, temendosi che un OT, il quale controlla una rete pubblica di telecomunicazioni, possa essere considerato *major supplier* nel mercato relativo alla trasmissione di dati, ma non già in quello dei servizi Internet e *on-line*, anche se l'OT opera in entrambi i mercati.

iii. la cui forza di mercato deriva dal controllo che esso esercita su infrastrutture essenziali, *oppure* dalla sua posizione nel mercato<sup>37</sup>.

Soltanto un fornitore che soddisfi tutti e tre i requisiti di cui sopra sarà considerato «principale» a mente della Sezione 1 del *RP*. Come si è già accennato, si tratta in genere di un fornitore ex monopolista pubblico o privato (ad esempio, un'impresa che era in origine di Stato ma è stata in seguito privatizzata)<sup>38</sup>.

Se il primo paragrafo della Sezione 1 impone agli Stati membri l'obbligo di prendere misure adeguate per evitare che gli operatori principali pongano in essere condotte anticoncorrenziali, il secondo paragrafo della stessa sezione si preoccupa di menzionare alcuni *esempi* di pratiche restrittive della concorrenza. Il *RP* non contiene dunque una definizione di «pratiche anticoncorrenziali» ma si limita a fornire una mera enunciazione illustrativa. Il carattere *esemplificativo* dell'elenco contenuto nella Sezione 2 è stato riconosciuto in seno all'OMC nel caso *Telmex*<sup>39</sup>. Gli esempi di atti anticoncorrenziali che il

Ne discende che non tutti gli organismi di telecomunicazioni possono usufruire dei diritti sanciti nel *RP*. In questo senso, il riferimento al mercato relativo ai servizi di base sembra introdurre «an element of arbitrariness by depriving certain telecommunications services providers of the benefits of the RP». In effetti, si sostiene da parte di alcuni che la distinzione tra servizi di base e servizi a valore aggiunto non serve a molto nel contesto del GATS e che il *RP* potrebbe benissimo essere applicato a tutti i servizi di telecomunicazioni, a prescindere dal modo in cui si provveda a qualificarli. Cfr. in tal senso, M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. supra, nota 23, p. 23 e 25, il quale comunque constata che «[i]t makes almost no practical difference that the obligational content of the RP is imposed only on suppliers of basic services, since in all likelihood no supplier of value-added or enhanced services gives rise to the type of concerns behind the RP (the markets for these services are usually competitive)».

<sup>37</sup> Come è noto, la c.d. «*essential facilities doctrine*» è usualmente rappresentata, negli ordinamenti in cui tale teoria è impiegata, come un caso speciale di dominanza o potere monopolistico. Cfr. M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. supra, nota 23, p. 24. V. anche S. VAN SICLEN, *Background Note*, in OECD, *The Essential Facilities Concept, Competition Policy Round Tables No. 5*, OECD/GD(96), 1996, p. 7 ss.; e J. TEMPLE LANG, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, in *Fordham ILJ*, 1994, p. 437. Il fatto che il *RP* l'abbia recepita come criterio alternativo all'uso della forza di mercato si spiega agevolmente ove si consideri che il tipo di situazioni anticoncorrenziali in relazione alle quali essa fu concepita risulta assai diffuso nel settore delle telecomunicazioni.

Il *RP* chiarisce, peraltro, che per «infrastrutture essenziali» si intendono i servizi a disposizione del pubblico e le infrastrutture di una rete pubblica di telecomunicazioni: *a.* forniti in via esclusiva o in maniera prevalente da uno o pochi organismi, e *b.* per i quali non esiste alcun sostituto economicamente e tecnicamente possibile. Come è stato osservato (M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. supra, nota 23, p. 25), mentre la condizione di cui alla lett. *b.* riecheggia l'ormai diffusa opinione secondo cui è necessario che si dimostri un elevato grado di "non-sostituibilità" affinché un'infrastruttura sia considerata essenziale, la condizione prevista alla lett. *a.* è formulata in termini alquanto ampi, giacché un'infrastruttura potrà essere ritenuta essenziale anche se utilizzata da *pochi* organismi in concorrenza tra loro.

<sup>38</sup> OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements*, cit. supra, nota 3, par. 3, p. 13, in nota. Cfr. altresì, E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 282: «(...) a state-owned monopoly or recently privatized dominant firm is presumptively a "major supplier"».

<sup>39</sup> Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 7.232: «The list is introduced by the phrase "shall include in particular", indicating that this list is not exhaustive and that therefore the above examples do not represent all "anti-competitive practices" within the scope of the provision. The examples do however illustrate certain practices that were considered to be particularly relevant in the telecommunications sector. The first example –

*RP* si preoccupa di elencare sono: *i.* le sovvenzioni incrociate anticoncorrenziali; *ii.* l'utilizzo di informazioni ottenute dai concorrenti per scopi anticoncorrenziali; ed *iii.* il rifiuto di fornire in tempi brevi informazioni tecniche in merito alle infrastrutture essenziali o informazioni commerciali di cui altri operatori necessitano per poter fornire servizi di telecomunicazione.

Sebbene il *RP* non fornisca alcuna definizione, per sussidi incrociati («*cross-subsidization*») si intendono normalmente le operazioni con cui un'impresa imputa interamente o parzialmente i costi della propria attività su un determinato mercato alla sua attività su un altro mercato, oppure sostiene servizi non remunerativi compensando le relative perdite con parte dei ricavi ottenuti attraverso altri servizi. Si tratta di una pratica abbastanza comune attraverso cui si utilizzano i profitti realizzati in un settore economico per coprire le perdite subite in un altro settore; molto spesso, però, un'impresa in posizione di dominanza vi ricorre nell'intento di eliminare la concorrenza praticando prezzi predatori in un mercato («*predatory pricing*»).

Senza dubbio, per ricadere sotto l'obbligo di cui al par. 1.1 del *RP*, i sussidi incrociati devono essere praticati da un'impresa dominante, essendo quell'obbligo volto ad evitare l'attuazione di pratiche anticoncorrenziali da parte di organismi di telecomunicazioni che dispongono di una significativa quota di mercato, come appunto gli operatori c.d. principali. Si discute, peraltro, se l'abuso di dominanza sia *in re ipsa* o se piuttosto – come sembra suggerire l'uso dell'aggettivo «anticoncorrenziale» – le sovvenzioni incrociate possano essere considerate abusive soltanto quando hanno l'obiettivo di finanziare una strategia di *predatory pricing* tesa ad escludere uno o più competitori dal mercato, o si propongano di battere comunque la concorrenza con offerte rese possibili non dall'efficienza e dai risultati ma dalle distorsioni della concorrenza che esse provocano. Il rapporto del *panel* nel caso *Telmex* sembra aver confermato che la pratica dei sussidi incrociati non costituisce *ex se* un illecito anticoncorrenziale, ma è da censurare nella sola misura in cui restringa la concorrenza<sup>40</sup>.

Un altro esempio di pratica restrittiva menzionato nel *RP* consiste nell'utilizzare a fini anticoncorrenziali le informazioni ricevute dai concorrenti.

on cross-subsidization – indicates that "anti-competitive practices" can include *pricing actions* by a major supplier. All three examples show that "anti-competitive practices" may also include action by a major supplier *without collusion or agreement* with other suppliers. Cross-subsidization, misuse of competitor information, and withholding of relevant technical and commercial information are all practices which a major supplier can, and might normally, undertake on its own».

<sup>40</sup> In sede di *interim review* si legge a un certo punto nel rapporto: «According to the United States, in paragraph 7.240 (paragraph 7.242 of this Report), the Panel discusses cross-subsidisation as an illustrative example of an anti-competitive practice listed in Section 1.2 of the Reference Paper. The United States notes that the language of Section 1.2 of the Reference Paper does not explicitly refer to cross-subsidisation per se, but rather anti-competitive cross-subsidisation. To conform to the phrasing used in the Reference Paper, the United States suggests the text to be amended. The Panel notes the United States' comment and has modified the text to reflect the concern raised». Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 15, par. 6.51.

Ad esempio, le informazioni che gli operatori principali ricevono da altri organismi di telecomunicazione che intendano interconnettersi potrebbero essere trasmesse ad altri servizi, società affiliate o interlocutori commerciali, in tal modo offrendo loro un vantaggio concorrenziale<sup>41</sup>.

Il terzo ed ultimo esempio di pratica anticoncorrenziale è il rifiuto di fornire in tempi brevi dati tecnici in merito ad infrastrutture essenziali o informazioni commerciali di cui altri operatori hanno bisogno per poter fornire i propri servizi di telecomunicazione. Se il rifiuto di fornire in tempi brevi informazioni tecniche o commerciali rappresenta, ai sensi del *RP*, una pratica anticoncorrenziale, si intuisce che gli Stati membri sono tenuti a porre in essere gli adattamenti necessari per consentire ai terzi di ottenere in via coattiva tali informazioni in caso siano necessarie alla prestazione, in concorrenza o meno con l'operatore principale, di servizi di telecomunicazioni<sup>42</sup>.

Assai importanti sono infine le norme, a loro volta intese a prevenire i comportamenti anticoncorrenziali ad opera degli operatori principali<sup>43</sup>, che il *RP* dedica alla forma più significativa, anche se non l'unica, di accesso nel settore delle telecomunicazioni: gli accordi di interconnessione<sup>44</sup>.

Tali norme hanno il precipuo obiettivo di promuovere l'introduzione di un'effettiva concorrenza tra una pluralità di concorrenti nei mercati liberalizzati degli Stati membri, ovvero di prevenire che un fornitore principale abusi della sua posizione allo scopo di impedire l'ingresso nel mercato di nuovi competitori. In realtà, quando uno Stato liberalizza un settore in principio oggetto di riserva di legge o concesso in esclusiva, come il settore delle telecomunicazioni, reintroducendo o creando una situazione di mercato concorrenziale, quando esso elimina insomma situazioni di esclusiva derivanti dalla legge o da concessioni amministrative ed attua una piena liberalizzazione sia delle infrastrutture (ivi compresa la libertà della loro costruzione o completamento) sia dei servizi, rimuovendo in tal modo le barriere "legali" all'entrata

<sup>41</sup> Si veda, relativamente all'ordinamento comunitario, la direttiva n. 97/33/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta, in *Guce* n. L 199 del 26 luglio 1997, p. 32 ss. (c.d. «direttiva interconnessione»). L'art. 6, lett. *d*. della direttiva precisa che le informazioni ricevute da un organismo che intenda interconnettersi devono essere utilizzate per il solo fine per cui sono state fornite, e non devono essere trasmesse ad altri servizi, società affiliate o interlocutori commerciali, ai quali tali informazioni potrebbero offrire un vantaggio concorrenziale.

<sup>42</sup> M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 23, p. 28.

<sup>43</sup> Cfr. M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, loc. cit., *ibid.*: «The provisions on interconnection form the core of the RP. In large part, they also seek to prevent anti-competitive behaviour by a major supplier and, accordingly, they are closely linked to the provisions discussed above [on competitive safeguards]».

<sup>44</sup> L'interconnessione riveste un'importanza fondamentale ai fini della concorrenza in quanto garantisce la c.d. interoperabilità dei servizi di telecomunicazione: senza di essa, cioè, un OT non sarebbe in grado di consentire ai propri utenti di comunicare con quelli di un altro OT e/o di avere accesso ai servizi offerti da un altro operatore. V. OECD, Joint Group on Trade and Competition, *Competition Elements in International Trade Agreements*, cit. *supra*, nota 3, p. 14, par. 3.

di nuovi imprenditori, può accadere che nel mercato continuino ad esistere delle barriere "naturali" all'ingresso, determinate dalla c.d. *unicità* della rete pubblica di trasmissione. Ad esempio, il costo esorbitante degli investimenti occorrenti per realizzare una rete alternativa a quella già esistente (soprattutto se si considera la spesa necessaria per il collegamento diretto della rete alternativa con i potenziali utenti finali), realizzata ed utilizzata da un ex gigante monopolista, potrebbe disincentivare i molti interessati dall'effettuare tali investimenti e finire per ostacolare un'effettiva concorrenza. Per questo motivo si suole dire che, mentre la "liberalizzazione" – cioè la eliminazione delle concessioni esclusive e delle altre barriere legali – è misura di per sé sufficiente a stimolare la creazione di un mercato competitivo nei settori di c.d. monopolio legale, ossia nei settori in cui le posizioni monopolistiche dipendono solo dalla legge o da concessioni "in esclusiva" (si pensi al caso del GSM, a quello dei trasporti aerei, o a quello dei monopoli del sale e tabacchi), nei settori, invece, di c.d. monopolio naturale, come appunto il settore delle telecomunicazioni, la liberalizzazione è condizione necessaria e preliminare (fino a che permangono esclusive legali nessun concorrente può entrare nel mercato, né minacciare di incrinare il monopolio protetto dalla legge), ma da sola per lo più insufficiente ad introdurre una effettiva concorrenza<sup>45</sup>. In tali settori occorre che la liberalizzazione, ossia l'eliminazione del monopolio legale, sia accompagnata da "idonee misure" atte ad eliminare anche il monopolio naturale.

Una delle principali misure idonee a consentire che il settore delle telecomunicazioni, una volta liberalizzato, si apra effettivamente alla competitività e al mercato, è il c.d. «diritto di interconnessione», ossia il diritto per i nuovi entranti al più ampio utilizzo di tutte le reti altrui esistenti e già collegate con gli utenti finali, ivi compreso il diritto all'accesso e all'interconnessione alle reti di altri gestori a prezzi equi e trasparenti<sup>46</sup>. L'interconnessione è definita, a norma della Sezione 2.1 del *RP*, «[the] linking with suppliers providing public telecommunications transport networks or services in order to allow the users of one supplier to communicate with users of another supplier and to ac-

<sup>45</sup> Si sofferma diffusamente sul caso delle telecomunicazioni F. BONELLI, *La privatizzazione*, cit. *supra*, nota 31, p. 36 ss.

<sup>46</sup> F. BONELLI, *La privatizzazione*, loc. cit., p. 38 ss. Resta però il fatto che, anche dopo l'eliminazione di un monopolio naturale, il mercato potrebbe rimanere in una situazione di monopolio "di fatto", determinato dall'essere l'ex monopolista l'unico operatore nel mercato. Le misure che si possono prendere per consentire l'avvio della concorrenza includono la «vendita separata» di una parte delle diverse società da esso controllate, la «separazione contabile» tra la gestione dell'infrastruttura e la fornitura dei servizi, che è misura minima da adottare per evitare sussidi incrociati nell'ambito della stessa impresa (con trasferimenti di utili, distorsivi della concorrenza, dal settore monopolistico della rete a quello concorrenziale dei servizi), la «separazione societaria», di gran lunga preferibile alla separazione contabile, in cui il proprietario/gestore della rete è una società diversa e separata da quella che fornisce i servizi, nonché la previsione di «misure asimmetriche» che compensino lo svantaggio competitivo dei nuovi entranti. Cfr. in proposito, F. BONELLI, *La privatizzazione*, loc. ult. cit., p. 43 ss.

cess services provided by another supplier, where specific commitments are undertaken». Essa consiste, pertanto, nell'assicurare il collegamento con reti pubbliche di telecomunicazione (e/o servizi a disposizione del pubblico) per consentire agli utenti di un organismo di comunicare con gli utenti di un altro organismo e di accedere ai servizi offerti da quest'ultimo. Come è stato osservato, tale definizione è conforme agli *standard* statunitensi e comunitari<sup>47</sup>.

La Sezione 2.2 stabilisce poi l'obbligo di assicurare, nei limiti praticabili dal punto di vista tecnico, l'interconnessione alle reti o servizi di telecomunicazioni degli operatori principali<sup>48</sup>, specificando i requisiti che l'interconnessione stessa deve soddisfare, illustrati qui di seguito:

*i.* l'interconnessione deve essere fornita sulla base di condizioni (ivi inclusi gli *standard* e le specifiche tecniche), termini e tariffe «non discriminatorie», e deve essere di «qualità non inferiore» a quella assicurata a società controllate, affiliate o terzi<sup>49</sup>;

*ii.* l'interconnessione deve aver luogo in tempi rapidi («*in a timely fashion*»)<sup>50</sup>;

*iii.* occorre provvedere affinché le tariffe di interconnessione rispettino il c.d. principio dell'orientamento ai costi e siano trasparenti e ragionevoli, avendo riguardo alla fattibilità economica<sup>51</sup>;

*iv.* i termini e le condizioni di interconnessione devono essere anch'essi trasparenti e ragionevoli<sup>52</sup>;

*v.* si deve assicurare un «sufficiente» grado di «*unbundling*»; ossia è necessario che si limiti il ricorso alle pratiche c.d. «leganti», in modo da evitare che un organismo di telecomunicazioni sia costretto a pagare per componenti di rete o impianti non richiesti<sup>53</sup>;

*vi.* vanno accolte, infine, le richieste di accesso alla rete anche in punti diversi dai punti terminali di rete offerti alla maggior parte degli utenti, salvi i maggiori oneri o costi dovuti alla realizzazione di infrastrutture aggiuntive<sup>54</sup>.

Il *RP* contiene, inoltre, alcune disposizioni in materia di trasparenza. Esso

<sup>47</sup> M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 23, p. 28. A norma dell'art. 2, comma 1, lett. *a.*, della direttiva n. 97/33/Ce, per «interconnessione» si intende «il collegamento fisico e logico di reti di telecomunicazione utilizzate dal medesimo o da un altro organismo per consentire agli utenti di un organismo di comunicare con gli utenti dello stesso o di un altro organismo o di accedere ai servizi offerti da un altro organismo. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete».

<sup>48</sup> Per quanto riguarda il diritto comunitario, cfr. l'art. 4, comma 1 e l'art. 3, comma 1 della c.d. «direttiva interconnessione» (in breve, «DI»).

<sup>49</sup> Par. 2.2 *RP*, lett. *a.* Cfr. art. 6, lett. *a.*, DI.

<sup>50</sup> Par. 2.2 *RP*, lett. *b.* Cfr. art. 9, comma 3, DI.

<sup>51</sup> Par. 2.2 *RP*, lett. *b.* Cfr. art. 7, 2 comma, DI.

<sup>52</sup> Par. 2.2 *RP*, lett. *b.* Cfr. art. 6, lett. *c.*, DI.

<sup>53</sup> Par. 2.2 *RP*, lett. *b.* Cfr. art. 7, comma 4, DI.

<sup>54</sup> Par. 2.2 *RP*, lett. *c.* Cfr. art. 4, 2° comma, DI.

prevede, infatti, che le procedure di interconnessione agli operatori principali siano rese disponibili al pubblico<sup>55</sup>, e che sia assicurata la pubblicazione sia degli accordi di interconnessione ad un operatore principale sia delle offerte di interconnessione di riferimento<sup>56</sup>.

Benché il *RP* sancisca il principio di non discriminazione e imponga la disponibilità al pubblico delle informazioni relative agli accordi di interconnessione e alle offerte di riferimento, è intuitivo come sia in ogni caso necessaria una certa trattativa in materia di interconnessione tra gli operatori principali e i nuovi organismi di telecomunicazioni<sup>57</sup>. In proposito il *RP* prevede che, in caso non si raggiunga un accordo in merito alle condizioni e tariffe di interconnessione, l'OT abbia accesso – una volta trascorso un termine ragionevole (reso noto al pubblico) – ad un organo indipendente interno, eventualmente l'autorità nazionale di regolamentazione, affinché risolva la controversia in tempi ragionevoli<sup>58</sup>.

### 3. Il caso *Teléfonos de México («Telmex»)* deciso dagli organi giudicanti dell'OMC: alcune considerazioni introduttive

Il pacchetto OMC di norme speciali applicabili ai servizi di telecomunicazione, e segnatamente l'Allegato e il *RP*, sono stati al centro della recente disputa commerciale, *Mexico: Measures Affecting Telecommunications Services*, avente ad oggetto la legislazione messicana che regola la fornitura dei servizi di telecomunicazione<sup>59</sup>. Oltre ad essere la prima causa interamente ed esclusivamente riferita all'Accordo GATS, *Telmex* rappresenta anche il primo

<sup>55</sup> Par. 2.3.

<sup>56</sup> Par. 2.4. Cfr. art. 6, lett. c., DI.

<sup>57</sup> Il *RP* non si spinge sino al punto di prevedere, come invece fa il *Telecommunications Act* adottato dagli Stati Uniti nel 1996, l'obbligo imposto ai «*local exchange carriers*» (in breve, «*LEC*») di consentire l'interconnessione ad altri *LEC* sulla base di termini e condizioni equivalenti a quelli di cui agli accordi già esistenti. V. 45 U.S.C. § 252(c)(2): «In addition to the duties contained in subsection (b), each incumbent local exchange carrier has the following duties: (...) 2) INTERCONNECTION – The duty to provide, for the facilities and equipment of any requesting telecommunications carrier, interconnection with the local exchange carrier's network – (...) (C) that is at least equal in quality to that provided by the local exchange carrier to itself or to any subsidiary, affiliate, or any other party to which the carrier provides interconnection; and (D) on rates, terms, and conditions that are just, reasonable, and nondiscriminatory, in accordance with the terms and conditions of the agreement and the requirements of this section and section 252». Cfr. sul punto, M. BRONCKERS - P. LAROUCHE, *Telecommunications Services*, cit. supra, nota 23, p. 29.

<sup>58</sup> Par. 2.5. Cfr. art. 17, commi 2 e 3, DI.

<sup>59</sup> Sul caso *Telmex* cfr. in dottrina, E. BARONCINI, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (WT/DS204/R)*, Panel Report Issued on 2 April 2004, Adopted on 1 June 2004, in *The Global Community*, 2006, p. 521 ss.; E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 271 ss.; D. NÉVEN - P. C. MAVROIDIS, *El Mess in Telmex: a Comment on Mexico: Measures affecting Telecommunications Services*, *WTR*, 2006, p. 271 ss.



caso *antitrust* deciso dagli organi giudicanti dell'OMC<sup>60</sup>. In pratica, il 17 agosto del 2000, gli Stati Uniti, rifacendosi alla procedura stabilita dall'«Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie» (DSU) e all'art. XXIII del GATS, chiesero al Governo messicano di avviare consultazioni, indicando come tema il rispetto degli obblighi sottoscritti dal Messico in materia di servizi di telecomunicazione. Poiché le consultazioni, svoltesi il 10 ottobre 2000, non diedero risultati soddisfacenti, in data 8 novembre 2000 gli USA chiesero l'istituzione di un *panel* per esaminare la vertenza. Il Messico si oppose a tale richiesta ed il 16 gennaio 2001 si svolse una seconda consultazione fra i due Paesi. Dopo il fallimento di questo ulteriore incontro, e in seguito alla seconda richiesta americana del 13 febbraio 2002<sup>61</sup>, l'OMC stabiliva il collegio giudicante il 17 aprile 2002. Il rapporto del *panel* veniva adottato il 1° giugno 2004<sup>62</sup>.

#### 4. *Segue*: La situazione del mercato messicano delle telecomunicazioni

Prima di entrare nel merito della vicenda si rende opportuno fornire alcuni cenni in merito al quadro regolativo previsto in Messico nel settore delle telecomunicazioni all'epoca della controversia. La nuova legge federale che governa le telecomunicazioni (*1995 Federal Telecommunications Law*; in breve, «FTL») ha istituito un Segretariato (*Secretaría de Comunicaciones y Transportes*), avente tra l'altro il compito di gestire le concessioni richieste per operare sulla rete di comunicazione pubblica<sup>63</sup>. Il Segretariato ha fra le sue agenzie sussidiarie una Commissione (*Comisión Federal de Telecomunicaciones*, in breve «COFETEL»), che funge da autorità regolatoria nel settore delle telecomunicazioni. Fino al 1° gennaio 1997, i servizi di telecomunicazione relativi alle lunghe distanze (nazionali ed internazionali) erano affidati in regime di monopolio alla *Teléfonos de México, S.A. de C.V. (Telmex)*, ex impresa di Stato privatizzata nei primi anni '90. Dopo quella data il Messico, in virtù degli impegni assunti in tema di liberalizzazione del settore, rimuoveva l'esclusiva in favore di *Telmex* e apriva ad altre società nazionali il mercato dei servizi di telefonia a lunga distanza<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 271.

<sup>61</sup> *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services, Request for the Establishment of a Panel by the United States*, WT/DS204/3, 18 February 2002.

<sup>62</sup> *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15.

<sup>63</sup> Art. 11, FTL. Queste concessioni possono essere attribuite a società messicane in cui la proprietà estera non superi il 49% delle azioni, eccetto che per la telefonia cellulare. V. art. 12, FTL.

<sup>64</sup> Alla data del ricorso statunitense in sede OMC esistevano ventisette concessionarie abilitate a fornire servizi di telecomunicazione a lunga distanza, fra cui due affiliate ad imprese statunitensi, ossia Avantel (filiale di WorldCom) e Alestra (filiale di AT&T). Undici di queste concessionarie,

Nel 1996 COFETEL ha stilato un regolamento sulle comunicazioni internazionali (*International Long Distance Rules*; in breve, «ILD Rules»), secondo cui l'interconnessione con le reti di telecomunicazioni pubbliche straniere per trasportare tutto il traffico interurbano internazionale può essere realizzata esclusivamente da c.d. operatori internazionali di *gateway*, ossia concessionari di servizio di lunga distanza («long-distance service licensees»), appositamente autorizzati dalla Commissione a funzionare come uno scambio di commutazione con le linee internazionali<sup>65</sup>. Ai fini dell'interconnessione con l'estero, sia in entrata che in uscita, ogni operatore internazionale di *gateway* doveva applicare una tariffa («uniform settlement rate») stabilita per ogni Paese straniero dal concessionario di servizio in possesso della maggior quota di mercato, in particolare nel mercato relativo alle chiamate in uscita<sup>66</sup>. Le ILD Rules prevedevano, infine, un sistema di c.d. allocazione proporzionata («proportionate return»), in base al quale gli operatori internazionali di *gateway* erano tenuti a distribuire fra di loro il traffico internazionale in entrata, in relazione ad ogni Stato straniero, in misura proporzionale al traffico uscente da parte di ogni operatore verso quello Stato<sup>67</sup>. Nel ridistribuire il traffico entrante in eccedenza (rispetto a quello cui aveva diritto in proporzione al suo traffico in uscita), ciascun operatore internazionale doveva trasferire all'altro operatore cui il traffico era riallocato la tariffa uniforme di interconnessione, dedotti i costi di riallocazione<sup>68</sup>; in alternativa, gli operatori internazionali di *gateway* potevano negoziare tra loro accordi di compensazione per il traffico internazionale non ridistribuito («financial compensation agreements»)<sup>69</sup>. Di fatto, COFETEL aveva approntato un regolamento che delegava la fissazione della tariffa di interconnessione al concessionario con la maggiore quota di chiamate in uscita (e quindi dominante), *i.e. Telmex*. Le altre dieci concessionarie autorizzate a fornire servizi di traffico internazionale dovevano utilizzare la tariffa (eccessiva) fissata da *Telmex* (e approvata da COFETEL) e non potevano accettare una quota di chiamate in entrata superiore alla loro percentuale di chiamate in uscita, a meno che non acquistassero (da *Telmex*) il diritto di accettare una percentuale di traffico superiore alla loro quota proporzionale. È stato notato al riguardo che «[t]he market share caps meant that the low market shares of the small competitors in terminating in-coming calls would be frozen. The firms could not get more market share by charging low

*Telmex* inclusa, erano autorizzate a fornire servizi di traffico internazionale. *Telmex* rimaneva comunque il fornitore principale.

<sup>65</sup> Rule 2, ILD.

<sup>66</sup> Rule 2 e Rule 13, ILD. Cfr. altresì, Rules 3, 6, 10, 22 e 23.

<sup>67</sup> Rule 2:XIII.

<sup>68</sup> Rule 16, ILD.

<sup>69</sup> Rule 17, ILD.

rates, because they were required to charge the settlement rate (a high rate set by Telmex)<sup>70</sup>.

## 5. *Segue: L'accusa statunitense nei confronti del Messico*

Il Messico è tra i 69 Stati membri che nel 1997 firmarono l'Allegato ed inclusero il *RP* nella loro lista di impegni specifici in relazione all'Accordo GATS<sup>71</sup>. Secondo il ricorso presentato all'OMC dal Governo degli Stati Uniti, il Messico non aveva assicurato che *Telmex*, in quanto «*major supplier*», fornisse alle società americane – «*facilities-based*» e «*non-facilities-based*»<sup>72</sup> – che offrono servizi di telecomunicazione su base transfrontaliera («*cross-border*»), in particolare dagli USA verso il Messico, un servizio di interconnessione a termini e condizioni ragionevoli ed a prezzi «*cost-oriented*», così come richiesto dalla Sezione 2.2 del *RP*. Infatti, gli Stati Uniti accusavano il Messico di aver adottato misure di regolazione nazionale che *imponessero* a *Telmex* e agli altri operatori nazionali di operare in modo incompatibile con la succitata sezione: da un canto, le *ILD Rules* stabilivano che le tariffe che i concessionari nazionali erano tenuti ad applicare agli accordi di interconnessione con gli operatori stranieri sarebbero state stabilite da *Telmex*, essendo questo il licenziatario con la maggiore quota di mercato; dall'altro, il Governo del Messico, attraverso COFETEL, aveva approvato le tariffe fissate da *Telmex*.

Secondo il reclamo statunitense, inoltre, le leggi messicane avevano violato l'art. 5(a) dell'Allegato, non avendo assicurato agli operatori americani, che su base infrastrutturale offrono servizi "transfrontalieri" di telecomunica-

<sup>70</sup> E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 278.

<sup>71</sup> Il GATS si presenta come un sistema normativo complesso, essendo composto da differenti testi che, pur costituendo un quadro giuridico unitario ed indivisibile (art. XXIX), risulta basato su tre elementi portanti, non a caso definiti dalla dottrina, con un'espressione mutuata dal diritto comunitario, «pilastri». Ad un nucleo centrale di norme, ispirate a quelle del GATT e contenute nell'Accordo generale sugli scambi di servizi (il primo «pilastro»), si affiancano un insieme di disposizioni speciali – sotto la forma di allegati all'Accordo – che hanno riguardo a settori specifici ed interpretano e precisano alcune disposizioni contenute nella parte generale alla luce delle esigenze dello specifico settore di riferimento (il secondo «pilastro»). Il terzo «pilastro» è costituito infine dalle liste che comprendono gli impegni specifici che vincolano solo gli Stati membri che autonomamente hanno deciso di sottoscrivere, attraverso apposite liste di concessioni (le c.d. «liste di impegni specifici»; in lingua inglese «*schedules of commitments*») obblighi di liberalizzazione più incisivi per alcune categorie di servizi, come l'accesso al mercato (art. XVI), il trattamento nazionale (art. XVII) ed alcuni impegni aggiuntivi (art. XVIII). Si consideri che, per quanto riguarda la lista degli impegni specifici, il Messico ha inserito il settore delle telecomunicazioni fra quelli tenuti a rispettare le regole di accesso al mercato, trattamento nazionale, e alcuni impegni aggiuntivi, consistenti appunto nelle regole specificate nel *RP*. Cfr. *Mexico's GATS Schedule of Commitments*, GATS/SC/56/Suppl.2.

<sup>72</sup> Si dicono «*facilities-based*» le imprese di telecomunicazioni che hanno a disposizione una propria infrastruttura. Di contro, «*non-facilities-based*» sono quelle imprese che si limitano a fornire servizi di telecomunicazione utilizzando infrastrutture in affitto («*private leased circuits*»); si pensi, ad esempio, alle società di commercializzazione americane («*commercial agencies*») o messicane («*comercializadoras*»).

zione dagli Stati Uniti verso il Messico, l'accesso e l'uso a termini e condizioni ragionevoli alle reti e ai servizi pubblici di trasporto delle telecomunicazioni, vista la tariffa eccessiva che *Telmex* era autorizzata a stabilire (e gli altri concessionari messicani erano tenuti ad applicare) negli accordi di interconnessione con i fornitori stranieri. Infine, in violazione dell'art. 5(b) dell'Allegato le leggi messicane non avevano assicurato, a detta degli USA, che le società americane di commercializzazione («*commercial agencies*»), vale a dire le imprese statunitensi – o, se commercialmente presenti, le loro affiliate messicane – che, non possedendo alcuna infrastruttura, si limitano a fornire servizi di telecomunicazione (su base transfrontaliera o mediante presenza commerciale) attraverso l'utilizzo di infrastrutture in affitto, ottenessero l'accesso e l'uso delle linee private o la possibilità di collegare le linee stesse ad una rete pubblica di trasporto delle telecomunicazioni in Messico. Infatti, le ILD Rules (ed altre leggi messicane, tra le quali la FTL) non solo proibivano alle imprese messicane di mettere a disposizione delle società di commercializzazione straniera linee private di telecomunicazioni, ma vietavano alle società stesse di connettere le suddette linee ad una rete straniera di trasporto delle telecomunicazioni (mentre nessun divieto del genere era previsto nei confronti di *Telmex* e degli altri concessionari nazionali in relazione alle linee private date o prese in affitto tra di loro), con la conseguenza che alle «*commercial agencies*» era preclusa ogni possibilità di commercializzare sia servizi di telefonia locale che a lunga distanza.

Gli Stati Uniti, infine, sostenevano che il Messico era venuto meno agli impegni presi in base alla Sezione 1.1 del *RP*, in quanto non era stato in grado di prevenire e impedire a *Telmex* e agli altri operatori nazionali – anzi, aveva imposto loro – di praticare comportamenti anticoncorrenziali. In particolare, nell'attribuire a *Telmex* il potere esclusivo di stabilire le tariffe da applicare agli accordi di interconnessione tra concessionari nazionali e fornitori stranieri, le ILD Rules avrebbero consentito al fornitore principale *Telmex*: *i.* di tenere una condotta *monopolistica* in relazione alla fissazione delle tariffe per servizi di telecomunicazione (essendo il solo operatore autorizzato a stabilire la tariffa uniforme concordata, *Telmex* operava in questo contesto da monopolista), e *ii.* grazie all'adozione obbligatoria della suddetta tariffa da parte di ogni altro operatore internazionale di *gateway*, di creare un accordo orizzontale di prezzo, dominato da *Telmex*, volto a fissare e mantenere artificialmente elevati i costi di interconnessione internazionale<sup>73</sup>. Gli USA erano peraltro dell'avviso che le ILD Rules non solo impedivano ogni concorrenza sul prez-

<sup>73</sup> Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 4.293: «(...) it is the setting of the rate by the monopolist (since *Telmex* is given the exclusive authority, it is acting as a monopolist in this context) and the use of this rate by all other suppliers (horizontal price fixing) that comprise the anti-competitive practices that form the basis for the United States' claim under Section 1 of the Reference Paper».

zo a causa della tariffa uniforme di interconnessione ma, dato il sistema di allocazione proporzionata, assicuravano anche una ripartizione del mercato tra operatori altrimenti concorrenti, con il risultato di dare vita alla figura tipica di un *cartello*<sup>74</sup>. In definitiva, il quadro giuridico messicano nel settore delle telecomunicazioni, da un canto conferiva ad un'impresa dominante il privilegio della fissazione monopolistica del prezzo e, dall'altro, attribuiva a tutti i concessionari il diritto di cartellizzare, ossia di stringere fra di loro accordi di cartello, al fine di sorreggere il prezzo di monopolio<sup>75</sup>.

Il Messico rifiutava tutti i capi d'accusa, specificando che nessuna delle leggi messicane invocate dagli Stati Uniti come non conformi all'impianto normativo del GATS contraddiceva gli impegni sottoscritti dal Messico.

#### **6. *Segue: Il rapporto del panel. In particolare, la violazione della Sezione 1 del RP***

Il rapporto finale ha dato in gran parte ragione agli Stati Uniti, riconoscendo che il Messico era responsabile di aver violato le seguenti norme:

- la Sezione 2.2(b) del *RP*, non avendo esso assicurato che i fornitori americani pagassero ad un operatore principale tariffe di interconnessione conformi al principio dell'orientamento ai costi ai fini della fornitura transfrontaliera («*cross-border*»), su base infrastrutturale («*facilities-based*»), dei servizi di telecomunicazione di base<sup>76</sup>;

- l'art. 5(a) dell'Allegato, per non aver assicurato l'accesso a termini ragionevoli alla rete pubblica di telecomunicazione messicana e il suo uso agli stessi termini ai fornitori americani per la fornitura *cross-border* e *facilities-based* dei servizi di telecomunicazione di base;

- l'art. 5(b) dell'Allegato, non avendo assicurato che le società americane

<sup>74</sup> V. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 4.267: «The United States considers that Mexican ILD Rules, which contain an explicit restriction on price competition together with the division of supply among market participants, have the classic features of a cartel».

<sup>75</sup> E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 278.

<sup>76</sup> Il collegio giudicante ha invece ritenuto, al contrario di quanto sostenuto dall'accusa statunitense, che il Messico non avesse violato la Sezione 2.2(b) del *RP*, per quanto riguarda la fornitura transfrontaliera dei servizi di telecomunicazione di base da parte delle *commercial agencies* («*cross-border supply on a non-facilities basis*»). Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 8.2. Sulla base della lista di impegni sottoscritta dal Paese centro-americano, il *panel* ha infatti ritenuto che fosse consentita la fornitura transfrontaliera di servizi su base "infrastrutturale" (ossia forniti da un operatore estero attraverso una propria infrastruttura in Messico) – ancorché subordinatamente alla commutazione del traffico internazionale all'interno del Paese da parte di concessionari messicani – ma vietata quella di servizi forniti su base "non-infrastrutturale" (cioè attraverso linee private prese in affitto in Messico), *ivi*, par. 7.91. In definitiva, il *panel* ha ritenuto che il Messico avesse assunto impegni sull'accesso al mercato, sul trattamento nazionale, ecc., limitatamente ai servizi transfrontalieri forniti su base infrastrutturale e non anche con riguardo a quelli la cui fornitura avvenga attraverso la c.d. «*resale*» o «*leased capacity*».

di commercializzazione interessate a fornire servizi di telecomunicazione di base mediante «presenza commerciale» («*commercial presence*») in Messico, ottenessero l'accesso e l'uso delle linee private dentro i confini messicani, o la possibilità di collegare le stesse ad una rete pubblica di trasporto delle telecomunicazioni e alle linee di altri fornitori di servizi di telecomunicazione;

- la Sezione 1.1 del *RP*, in quanto il Messico non aveva mantenuto misure atte a prevenire pratiche anticoncorrenziali, ed anzi aveva preso e mantenuto misure che imponevano ad operatori concorrenti, che singolarmente e in blocco costituiscono un fornitore principale, di tenere comportamenti restrittivi della concorrenza.

Tralasciando in questa sede la violazione della Sezione 2.2(b) del *RP* e dell'art. 5 dell'Allegato, che esorbitano dall'oggetto di questa trattazione, nelle pagine che seguono si cercherà di illustrare più in dettaglio le conclusioni dei *panelist* in merito all'accertata violazione della Sezione 1 del *RP*.

Dinanzi alla contestazione mossa dagli USA in relazione alla Sezione 1, il Messico sosteneva che gli Stati Uniti non erano riusciti a dimostrare che *Telmex* era un «fornitore principale» nel mercato rilevante. Nel caso in cui *Telmex* fosse stato qualificato come «*major supplier*», il Messico proponeva un'interpretazione "minimalista" della Sezione 1, per cui non sarebbe richiesto agli Stati di mantenere misure contro i cartelli o lo sfruttamento di sovrapprofitti monopolistici, ma solamente nei confronti delle pratiche predatorie o escludenti poste in essere dagli operatori principali. Il Messico notava, infatti, come il termine «cartello» non sia mai usato nel contesto del *RP* e come gli accordi di cartello siano concettualmente distanti dalla tipologia di pratiche restrittive descritta nella Sezione 1 (centrata su pratiche escludenti ed unilaterali come i prezzi predatori), così come dalla *ratio* di quest'ultima, volta ad impedire «prices that are too low, not too high»<sup>77</sup>. Il Paese centroamericano era infine dell'avviso che, anche se il *RP* avesse previsto la condotta cartellare come un esempio di comportamento restrittivo, una simile condotta non avrebbe potuto essere considerata una «pratica anticoncorrenziale» ai sensi della Sezione 1, in quanto nel caso di specie essa era stata *imposta* dal diritto messicano<sup>78</sup>. Secondo il Messico, infatti, la Sezione 1 avrebbe focalizzato la sua attenzione sulle condotte anticoncorrenziali tenute dai fornitori principali

<sup>77</sup> Così, E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. *supra*, nota 1, p. 279.

<sup>78</sup> In senso analogo si era espressa la Comunità europea, iscritta al procedimento come terza parte per difendere i suoi interessi legittimi. Cfr. *European Communities' third party submission*, par. 49. V. inoltre, *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 15, par. 7.241: «(...) The European Communities, as third party to these proceedings, believes that under the ILD Rules "the fixing of a uniform price cannot be an anti-competitive practice since uniform prices are required by law. The same goes for the revenue sharing system ("proportional return") since this is also mandated by law". The European Communities concludes that "[if] Mexico chooses not to allow competition between telecommunications operators on a certain matter, there is no scope for anti-competitive practices relating to that matter. It is not possible to restrict competition where competition is not allowed"».

che non sono *richieste* dal diritto interno di uno Stato membro; altrimenti il linguaggio utilizzato dalla stessa si sarebbe spinto ben oltre e avrebbe espressamente vietato ai membri di adottare o mantenere misure di regolazione nazionale tali da obbligare i fornitori principali a praticare comportamenti anti-concorrenziali<sup>79</sup>. Il Messico riteneva insomma che *Telmex* e gli altri fornitori messicani fossero immuni dall'applicazione della Sezione 1 in virtù della c.d. «state action defense», secondo cui un'impresa sottoposta a procedimento in materia di concorrenza può invocare a propria difesa il fatto di essere stata obbligata per legge a porre in essere una restrizione della concorrenza (o di essere esente dall'applicazione del diritto *antitrust* interno). In definitiva, gli operatori messicani non erano responsabili di alcuna pratica restrittiva in quanto era stato il legislatore nazionale ad escludere ogni concorrenza ed essi avevano semplicemente fatto ciò che gli era stato imposto di fare. Il Messico asseriva oltretutto di avere il diritto sovrano, garantitogli dalla "flessibilità" del GATS – il quale non limita il diritto degli Stati contraenti ad attuare le leggi ritenute necessarie a raggiungere i rispettivi obiettivi di politica nazionale («*policy goals*») – di approntare una legislazione restrittiva della concorrenza che, al fine di promuovere gli investimenti nelle infrastrutture del settore, e quindi assicurare lo sviluppo e il miglioramento della propria rete di telecomunicazione, non solo proteggesse gli operatori nazionali dagli effetti della concorrenza estera, ma evitasse a questi ultimi di dover competere gli uni contro gli altri, scatenando così una «*price war*», con una conseguente corsa delle tariffe verso il basso<sup>80</sup>.

Tenuto conto di quanto precede, il *panel* si è posto i seguenti interrogativi per accertare se il Messico avesse violato la Sezione 1.1 del *RP*: *i.* se *Telmex* fosse un «fornitore principale»; *ii.* se la sua condotta consistesse in una «pratica anticoncorrenziale»; *iii.* se e cosa comportasse il fatto che le *ILD Rules* «richiedevano» ad un fornitore principale come *Telmex* comportamenti anticoncorrenziali; infine, *iv.* se il Messico avesse mantenuto «misure adeguate» al fine di prevenire pratiche anticoncorrenziali da parte di un fornitore principale.

<sup>79</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 15, par. 7.222 e 7.223.

<sup>80</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, loc. cit., par. 4.161. Lo Stato centroamericano ha peraltro sottolineato la condizione messicana di Paese in via di sviluppo e fatto riferimento nella sua difesa al trattamento speciale e differenziato che il GATS (e tutti gli accordi OMC) garantiscono a questa categoria di Paesi. Il Messico ha inoltre evidenziato che i PVS non sono generalmente produttori di tecnologia ma consumatori, e pagano costi maggiori per mantenersi alla pari con i Paesi industrializzati. Esso ha sostenuto, infine, che gli impegni presi dai membri in via di sviluppo devono essere interpretati alla luce del preambolo e dell'articolo IV del GATS, i quali riconoscono che questi membri hanno bisogno di «incrementare efficienza e competitività nei servizi domestici».

a. *La natura di «fornitore principale» attribuita a Telmex*

Circa il primo quesito, il *panel* ha ribadito le proprie conclusioni, raggiunte in sede di accertamento della violazione della Sezione 2.2(b), riguardo alla natura di «fornitore principale» attribuita a *Telmex*<sup>81</sup>, limitandosi ad aggiungere che, ai fini della Sezione 1, *Telmex* costituisce un «fornitore principale» sia singolarmente che assieme agli altri fornitori nazionali di servizi di telecomunicazione<sup>82</sup>.

b. *La nozione di «pratiche anticoncorrenziali»*

Soffermandosi sul secondo quesito, riguardante la nozione di «pratiche anticoncorrenziali», il *panel* ha poi sostenuto che, visto il suo carattere esemplificativo<sup>83</sup>, il par. 1.2 include tra l'altro «practices in addition to those listed in Section 1.2, in particular horizontal practices related to price-fixing and market-sharing agreements»<sup>84</sup>. Infatti, il rapporto sottolinea come gli *accordi di fissazione dei prezzi e di ripartizione dei mercati* (c.d. «cartelli a nucleo duro»; in inglese, «*hard-core cartels*») siano compresi tra gli accordi di cartello o le pratiche collusive orizzontali che gli Stati membri considerano di norma illecite in base alla propria legislazione *antitrust*. Esso fa inoltre un lungo elenco di riferimenti normativi che sembrano confermare l'esistenza di un *consensus* internazionale riguardo alla natura anticoncorrenziale degli accordi in questione, citando in particolare l'art. 46 della Carta dell'Avana, il par. 3 della Sezione D del Codice delle Nazioni Unite sulle pratiche commerciali restrittive, la Raccomandazione OCSE per un'azione efficace contro i cartelli a nucleo duro, ed alcuni rapporti annuali del Gruppo di Lavoro sul-

<sup>81</sup> Dopo aver constatato che il mercato rilevante era, come si sosteneva da parte degli Stati Uniti, quello dei servizi di trasporto internazionale delle comunicazioni di base dagli USA verso il Messico, data la non sostituibilità dal lato della domanda dei servizi di telefonia nazionale con quelli di telefonia internazionale e, nell'ambito di questi ultimi, del traffico transfrontaliero uscente con quello entrante (*Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. *supra*, nota 15, par. 7.151 e 7.152), il *panel* ha accolto la doglianza statunitense secondo cui *Telmex* avrebbe avuto il potere di alterare materialmente le condizioni di partecipazione al suddetto mercato rilevante, grazie alla sua "speciale" posizione nel mercato stesso, scaturente dal privilegio esclusivo che le ILD Rules gli conferivano (essendo in possesso della maggiore *market share*) di determinare le tariffe che gli altri concessionari nazionali avrebbero dovuto applicare agli accordi di interconnessione con i fornitori stranieri, *ivi*, par. 7.153 ss. Tenuto conto di quanto appena detto, il *panel* riconosceva a *Telmex* la natura di «fornitore principale» ai sensi e per gli effetti della Sezione 2.2(b). *Ivi*, 7.159.

<sup>82</sup> Cfr. *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, loc. cit., par. 7.228: «The practices at issue involve not only Telmex, but all the other Mexican suppliers who are gateway operators. Since we have already found that Telmex alone is a "major supplier" within the meaning of Section 1, and that the practices at issue involve acts of all the Mexican suppliers who are gateway operators, we can conclude also that Telmex and all the other Mexican gateway operators are together a "major supplier"».

<sup>83</sup> V. *supra*, in particolare nota 39.

<sup>84</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, loc. ult. cit., par. 7.238.



l'interazione tra commercio e politica della concorrenza<sup>85</sup>. Infine, il rapporto si richiama agli obiettivi e alle finalità del *RP*, il quale si propone di assicurare un'effettiva apertura del mercato relativo ai servizi di telecomunicazione, evitando che, a dispetto dell'eliminazione delle barriere al commercio, il ricorso a pratiche restrittive da parte dei gestori pubblici e degli altri operatori che godono di un monopolio o siano altrimenti dominanti, impedisca il pieno accesso ai mercati liberalizzati da parte dei loro (potenziali) concorrenti<sup>86</sup>. Fatte queste premesse, il rapporto concorda con gli Stati Uniti in merito al fatto che «the uniform settlement rate (that restricts price) together with the proportionate return system (that allocates market shares) has the "classic features of a cartel"»<sup>87</sup>. Il rapporto, infatti, da un lato sostiene che la tariffa uniforme imposta dalle autorità messicane, e la restrizione della concorrenza sul prezzo che ne deriva, hanno effetti equivalenti a quelli di un accordo orizzontale di prezzo<sup>88</sup>; dall'altro, afferma che l'allocazione di quote di mercato agli operatori nazionali da parte delle autorità messicane, realizzata attraverso il sistema di allocazione proporzionata e degli accordi di compensazione, produce un effetto analogo ad un accordo tra fornitori per la ripartizione del mercato<sup>89</sup>. Il *panel* ha ritenuto, pertanto, che entrambi i meccanismi integrassero

<sup>85</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 7.236.

<sup>86</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, loc. cit., par. 7.237. Il *panel* ha quindi respinto l'argomento avanzato dal Messico secondo cui le «Competitive safeguards» sarebbero semplicemente intese a "salvaguardare" la possibilità per gli operatori nazionali di investire nelle infrastrutture di telecomunicazione, difendendo anche i piccoli fornitori nazionali dagli effetti distruttivi di una potenziale concorrenza. Sono interessanti, in proposito, le considerazioni di E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, cit. supra, nota 1, p. 281 ss.: «Mexico argued that the anti-trust clause was a safeguard against potentially destructive competition or practices or agreements that might destroy the smaller firms. This construction is not a logical one. If the Reference Paper was meant as a lid on competition to protect national champions or small carriers, then it would not have provided that the receiving nation shall take measures to prevent suppliers from engaging in anticompetitive practices. That would be surplus. The receiving nation has the incentive and ability to protect itself from predation by outsiders by enforcing its antitrust laws. It does not need to be required to do so. The fact that signatories undertook to prevent anticompetitive practices suggests that they undertook this obligation to protect outsiders – the ones who are meant to benefit from the opening of the market. The clause gave outsiders the right not to be confronted with anticompetitive practices by the major incumbent supplier(s). The safeguard, then, is the safeguard to the outsiders to assure that the receiving country will not privatize protection or tolerate private protection, not a safeguard against too much incoming competition».

<sup>87</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, loc. ult. cit., par. 7.257.

<sup>88</sup> *Ivi*, par. 7.262.

<sup>89</sup> *Ivi*, par. 7.264. È degno di nota il fatto che tra le pratiche restrittive contestate il *panel* non considera il livello "eccessivo" della tariffa di interconnessione fissata da Telmex e dalle autorità messicane. Va ricordato, infatti, che il diritto della concorrenza di molti Stati (e gruppi di Stati) considera illecita la pratica dei prezzi eccessivi. In ambito comunitario, ad esempio, stabilire prezzi eccessivi costituisce, per un'impresa dominante sul mercato, un abuso di posizione dominante ed integra in quanto tale una violazione dell'art. 82 del Trattato CE. Come è stato notato, una spiegazione potrebbe essere che «[s]etting too high a price is not a violation of the Mexican competition law, nor is it a violation of the United States antitrust law, for the twin reasons that *i.* competition agencies are not good price regulators; it may be better to rely on the market than to charge the agency with price regulation; and *ii.* government price lids disincentivize firms from striving to be the best. If all that happened was Telmex's charging a high price, it may be inappropriate to classify the behaviour as an anticompetitive practice». Cfr. E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust*

gli estremi di una «pratica anticoncorrenziale» a norma della Sezione 1 del *RP*<sup>90</sup>.

*c. I comportamenti anticoncorrenziali richiesti dal diritto interno come ostacolo all'applicazione della Sezione 1 («state action defense»)*

Quanto al terzo quesito, una delle principali obiezioni che venivano sollevate dal Messico era che un comportamento *richiesto* dal diritto interno non potrebbe essere considerato una pratica anticoncorrenziale a mente della Sezione 1<sup>91</sup>. Anche in questo caso, però, il *panel* ha ritenuto che gli Stati Uniti avessero ragione nel sostenere che «anti-competitive practices do not change their nature simply because they are required by national laws and regulations»<sup>92</sup>. In particolare, secondo gli USA «[j]ust because Mexican regulation requires the suppliers to collude does not mean they are not indeed colluding or, in other words, engaging in horizontal price fixing»; una diversa lettura, infatti, non farebbe altro che rendere la Sezione 1 vana e priva di significato, giacché un qualsiasi Stato membro «could easily avoid the obligation to maintain appropriate measures to prevent "anti-competitive practices" by formally requiring such practices»<sup>93</sup>. Dal canto suo, il *panel* ha osservato che il primo tipo di pratica anticoncorrenziale elencato dalla Sezione 1.2 del *RP*, vale a dire le sovvenzioni incrociate abusive, «(...) was and is a common practice in monopoly regimes, whereby the monopoly operator is required by a government to cross subsidize, either explicitly or in effect, usually through government determination or approval of rates or rate structures. Once monopoly rights are terminated in particular services sectors, however, such cross-subsidization assumes an anti competitive character. This provision,

*Case, cit. supra*, nota 1, p. 283. Non bisogna dimenticare, peraltro, che nell'ambito del *RP* il problema delle tariffe di interconnessione fissate dagli operatori principali in misura eccessivamente elevata è risolto in termini di ragionevolezza delle tariffe e, soprattutto, sulla base del c.d. principio dell'orientamento ai costi.

<sup>90</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services, cit. supra*, nota 15, par. 7.262 e 7.264.

<sup>91</sup> Cfr. E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case, cit. supra*, nota 1, p. 284: «[...] there is no question that the market-sharing and price-raising combination of all of the concessionaires, including Telmex, fits the category "anticompetitive practice" and that this anticompetitive combination made possible the excessive price. Were this an antitrust case – for example, had telephone users sued Telmex and the other concessionaires for an antitrust violation, defendants would not have denied that their combination was anticompetitive but would have defended: "The state made me do it". Thus, they would have invoked the state action defense. When a state orders a private party to do an act that is anticompetitive, the private party is normally shielded from antitrust liability. The act is attributable to the state, not the private party. Mexico – and others including the European Union (EU) – argued to the WTO panel that the state action defense defeated the competition case under the Reference Paper. Because of state action immunity, they said, the cartel was not an "anticompetitive practice"».

<sup>92</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services, loc. cit.*, par. 7.240.

<sup>93</sup> *United States' answer to question No. 23(a) of the Panel of 14 March 2003*, par. 47.

therefore, provides an example of a practice, sanctioned by measures of a government, that a WTO Member should no longer allow an operator to "continue"»<sup>94</sup>. Il *panel* ha inoltre aggiunto che, poiché gli impegni previsti dal *RP*, compreso quello di impedire che i fornitori principali attuino o mantengano pratiche anticoncorrenziali, sono obblighi internazionali che ogni Stato membro assume nei confronti di tutti gli altri, il principio di cui all'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati comporta che quello Stato non possa invocare delle disposizioni del suo diritto interno, che impongano determinati requisiti o comportamenti ad un fornitore principale, per sottrarsi unilateralmente all'esecuzione degli obblighi medesimi<sup>95</sup>. Per queste ragioni, il rapporto conclude nel senso che le pratiche anticoncorrenziali di un operatore principale rientrano nella definizione di cui alla Sezione 1 del *RP* anche se sono richieste dal diritto nazionale<sup>96</sup>.

Se la c.d. *state action defense* ha dunque un senso all'interno degli ordinamenti nazionali, dove consente ad un'impresa di essere immune dai procedimenti instaurati dall'autorità preposta alla tutela della concorrenza<sup>97</sup>, nel

<sup>94</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 7.242.

<sup>95</sup> *Ivi*, par. 7.244.

<sup>96</sup> *Ivi*, par. 7.245.

<sup>97</sup> In ambito comunitario la *state action defense* è ammessa entro certi limiti. Nel procedimento *Consorzio Industrie Fiammiferi*, avente ad oggetto una questione pregiudiziale proveniente dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (TAR Lazio) nell'ambito di una controversia nascente dall'impugnazione da parte del Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) di un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la Corte di giustizia europea ha affermato che, in presenza di pratiche anticoncorrenziali d'impresa in contrasto con l'art. 81(1), che sono *imposte* o *favorite* da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato (in particolare, la legge italiana rilevante prevedeva la determinazione ministeriale del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affidava ad un consorzio obbligatorio tra produttori il potere di ripartire la produzione tra le imprese), un'autorità garante della concorrenza cui a livello nazionale sia stato affidato il compito di vigilare sul rispetto delle regole di concorrenza e, in particolare, dell'art. 81:

- ha l'obbligo di *disapplicare* tale normativa nazionale, in virtù del principio del primato del diritto comunitario, il quale esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima;

- non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti *pregressi* qualora questi siano stati loro *imposti* dalla suddetta normativa nazionale (a meno che, esponendo le imprese interessate a sanzioni di natura penale o amministrativa, non intenda violare il principio generale di diritto comunitario della certezza del diritto). Secondo la giurisprudenza comunitaria, infatti, gli artt. 81 e 82 del Trattato CE riguardano soltanto quei comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese *di loro propria iniziativa*. Pertanto, se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una normativa nazionale o se quest'ultima crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, gli artt. 81 e 82 non trovano applicazione, in quanto in una situazione del genere la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese. Cfr. sentenza della Corte dell'11 novembre 1997 in cause riunite n. C-359/95 P e n. C-379/95 P, *Commissione e Francia c. Ladbroke Racing*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6265, punti 33 e 34).

Tuttavia, l'autorità nazionale garante della concorrenza può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti *pregressi* qualora questi siano stati semplicemente *facilitati* o *incoraggiati* da quella normativa nazionale (che lascia sussistere così la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti *autonomi* delle imprese), pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito. A questo

campo delle relazioni internazionali essa non può essere invocata da uno Stato per giustificare il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa nazionale, cui esso abbia imposto di ricorrere a pratiche restrittive della concorrenza, qualora quello Stato si sia in precedenza impegnato a prevenire ed impedire il mantenimento o l'attuazione di pratiche siffatte da parte delle proprie imprese. In tal caso, il diritto statale si pone in rapporto con fonti di rango sovranazionale – come appunto il diritto pattizio dell'OMC – sovraordinate rispetto al diritto medesimo<sup>98</sup>. Bisogna tenere distinta, pertanto, la condotta dello Stato dal comportamento anticoncorrenziale d'impresa. Mentre quest'ultimo può anche risultare legittimo per il diritto interno (se non addirittura giuridicamente obbligatorio), e dunque non censurabile in un procedimento *antitrust* domestico, uno Stato potrebbe essere ritenuto responsabile dal punto di vista del diritto internazionale per aver imposto o consentito all'impresa interessata, in contrasto con gli obblighi assunti in ambito OMC, di praticare attività restrittive della concorrenza<sup>99</sup>.

proposito, nel momento della determinazione del livello della sanzione, il comportamento delle imprese interessate può essere valutato alla luce della circostanza attenuante costituita dal contesto giuridico interno;

- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti *successivi* alla decisione di disapplicare la normativa nazionale in questione, una volta che quella decisione sia diventata definitiva.

V. sentenza della Corte del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio), *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8055 ss. In dottrina cfr. P. NEBBIA, *Case C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Judgment of the Full Court of 9 September 2003, CMLR*, 2004, p. 839 ss.; S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza. Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale (Commento a CGCE 9 settembre 2003, causa C-198/01)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 11, p. 1132 ss.; M. LIBERTINI, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza. La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza (Commento a CGCE 9 settembre 2003, causa C-198/01)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 11, p. 1135 ss.; G. NAPOLETANO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza. Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa (Commento a CGCE 9 settembre 2003, causa C-198/01)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 11, p. 1138 ss.; B. NASCIBENE - S. BASTIANON, *La Corte di Giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza (Commento a CGCE 9 settembre 2003 (causa C-198/01))*, in *Corr. giur.*, 2003, fasc. 11, p. 1421 ss.

<sup>98</sup> Ci sembra si esprima negli stessi termini E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case, cit. supra*, nota 1, p. 287: «The WTO obligation is a hierarchically higher one that prohibits Mexico from facilitating exploitative termination fees by ordering and allowing private actors to do what Mexico could not do directly».

<sup>99</sup> Ma lo stesso dicasi per gli obblighi assunti dagli Stati membri dell'Unione europea. Nel succitato caso *Consorzio Industrie Fiammiferi*, la Corte di giustizia ha sostenuto che, sebbene di per sé gli artt. 81 e 82 del Trattato CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 del Trattato CE, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. La Corte osserva, in particolare, che si è in presenza di una *violazione* degli artt. 10 e 81 del Trattato CE quando uno Stato membro, attraverso una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale – che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affida a un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di

d. *L'obbligo di mantenere «misure adeguate» al fine di prevenire condotte anticoncorrenziali da parte di un fornitore principale*

Venendo al quarto ed ultimo quesito, il Messico aveva sostenuto nella sua difesa di aver adottato «misure adeguate» al fine di prevenire comportamenti anticoncorrenziali e che, in ogni caso, la Sezione I «creates an obligation of means, not an obligation of result»<sup>100</sup>. In proposito, il *panel* osserva che è senza dubbio corretto ritenere, come fa il Messico, che uno Stato membro non debba sempre riuscire a prevenire l'insorgere di pratiche anticoncorrenziali per il solo fatto di adottare «misure adeguate». Tuttavia, esso aggiunge che se una misura di regolazione nazionale impone ad un fornitore principale l'obbligo giuridico di tenere un certo comportamento anticoncorrenziale, come fanno appunto le ILD Rules messicane concernenti la tariffa uniforme di interconnessione e il sistema di allocazione proporzionata, essa non può a rigor di logica essere ritenuta «adeguata» al fine di prevenire quello stesso comportamento. Di conseguenza, il *panel* ha ritenuto che il Messico fosse venuto meno all'impegno assunto di mantenere «misure adeguate» al fine di prevenire comportamenti anticoncorrenziali, così come prescritto dalla Sezione 1 del RP<sup>101</sup>.

Sulla base delle conclusioni raggiunte in merito alla natura anticoncorrenziale delle misure imposte dal diritto messicano – ossia la tariffa uniforme concordata e il sistema di allocazione proporzionata – il *panel* ha concluso nel senso che «Mexico has failed, in violation of Section 1.1 of its Reference Paper, to maintain "appropriate measures" to prevent anti-competitive practices by maintaining measures that require anti-competitive practices among com-

ripartire la produzione fra le imprese – imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81, 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. A questo proposito, poco importa che, nell'ipotesi che la normativa nazionale imponga a delle imprese l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, non possa essere addebitata a queste anche una violazione degli artt. 81 e 82. Infatti, gli obblighi incombenti agli Stati membri ai sensi degli artt. 3(1), lett. g., 10, 81 e 82 CE continuano ad esistere, essendo *distinti* da quelli che scaturiscono a carico delle imprese dagli artt. 81 e 82. Cfr. sentenza della Corte del 9 settembre 2003, *cit. supra*, nota 97, punti 45, 46, 51, 66 e 80. Sulla responsabilità degli Stati membri per l'applicazione di misure contrarie alla libera concorrenza, v. in generale M. THUNSTRÖM - J. CARLE - S. P. LINDBORG, *State Liability Under the EC Treaty Arising from Anti-competitive State Measures*, in *W. Comp.*, 2002, p. 515 ss.

<sup>100</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, *cit. supra*, nota 15, par. 4.258. In senso analogo si esprime l'Unione europea. V. European Communities' third party submission, par. 48 e 49. Cfr. anche *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, *loc. cit.*, par. 5.61.

<sup>101</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, *loc. ult. cit.*, par. 7.266. Cfr. sul punto E. M. FOX, *The WTO's First Antitrust Case*, *cit. supra*, nota 1, p. 288: «Mexico failed to maintain "appropriate measures" to prevent the occurrence of these [anticompetitive] practices. Whatever "appropriate" means, if Mexico is obliged to maintain measures to prevent a cartel, it cannot be permissible for Mexico to be the engine of the cartel».

peting suppliers which, alone or together, are a major supplier of the services at issue»<sup>102</sup>.

## 7. Conclusioni

Le conclusioni del *panel* in merito alla violazione della Sezione 1 del *RP* da parte del Messico vanno accolte con favore. Nel prevedere il meccanismo della tariffa uniforme concordata e dell'allocazione proporzionata, le *ILD Rules* proteggevano *Telmex* e gli altri concessionari messicani da ogni forma di concorrenza, essendo preclusa agli operatori stranieri la possibilità di negoziare una tariffa di interconnessione più bassa con un qualsiasi concessionario di nazionalità messicana. Dal canto suo, la tariffa uniforme concordata, tenuta artificialmente alta per effetto del sistema predisposto dalle *ILD Rules*, poteva frenare gli utenti degli operatori americani dall'effettuare le loro comunicazioni, con il risultato di scoraggiare quello scambio transfrontaliero di servizi che l'Accordo *GATS* è invece destinato a favorire.

Mentre il caso *Kodak-Fuji* aveva dimostrato la totale inidoneità del reclamo senza infrazione a correggere gli effetti negativi per il commercio internazionale derivanti dalle pratiche anticoncorrenziali favorite o tollerate da un Stato membro, il rapporto *Telmex*, pur essendo scaturito da una controversia sull'applicazione di un accordo settoriale allegato al *GATS*, "riabilita" in un certo senso il sistema *OMC* di soluzione delle controversie (almeno la procedura per ricorso d'infrazione), mostrando come esso possa impedire agli Stati di utilizzare in chiave protezionistica la politica di concorrenza ogni qualvolta il sistema commerciale multilaterale non si limiti ad enunciare mere prescrizioni di valore programmatico, ma abbia cura di imporre agli Stati l'obbligo positivo ed esplicito di applicare misure di regolazione nazionale atte ad impedire il ricorso a pratiche restrittive da parte delle imprese.

Il caso *Telmex* ha offerto in particolare agli organi giudicanti dell'*OMC* l'opportunità di applicare la c.d. clausola *antitrust* al fine di censurare una forma di intervento statale integrante un tipico esempio di restrizione «ibrida», ossia la condotta dello Stato intesa a *richiedere* alle proprie imprese di praticare comportamenti anticoncorrenziali. Tale clausola non solo riflette una concezione "integrata" della dimensione commerciale e della sfera della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni, ma (data la sua portata generale e precettiva) ha tutte le carte in regola per essere oggetto della più ampia ed effettiva attuazione da parte dell'organismo *OMC* di soluzione delle controversie<sup>103</sup>. Si tratta (almeno per ora) dell'unico caso in cui il sistema com-

<sup>102</sup> *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, cit. supra, nota 15, par. 7.269.

<sup>103</sup> Il rapporto ha dato torto a quanti (cfr. tra gli altri, M. BRONCKERS - P. LAROCHE, *Telecom-*

merciale multilaterale abbia mostrato la flessibilità o il livello di sofisticatezza necessari per affrontare in maniera efficace il problema delle c.d. restrizioni ibride. La prassi applicativa che ne è scaturita in *Telmex* rappresenta il successo di un simile approccio e, a nostro avviso, merita una particolare attenzione da parte della comunità internazionale. È auspicabile infatti che, sull'onda del successo del reclamo statunitense nel caso *Telmex*, si rafforzi all'interno dell'OMC e della sua *membership* la consapevolezza riguardo alla necessità di un quadro regolativo della concorrenza che, sul modello di quello contemplato dalla disciplina settoriale delle telecomunicazioni annessa al GATS, riconduca una volta per tutte ad unità la disciplina *antitrust* e quella degli scambi. Una cornice normativa siffatta non andrebbe applicata esclusivamente a singoli settori del commercio internazionale, come oggi avviene per i servizi di telecomunicazione, ma dovrebbe attraversare l'intera disciplina multilaterale degli scambi, permeando di sé l'intelaiatura principale e i vari strumenti allegati che sono parte integrante di essa.

**Victor Chimienti\***

*munications Services, cit. supra*, nota 23, p. 26) avevano nutrito dei dubbi in merito alla possibilità che la nozione di «operatore principale» contenuta nel *RP*, essendo espressa nel linguaggio proprio del diritto della concorrenza (e, quindi, attraverso l'impiego di termini relativamente vaghi e indeterminati), potesse essere fatta valere nell'ambito del sistema OMC di soluzione delle controversie e, in definitiva, avevano dubitato dell'idoneità stessa del *RP* a raggiungere gli obiettivi che si prefigge, in primo luogo la creazione di forme di tutela contro le condotte anticoncorrenziali.

\* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea / Università degli Studi di Bari; già Research Scholar presso il Center for International and Comparative Law, University of Michigan Law School, Ann Arbor (Stati Uniti); avvocato internazionalista e consulente internazionale dell'Agenzia Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (Balcini occidentali).





## LA SEDE DEI GRUPPI MULTINAZIONALI

**Sommario:** **I. Introduzione** - **1. Definizione di gruppo multinazionale** - **2. Breve analisi delle principali legislazioni nazionali in materia di gruppi** - **II. La nozione di sede nell'ordinamento italiano** - **1. La definizione di sede nell'ordinamento italiano** - **2. La nozione di sede nella Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale** - **3. Le modifiche apportate alla nozione di sede dal regolamento (Ce) n. 44/2001** - **4. Teoria dell'incorporazione e teoria della sede effettiva** - **5. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto di stabilimento: accoglimento della teoria dell'incorporazione** - **III. La rilevanza della sede** - **1. La sede come criterio di giurisdizione generale ed esclusivo** - **2. La rilevanza della sede nell'ottica della pianificazione fiscale** - **3. La disciplina del trasferimento della sede sociale** - **4. Dalle società off-shore alla "dematerializzazione" della sede: le e-company** - **IV. Sede e fallimento dei gruppi multinazionali** - **1. Le problematiche nascenti dall'insolvenza del gruppo** - **2. Il regolamento (Ce) n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza: la nozione di centro degli interessi principali del debitore e la nozione di dipendenza** - **3. Prime decisioni europee sulla nozione di centro degli interessi principali** - **4. Centro degli interessi principali e gruppi di società** - **5. Centro degli interessi principali e rischi di forum shopping: il caso Yukos** - **V. Conclusioni.**

### I. Introduzione

#### 1. Definizione di gruppo multinazionale

La nozione di gruppo di imprese è controversa.

Se per la dottrina aziendalistica<sup>1</sup> è pacifico che il gruppo di imprese costituisce un'entità economica a sé stante, dotata di una politica di gestione unitaria e di unicità di strategia, dal punto di vista giuridico il gruppo si configura

<sup>1</sup> Per la definizione di «gruppo» si vedano P. E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, Cacucci, 1965, p. 96; L. RINALDI, *Il bilancio consolidato. Teorie di gruppo e assestamento delle partecipazioni*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 15 ss.; A. RITTATORE WONWILLER - M. IPPOLITO, *I gruppi societari. Il loro governo nella normativa civilistica, tributaria, finanziaria e relativi aspetti applicativo-operativi*, Milano, Giuffrè, 2005; M. CARATOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo, Profili economici e giuridici*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 37.

come un insieme di società, ciascuna dotata di propria personalità giuridica e di autonomia patrimoniale.

A livello internazionale le uniche definizioni di «gruppo» si rinvencono nel codice OCSE del 1976 e nel progetto ONU del 1976, intitolato «codice di comportamento delle società transnazionali». A livello comunitario non esiste una normativa specificamente dedicata ai gruppi<sup>2</sup>, per cui è possibile rinvenire in materia solo interventi settoriali<sup>3</sup>.

## 2. Breve analisi delle principali legislazioni in materia di gruppi di imprese

Per quanto riguarda le singole legislazioni nazionali, ad oggi possono evidenziarsi due diversi modi di affrontare la problematica inerente al gruppo<sup>4</sup>: mentre nei Paesi dell'Europa continentale, come Germania, Francia, Italia, il gruppo ha rappresentato o rappresenta un *quid novi* da disciplinare autonomamente, nell'area anglosassone la forma di gruppo non ha evocato, in linea di massima, esigenze definitorie e problemi di regolamentazione giuridica *ad hoc*.

In particolare, per quanto riguarda l'ordinamento inglese, il concetto rilevante, normativamente tipizzato, al quale è stato ricollegata la creazione di regole, non è quello di gruppo, bensì quello, al primo comunque strettamente correlato, di controllo<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Un progetto di «Nona direttiva sul diritto delle società relativa alla gestione dei gruppi aventi come controllata una società per azioni» è stato diffuso dalla Commissione nel dicembre 1984. Secondo la relazione che l'accompagnava, la direttiva avrebbe dovuto fornire un quadro normativo che permettesse una gestione sana dei gruppi, tutelando al tempo stesso adeguatamente gli interessi legati alle operazioni del gruppo. In realtà la c.d. «Proposta di IX direttiva» era soltanto una bozza di documento di lavoro ad uso interno, che non è mai stata formalizzata e che trattava il problema dei legami fra imprese sotto vari aspetti: pubblicità (poi disciplinata dalla VII direttiva n. 83/349/Cee) e protezione e interessi dei lavoratori (regolamentati dalla direttiva n. 94/45/Cee e, in parte, dalla Proposta di V direttiva).

<sup>3</sup> Si vedano, il Regolamento (Ce) n. 696/93, relativo al coordinamento comunitario dello sviluppo dei registri di imprese utilizzati a fini statistici, che definisce il gruppo come un «insieme di imprese con legami giuridico-finanziari sotto il controllo della capogruppo»; la direttiva n. n. 88/627/Ce sul coordinamento delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari concernenti l'accesso all'attività degli enti creditizi, dalla quale si ricavano la nozione di «succursale», intesa come una sede di attività che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di un ente creditizio e che effettua direttamente, in tutto o parzialmente, le operazioni dell'attività di ente creditizio, e la nozione di «partecipazione qualificata» in un'impresa, diretta o indiretta, che non è inferiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto oppure comporta la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione dell'impresa in cui è detenuta una partecipazione. Particolare rilievo assumono poi alcune direttive societarie: la settima direttiva UE sul bilancio consolidato di gruppo, contenente la definizione di società madre e di società figlia e la seconda direttiva UE sul capitale sociale, che utilizza qua e là il termine di «società collegate» e «influenza dominante diretta o indiretta». Infine si sono aggiunte, con la direttiva sul consiglio aziendale, accurate definizioni terminologiche riguardo al concetto di «società controllante» e di «gruppo di imprese».

<sup>4</sup> Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 341 ss.

<sup>5</sup> Espliciti riferimenti alla nozione di gruppo sono contenuti solo nelle disposizioni in tema di bilancio (sec. 150-153 del *Companies Act* del 1948 e successive leggi societarie) ed in quelle relative alla stipulazione di contratti di lavoro con gli amministratori, ai sensi delle quali «group», in

Anche l'ordinamento francese non possiede una disciplina specificamente dedicata ai gruppi. Il legislatore ha preferito dettare varie definizioni di controllo, di volta in volta funzionali alle discipline di settore<sup>6</sup>.

L'Italia si è recentemente dotata di una disciplina organica in materia di gruppi. Le disposizioni introdotte dal dlgs n. 6 del 17 gennaio 2003, recante la «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative», sono chiaramente ispirate ad un principio di effettività, disciplinando un fatto, ovvero l'attività di direzione e coordinamento di società, che prescinde dalla fonte del potere (contratto o partecipazione sociale), in forza del quale viene esercitata tale attività.

A differenza della disciplina italiana<sup>7</sup>, la disciplina tedesca sui gruppi è di epoca più risalente. L'*Aktiengesetz* precisa i contorni del *Konzern*, il quale sussiste quando un'impresa dominante ed una o più imprese dipendenti vengono riunite sotto la direzione unitaria dell'impresa dominante medesima. Il legislatore tedesco ha disciplinato sia il gruppo paritetico sia quello di subordinazione. Quest'ultimo può fondarsi sia sulla stipula di un contratto di dominazione, sia sulla presenza di una influenza dominante, esercitata di fatto, in assenza di detto vincolo formale.

Per quanto riguarda gli altri ordinamenti giuridici europei si può sinteticamente constatare che Belgio, Portogallo e Svizzera basano la definizione di gruppo sul concetto di direzione unitaria, mentre la Spagna basa la definizione soprattutto sul concetto di controllo<sup>8</sup>. Infine norme relative al diritto dei gruppi sono riscontrabili anche in Croazia<sup>9</sup>, in Slovenia<sup>10</sup>, in Ungheria<sup>11</sup>, nella Repubblica Ceca<sup>12</sup> e nella Federazione Russa<sup>13</sup>.

rapporto ai *director* di una *holding*, significa «il gruppo che consiste di tale società e delle sue sussidiarie» (sec. 319 del *Companies Act* 1985).

<sup>6</sup> Si vedano la legge n. 85-11 del 3 gennaio 1985, che prevede l'obbligo di redigere un bilancio consolidato e un rapporto sulla gestione del gruppo per le società che controllino, di diritto o di fatto, da sole o con altre (c.d. controllo congiunto) una o più imprese o esercitino su di esse un'influenza notevole; la legge n. 705/1985, contenente norme in tema di partecipazioni reciproche e di obblighi di informazione e di comunicazione; il c.d. «*Code du travail*» (introdotto con legge n. 82-915 del 28 ottobre 1982), secondo cui il gruppo è costituito da una società dominante e dalle società nelle quali la prima possiede direttamente o indirettamente più della metà del capitale sociale.

<sup>7</sup> Per un confronto tra la disciplina tedesca e quella italiana si veda N. DE LUCA, *Un confronto tra la AG di diritto tedesco e le società quotate di cui al TUF, alla luce della KonTraG. La riforma del diritto societario in Germania*, in <http://www.archivioiceradi.luiss.it/impresaesocieta/index.php?catid=16>, p. 101 ss.

<sup>8</sup> A. FREANDA, *Analisi delle legislazioni e delle prassi contabili relative ai gruppi di imprese nei Paesi dell'Unione Europea*, Istituto Nazionale di Statistica - Dipartimento delle Statistiche Economiche - Servizio "Archivi statistici sulle unità economiche", in [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>9</sup> Artt. 473-511 della legge n. 111 del 1993 sulle società commerciali.

<sup>10</sup> Artt. 460-495 della legge sulle società commerciali del 1993.

<sup>11</sup> Legge n. 6 del 1988.

<sup>12</sup> Codice di commercio del 1991 modificato dalla legge n. 142 del 1996.

<sup>13</sup> Art. 6 della legge federale n. 95/208 sulle s.p.a.

Negli Stati Uniti la vita delle società è regolata dalla legge dello Stato che ne ha autorizzato la costituzione, il che comporta una frammentazione sul piano normativo, dovendosi applicare cinquanta discipline diverse. La mancanza di una legislazione unitaria ha portato dottrina e giurisprudenza ad utilizzare principi e strumenti applicabili alle singole società di capitali. Così sono dapprima stati elaborati i c.d. *fiduciary duties*, che impongono alla società controllante di esercitare i poteri che le derivano dalla sua posizione di controllo secondo canoni di lealtà, diligenza e *confidence*; successivamente la dottrina americana ha elaborato la teoria del «*lifting the veil doctrine*», secondo la quale è possibile superare il velo della personalità giuridica in gravi circostanze di abuso della controllante sulla controllata<sup>14</sup>.

Peculiare risulta, infine, la realtà giapponese, in cui il fenomeno delle partecipazioni incrociate tra imprese ha dato luogo a due diversi tipi di raggruppamento, il *keiretsu* finanziario (o orizzontale), discendente dagli *zaibatsu*<sup>15</sup>, e il *keiretsu* di capitale (o verticale), in cui un'impresa madre dominante consolida le proprie imprese sussidiarie sia attraverso il possesso completo o parziale del loro capitale azionario, sia instaurando relazioni produttive verticali a lungo termine<sup>16</sup>.

## II. La nozione di sede

### 1. La definizione di sede nell'ordinamento italiano

Nel nostro ordinamento il concetto di sede ha subito la contemporanea influenza di due orientamenti: uno di origine francese, cui si ispira il sistema generale delle sedi delle persone fisiche e delle persone giuridiche e uno di origine tedesca, cui si informa il nostro concetto di «sede di impresa»<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> A. DACCÒ, *Alcune riflessioni in merito ai recenti orientamenti in materia di gruppi societari nel diritto statunitense*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 182.

<sup>15</sup> Gli *zaibatsu* sono gruppi finanziari e industriali costituiti da un certo numero di imprese raccolte intorno ad alcune *holding*. Essi nacquero nel periodo *Meiji* (1868-1912) e furono sostenuti dalla politica governativa del periodo che li favorì a discapito delle piccole imprese, ancora troppo deboli per garantire un'economia industriale.

Gli *zaibatsu* divennero, quindi, dei soggetti privilegiati che partecipavano con cooperazione alla politica economica dello Stato, essendo associati al sistema governativo giapponese. L'importanza degli *zaibatsu* è fondamentale se si considera che controllavano le banche, ossia il meccanismo degli investimenti.

Nel periodo *Meiji* si affermarono quattro *zaibatsu* principali: *Mitsui*, *Mitsubishi*, *Sumitomo* e *Yasuda*. Dal 1945, grazie alla politica dell'occupazione americana, gli *zaibatsu* furono disgregati in imprese più piccole. Ma negli anni '60 si ricostituirono (*Mitsui*, *Mitsubishi*, *Sumitomo*) anche se non più con la potenza di prima.

<sup>16</sup> E. FRANTONE, *L'economia giapponese: un modello in crisi? Evoluzione dei keiretsu negli anni 90*, in [www.nipponico.com](http://www.nipponico.com).

<sup>17</sup> Così M. PORZIO, *La sede dell'impresa*, Napoli, Jovene, 1970.

Il sistema francese si è ispirato e si ispira tuttora al principio dell'unicità del domicilio; tuttavia, la necessità di articolare in modo elastico i rapporti tra il soggetto e i vari luoghi con i quali i suoi interessi sono collegati ha indotto dottrina e giurisprudenza ad introdurre deroghe a tale principio, mediante la creazione dei c.d. *domiciles spéciaux*. Nonostante l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza francese verso la pluralità, il cardine dell'intero sistema rimane comunque il concetto di *domicile* e quindi di *principal établissement*, che per le società commerciali si identifica con la sede sociale.

L'ordinamento tedesco, a differenza di quello francese, risulta decisamente orientato verso la pluralità delle sedi. La disciplina della sede sociale è dominata dal principio, sancito nel § 24 BGB, secondo il quale la sede sociale viene liberamente determinata nello statuto e, pertanto, elimina alla radice la problematica della determinazione della sede reale.

Torniamo ora all'ordinamento italiano. In prima approssimazione, la sede dell'impresa può essere definita come *un locale materialmente delimitato, destinato all'esercizio dell'impresa*. Elementi di ulteriore specificazione nella generica definizione prospettata sono la stabilità della destinazione del locale allo scopo di esercitare l'impresa e la destinazione ad attività produttiva.

In caso di esercizio collettivo dell'impresa, il punto di partenza per l'elaborazione della nozione di sede sociale è dato dal secondo comma dell'art. 46 del codice civile, che consacra la distinzione tra sede effettiva (che si identifica con il luogo di direzione dell'attività della persona giuridica) e sede statutaria. In questa prospettiva la sede effettiva non si oppone alla sede statutaria come elemento dissimulato dell'atto di fondazione della persona giuridica da sostituire ad un elemento simulato, ma sede legale e sede effettiva sono nozioni giuridiche distinte, entrambe rilevanti per l'ordinamento.

## 2. *La nozione di sede nella Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*

Nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, come disegnato dalla Convenzione di Bruxelles<sup>18</sup> e dalla Convenzione di Lugano<sup>19</sup>, entrambe concernenti la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ed ora dal regolamento (Ce) n. 44/2001<sup>20</sup>, il domicilio

<sup>18</sup> Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 1 ss. (testo consolidato).

<sup>19</sup> Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 319 del 25 novembre 1988, p. 9 ss.

<sup>20</sup> Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss.

del convenuto costituisce il criterio di collegamento fondamentale per determinare la competenza giurisdizionale dei giudici degli Stati membri.

Per quanto riguarda la società e le altre persone giuridiche, l'art. 53 della Convenzione di Bruxelles disponeva che la sede fosse assimilata al domicilio, ma non ne dettava una definizione autonoma ed uniforme; inoltre, anziché rinviare semplicemente alla legge "interna" (come previsto dall'art. 52 per il domicilio), disponeva che il giudice applicasse «le norme di diritto internazionale privato del proprio Stato».

Tale norma poneva immediatamente l'interprete di fronte alla constatazione delle profonde divergenze che esistono tra le norme di diritto internazionale privato e di diritto materiale degli ordinamenti degli Stati membri per quanto attiene alla determinazione della sede di una società.

Infatti, per ovviare, almeno in parte, alle difficoltà applicative dell'art. 53 della Convenzione<sup>21</sup>, era stata proposta una lettura della norma fondata sul principio di effettività, che conducesse a privilegiare, tra i criteri presi in considerazione dalla *lex fori*, quelli che consentivano di localizzare la sede della società o altro ente nell'ambito di uno Stato che, a sua volta, eventualmente anche sulla base di criteri diversi, riconosceva tale società o ente come domiciliato sul proprio territorio<sup>22</sup>.

Ma anche applicando questa tipologia di lettura della norma, la disciplina convenzionale continuava a presentare forti limiti, tra cui, in particolare, l'equivalenza apparentemente stabilita tra sede statutaria e sede amministrativa degli enti collettivi e il rischio di conflitti, sia positivi che negativi, di giurisdizione tra gli Stati contraenti<sup>23</sup>.

### 3. *Le modifiche apportate alla nozione di sede dal regolamento (Ce) n. 44/2001*

Il 22 dicembre 2001 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il regolamento (Ce) n. 44/2001, avente ad oggetto la disciplina della competenza giurisdizionale, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in mate-

<sup>21</sup> Gli inconvenienti più significativi riguardavano la possibilità che le divergenti valutazioni delle leggi nazionali in merito alla localizzazione della sede delle persone giuridiche dessero luogo a conflitti, positivi o negativi, di giurisdizione; mentre per i conflitti positivi una soluzione veniva generalmente rintracciata nelle norme in tema di litispendenza, assai meno agevole risultava la soluzione dei conflitti negativi.

<sup>22</sup> M. LOPEZ DE GONZALO, *Il domicilio delle imprese di trasporto marittimo*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 457 ss.

<sup>23</sup> Per le critiche alla disciplina convenzionale si veda MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, Padova, Cedam, 1999, p. 214, 225, citato in M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma di diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 44 ss. secondo cui l'art. 53 è «una norma infelice» in quanto la regola relativa alla determinazione della sede risulta «oscura e incapace (...) di assicurare un accertamento uniforme della competenza» dando origine a «situazioni di incertezza e disarmonia».

ria civile e commerciale. Il regolamento, entrato in vigore il 1° marzo 2002, ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968, fatta eccezione per i territori degli Stati membri assoggettati alla Convenzione, ma esclusi dal regolamento, in conformità all'art. 299 del Trattato<sup>24</sup>.

La disciplina regolamentare non sembra in realtà apportare grandi modifiche al regime convenzionale. Infatti il regolamento utilizza il domicilio in uno Stato membro sia per definire l'ambito di applicazione della disciplina uniforme, sia come criterio di giurisdizione, senza differenziare a seconda della natura, individuale o collettiva, delle parti in causa; inoltre fissa un foro esclusivo con riguardo ai procedimenti «in materia di validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche o di validità delle decisioni dei rispettivi organi», individuandolo nello Stato membro all'interno del cui territorio tali enti vedono localizzata la propria «sede»; infine dispone che tale «sede» sia determinata sulla base delle norme del diritto internazionale privato del foro<sup>25</sup>.

Una novità potrebbe ravvisarsi nella disposizione di cui all'art. 60, par. 1 e 2, del regolamento n. 44/2001. L'art. 53 della Convenzione, ai fini dell'applicazione della disciplina uniforme, assimilava il domicilio delle persone fisiche alla sede sociale degli enti collettivi e rinviava alle norme di conflitto del giudice adito per l'individuazione del luogo in cui tale sede è situata. La citata corrispondente disposizione del regolamento n. 44/2001 stabilisce invece, a quegli stessi fini, che «una società o altra persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova la sua sede statutaria, o la sua amministrazione centrale, oppure il suo centro d'attività principale», con la precisazione che, per quanto riguarda il Regno Unito e l'Irlanda, per sede statutaria deve intendersi il «*registered office* o, qualora non esista alcun *registered office*, il *place of incorporation* (luogo di acquisizione della personalità giuridica), ovvero, se nemmeno siffatto luogo esiste, il luogo in conformità alla cui legge è avvenuta la *formation* (costituzione)».

Il regolamento n. 44/2001, dunque, supera l'opzione del rinvio alle norme di conflitto del giudice adito ed opta per una definizione autonoma di do-

<sup>24</sup> Il Regolamento trova applicazione nei rapporti fra tutti gli Stati membri diversi dalla Danimarca, che non ne è vincolata secondo il meccanismo di *opting-out* di cui all'art. 69 (già 73Q) del Trattato CE, e nei confronti della quale continua a valere quindi il regime della Convenzione di Bruxelles. Infatti l'oggetto del regolamento rientra tra le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile proposte in base al titolo IV (art. 65) del Trattato, escluso dall'ambito operante nei confronti dello Stato danese, secondo gli artt. 1 e 2 del Protocollo 5 relativo alla posizione della Danimarca allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato istitutivo della Comunità europea: in forza di questa opzione la Danimarca, non partecipando all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma del suddetto titolo, non è vincolata a disposizioni e provvedimenti adottati e ad accordi internazionali conclusi dalla Comunità sulla base di quel titolo.

<sup>25</sup> M. BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 879 ss.

micilio degli enti collettivi<sup>26</sup>, e ciò con l'obiettivo dichiarato di «aumentare la trasparenza» della disciplina comune e di evitare i «conflitti di competenza» che possono generarsi nel sistema convenzionale, nella misura in cui questo lascia aperta la possibilità di diverse localizzazioni della sede sociale a seconda dello Stato in cui viene a radicarsi la competenza<sup>27</sup>.

La nozione di domicilio della società e delle altre persone giuridiche dettata dall'art. 60 del regolamento è, tuttavia, una definizione non univoca: la norma, infatti, disponendo che le persone giuridiche si intendono domiciliate nel luogo in cui si trova la sede statutaria, ovvero l'amministrazione centrale, ovvero il centro di attività principale, mantiene una posizione "agnostica" o equidistante rispetto alla contrapposizione tra teoria dell'incorporazione e teoria della sede effettiva<sup>28</sup>. Per di più la norma, oltre a far proprie entrambe le nozioni di sede cui fanno riferimento le due teorie internazionale-privatistiche in tema di *lex societatis*, dà anche rilievo al loro luogo di stabilimento principale nonché, limitatamente al Regno Unito e all'Irlanda, allo Stato in cui si è perfezionato il conferimento della personalità giuridica o ai sensi della cui legge l'ente è stato costituito, dimostrando in questo modo di far proprie due possibili varianti rispettivamente della *Sitztheorie* e della *Gründungstheorie*<sup>29</sup>.

#### 4. Teoria dell'incorporazione e teoria della sede effettiva

La costituzione di una società e il successivo svolgersi dell'attività economica costituente il proprio oggetto sociale necessita dell'individuazione dell'ordinamento giuridico deputato a regolare tutte le vicende societarie, individuazione non semplice nel caso in cui una società presenti più elementi di collegamento con più Stati. Il panorama internazionale di riferimento<sup>30</sup> si caratterizza per la presenza di due principali criteri di collegamento territoriale,

<sup>26</sup> M. DE CRISTOFARO, *Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale; Regolamento CE n. 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in AA.VV. (a cura di F. FERRARI), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 243.

<sup>27</sup> Confronta il *considerando* n. 11 del regolamento.

<sup>28</sup> M. DE GONZALO, *Il domicilio delle imprese di trasporto marittimo*, *cit. supra*, nota 16, p. 462.

<sup>29</sup> Sul punto si veda anche M. BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 19, p. 889, secondo cui «all'origine del sistema convenzionale, e della sua sostanziale conferma da parte del legislatore comunitario nel Regolamento Bruxelles I, c'è la probabile volontà di non prendere partito sulla questione della disciplina internazionale-privatistica delle società, ridotta ad un'alternativa secca tra teoria dell'incorporazione e teoria della sede reale. In questo modo, però, il potenziale euristico di *Gründungstheorie* e *Sitztheorie* si riduce notevolmente ove si consideri che nel diritto positivo le due posizioni trovano raramente attuazione nella loro forma pura e subiscono spesso varianti tali da incidere, anche radicalmente, sulle reali modalità in cui si attua il coordinamento fra il diritto del foro ed i diritti stranieri».

<sup>30</sup> In ambito comunitario, il criterio dell'incorporazione è tipico degli ordinamenti anglosassoni come Inghilterra e Irlanda, ma si ritrova anche nei Paesi Bassi, in Danimarca, in Svezia ed in Italia. Il criterio della sede reale si ritrova invece in Francia, Germania, Austria e Belgio.



riassumibili nel luogo di costituzione della società (c.d. criterio dell'*incorporation* o *Gründungstheorie*) ovvero nel luogo in cui è posta la sede della società (c.d. criterio della sede o *Sitztheorie*).

Il primo dei due criteri offre maggiori garanzie in termini di certezza del diritto, rafforza l'autonomia privata, in ragione della libertà di scelta del quadro normativo ai sensi del quale è organizzata la vita della società e favorisce la competizione fra ordinamenti. Tuttavia, il riferimento ad un elemento formale, quale è il luogo di costituzione della società, manifesta dei limiti sia nella sua scarsa dinamicità, in quanto non assume alcun rilievo il luogo in cui è posta la sede amministrativa ovvero il luogo di effettivo svolgimento dell'attività economica, sia nel possibile utilizzo strumentale dello stesso<sup>31</sup>.

Il criterio della sede è connotato invece da una maggiore effettività, essendo collegato al luogo in cui si concentra lo svolgimento dell'attività sociale; tale vantaggio può, però, in alcuni casi, trasformarsi in un limite, qualora la società effettui molteplici trasferimenti transnazionali della propria sede, posta la diminuita affidabilità per soci e creditori circa l'ordinamento giuridico applicabile nella regolamentazione delle vicende societarie. A ciò va aggiunta l'incertezza derivante dalle molteplici definizioni del concetto di sede che ciascun ordinamento giuridico nazionale potrebbe adottare<sup>32</sup>.

##### 5. *La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto di stabilimento: accoglimento della teoria dell'incorporazione*

Le norme del Trattato Ce in tema di diritto di stabilimento<sup>33</sup> sono norme, secondo la dottrina più accorta, inidonee a risolvere non soltanto il problema dell'armonizzazione (ovvero del reciproco riconoscimento delle società costituite negli Stati membri), ma anche quello della concorrenza fra ordinamenti nazionali degli Stati membri più rigorosi e garantistici e quelli ad ordinamento più liberale e permissivo<sup>34</sup>.

Come per tutte le questioni più spinose, non risolte a livello normativo, la cui soluzione impone un'operazione di bilanciamento fra interessi nazionali e comunitari, il giudice comunitario si è mosso in maniera cauta e ha evitato di

<sup>31</sup> Si pensi alla costituzione di una società in un dato Paese al solo fine di beneficiare della più favorevole disciplina societaria e/o fiscale.

<sup>32</sup> F. FIMMANÒ, *Trasferimento della sede all'estero e principio di incorporazione*, nota a decreto del Tribunale di Verona del 5 dicembre 1996, in *Riv. soc.*, 1997, p. 574 ss.

<sup>33</sup> Artt. 43 (ex art. 52) e 48 (ex art. 58). Cfr. S. FERRARIS, *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, in questa *Rivista*, 2006, p. 717 ss.

<sup>34</sup> Diversa è infatti la latitudine della facoltà riconosciuta ad ogni cittadino comunitario di costituire società nello Stato membro le cui norme societarie risultino meno severe o comunque più attraenti – anche dal punto di vista fiscale – a seconda che venga richiesto lo svolgimento effettivo di un'attività commerciale nello Stato di costituzione (teoria della sede reale) ovvero se ne possa del tutto prescindere (teoria dell'incorporazione). C. PINOTTI, *Concorrenza fra ordinamenti ed armonizzazione del diritto societario: un binomio possibile?*, in [www.foroeuropa.it](http://www.foroeuropa.it).

prendere posizione in modo definitivo sui molteplici punti controversi.

La stessa Corte di giustizia ha sottolineato nella sentenza *Daily Mail* come «(...) la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le società nonché sulle facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi (...)»<sup>35</sup>.

Tuttavia, negli ultimi anni la Corte ha assunto posizioni di maggiore tutela della libertà di stabilimento, sanzionando le disposizioni legislative degli Stati membri che escludano o limitino la capacità giuridica di società provenienti da altri Stati comunitari ovvero impongano alle stesse requisiti ulteriori (rispetto a quelli richiesti ad una società nazionale) per il loro riconoscimento giuridico.

Queste sentenze della Corte di giustizia, pur avendo come oggetto il contrasto tra norme nazionali e principi comunitari in tema di stabilimento, sembrano aver segnato la prevalenza della teoria dell'incorporazione rispetto a quella della sede reale o, quanto meno, sembrano aver fortemente limitato la possibilità per lo Stato ospitante di interferire con la propria normativa in materia societaria sullo statuto della società derivante dalla *lex societatis* dello Stato nell'ambito del cui ordinamento si è realizzata la costituzione della società<sup>36</sup>.

La prima significativa sentenza in tal senso è quella del 28 gennaio 1986, *Commissione c. Repubblica francese*, in cui la Corte, oltre a riconoscere alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro per mezzo di agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti dalla legge dello Stato ospitante alle proprie società nazionali, ha stabilito che la sede delle società commerciali «serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato»<sup>37</sup>.

La seconda decisione che occorre prendere in considerazione è la sentenza *Segers* del 10 luglio 1986<sup>38</sup>, in cui i giudici comunitari hanno chiaramente stabilito che uno Stato membro non può discriminare una società costituita a nor-

<sup>35</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 81/87, *The Queen c. H. M. Treasury e Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail e General Trust PLC*, in *Raccolta*, 1988 p. 5483 ss. e in questa *Rivista*, 1990, p. 43 ss. Si veda il commento di F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella Cee: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in questa *Rivista*, 1990, p. 50 ss.

<sup>36</sup> Sull'argomento di vedano A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti – Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1294; C. CARRARA, *Il caso Centros Ltd. c. Erhvervs-og Seiskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionalprivatistico della sede effettiva*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2001, p. 4.

<sup>37</sup> Si confronti il punto 18 della sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986 in causa n. 161/84, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1986, p. 273 ss.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1986 in causa n. 79/85, in *Raccolta*, 1986, p. 2375 ss.

ma del diritto di un altro Stato membro, anche se manifestamente la società straniera non svolge alcuna attività commerciale nel proprio Paese di costituzione e che l'esigenza di prevenire gli abusi non giustifica siffatta discriminazione; quindi, se tutte le condizioni previste dall'art. 48 del Trattato sono soddisfatte, il fatto che una società svolga la propria attività mediante un'agenzia, una succursale o una filiale solo in un altro Stato membro deve ritenersi irrilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni del diritto di stabilimento.

Le successive decisioni della Corte di giustizia segnano il definitivo accoglimento della teoria dell'incorporazione: in particolare, nel caso *Centros*<sup>39</sup> la Corte ha affermato che gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede statutaria senza svolgervi attività commerciali, e ciò anche quando tale succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme più rigorose relative alla costituzione di società.

Le suddette conclusioni sono interamente ribadite nella sentenza *Überseering*<sup>40</sup>. Qui la Corte ha ritenuto che le norme del Trattato in tema di diritto di stabilimento si oppongono a che, allorché una società costituita conformemente alla normativa di uno Stato membro sul cui territorio ha la sede statutaria viene considerata, secondo il diritto di un altro Stato membro, come se avesse trasferito la sua sede effettiva in tale altro Stato, quest'ultimo neghi a tale società la capacità giuridica (imponendogli di ricostruirsi secondo la legge di tale altro Stato); al contrario, le norme in tema di diritto di stabilimento impongono che venga rispettata la capacità giuridica che la società in questione possiede in forza del diritto del suo Stato di costituzione.

Altra decisione pienamente in linea con l'orientamento precedente è costituita dalla sentenza *Inspire Art*<sup>41</sup>, nella quale la Corte, oltre a confermare molte delle statuizioni già affermate nella pronuncia *Centros* e riprese nella sentenza *Überseering*, ha introdotto un'ulteriore interpretazione delle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento nel senso dell'esistenza, nell'ambito di queste, di un vero e proprio principio di mutuo riconoscimento puro, che impedirebbe allo Stato ospitante qualsiasi applicazione delle proprie norme nazionali alle società comunitarie stabilite sul suo territorio, in tal modo, dunque, sgomberando il campo da ogni residuo ostacolo all'insediamento

<sup>39</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 e in questa *Rivista*, 1999, p. 488.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00, *Überseering c. Nordic Construction*, in questa *Rivista*, 2002, p. 758.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, in causa n. C-167/01. *Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam c. Inspire Art L.T.D.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155 ss.

di succursali di società comunitarie in qualunque Stato membro, succursali che potranno così operare senza che disposizioni imperative dello Stato ospitante, anche di tipo meramente amministrativo, possano ad esse imporsi.

La più recente decisione presa dalla Corte in materia è costituita dalla sentenza *SEVIC System*<sup>42</sup>, nella quale la Corte ha affermato che «rientrano nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato membro e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato, consentendo ai soggetti interessati di poter partecipare effettivamente ed alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del Paese». La fusione transfrontaliera costituisce una delle possibili modalità per esercitare il diritto riconosciuto dall'art. 43, comma 2, del Trattato di Roma a stabilirsi in uno Stato membro attraverso la costituzione e gestione di società e, pertanto, una diversità di trattamento tra fusioni interne e fusioni transfrontaliere configura una restrizione in sé vietata.

La motivazione per cui la Corte ha optato per la teoria dell'incorporazione è che quest'ultima non presenta profili di incompatibilità comunitaria: infatti, per gli Stati che adottano tale teoria, le società possono costituirsi nel Paese che offre le condizioni più convenienti e, una volta costituite, esse possono liberamente impiantare sul territorio di uno Stato membro la sede amministrativa effettiva<sup>43</sup>.

Di contro, la teoria della sede applica alle società il diritto dell'ordinamento ove la società ha la sua sede amministrativa effettiva, ovvero il centro direzionale da cui promana l'attività (tesi da cui consegue che la stessa esistenza della società e la sua capacità sono regolate dall'ordinamento del foro, che, se non la considera validamente costituita, può o non riconoscerla ovvero riquificarla come società di persone di fatto).

È chiaro che la teoria della sede, ove applicata indiscriminatamente, porta con sé rischi di incompatibilità, giacché, consentendo solo a società costituite nel territorio di impiantarvi la sede amministrativa principale, violerebbe il principio di non discriminazione impedendo in sostanza ogni forma di scelta (e quindi di concorrenza) fra ordinamenti.

<sup>42</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005 in causa C-411/03, *SEVIC System AG*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10805 ss.

<sup>43</sup> Aspetto fondamentale della teoria dell'incorporazione è che la società circola e può trasferirsi insieme al diritto dello Stato di incorporazione che regola la nascita, l'esistenza e l'intero statuto personale della società.

### III. La rilevanza della sede

#### 1. *La sede come criterio di giurisdizione generale ed esclusivo*

L'art. 2, par. 1, del regolamento (Ce) n. 44/2001 stabilisce che le «persone», sia fisiche che giuridiche, devono essere convenute davanti ai giudici dello Stato membro in cui sono domiciliate, indipendentemente dalla loro nazionalità<sup>44</sup>: in questo modo il regolamento fissa un foro "generale", competente per tutti i procedimenti in materia civile e commerciale sottoposti alla disciplina regolamentare.

Il domicilio delle società e delle persone giuridiche andrà determinato ai sensi degli artt. 59 e 60, par. 1 e 2: pertanto la domiciliazione avverrà sulla base dei vari criteri di localizzazione definiti in via autonoma dal legislatore comunitario.

Tuttavia bisogna chiedersi se l'applicazione cumulativa di tali criteri di collegamento (sede statutaria - *registered office*, sede amministrativa, centro d'attività principale) – se risulta opportuna qualora si guardi al domicilio degli enti collettivi come criterio per definire l'ambito di applicazione della disciplina uniforme<sup>45</sup> – sia egualmente opportuna anche quando i diversi elementi di organizzazione dell'ente risultino localizzati in Stati membri diversi<sup>46</sup>.

In questo caso la determinazione del foro generale di un ente collettivo avente «sede» in più di uno Stato membro diventerebbe particolarmente complicata, a meno che l'art. 60, par. 1, del regolamento non venisse interpretato in maniera restrittiva<sup>47</sup>: dovrebbe cioè essere la *lex societatis* che governa l'ente a scegliere se ammettere la domiciliazione multipla ed il concorso di giurisdizioni, se stabilire che le azioni vanno promosse esclusivamente nel fo-

<sup>44</sup> E cioè, per gli enti collettivi, indipendentemente dal fatto che essi siano costituiti in base alla *lex societatis* del foro, di un altro Stato membro o di uno Stato terzo.

<sup>45</sup> Sul punto si veda M. BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, cit. supra, nota 19, p. 897 ss. Secondo l'Autore, qualora si guardi al domicilio unicamente come criterio per definire l'ambito di applicazione del Regolamento, si giustifica un'interpretazione estensiva dell'art. 60 sotto diversi profili: quanto all'identità degli enti considerati, non solo società e persone giuridiche in senso stretto, ma anche qualsiasi altro soggetto non persona fisica riconosciuto da un ordinamento come autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche (quindi anche associazioni non riconosciute, fondazioni, condomini, gruppi europei di interesse economico); quanto alla natura cumulativa, e non alternativa, dei criteri di connessione utilizzati, per cui sarà sufficiente la presenza sul territorio comunitario della sola sede statutaria, o della sola sede amministrativa, o del solo centro di attività principale per rendere applicabile la disciplina uniforme. Tale interpretazione estensiva rende perseguibile l'obiettivo di assicurare il buon funzionamento del mercato interno, in quanto un regime unitario in tema di giurisdizione internazionale semplifica l'attività degli operatori economici, rendendo più facilmente prevedibili le conseguenze delle loro scelte imprenditoriali e, in tal modo, rafforza il processo integrativo.

<sup>46</sup> Naturalmente nessun problema si pone in due ipotesi estreme: quando, cioè, tutti tali elementi risultino situati in un medesimo Stato membro, o quando soltanto uno di tali elementi sia situato all'interno del territorio comunitario e gli altri siano localizzati in Stati terzi.

<sup>47</sup> M. BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, loc. cit., p. 909.

ro della sede statutaria, della sede amministrativa o del centro principale di attività<sup>48</sup> o se seguire strade intermedie<sup>49</sup>.

La posizione dell'ordinamento della *lex societatis* sul punto potrà desumersi da norme *ad hoc*, facenti parte della statuto sociale in senso stretto, ma anche dalla soluzione data dal diritto processuale comune ad una tematica diversa, ma contigua, quale è quella della competenza territoriale<sup>50</sup>; mentre nell'assenza di qualsiasi indicazione nel diritto positivo di tale Stato, si dovrà ritenere che l'ordinamento accetta tutti e tre i criteri di domiciliazione e che dunque li fa operare cumulativamente.

Oltre a fungere da criterio di giurisdizione generale, la sede assume valore anche come criterio di giurisdizione esclusiva. L'art. 22, n. 2, del regolamento (Ce) n. 44/2001 dispone infatti che *a.* i giudici dello Stato membro nel cui territorio una società o persona giuridica ha «sede» hanno giurisdizione esclusiva con riguardo ad una serie di procedimenti interessanti, in via approssimativa, il suo statuto sociale<sup>51</sup>; *b.* tale sede andrà determinata dal giudice in applicazione delle norme del proprio diritto internazionale privato; *c.* il foro così individuato opererà «indipendentemente dal domicilio» dell'ente.

La *ratio* della norma è quella di assicurare in modo vincolante la cognizione della causa da parte del giudice che, per essere più fortemente collegato con la fattispecie dedotta in giudizio, è, in linea di principio, in grado di garantire il più adeguato livello di approfondimento del relativo tema di indagine, non soltanto sotto il profilo fattuale, ma anche in relazione al quadro normativo rilevante ai fini della decisione<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Si veda, ad esempio, l'art. 19, secondo comma del codice di procedura civile, per il quale le società non aventi personalità giuridica e gli altri enti collettivi privi di una sede statutaria hanno sede (sembrerebbe: esclusivamente) dove svolgono attività in modo continuativo.

<sup>49</sup> Si considerino, ad esempio, le disposizioni che in diritto italiano (art. 46, secondo comma del codice civile e art. 19, primo comma del codice di procedura civile), in diritto francese (art. 3, secondo comma della l. 24 luglio 1966) e in diritto tedesco (art. 17, terzo comma della ZPO), nel caso di non coincidenza tra sede statutaria e sede amministrativa, permettono ai terzi di avvalersi di entrambi i fori, impedendo al contempo all'ente in rilievo, convenuto di fronte al giudice competente in virtù della localizzazione della sede statutaria, di eccepire che la propria sede "reale" è altrove.

<sup>50</sup> Per lo meno nella prospettiva del diritto processuale comunitario, all'interno della quale la rigida contrapposizione tra giurisdizione e competenza non sembra più giustificarsi (sul punto si veda G. LUZZATTO, *Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 63 ss.). Questo naturalmente vuol dire che norme volte a ripartire l'esercizio della funzione giurisdizionale tra i giudici di un medesimo Stato vengano utilizzate al diverso fine di ripartire la giurisdizione tra giudici nazionali e giudici di altri Stati membri.

<sup>51</sup> Ci si riferisce alle controversie in materia di validità, nullità o scioglimento del soggetto collettivo che ha sede in uno degli Stati membri o vertenti sulla validità delle decisioni dei rispettivi organi.

<sup>52</sup> Così V. SIANI, *Il Regolamento CE n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze*, Parte prima, in questa *Rivista*, 2003, p. 451 ss., in particolare p. 501. L'Autore rileva come attinente a tale *ratio* sia la disposizione di natura processuale di cui all'art. 25 del regolamento (corrispondente all'art. 19 della Convenzione di Bruxelles) che impone al giudice dello Stato membro che venga investito a «titolo principale» – ossia per decidere su di essa *principaliter*, e non in modo meramente incidentale – di una controversia rientrante nella sfera attribuita dall'art. 22 al giudice di altro Stato membro di dichiarare d'ufficio la propria carenza di competenza giurisdizionale.

## 2. La rilevanza della sede nell'ottica della pianificazione fiscale

Nel complesso scenario competitivo globale l'attività di pianificazione fiscale internazionale assume crescente rilevanza in ambito di scelte strategiche operate dal vertice aziendale; uno stretto monitoraggio della suddetta funzione diviene essenziale, evidentemente, nel momento in cui l'impresa stessa, in fase di crescita, valichi i confini nazionali e si trovi quindi a dover implementare la migliore soluzione che soddisfi contemporaneamente esigenze di ordine produttivo, commerciale, amministrativo, nonché fiscale<sup>53</sup>.

Nonostante, nel contesto attuale, i processi di crescita internazionale, in passato riservati esclusivamente a realtà più imponenti, siano accessibili anche ad imprese di piccole e medie dimensioni, risulta maggiormente interessante l'osservazione delle problematiche legate ad un corretto *planning* delle operazioni internazionali nell'ambito del gruppo multinazionale<sup>54</sup>.

Una volta scelta la c.d. *holding structure*, si pone la problematica di valutare attentamente lo Stato più indicato ad accoglierne la struttura; al riguardo, si osserva come l'individuazione della localizzazione ottimale sia il risultato dell'analisi condotta sugli elementi che influenzano l'attrattività delle diverse legislazioni fiscali<sup>55</sup>. Regimi agevolativi per società *holding* sono infatti presenti in più Paesi da decenni con l'evidente proposito di attrarre capitali ed investimenti esteri, facendo leva sulla concorrenza fiscale tra gli ordinamenti.

La creazione di una *holding* in opportuno Stato estero, oltre a permettere la fruizione di vantaggi derivanti dall'applicazione dei suddetti regimi di favore, persegue lo scopo di eliminare o ridurre le eventuali forme di doppia imposizione tributaria che si possono verificare in relazione ai flussi reddituali (dividendi, interessi, *royalties*) provenienti dai Paesi in cui si effettuano gli investimenti; in questo senso la *holding*, interposta tra società capogruppo e partecipata estera, consente di gestire le partecipazioni e di canalizzare i dati

Allo stesso modo M. DE CRISTOFARO, *Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, cit. supra, nota 20, p. 246, secondo cui all'attribuzione di competenza giurisdizionale esclusiva «consegue l'attualizzarsi in capo ai giudici degli altri Paesi comunitari dell'obbligo di rispettare la poiorità dell'esercizio della giurisdizione da parte degli organi giurisdizionali più prossimi al *thema decidendum*, spogliandosi anche d'ufficio della cognizione della controversia. Il rispetto delle disposizioni sulle competenze esclusive è altresì garantito, a monte, tramite il diniego di ogni rilevanza ad eventuali contegni di accettazione tacita e ad eventuali accordi di *electio fori*; ed a valle, mediante la negazione del riconoscimento o dell'*exequatur* delle sentenze rese in violazione di tali norme».

<sup>53</sup> Uno degli strumenti più frequentemente utilizzati nell'attività di *international tax planning* al fine di ottimizzare il carico fiscale del gruppo è la costituzione di una *intermediate holding*.

<sup>54</sup> In realtà, l'attuale dimensione transnazionale della sfera economica sancisce il passaggio dall'impresa multinazionale a quella soprannazionale, intesa quale naturale evoluzione della prima; la nuova concezione prescinde dal collegamento impresa-territorio per creare, in sintesi, ciò che viene definito impresa «globale». Sull'argomento si veda P. VALENTE, *Fiscalità soprannazionale – Spazi e norme nell'età globale*, Milano, Il Sole 24Ore, 2004, p. 31 ss.

<sup>55</sup> Così F. CIRRINCIONE - F. SPINOSO, *Le società holding e l'istituto della c.d. participation exemption vigente in Belgio, Lussemburgo, Francia e Germania*, in *Fiscalità internazionale*, 2006, p. 75.

flussi, ottimizzandone il rendimento dal punto di vista fiscale.

La gamma di soluzioni prospettabili relativamente alla scelta di localizzazione della società *holding* si dimostra ampia, in quanto, nonostante alcune caratteristiche comuni, esistono differenze rilevanti tra gli ordinamenti giuridici. Tuttavia molti ordinamenti giuridici adottano la stessa tipologia di sistema per l'eliminazione della doppia imposizione internazionale, cioè la *participation exemption*. Sia l'Italia che altri Stati, quali Germania e Francia (in parte), hanno recentemente adottato il sistema della *participation exemption* uniformandosi alla maggior parte dei Paesi europei nei quali il regime in oggetto è in vigore già da tempo (Belgio e Lussemburgo)<sup>56</sup>. Tale scelta di politica fiscale si prefigge lo scopo di perseguire due obiettivi: anzitutto, evitare che i propri contribuenti strutturino le rispettive attività in modo tale da sfruttare i benefici del medesimo istituto presso altri Stati (trattasi della c.d. esteroinvestizione dei gruppi) ed in secondo luogo attrarre con le peculiarità interessanti previste dal proprio regime di *participation exemption* (*id est* condizioni più favorevoli di applicabilità) investitori esteri in relazione alle decisioni di collocazione delle *holding* del gruppo.

### 3. *La disciplina del trasferimento della sede sociale*

La localizzazione delle attività produttive in mercati che offrono approvvigionamenti molto competitivi rappresenta oggi una delle principali risposte che le imprese approntano per affrontare i mercati globalizzati. Ma se la delocalizzazione attuata mediante la costituzione di nuove società all'estero, non presenta particolari ostacoli giuridici, se realizzata con un trasferimento diretto della sede sociale, in un Paese diverso da quello d'origine, pone delicati problemi, a causa dei possibili conflitti esistenti tra i diversi ordinamenti dei Paesi coinvolti.

In linea di principio la possibilità, o meno, che un ordinamento ammetta il trasferimento della sede delle sue società, è subordinata al principio di collegamento territoriale che quello Stato adotta. Nei Paesi che adottano la teoria dell'incorporazione una società è libera di stabilire la sede operativa o la residenza in un altro ordinamento senza incorrere nello scioglimento o in qualsiasi altra conseguenza, avendo sempre la possibilità di agire secondo il proprio originario e familiare sistema giuridico, anche se la società che emigra può essere preventivamente costretta a saldare i conti con le autorità tributarie. I sistemi che adottano la teoria della sede reale sono invece maggiormente orientati ad esercitare un controllo stringente sui soggetti che operano nell'ambito della loro giurisdizione. Per questo motivo tali ordinamenti o negano

<sup>56</sup> Per maggiori approfondimenti si veda F. ANTONACCHIO, *La tassazione dei redditi d'impresa nel Granducato del Lussemburgo. I gruppi immobiliari*, in *Tax Planning*, 2006, p. 51 ss.



l'accesso alla società che intenda trasferirsi attraverso un procedimento di *disqualification* o la assoggettano alla loro giurisdizione, nel caso in cui la società nei fatti sia amministrata sul loro territorio<sup>57</sup>.

La giurisprudenza belga ha avuto modo di occuparsi della tematica del trasferimento della sede. In particolare, nel caso *Lamot*<sup>58</sup> è stato osservato come la legge belga non distingua tra società costituite in Belgio e società la cui sede è stata trasferita in Belgio e non contenga alcuna disposizione che preveda la perdita dello *status* di persona giuridica in dipendenza del trasferimento della sede in Belgio. Secondo la Corte di cassazione belga, nulla vieta ad una società che trasferisca la propria sede in Belgio di essere riconosciuta come società belga; la società potrebbe solo dover adattare il proprio statuto per conformarsi al diritto nazionale, senza però esser costretta a modificare le proprie caratteristiche essenziali.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il trasferimento della sede sociale all'estero è disciplinato direttamente in tre disposizioni di carattere generale: gli artt. 2369 e 2437 c.c. in tema di maggioranze assembleari necessarie per l'approvazione della delibera e di diritto di recesso per il socio assente o dissenziente e l'art. 25, comma 3, della l. n. 218 del 31 maggio 1995. La *ratio* di tale ultima norma è quella di contemperare nella maggiore misura possibile i diversi valori giuridici in concorso e così di garantire al meglio l'attuazione degli interessi sottesi a ciascuno di essi. Nella giurisprudenza italiana, anche successiva all'entrata in vigore della l. n. 218, si registrano posizioni divergenti nei riguardi del trasferimento di una società italiana all'estero: qualche tribunale propende per una sostanziale continuità della società, qualche altro fa discendere da un trasferimento "efficace" il venir meno della giurisdizione italiana<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Così E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 724.

<sup>58</sup> Nel caso di specie la *Lamot Limited* si era costituita come una *company limited* di diritto inglese nel 1927, quando il regime fiscale inglese era più favorevole di quello belga. Nel 1932 la società decise di trasferire la sede in Belgio. In forza della legge belga una *company limited* non poteva avere una durata superiore a trenta anni, periodo che, invece, poi la società superò. La questione era, quindi, se la società esistesse ancora nel 1962, momento in cui la sua durata era stata prolungata per altri trent'anni. In quel periodo nacque una divergenza tra i fratelli *Lamot*, unici azionisti della società. Uno sosteneva lo scioglimento della società, in virtù della scadenza ritenuta fissata nel 1957, l'altro riteneva invece che la società fosse sopravvissuta sotto il diritto belga divenuto applicabile dal momento del trasferimento della sede, posto che era stata validamente estesa la sua durata dopo il 1957. La questione approdò alla Corte di cassazione che decise *ut supra*.

<sup>59</sup> Si vedano Trib. di Alessandria, decreto 19 agosto 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 415; Corte d'appello di Torino, decreto 1° dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 415; Trib. di Verona, decreto 5 dicembre 1996, in *Riv. soc.*, 1997, p. 574; Corte d'appello di Trieste, decreto 9 ottobre 1999, in *Riv. not.*, 2000, p. 167; Trib. di Monza, decreto 5 aprile 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 558; Trib. di Roma, decreto 10 luglio 1987, in *Foro it.*, 1987, c. 2592; Trib. di Pordenone, decreto 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, c. 188.

Per quanto riguarda la situazione all'interno dell'Unione europea, si deve osservare che, in assenza di norme di diritto comunitario positivo<sup>60</sup>, per lungo tempo è apparso dubbio se il diritto di stabilimento sancito dal Trattato potesse essere limitato dalle norme dei singoli Stati membri, per cui il trasferimento della società fosse di fatto ostacolato.

La recente giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto di stabilimento, già richiamata nel corso di questa trattazione, ha sostanzialmente affermato che le società validamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro debbono essere automaticamente riconosciute da parte di ogni altro Stato membro in cui le stesse intendono trasferire la propria sede effettiva, indipendentemente dal fatto che svolgono o meno un'attività economica nello Stato di costituzione.

Dalla sostanziale affermazione del principio della libertà di stabilimento e dal conseguente diritto di scegliere in quale ordinamento incardinare giuridicamente una società in ambito europeo la dottrina ha tratto una deroga alle norme nazionali di conflitto, nella misura in cui queste ultime facciano ricorso alla teoria della sede effettiva della società<sup>61</sup>.

Importanti progressi nella direzione della risoluzione dei problemi legati al trasferimento di sede sono stati fatti con la creazione della Società europea, la quale, ai sensi dell'art. 8 del regolamento (Ce) n. 2157/2001<sup>62</sup>, può trasferire la propria sede senza che questo comporti lo scioglimento della società, nonché con l'adozione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali<sup>63</sup>, la quale contribuisce ad agevolare i trasferimenti all'estero. Innanzi ad un diritto positivo europeo che legittima i trasferimenti, diretti o indiretti, della sede delle società, sembra difficile poter negare, in ambito europeo, il diritto al trasferimento transnazionale delle società, sempre che naturalmente si tratti di società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità.

<sup>60</sup> Si ricorda che la proposta di XIV direttiva (il progetto della Commissione, doc. n. XV/6002/97, è stato approvato il 22 aprile 1997) avente ad oggetto i trasferimenti di sede all'interno dell'Unione, non è stata ancora approvata, anche se spunti importanti sono offerti dalla disciplina della Società Europea.

<sup>61</sup> Sul punto F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 29; L. BARRA CARACCILO, *Libertà di stabilimento e rilevanza della personalità giuridica riconosciuta presso altro Stato membro: prime aperture della Corte di Giustizia Europea*, in *Foro amm.*, 2002, p. 2754; A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti: riflessioni sul "caso Centros"*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292.

<sup>62</sup> Regolamento (Ce) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo Statuto della Società europea (SE), *Guce* n. L 294 del 10 novembre 2001.

<sup>63</sup> Direttiva n. 2005/56/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in *Guce* n. L 310 del 25 novembre 2005, p. 1 ss.

#### 4. *Dalle società off-shore alla "dematerializzazione" della sede: le e-company*

Già prima dell'avvento di *internet*, le legislazioni di alcuni Paesi, in particolare di quelli riconosciuti come paradisi fiscali, prevedevano – e prevedono tuttora – la possibilità di costituire «società di affari internazionali» (*international business companies*) senza obbligo di stabilimento di una sede legale "fisica" in tali Paesi. In particolare, l'*International Business Companies Act* del 1984 delle Isole Vergini Britanniche consente, per soli 300 USD, di costituire una *international business company*, soggetta alle (blande) leggi di quel Paese<sup>64</sup>, avente a tutti gli effetti le caratteristiche di un'impresa internazionale o soprannazionale. Gli artt. 38 e 39 dell'*International Business Companies Act* prevedono espressamente la facoltà che l'ufficio registrato sia costituito dalla sede legale dell'agente, in genere una società realmente collocata ed operante nel Paese. Ne consegue che la società di affari internazionale non è obbligata ad avere una sede legale reale<sup>65</sup>.

Se riportiamo il quadro sopra rappresentato alla situazione creata da *internet* e dalla globalizzazione, che rendono sempre più relativi i concetti di nazione, di Stato, di territorio, di diritto nazionale, e alle condizioni create da legislazioni *offshore*, come quella testé enunciata, si evince che la combinazione delle nuove tecnologie con le leggi di un Paese *offshore* possono consentire la creazione di una vera e propria *e-company*<sup>66</sup> e che sede ideale di una *international business company*, dedicata ad attività di *business* internazionale come l'*e-commerce*, può essere l'altrettanto internazionale *cyberspazio*.

### IV. Sede e fallimento dei gruppi multinazionali

#### 1. *Le problematiche nascenti dall'insolvenza del gruppo*

L'esigenza di realizzare un coordinamento tra gli ordinamenti statuali, in merito alla disciplina ed alla regolazione dei rapporti giuridici in caso di fallimenti (o, più in generale, di procedure concorsuali), riguarda e accomuna tutti i Paesi industrializzati.

<sup>64</sup> Gli unici limiti sono il non avere rapporti commerciali con cittadini e imprese ivi residenti e che non abbia proprietà mobiliari e/o immobiliari nel territorio delle Isole Vergini Britanniche. Al più è consentito avere in locazione un ufficio dal quale la società comunica con i soci e dove possono essere custoditi libri e registri sociali.

<sup>65</sup> Così M. BUCCARELLA, *E-commerce: delocalizzarsi è un'esigenza organizzativa (Un'impresa totalmente elettronica che vende software nel cyberspazio)*, in [www.netjus.org](http://www.netjus.org).

<sup>66</sup> Tutte le principali attività possono svolgersi, dunque, nel *cyberspazio*: dalle assemblee *on line* del *board of directors*, che potrebbe tranquillamente riunirsi mediante videoconferenza, alle comunicazioni con soci e potenziali clienti.

Tale esigenza deriva dal crescente intrecciarsi di rapporti economici tra soggetti di nazionalità diverse o che si trovano ad operare in Paesi differenti; accade, infatti, di frequente che, in caso di apertura di una procedura concorsuale in un determinato Stato, soltanto una parte dei beni del debitore venga sottoposta all'esecuzione fallimentare, mentre il restante patrimonio, localizzato nel territorio degli altri Paesi, viene sottoposto ad una procedura parallela e confligente, se non è addirittura sottratto a qualunque procedura concorsuale<sup>67</sup>.

In particolare, l'insolvenza di un gruppo multinazionale pone alcuni quesiti fondamentali: il primo concerne la possibilità di considerare, sul versante soggettivo, non la singola impresa, ma piuttosto il gruppo stesso; il secondo concerne il luogo in cui deve essere radicata la competenza giurisdizionale. Tale luogo coincide sempre e comunque con lo Stato in cui ha sede la capogruppo o di volta in volta è necessario verificare dove si trova l'effettivo centro decisionale del gruppo stesso?

## 2. *Il regolamento (Ce) n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza: la nozione di centro degli interessi principali del debitore e la nozione di dipendenza*

Fino all'entrata in vigore del regolamento n. 1346/2000<sup>68</sup>, mancava una disciplina generale di matrice soprannazionale sulla giurisdizione in materia fallimentare, per cui nel complesso la materia delle procedure di insolvenza con implicazioni transfrontaliere rimaneva affidata alle singole discipline interne di diritto internazionale privato. Con l'entrata in vigore del regolamento n. 1346/2000 si è affermato il principio di «universalità limitata o attenuata»: piuttosto che imporre una procedura unitaria ed esclusiva, si costruisce un modello che affianca ad una procedura a carattere principale e con portata tendenzialmente universale, un sistema di procedure a carattere territoriale, distinte ma coordinate, con funzione limitatrice della potenzialità espansiva della procedura principale da un lato, di tutela degli interessi locali dall'altro<sup>69</sup>.

La norma del regolamento dedicata alla competenza internazionale (art. 3) si articola in due criteri attributivi della giurisdizione: il primo abilita ad aprire una procedura principale il giudice dello Stato-membro nel quale sia ubicato il «centro degli interessi principali del debitore»; il secondo riconduce

<sup>67</sup> Così S. M. CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 591.

<sup>68</sup> Regolamento (Ce) n. 1346/2000 del Consiglio, relativo alle procedure di insolvenza, in *Guce* n. L 160 del 30 giugno 2000, come modificato dal regolamento (Ce) n. 603/2005 del 12 aprile 2005, in *Gu-Ue* n. L 100 del 20 aprile 2005.

<sup>69</sup> C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

invece la possibilità di aprire una procedura a carattere territoriale alla presenza nello Stato di una «dipendenza». Il legislatore comunitario non ha ritenuto di dover precisare con apposita disposizione in cosa il «centro degli interessi principali» del debitore effettivamente si concretizzi. Gli unici dati a tal fine rilevanti sono rappresentati dal *considerando* n. 13, ove si legge che per centro degli interessi principali del debitore si dovrebbe intendere «il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile ai terzi, la gestione dei suoi interessi» e dall'art. 3, par. 1, nella parte in cui chiarisce che per le società e persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il «luogo in cui si trova la sede statutaria»<sup>70</sup>. Il regolamento fornisce invece una nozione autonoma di dipendenza, indicandola nell'art. 2 lett. h come «qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore eserciti in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni»<sup>71</sup>.

### 3. Prime decisioni europee sulla nozione di centro degli interessi principali

La prima decisione in cui la Corte di uno Stato membro ha argomentato in merito al significato del centro degli interessi principali del debitore è quella resa dalla *High Court of Justice (Chancery Division)* inglese nel caso *BRAC Rent-A-Car International*<sup>72</sup>. I giudici inglesi hanno accertato la localizzazione all'interno del Regno Unito del centro degli interessi principali della società, costituita nel *Delaware*, in base al fatto che questa risultava aver operato quasi esclusivamente da uffici ivi siti, non avendo mai svolto attività commerciale negli Stati Uniti, e da una serie di altri elementi, quali la circostanza che tutti i suoi dipendenti lavoravano in Inghilterra e che tutti i suoi contratti (di lavoro, di fornitura, di supporto informatico) erano retti dal diritto inglese.

Ben più ampie sono le motivazioni con cui la *High Court of Justice* di *Leeds*<sup>73</sup>, nel sottoporre contestualmente ad *administration* la società inglese *Daisytek Limited* ed altre società da questa direttamente o indirettamente controllate, ha affermato la propria giurisdizione ex art. 3, par. 1, del regolamento

<sup>70</sup> Così M. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, I, p. 499 ss.

<sup>71</sup> P. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 64.

<sup>72</sup> *High Court of Justice, Chancery Division*, 7 febbraio 2003, Lloyd J.

<sup>73</sup> *High Court of Justice di Leeds*, 16 maggio 2003. Con riferimento alla stessa vicenda si veda anche Corte di appello di Versailles, 4 settembre 2003, *Klempa c. SAS ISA Daisytek*, in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2352, la quale, in senso difforme dalla decisione di primo grado, ha negato la giurisdizione delle corti francesi in merito alla suddetta vicenda, evitando in tal modo un contrasto di giudicati.

n. 1346/2000 nei confronti di tre società di diritto tedesco e di una società di diritto francese facenti parte del gruppo. Preso atto della presunzione di coincidenza posta da tale norma tra il centro degli interessi principali del debitore persona giuridica e la sua sede statutaria, si ritiene che particolare importanza debba essere data alla "riconoscibilità" del centro degli interessi principali da parte dei terzi che intrattengono rapporti con il debitore. Così individuati gli interessi principali delle quattro società straniere, la loro localizzazione nel Regno Unito viene poi derivata da numerosi dati di fatto: che le società sono amministrate in modo coordinato dagli uffici inglesi della controllante *Daisytek-ISA-Ltd*; che la controllante inglese negozia il 70% dei contratti di fornitura delle controllate, nonché i contratti con i clienti "pan european" (rappresentativi del 15% del fatturato), e rilascia garanzie nel loro interesse; che i sistemi informatici e relativi servizi di supporto utilizzati dalle controllate, nonché i marchi e la "corporate identity", sono gestiti negli uffici inglesi, ove pure si definiscono i piani strategici cui le controllate sono tenute ad adeguarsi.

Venendo alla giurisprudenza italiana, nel contesto dell'insolvenza del gruppo Cirio, il Tribunale di Roma<sup>74</sup> ha dichiarato lo stato di insolvenza della *Cirio Holding Luxembourg SA*, sul presupposto che la sede legale situata in Lussemburgo non coincidesse con il centro degli interessi principali, da individuare invece nel luogo dove era concentrata la gestione unitaria del gruppo e cioè a Roma. I giudici capitolini hanno ritenuto sussistente la competenza dell'autorità giudiziaria italiana in quanto in territorio italiano si trovava indiscutibilmente il «centro strategico e direzionale delle scelte di impresa», gli amministratori erano cittadini italiani operanti in Italia e la società faceva parte di un gruppo di imprese gestito unitariamente in Italia.

Il Tribunale di Parma<sup>75</sup>, chiamato a confrontarsi con la crisi del gruppo

<sup>74</sup> Trib. Roma 26 novembre 2003 (*Cirio Finance Luxembourg S.A.*), in *Foro it.*, I, 2004, c. 1567, con nota di M. FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, c. 1570 ss.

<sup>75</sup> Si veda, per tutte, Trib. di Parma 20 febbraio 2004, relativa alla società *Eurofood IFSC Ltd.*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1567, con nota di M. FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione, loc. cit.* Questi i momenti salienti della vicenda: in seguito all'avvio in Italia della procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di Parmalat S.p.A., ai sensi del d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 (successivamente convertito con modificazioni nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, poi modificata dal decreto legge 3 maggio 2004, n. 119, a sua volta convertito con modificazioni nella legge 5 luglio 2004, n. 166), nel mese di gennaio, a seguito di istanza depositata da un creditore, la *High Court* ha nominato un *provisional liquidator* di *Eurofood*.

Successivamente, nel mese di febbraio 2004, il giudice italiano, affermando la propria giurisdizione e competenza, ha dichiarato lo stato di insolvenza della società e ne ha disposto l'ammissione alla procedura, ai sensi dell'art. 3, comma 3 della l. n. 39/2004, dichiarando l'apertura di una procedura di insolvenza principale ex art. 3, comma 1 del regolamento. Infine, nel marzo 2004 la *High Court*, ritenendo a sua volta sussistenti nella fattispecie in esame i requisiti necessari per l'apertura di una procedura di insolvenza principale in Irlanda in base alla presunzione di coincidenza con la sede legale dell'impresa, ha ordinato la liquidazione (*winding-up*) di *Eurofood* secondo la legge irlandese, sul presupposto che gli effetti del provvedimento di liquidazione possano retroagire, ai fini dell'apertura di una procedura di insolvenza principale, al momento della nomina del *provisional liquidator*.

Parmalat, ha dichiarato l'insolvenza – come procedura principale – della società *Eurofood ISFC Ltd*, con sede a Dublino. La sentenza del Tribunale parmense è fondata sull'accertamento che «al di là della ubicazione in altro Stato membro della sede legale statutaria, l'attività di direzione, il centro propulsore dell'impresa erano situati presso la sede della Parmalat S.p.a. in Collecchio (Parma) ove operavano gli amministratori di quest'ultima, ma anche gli amministratori della *Eurofood*». A siffatta conclusione il Tribunale giunge sulla scorta di una pluralità di elementi: gli amministratori *executive* italiani avrebbero partecipato ai consigli di amministrazione in collegamento telefonico, senza mai recarsi presso gli uffici irlandesi; la società non avrebbe impiegati in Irlanda, né locali, ma solo un domicilio coincidente con quello di uno studio legale; solo agli amministratori *executive* italiani sarebbe stata di fatto demandata la gestione dell'impresa, non avendo gli amministratori irlandesi mai compiuto autonomamente alcun significativo atto di gestione. Inoltre, la società controllata (e dichiarata poi fallita), per oggetto sociale, sarebbe stata costituita in funzione di effettuare finanziamenti al gruppo di appartenenza; la stessa società avrebbe stipulato finanziamenti nell'interesse della capogruppo e con garanzia di questa, essendo la prima sostanzialmente priva di una propria e adeguata capacità finanziaria<sup>76</sup>. L'acquisita prova di tali circostanze di fatto giustificherebbe il superamento della presunzione legale relativa alla coincidenza tra la sede statutaria e quella effettiva.

Il primo gruppo di circostanze accertate dal Tribunale di Parma comprende, certamente, elementi di sicura rilevanza al fine di localizzare in sito diverso dalla sede legale il centro di interessi principali dell'impresa. Analoga rilevanza non può attribuirsi agli elementi del secondo gruppo, in relazione ai quali il Tribunale ha sì appurato il carattere «ancillare e strumentale» della società controllata, ma non ha accertato la violazione di alcuna delle regole che presiedono all'autonomia patrimoniale e alla distinta soggettività della società in questione. Pertanto, se la società controllata esprime una volontà propria, se pur indirizzata e coordinata dalla controllante, è nel luogo in cui l'attività di amministrazione della controllata è effettivamente svolta che deve essere ravvisato il centro degli interessi principali dell'impresa<sup>77</sup>.

#### 4. Centro degli interessi principali e gruppi di società

Nel regolamento (Ce) n. 1346/2000 non è stata inserita alcuna disposi-

<sup>76</sup> Per ulteriori approfondimenti si veda L. BOGGIO, *Direzione e coordinamento di società, società strumentali, sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento (CE) n. 1346/2000*, in *Giur. it.*, 2005, VI, c. 1202 ss.

<sup>77</sup> F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1268 ss.

zione volta a disciplinare l'insolvenza transnazionale dei gruppi. Il problema, a ben vedere, può essere considerato da due diverse prospettive. Da una parte si può ritenere che la nozione di dipendenza suggerita dal regolamento abbia uno spettro così ampio da contenere anche la nozione di impresa satellite ma dotata di distinta personalità giuridica, così da attrarre alla competenza dello Stato dove è aperta la procedura della società capogruppo anche tutte le società del gruppo; in questa ipotesi potranno poi essere aperte eventuali procedure secondarie nei singoli Stati, senza neppure dover pervenire ad un'autonoma valutazione dello stato di insolvenza. Dall'altra parte si può ritenere che, ferma restando l'invocazione della nozione di dipendenza solo per entità prive di personalità giuridica autonoma, il giudice dello Stato dove è aperta la procedura della società capogruppo possa valutare come la sede degli interessi principali della società del gruppo sia da collocare nello stesso luogo ove ha sede la capogruppo; seguendo questo diverso percorso, il giudice deve aprire una ulteriore procedura principale preceduta da un accertamento autonomo dello stato di insolvenza della società satellite. Se la prima soluzione è insoddisfacente in quanto di fatto annulla l'organizzazione societaria del gruppo, tramutando le società satelliti in mere succursali operative, la seconda soluzione è accettabile nella misura in cui l'attrazione alla competenza dello Stato della società capogruppo non sia fatta dipendere dalla mera appartenenza al gruppo, ma dalla accertata esistenza di obiettivi parametri di collegamento dai quali inferire che il vero centro degli interessi va collocato dove si trova la capogruppo, con la conseguenza che la localizzazione è solo il frutto di una scelta di comodo alla quale non corrisponde l'effettiva volontà di radicare il centro degli interessi dell'impresa<sup>78</sup>.

##### 5. *Centro degli interessi principali e rischi di forum shopping: il caso Yukos*

Se in termini di valutazioni economiche la gestione unitaria dell'insolvenza è un valore a cui si può tendere in termini di efficienza, in termini di garanzia deve essere preservato il criterio della certezza e della stabilità dei rapporti che per le società del gruppo ben può non coincidere con il diritto applicabile alla società capogruppo. Il pericolo è infatti quello di assistere ad una scelta selettiva dell'insediamento delle diverse società del gruppo, a seconda che siano di volta in volta più favorevoli le norme che regolano le società nel corso della loro attività ovvero quelle che sono previste a presidio della regolazione dell'insolvenza. È evidente che i rimedi suggeriti dall'interprete non possono rivelarsi risolutivi sia che il pendolo oscilli più sul versante

<sup>78</sup> Così M. FABIANI, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, fasc. 2, p. 95.



degli interessi che sono alla base dell'unicità economica del gruppo, sia che venga attratto dal versante degli interessi sottesi alla libertà della società di organizzare l'impresa in modo anche disaggregato. Entrambi i modelli interpretativi scontano la difficoltà di adattarsi alla completa e variegata fenomenologia dei gruppi, acuita dalla asintonicità degli ordinamenti nazionali; l'auspicio è rivolto verso un non semplice intervento normativo comunitario sui gruppi.

Un noto caso di *forum shopping* in materia di insolvenza di gruppi è il caso *Yukos*, in cui la Bankruptcy Court di Houston ha avuto modo di pronunciarsi in merito al procedimento instaurato da una delle maggiori società russe produttrici di petrolio, la Yukos Oil Company<sup>79</sup>. La Yukos adduceva la sussistenza della giurisdizione statunitense in quanto sul territorio statunitense erano presenti beni della stessa (tali beni nel caso di specie erano somme di denaro che la Yukos aveva appositamente trasferito presso la Southwest Bank of Texas). La Corte dichiarava estinto il procedimento sulla base delle seguenti motivazioni: «le società straniere possono domandare l'ammissione alla procedura fallimentare prevista dal Bankruptcy Code statunitense dinanzi alle corti federali, qualora possiedano beni sul suolo statunitense. La presenza di somme di denaro in conti bancari negli Stati Uniti è sufficiente per affermare la giurisdizione delle suddette corti. Tuttavia, le dimensioni finanziarie della società fallita, i suoi intensi legami commerciali con un Paese straniero, il suo impatto economico su tale Paese legittimano la dismissione del caso a favore di un foro che consenta la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti».

## V. Conclusioni

La settorialità e la frammentarietà delle legislazioni nazionali in materia di gruppi di imprese non consentono di individuare una nozione unitaria di gruppo. Inoltre, mentre a livello economico il gruppo assurge al rango di soggetto unitario, dal punto di vista giuridico può solo prendersi atto del fatto che esso è composto da più entità tra loro distinte. Tali entità, a prescindere dal fatto di essere in vario modo controllate, presentano tutte le caratteristiche delle società atomisticamente considerate e pertanto sono dotate di una propria personalità giuridica, hanno propri organi di gestione ed hanno anche una propria sede, distinta da quella della capogruppo.

Allo stato attuale può dunque parlarsi di sede delle singole società del gruppo e non di sede del gruppo. Tuttavia si è visto come, in presenza di situazioni patologiche, quali, ad esempio, il fallimento, il gruppo può, in qualche modo, essere unitariamente considerato.

<sup>79</sup> M. WINKLER, *Yukos: la Corte di Huston rifiuta di trattare il caso*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 151 ss.

A tal fine si è distinta l'ipotesi in cui fallisca la singola società del gruppo dall'ipotesi in cui fallisca l'intero gruppo. Riguardo alla prima ipotesi, *nulla quaestio*. La procedura di insolvenza, ai sensi del regolamento (Ce) n. 1346/2000, si aprirà nel luogo in cui la società ha il suo centro degli interessi principali. Quest'ultimo può coincidere o meno con la sede statutaria e tale valutazione, in assenza di criteri legislativi, andrà effettuata dai giudici sulla base di parametri obiettivi.

Per quanto riguarda invece la seconda ipotesi, premesso che una gestione unitaria del fallimento è preferibile in termini di efficienza, sorge il dubbio circa la possibilità di configurare una sorta di nazionalità attraente della capogruppo. A tal fine sono state prospettate due ipotesi. Se la nozione di dipendenza di cui al regolamento (Ce) n. 1346/2000 viene interpretata in senso estensivo, in modo tale da includervi anche un'impresa satellite, ma dotata di distinta autonomia giuridica, è possibile attrarre alla competenza dello Stato dove è aperta la procedura della società capogruppo anche tutte le società del gruppo, salva ovviamente la possibilità di aprire procedure secondarie nei singoli Stati. Se, invece, si interpreta restrittivamente la nozione di dipendenza e le si attribuisce il valore di entità priva di personalità giuridica, l'unico modo per attrarre la società del gruppo alla competenza del giudice del luogo ove ha sede la capogruppo è quello di verificare, di volta in volta, se il centro degli interessi principali di quella società coincide con il luogo ove ha sede la capogruppo stessa. In entrambi i casi si finirebbe comunque con l'attribuire alla sede della controllante una sorta di potere attrattivo della giurisdizione.

Le teorie prospettate sicuramente recano con sé non pochi rischi di *forum* e *law shopping*, ma la loro accettazione aprirebbe la strada ad una profonda innovazione nel diritto dei gruppi di società, vale a dire una spinta alla loro configurazione come soggetti unitari anche dal punto di vista giuridico.

**Angela Rustico\***

\* Dottore in Giurisprudenza.

# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA INCOMPATIBILE IL SISTEMA DI VENDITA «BAG IN THE BOX» CON LE NORME SULLA COMMERCIALIZZAZIONE DELL'OLIO DI OLIVA**

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 7 settembre 2006 in causa n. C-489/04\***

Alexander Jehle, Weinhaus Kiderlen c. Land Baden-Württemberg

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1019/2002 art. 2, primo comma - Disciplina della commercializzazione dell'olio di oliva e dell'olio di sansa - Presentazione al consumatore finale – Antigiuridicità del metodo di vendita «bag in the box».**

*Il regolamento (Ce) della Commissione 13 giugno 2002 n. 1019, relativo alle norme di commercializzazione dell'olio di oliva, come modificato dal regolamento (Ce) della Commissione 1° luglio 2003, n. 1176, e, in particolare, il suo art. 2, primo comma, devono essere interpretati nel senso che gli oli d'oliva e gli oli di sansa di oliva possono essere presentati al consumatore finale solo imballati secondo le prescrizioni di tale disposizione.*

*L'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002, come modificato dal regolamento (Ce) n. 1176/2003, dev'essere interpretato nel senso che vieta un modo di commercializzazione, come quello utilizzato dal ricorrente nella causa principale, che non soddisfa le condizioni stabilite da tale disposizione.*

\* In *Raccolta*, 2006, I, p. 7509. In argomento v. *infra*, p. 499 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

(*Omissis*) **In diritto**

### **Controversia nella causa principale e questioni pregiudiziali**

**14.** Il ricorrente nella causa principale vende olio d'oliva al dettaglio con il metodo detto «bag in the box». A tal fine, l'olio è versato dall'imbottigliatore in un sacchetto di plastica a due strati («bag»), della capacità di cinque litri e recante una indicazione di origine e un sigillo di controllo. Il sacchetto è munito di un tappo speciale ad apertura unica la cui membrana dev'essere perforata prima che possa essere versato l'olio. Tale sacchetto di plastica viene inserito in un vaso di terracotta («box») dal quale sporge unicamente un tubo per versare il prodotto. A partire da questo insieme (il «bag in the box»), il cliente ottiene il quantitativo di olio desiderato, che viene versato in un recipiente da lui stesso portato o acquistato *in loco* nel negozio. Le indicazioni sull'origine, la qualità ed il prezzo dell'olio possono essere lette dal cliente sull'etichetta che il ricorrente nella causa principale ha apposto sul vaso di terracotta.

**15.** Nel febbraio 2004, il Landratsamt Ravensburg, Amt für Veterinärwesen und Verbraucherschutz (Ufficio per le questioni veterinarie e la tutela dei consumatori dell'amministrazione del distretto di Ravensburg, in prosieguo: il «Landratsamt Ravensburg»), ha ingiunto al ricorrente di cessare lo smercio dell'olio d'oliva secondo il metodo sopra descritto. Il Landratsamt Ravensburg ha precisato che discende dall'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 che l'olio d'oliva poteva essere venduto ai consumatori solo preimballato in confezioni della capacità massima di cinque litri.

**16.** Il ricorrente nella causa principale ha allora intentato dinanzi al Verwaltungsgericht Sigmaringen un'azione di accertamento, chiedendo a quest'ultimo giudice di dichiarare che il regolamento n. 1019/2002 non gli vieta di continuare a vendere olio d'oliva utilizzando il metodo detto «bag in the box». Egli ha in particolare asserito che il regolamento n. 1019/2002 non disciplina la vendita dell'olio d'oliva sfuso, ma soltanto la vendita dell'olio di oliva confezionato e che, di conseguenza, il suo art. 2 non contiene un divieto di vendita dell'olio di oliva sfuso, ma unicamente le prescrizioni relative alla commercializzazione dell'olio d'oliva imballato.

**17.** Poiché il regolamento n. 1019/2002 è stato adottato a integrazione della direttiva n. 2000/13, quest'ultima continuerebbe ad applicarsi negli ambiti non specificamente disciplinati da tale regolamento. Orbene, l'art. 14 della direttiva n. 2000/13 ammetterebbe la possibilità di una presentazione al consumatore finale di prodotti alimentari non preconfezionati, incaricando gli Stati membri di adottare le modalità secondo le quali le indicazioni obbligatorie devono essere fornite.

**18.** D'altro canto, il ricorrente nella causa principale ha sostenuto che il procedimento detto «bag in the box» è tale da garantire al consumatore una tutela analoga a quella offerta da una limitazione di vendita dell'olio di oliva alla sola vendita dell'olio preimballato. Il detto procedimento garantirebbe in particolare che il consumatore non si veda offrire olio di cattiva qualità in ragione di aggiunte oppure olio accompagnato da false dichiarazioni d'origine.

**19.** Il giudice *a quo* nutre tuttavia dubbi al riguardo, rilevando, in particolare, che è possibile senza grande sforzo riempire nuovamente il sacchetto di plastica o,

ancora, che il consumatore non vede l'etichetta apposta sul detto sacchetto, ma unicamente la riproduzione di tale etichetta apposta sul recipiente nel quale si trova tale sacchetto.

**20.** L'interpretazione proposta dal ricorrente nella causa principale è contestata dal Landratsamt Ravensburg. Quest'ultimo sostiene che l'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 contiene un divieto di presentare al consumatore finale l'olio d'oliva non imballato.

**21.** Di conseguenza, il Verwaltungsgericht Sigmaringen ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se gli artt. 1-12 del regolamento n. 1019/2002 (...) debbano essere interpretati nel senso che recano una disciplina applicabile anche alla presentazione ai consumatori finali di oli d'oliva e di oli di sansa di oliva non confezionati.

2. Se l'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 (...) debba essere interpretato nel senso che impone un divieto di presentare ai consumatori finali oli d'oliva e oli di sansa d'oliva non confezionati.

3. Eventualmente, se l'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 (...) debba essere interpretato restrittivamente, nel senso che esso impone sì un divieto di presentare al consumatore finale oli d'oliva ed oli di sansa d'oliva non confezionati, ma che questo divieto non riguarda la vendita di tali oli non confezionati, effettuata con il sistema "bag in box"».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

#### *Sulla prima e sulla seconda questione*

**22.** Con le sue questioni prima e seconda, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il regolamento n. 1019/2002 e, in particolare, il suo art. 2, primo comma, debbano essere interpretati nel senso che gli oli d'oliva e gli oli di sansa di oliva possono essere presentati al consumatore finale solo confezionati secondo le prescrizioni di tale disposizione.

**23.** Si deve constatare che la tesi sostenuta dal ricorrente nella causa principale, secondo cui la vendita al consumatore finale dell'olio d'oliva e dell'olio di sansa di oliva sfusi sarebbe ugualmente autorizzata, poiché il regolamento n. 1019/2002 avrebbe lo scopo di fissare solo le norme di commercializzazione dell'olio di oliva e dell'olio di sansa di oliva preimballati, lasciando fuori dal suo ambito di applicazione la commercializzazione di tali oli sfusi, non può essere accolta.

**24.** Infatti, il fondamento normativo del regolamento n. 1019/2002 è costituito dall'art. 35 bis del regolamento n. 136/66, il cui n. 1, primo comma, dispone che per i prodotti di cui all'art. 1 dello stesso regolamento possono essere stabilite norme di commercializzazione riguardanti, in particolare, la classificazione per qualità, l'imballaggio e la presentazione. I prodotti elencati da quest'ultima disposizione, fra i quali figurano l'olio di oliva e l'olio di sansa di oliva, sono tutti individuati attraverso designazioni delle merci e numeri tariffari con cui figurano nella nomenclatura combinata. Tali prodotti non sono né definiti né distinti secondo considerazioni connesse al loro imballaggio.

**25.** I prodotti considerati più in particolare dal regolamento n. 1019/2002 sono specificati all'art. 1, n. 1, di tale regolamento. Sono gli oli d'oliva e gli oli di sansa di

oliva, di cui ai punti 1, lett. *a.* e lett. *b.*, 3 e 6 dell'allegato del regolamento n. 136/66, in cui essi sono classificati in relazione a caratteristiche qualificative e indipendentemente dal modo della loro commercializzazione, vale a dire imballati o sfusi.

**26.** Al fine, in particolare, di garantire l'autenticità degli oli d'oliva, il regolamento n. 1019/2002 ha stabilito norme di commercializzazione relative all'imballaggio di tali oli. Così, l'art. 2, primo comma, di tale regolamento dispone che gli oli sono presentati al consumatore finale preimballati in imballaggi la cui capacità non superi i cinque litri e che siano muniti di un sistema di chiusura che perde la sua integrità dopo la prima utilizzazione. Tali imballaggi recano, inoltre, un'etichettatura conforme alle disposizioni di cui agli artt. da 3 a 6 del regolamento n. 1019/2002.

**27.** Tali norme si applicano a tutti gli oli di cui all'art. 1, n. 1, del regolamento n. 1019/2002 e prevedono una sola eccezione, esplicitamente menzionata all'art. 2, secondo comma, di tale regolamento. Tale eccezione, che non riguarda del resto l'obbligo di presentare gli oli in un imballaggio, ma unicamente la capacità di tali imballaggi, autorizza gli Stati membri a fissare, in funzione dell'organismo interessato, una capacità massima dei detti imballaggi superiore a cinque litri per gli oli destinati al consumo in collettività.

**28.** Risulta da tutte le considerazioni che precedono che, al di fuori dell'eccezione di cui al punto precedente, gli oli d'oliva e gli oli di sansa di oliva possono essere presentati ai consumatori finali solo se rispettano le norme stabilite dall'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002, e in particolare l'obbligo di imballaggio a cui si riferisce tale disposizione. Infatti, ai sensi dell'art. 35 bis, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 136/66, quando sono state adottate norme di commercializzazione, i prodotti cui si applicano possono essere commercializzati soltanto conformemente a tali norme.

**29.** Tale interpretazione non si trova infirmata dalla riserva contenuta nell'art. 1, n. 1, del regolamento n. 1019/2002, secondo la quale le norme di commercializzazione degli oli di oliva e degli oli di sansa di oliva sono stabilite «[f]erme restando le disposizioni della direttiva n. 2000/13/Ce».

**30.** Ai sensi del primo *considerando* del regolamento n. 1019/2002, le norme specifiche in materia di etichettatura introdotte da tale regolamento integrano quelle previste dalla direttiva n. 2000/13, che sono disposizioni di carattere generale e orizzontale, applicabili a tutti i prodotti alimentari immessi in commercio. Di conseguenza, il riferimento alla direttiva n. 2000/13 contenuto all'art. 1, n. 1, del regolamento n. 1019/2002 non può essere compreso nel senso che esso sia diretto a stabilire una deroga o una dispensa rispetto alle norme specifiche di tale regolamento in materia di etichettatura degli oli d'oliva e degli oli di sansa di oliva, ma va invece inteso nel senso che esso mira a garantire, oltre al rispetto delle dette norme specifiche, l'osservanza delle norme di carattere più generale stabilite dalla direttiva n. 2000/13.

**31.** Così, in materia di etichettatura degli oli d'oliva e degli oli di sansa di oliva, le disposizioni della direttiva n. 2000/13 che prevedono, ad esempio, l'obbligo di indicare il quantitativo netto o la data di scadenza si applicano parallelamente alle norme specifiche previste dal regolamento n. 1019/2002, in particolare agli artt. 3-6.

**32.** Per contro, l'art. 14 della direttiva n. 2000/13, fatto valere dal ricorrente nella causa principale, nella misura in cui autorizza gli Stati membri ad adottare le modalità secondo le quali devono essere apposte sui prodotti presentati in imballaggi

non preconfezionati le indicazioni di cui agli artt. 3 e 4, n. 2, della stessa direttiva, non è pertinente, in quanto, da una parte, l'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 vieta una tale presentazione degli oli d'oliva e degli oli di sansa di oliva e, dall'altra, gli Stati membri rimangono competenti solo in ordine alla capacità massima degli imballaggi destinati alle collettività.

**33.** Occorre pertanto risolvere la prima e la seconda questione dichiarando che il regolamento n. 1019/2002 e, in particolare, il suo art. 2, primo comma, devono essere interpretati nel senso che gli oli d'oliva e gli oli di sansa di oliva possono essere presentati al consumatore finale solo imballati secondo le prescrizioni di tale disposizione.

#### *Sulla terza questione*

**34.** Con la sua terza questione, proposta in via subordinata, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 possa essere interpretato nel senso che un modo di commercializzazione, come quello utilizzato dal ricorrente nella causa principale (metodo detto «bag in the box»), non è vietato da tale disposizione.

**35.** Il ricorrente nella causa principale ha affermato che il procedimento detto «bag in the box» sarebbe tale da garantire al consumatore una tutela analoga a quella offerta da una limitazione di vendita dell'olio d'oliva alla sola vendita dell'olio preimballato. Per questo motivo il giudice del rinvio si chiede se le particolarità di questo modo di commercializzazione possano ostare al suo divieto.

**36.** A questo proposito, occorre ricordare che, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, basato su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. La Corte non è quindi competente a pronunciarsi sui fatti della causa *a qua* o ad applicare a provvedimenti o situazioni nazionali le norme comunitarie di cui essa ha fornito l'interpretazione, dato che tali questioni rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale (sentenza del 9 giugno 2005 in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03 e da n. C-316/03 a n. C-318/03, in *Raccolta*, I, p. 5141, punto 96).

**37.** La Corte può tuttavia fornire ai giudici nazionali i criteri di interpretazione desumibili dal diritto comunitario e che potrebbero essere loro utili nell'applicazione della norma comunitaria (sentenza del 23 ottobre 1975 in causa n. 35/75, *Matisa Maschinen*, in *Raccolta*, I, p. 1205, punto 3).

**38.** Come è stato precisato al punto 28 della presente sentenza, l'art. 35 bis, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 136/66 dispone che, quando sono state adottate norme di commercializzazione, i prodotti ai quali esse si applicano possono essere commercializzati soltanto conformemente a dette norme.

**39.** Ne consegue che un modo di commercializzazione degli oli d'oliva e degli oli di sansa di oliva dev'essere valutato in riferimento alle condizioni stabilite dall'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 e dev'essere considerato incompatibile con tale regolamento ove tali condizioni non siano rispettate.

**40.** Nella fattispecie, è giocoforza constatare che, secondo il modo di commercializzazione utilizzato dal ricorrente nella causa principale, l'acquisto di olio d'oliva

e di olio di sansa di oliva da parte del consumatore finale presuppone che essi siano travasati sul luogo di acquisto, a partire da un contenitore aperto o da aprire, in un recipiente acquistato o portato dallo stesso consumatore.

**41.** Ora, a seguito della necessità di tale travaso, un siffatto modo di commercializzazione non permette di soddisfare l'obbligo imposto dall'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002, secondo il quale l'olio d'oliva dev'essere presentato al consumatore finale, ossia messo in vendita, in un imballaggio provvisto di un sistema di chiusura che perde la sua integrità dopo la prima utilizzazione.

**42.** Di conseguenza non si può, come fa il ricorrente nella causa principale, far valere l'eventuale compatibilità del contenitore a partire dal quale l'olio d'oliva e l'olio di sansa di oliva sono travasati con le condizioni relative alla capacità massima, al sistema di chiusura e all'etichettatura, sancite all'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002. Infatti, la condizione relativa al sistema di chiusura adeguato introdotta, conformemente al secondo *considerando* del regolamento n. 1019/2002, al fine di garantire l'autenticità dell'olio d'oliva, implica che l'apertura dell'imballaggio possa essere effettuata direttamente dal consumatore finale.

**43.** Allo stesso modo, non si può affermare, come ha fatto la Commissione delle Comunità europee, che un modo di commercializzazione come quello controverso nella causa principale dovrebbe essere considerato lecito nella misura in cui i recipienti nei quali è versato l'olio soddisfano le condizioni relative alla capacità massima, al sistema di chiusura e all'etichettatura, previste all'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002. L'apposizione di un sistema di chiusura adeguato sul recipiente solo al momento della sua consegna al consumatore finale non è tale da soddisfare all'obiettivo perseguito con l'imposizione di tale sistema, in quanto i rischi di pregiudizio all'autenticità dell'olio d'oliva e dell'olio di sansa di oliva si collocano ad uno stadio anteriore a tale consegna.

**44.** D'altro canto, sottoporre la valutazione della liceità del modo di commercializzazione all'esame dei recipienti portati eventualmente dai consumatori, nei quali l'olio d'oliva e l'olio di sansa di oliva sono travasati sul luogo dell'acquisto, avrebbe il risultato di rendere tale modo di commercializzazione lecito in taluni casi e illecito in altri, senza tuttavia che esso differisca quanto alla sostanza. Tale soluzione renderebbe difficile ogni controllo del rispetto del regolamento n. 1019/2002.

**45.** Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere la terza questione dichiarando che l'art. 2, primo comma, del regolamento n. 1019/2002 dev'essere interpretato nel senso che vieta un modo di commercializzazione, come quello utilizzato dal ricorrente nella causa principale, che non soddisfi le condizioni stabilite da tale disposizione.

### **Sulle spese**

**46.** Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

(*Omissis*)



## **LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL SISTEMA DI VENDITA «BAG IN THE BOX» PER L'OLIO DI OLIVA: UNA PRONUNCIA INCOMPLETA PER IL CARENTE APPORTO DEL GIUDICE NAZIONALE E PER IL MANCATO INTERVENTO DELL'AVVOCATO GENERALE**

**Sommario:** *Osservazioni introduttive - 1. Il sistema di vendita «bag in the box»: le circostanze di fatto - 2. La normativa applicabile alla fattispecie di causa - a. La disciplina contenuta nella direttiva Ce n. 2000/13 - b. La disciplina contenuta nel Regolamento della Commissione n. 1019/2002 - 3. Valutazioni giuridiche e conclusioni.*

### **Osservazioni introduttive**

Bisogna sempre leggere attentamente le conclusioni dell'Avvocato Generale, prima di commentare una sentenza della Corte di giustizia. È una massima che i cultori del diritto comunitario conoscono bene e da lungo tempo, come è stato ricordato in altre occasioni<sup>1</sup>.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale approfondiscono, generalmente in modo efficace, le diverse problematiche sottoposte al giudizio della Corte, mettendo in evidenza anche gli aspetti sui quali, spesse volte, la sentenza è costretta purtroppo a sorvolare.

La ragione è nota: l'Avvocato Generale risponde solo a se stesso ed è libero di pensare e di scrivere ciò che ritiene utile ed opportuno.

Essendo invece la Corte composta da giudici diversi, essa non può emettere la sentenza senza ottenere il consenso della maggioranza dei giudici che di volta in volta la compongono, con la conseguenza che i punti controversi, sui quali il consenso dei giudici non può essere raggiunto in modo completo, o sono sostanzialmente trascurati oppure vengono considerati nella sentenza in modo insoddisfacente sotto il profilo giuridico.

Forte di questa convinzione, mi ero accinto a commentare la sentenza della Corte di giustizia, sopra riportata, ormai conosciuta con il nome «bag in the

<sup>1</sup> Cfr. F. CAPELLI, *La direttiva n. 2004/35 sul danno ambientale: aspetti giuridici*, in questa *Rivista*, 2005, p. 817 ss.

box»<sup>2</sup>, quando ho scoperto, con sorpresa, che le conclusioni dell'Avvocato Generale non esistevano, perché la Corte di giustizia non le aveva chieste, in quanto aveva ritenuto che la causa non presentasse questioni di diritto nuove<sup>3</sup>.

Eppure, dai fatti di causa, non sembrava così agevole pervenire ad una conclusione del genere.

Anzi, considerate le particolarità del caso, l'Avvocato Generale avrebbe potuto fornire un valido contributo alla sua soluzione, perché il sistema di vendita «bag in the box», con le novità che esso presentava, connesse alle modalità di offerta del prodotto al consumatore finale, non era mai stato in precedenza esaminato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Se a queste ragioni, pertanto, si aggiunge l'imperfetta formulazione dei quesiti da parte del giudice nazionale, in base ai quali non risulta agevole circoscrivere con precisione le circostanze di fatto poste all'origine della controversia da decidere, si può comprendere come la Corte sia arrivata a pronunciare una sentenza incompleta, in quanto unicamente fondata sulla portata letterale della normativa che ha ritenuto di applicare alla fattispecie di causa.

### **1. Il sistema di vendita «bag in the box»: le circostanze di fatto**

Il sistema di vendita chiamato «bag in the box», si è diffuso negli ultimi tempi nei Paesi del Nord-Europa e in particolare in Germania, per poter mettere a disposizione dei consumatori determinati prodotti (in genere: alimentari) che gli stessi consumatori possono acquistare, estraendoli da appositi contenitori collocati nei punti vendita, secondo le proprie scelte effettuate in relazione alla qualità e alla quantità desiderate.

La fattispecie della causa qui esaminata riguarda la commercializzazione in Germania di olio di oliva extravergine, con il metodo «bag in the box», da parte di un'impresa tedesca che opera sulla base di contratti di distribuzione in *franchising*.

L'olio di oliva di qualità, di produzione italiana (ma anche di produzione spagnola e greca), è inserito direttamente all'origine (in Italia, Grecia e Spagna), in recipienti di plastica di 5 litri<sup>4</sup>, che vengono sigillati ed etichettati tanto in conformità alla normativa comunitaria applicabile, quanto nel rispetto della disciplina nazionale adottata sulla base della predetta normativa comunitaria.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006 in causa n. C-489/04, *Jehle c. Land Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7509 ss.

<sup>3</sup> V. l'art. 20, comma 5 dello Statuto della Corte di giustizia: «Ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni dall'Avvocato generale».

<sup>4</sup> V. l'art. 2 del Regolamento (Ce) n. 1019/2002, *cit. infra*, nota 7.

In particolare, ogni recipiente di plastica viene riempito, all'origine, attraverso un'apertura del contenitore che viene subito meccanicamente sigillata con un dispositivo di chiusura in modo da non poter essere più utilizzata, come tale, se non mediante la rottura dello stesso dispositivo.

I recipienti di plastica, sigillati e debitamente etichettati, vengono quindi inviati in Germania alla predetta impresa tedesca che colloca i recipienti nei diversi punti vendita.

All'interno di ogni punto vendita, con il quale l'impresa collabora sulla base dei menzionati contratti di *franchising*, il recipiente («bag») viene collocato in un vaso di terracotta («box») che riporta, all'esterno, le stesse indicazioni riportate sull'etichetta del recipiente di plastica.

Il consumatore, pertanto, può operare la sua scelta in base all'etichetta riportata all'esterno del vaso, la cui conformità a quella del recipiente di plastica è agevolmente controllabile da parte dello stesso consumatore, mediante l'apertura del coperchio del vaso di terracotta, nonché da parte dell'autorità di controllo competente (senza rischio di commettere errori, perché il recipiente di plastica, contenente un determinato tipo di olio di oliva, sarà sempre collocato nel corrispondente vaso di terracotta destinato ad accoglierlo, già munito delle pertinenti indicazioni relative all'olio offerto in vendita).

Al recipiente di plastica, una volta inserito nel vaso di terracotta, viene applicato, nella parte appositamente attrezzata per l'operazione, un cannello di silicone che, penetrando nel recipiente attraverso una membrana, rimane inserito nel recipiente medesimo, consentendo al consumatore di estrarre la quantità d'olio desiderata, grazie ad un dispositivo di chiusura collocato sul cannello.

Questo sistema di vendita, come già segnalato, specie per quanto riguarda l'olio extravergine di oliva, consente ai consumatori di Paesi come la Germania, non abituati ad utilizzare l'olio di oliva nella loro cucina, anche a causa del suo prezzo elevato, di avvicinarsi a tale prodotto, permettendo loro di acquistarlo anche in piccole dosi. Il sistema «bag in the box» consente infatti al consumatore di portare direttamente da casa il contenitore da riempire oppure di acquistarlo, della capienza voluta, nello stesso punto vendita.

Nessun dubbio, pertanto, che si tratti di un ottimo strumento di promozione dei prodotti tipici, specialmente italiani, suscettibili di essere commercializzati, nei Paesi del Nord e dell'Est Europa, nella quantità che il consumatore desidera. Analogo metodo viene utilizzato per distribuire in Germania vino e aceto provenienti dall'Italia e da altri Paesi mediterranei.

D'altra parte, gli stessi consumatori dei Paesi del Nord Europa hanno dimostrato di gradire molto questo sistema di vendita perché consente loro di scegliere, a costi limitati, i prodotti che desiderano<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Può anche rappresentare un mezzo per ridurre il numero dei contenitori destinati a diventare rifiuti. Solo il recipiente di plastica («bag») sarà infatti riciclato, mentre i contenitori (bottiglie) impiegati dai consumatori potranno essere riutilizzati.

Il problema sta, dunque, unicamente nel verificare se il sistema «bag in the box» sia idoneo a tutelare i consumatori, nel senso di garantire che il prodotto da essi acquistato corrisponde esattamente a quello indicato nell'etichetta, evitando che possa essere sottoposto a manipolazioni dopo la riempitura del recipiente di plastica («bag») avvenuta nel Paese di origine.

Una verifica del genere deve essere condotta sulla base delle circostanze di fatto appena descritte da esaminare alla luce delle disposizioni applicabili alla fattispecie concreta.

## 2. La normativa applicabile alla fattispecie di causa

Occorre subito segnalare la carente e imperfetta formulazione delle indicazioni che il giudice nazionale ha trasmesso alla Corte di giustizia nella propria ordinanza di rinvio.

Secondo la Corte, come risulta riportato nella parte della sentenza qui esaminata, che ha ripreso le osservazioni del giudice nazionale (cfr. punto 19):

*«Il giudice a quo nutre tuttavia dubbi al riguardo, rilevando, in particolare, che è possibile senza grande sforzo riempire nuovamente il sacchetto di plastica, o ancora, che il consumatore non vede l'etichetta apposta sul detto sacchetto, ma unicamente la riproduzione di tale etichetta apposta sul recipiente nel quale si trova tale sacchetto».*

Da quanto riportato in sentenza, si deduce innanzitutto che il giudice nazionale ha ritenuto che il dispositivo di apertura del recipiente, attraverso il quale lo stesso è stato riempito, all'origine, con l'olio d'oliva, sia equiparabile al dispositivo utilizzato per estrarre l'olio, dal recipiente medesimo, nella quantità voluta. Un'equiparazione del genere non è però possibile, come più avanti verrà chiarito. In secondo luogo, il giudice nazionale ritiene che il consumatore non sia in grado di verificare l'etichetta apposta sul recipiente di plastica collocato nel vaso di terracotta. Si tratta di un'obiezione inconsistente oltretutto curiosa, perché al consumatore basta alzare il coperchio apribile del vaso di terracotta per vedere chiaramente l'etichetta applicata sulla parte superiore del recipiente di plastica collocato nel vaso.

Tornando ora alla prima obiezione del giudice nazionale, da quanto in precedenza esposto si deduce chiaramente che l'olio immesso all'origine, nel recipiente di plastica («bag»), attraverso l'apertura situata nella parte del recipiente che viene chiusa meccanicamente subito dopo il riempimento, è l'unica apertura utilizzabile per il riempimento del recipiente medesimo.

a. *La disciplina contenuta nella direttiva Ce n. 2000/13*

L'olio d'oliva, pertanto, quando viene offerto al consumatore per la prima volta con il metodo «bag in the box» nel punto vendita in Germania, costituisce, senz'ombra di dubbio, un «prodotto alimentare in imballaggio preconfezionato» in quanto, come precisa l'art. 1, par. 3, lett. b. della direttiva n. 2000/13<sup>6</sup> che contiene la disciplina fondamentale in materia di etichettatura, di presentazione e di pubblicità dei prodotti alimentari, costituisce:

*«l'unità di vendita destinata ad essere presentata come tale al consumatore finale ed alla collettività, costituita da un prodotto alimentare e dall'imballaggio in cui è stato confezionato prima di essere messo in vendita, avvolta interamente o in parte da tale imballaggio ma comunque in modo che il contenuto non possa essere modificato senza che l'imballaggio sia aperto o alterato».*

In effetti, il prodotto contenuto nel recipiente di plastica («bag»), di cui alla causa qui esaminata, costituito da 5 litri di olio di oliva, che è la quantità massima consentita da offrire in vendita al consumatore finale in un imballaggio preconfezionato, secondo l'art. 2, primo comma, del Regolamento (Ce) n. 1019/2002<sup>7</sup>, non può essere «modificato senza che l'imballaggio sia aperto o alterato».

Trattandosi, quindi, di un «prodotto alimentare in imballaggio preconfezionato», in conformità alla normativa comunitaria applicabile, il recipiente di plastica («bag») potrebbe anche essere, al limite, acquistato direttamente come tale dal consumatore finale<sup>8</sup>.

L'acquisto, ad esempio, potrebbe essere anche effettuato dai gestori di ristoranti italiani o greci ubicati in Germania, interessati a servire ai propri clienti l'olio originario dei loro Paesi, estraendolo, di volta in volta, dai recipienti posti nei loro locali<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss.

<sup>7</sup> Regolamento (Ce) n. 1019/2002 della Commissione, del 13 giugno 2002, relativo alle norme di commercializzazione dell'olio d'oliva, in *Guce* n. L 155 del 14 giugno 2002, p. 27 ss.

<sup>8</sup> Se il consumatore finale fosse, ad esempio, un membro di una numerosa famiglia di immigrati in Germania da Paesi mediterranei, potrebbe avere interesse ad acquistare l'intero recipiente da cui estrarre, di volta in volta, la quantità di olio desiderata.

<sup>9</sup> In Italia, come è noto, i ristoranti sono ora obbligati a mettere a disposizione dei loro clienti le bottiglie di olio debitamente etichettate (e non più le anonime oliere) con la possibilità, però, di riempire nuovamente, e con olio diverso, le bottiglie medesime (e, in questo caso, con il rischio, quasi nullo, di essere scoperti dalle autorità di controllo). Il sistema «bag in the box» potrebbe essere quindi un'idea da diffondere anche nei ristoranti italiani.

In conclusione, pertanto, il prodotto (olio d'oliva) contenuto nel recipiente («bag») deve essere considerato «prodotto alimentare in imballaggio pre-confezionato» perché non può essere modificato senza che l'imballaggio sia «aperto o alterato».

I termini impiegati dalla direttiva Ce n. 2000/13 («aperto» o «alterato»), debbono essere ovviamente intesi come riferentisi ad «aperture o alterazioni» dell'imballaggio, appositamente effettuate per consentirne un nuovo riempimento, «modificando» così il prodotto in esso contenuto, che potrebbe essere sostituito con un prodotto della stessa qualità o con uno di qualità diversa.

Di conseguenza, l'apertura o l'alterazione, cui si riferisce la disposizione qui esaminata, deve consistere in un'operazione effettuata intenzionalmente per modificare il prodotto contenuto nell'imballaggio, senza che il consumatore ne abbia avuto o possa averne conoscenza.

Orbene, se l'imballaggio, la cui apertura nella parte utilizzata per il suo riempimento risulta sicuramente intatta, viene presentato al consumatore già munito di un dispositivo, costituito da un cannello di silicone che può essere utilizzato solamente per estrarre l'olio contenuto nel recipiente, in tal caso è da escludere che si possa considerare tale dispositivo come un'apertura o un'alterazione dell'imballaggio nel senso della citata direttiva n. 2000/13.

I termini impiegati nella direttiva n. 2000/13, come appena chiarito, lasciano chiaramente intendere che le operazioni di «apertura» o di «alterazione» dell'imballaggio, devono essere tali da mettere in guardia il consumatore, ponendolo in condizione di decidere se acquistare, oppure no, il prodotto che gli viene presentato.

Il consumatore, infatti, che non è obbligato ad acquistare alcunché quando entra in un locale di vendita, deve essere messo soltanto in condizione di operare una scelta consapevole.

Se, pertanto, l'apertura o l'alterazione dell'imballaggio contenente il prodotto che il consumatore intende acquistare gli forniscono qualche elemento di dubbio o di sospetto, è evidente che egli rinuncerà all'acquisto di quel prodotto, operando una scelta diversa.

Ma se al consumatore viene presentato un prodotto inserito in un recipiente (imballaggio) appositamente attrezzato per consentirgli di prelevarne la quantità che egli desidera, permettendogli di esaminare e di controllare se il sistema impiegato lo garantisce da indebite manipolazioni, e il consumatore liberamente sceglie di effettuare l'acquisto di tale prodotto, mostrando oltretutto di gradire la soluzione proposta, ci si chiede se sia ragionevole impedirgli di effettuare tale scelta come se egli fosse un soggetto sprovvisto od incapace che la Comunità europea, nella sua premurosità, deve obbligatoriamente tutelare<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. L. GONZALEZ VAQUE, *La notion de "consommateur moyen" selon la jurisprudence de la Cour de justice*, RDUE, 2004, p. 69. Cfr. anche A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo - Norme e funzionamento*, Torino, Utet, 1990, p. 277 ss.

Di conseguenza, occorre concludere che l'inserimento di un cannello di silicone nell'imballaggio contenente il prodotto offerto in vendita, come avviene nel recipiente di plastica qui esaminato, per consentire l'estrazione dell'olio d'oliva nella quantità desiderata, non determina alcuna apertura o alterazione del recipiente (imballaggio) nel senso dell'art. 1, par. 3, lett. b. della direttiva n. 2000/13 sopra riportato.

*b. La disciplina contenuta nel Regolamento della Commissione n. 1019/2002*

Se le modalità di prelievo dell'olio di oliva dal recipiente di plastica offerto con il sistema di vendita chiamato «bag in the box», sono conformi alle disposizioni della direttiva n. 2000/13 in tema di presentazione dei prodotti alimentari al consumatore finale, dobbiamo ora chiederci se la Commissione europea, con un proprio provvedimento, possa introdurre disposizioni specifiche che limitino o comunque condizionino la portata della citata direttiva.

Senza dubbio, la Commissione potrebbe adottare provvedimenti destinati a limitare o a condizionare la portata delle disposizioni della direttiva n. 2000/13, ma soltanto per motivi sanitari, vale a dire per tutelare la salute dei consumatori, sulla base di quanto stabilito dal Regolamento (Ce) n. 178/2002<sup>11</sup> che ha sancito i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare.

Ma, nella fattispecie in esame, è stato escluso ogni riferimento alle norme europee (e nazionali) in materia sanitaria, in quanto la normativa qui presa in considerazione è stata adottata unicamente per tutelare gli interessi economici dei consumatori<sup>12</sup>.

Stando così le cose, occorre verificare se il primo comma dell'art. 2 del Regolamento (Ce) n. 1019/2002 della Commissione, che ha introdotto specifiche disposizioni sulla commercializzazione dell'olio d'oliva, debba essere interpretato in modo da far concludere per l'antigiuridicità del sistema di vendita «bag in the box» come ha ritenuto la Corte di giustizia nella sua sentenza qui commentata.

Il primo comma dell'art. 2 del Regolamento n. 1019/2002 della Commissione è così formulato:

*«Gli oli di cui all'art. 1, par. 1, sono presentati al consumatore finale preimballati in imballaggi della capacità mas-*

<sup>11</sup> Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.

<sup>12</sup> Cfr. i *considerando* del Regolamento (Ce) n. 1019/2002, *cit. supra*, nota 7; v. F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 391.

*sima di cinque litri. Tali imballaggi sono provvisti di un sistema di chiusura che perde la sua integrità dopo la prima utilizzazione e recano un'etichettatura conforme alle disposizioni di cui agli articoli da 3 a 6».*

Poiché l'art. 1, par. 1, dello stesso Regolamento n. 1019/2002 fa salve «le disposizioni della direttiva n. 2000/13», sopra esaminata, è alle pertinenti disposizioni di tale direttiva che dovrà essere fatto riferimento per interpretare correttamente l'art. 2, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1019/2002 sopra riportato. Anche perché la direttiva n. 2000/13 è un atto legislativo del Parlamento europeo e del Consiglio che disciplina, in modo globale, l'intera materia dell'etichettatura, della presentazione e della pubblicità dei prodotti alimentari, mentre il Regolamento (Ce) n. 1019/2002 è un atto di attuazione specifica, adottato dalla Commissione in forza dell'art. 35 bis del Regolamento di base dell'olio d'oliva n. 136/66<sup>13</sup> che, nel conferirle la delega, non ne ha però delimitato i poteri in modo preciso.

Una delega del genere, in una materia così delicata avrebbe dovuto essere meglio definita e circoscritta<sup>14</sup>.

In ogni caso, come appena segnalato, il Regolamento (Ce) n. 1019/2002, in quanto atto della Commissione, non può introdurre regole contrastanti con la direttiva n. 2000/13, anche se fondate sul Regolamento n. 136/66 sulle materie grasse e sull'olio d'oliva.

Curiosamente la Corte di giustizia argomenta la sua decisione sul punto (cfr. punti 30-32 della sentenza) invertendo i rapporti, riconoscendo così all'art. 35 bis del Regolamento n. 136/66 una portata che non può avere, non potendo esso conferire alla Commissione il potere di modificare o condizionare l'applicazione della direttiva n. 2000/13, come viene riconosciuto nell'art. 1, par. 1, dello stesso Regolamento n. 1019/2002.

La Commissione ha, d'altra parte, implicitamente ammesso di non poter condizionare l'applicazione della direttiva n. 2000/13, riconoscendo nella propria memoria presentata nella causa qui esaminata, che il sistema di vendita «bag in the box» non è in contrasto con il diritto comunitario (cfr. punto 43 della sentenza).

Purtroppo, la Commissione non ha fornito argomenti giuridici adeguati per orientare la Corte di giustizia nella direzione da essa indicata.

<sup>13</sup> Regolamento (Cee) n. 136/66 del Consiglio, del 22 settembre 1966, relativo all'attuazione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi, in *Guce* 172 del 30 settembre 1966, p. 3025 ss., successivamente sostituito dal Regolamento (Ce) n. 865/2004 del Consiglio del 29 aprile 2004, in *Guce* n. L 161 del 30 aprile 2004, p. 97 ss.

<sup>14</sup> L'art. 76 della Costituzione italiana così recita: «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».



Da quanto precede, si ricava, pertanto, che il punto di diritto, da sottoporre a verifica, riguarda la possibilità di considerare contrario all'art. 2, comma 1, del Regolamento n. 1019/2002 della Commissione, il sistema di vendita «bag in the box» nonostante tale sistema, come in precedenza abbiamo visto, non presenti elementi di contrasto con la direttiva Ce n. 2000/13 sopra esaminata.

Tale verifica deve essere condotta seguendo il ragionamento svolto dalla Corte nella sua sentenza, come si cercherà di effettuare nel prossimo paragrafo.

### 3. Valutazioni giuridiche e conclusioni

Se la soluzione del punto di diritto sopra precisato deve scaturire dal confronto fra la disposizione contenuta nell'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2000/13 e l'art. 2, comma primo, del Regolamento n. 1019/2002 della Commissione, occorre subito segnalare un vuoto nella motivazione della sentenza della Corte. In nessun punto di tale sentenza, infatti, si fa riferimento all'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2000/13 che, come sappiamo, fornisce la definizione di «prodotto alimentare in imballaggio preconfezionato».

In effetti la Corte ha completamente omesso di valutare l'impatto dell'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2000/13 nella fattispecie di causa, con riferimento al sistema di vendita «bag in the box».

Se avesse considerato la disposizione predetta, la Corte avrebbe potuto stabilire, in modo preciso, in quale misura ed entro quali limiti, l'art. 2, comma primo del Regolamento n. 1019/2002 si discosta dall'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2000/13.

Poste a confronto le due norme, la Corte avrebbe quindi potuto accertare che, rispetto alla richiamata disposizione della direttiva n. 2000/13, l'art. 2, comma primo, del Regolamento n. 1019/2002, impone unicamente agli operatori di presentare al consumatore finale l'olio d'oliva in imballaggi preconfezionati della capacità massima di 5 litri e di munire tali imballaggi di un «sistema di chiusura che perde la sua integrità dopo la prima utilizzazione».

Ma tale norma, dovendosi far salve le disposizioni della direttiva n. 2000/13 (cfr. art. 1, par. 1, del Regolamento n. 1019/2002), non modifica in nulla la definizione di «imballaggio preconfezionato», stabilita da tale direttiva, definizione che comprende, come sopra abbiamo visto, anche il concetto di manomissione dell'imballaggio, nel senso che lo stesso venga aperto o alterato. La sola differenza, pertanto, tra le due disposizioni (a parte, ovviamente, i riferimenti alla capienza massima di 5 litri dell'imballaggio e all'etichettatura obbligatoria da osservare, che non rilevano però ai nostri fini) sta nel fatto che il Regolamento n. 1019/2002, impone di presentare al consumatore finale l'olio d'oliva unicamente in imballaggi «preconfezionati» che siano muniti del sistema di chiusura sopra descritto, mentre la direttiva consente di

presentare al consumatore il prodotto (olio di oliva) tanto in imballaggi preconfezionati, quanto in imballaggi non preconfezionati («sfuso»).

Ma, l'interpretazione della locuzione «sistema di chiusura», deve essere effettuata prendendo in esame la definizione di «imballaggio preconfezionato» contenuta nella direttiva Ce n. 2000/13, dalla quale il Regolamento Ce n. 1019/2002 non si discosta perché, al *considerando* n. 2, si pone soltanto in evidenza l'obiettivo perseguito con tale sistema di chiusura, vale a dire: «per garantire l'autenticità degli oli d'oliva venduti è opportuno prevedere, per il commercio al dettaglio, imballaggi di dimensioni ridotte provvisti di sistema di chiusura adeguato».

L'art. 2, comma primo del Regolamento Ce n. 1019/2002, secondo cui il sistema di chiusura «perde la sua integrità dopo la prima utilizzazione», deve essere quindi interpretato con gli stessi criteri con cui viene interpretato l'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva Ce n. 2000/13 concernente la possibilità di verificare che il prodotto alimentare contenuto nell'imballaggio preconfezionato «non possa essere modificato senza che l'imballaggio sia aperto od alterato».

Nella direttiva si fa riferimento all'apertura dell'imballaggio, mentre nel Regolamento si fa riferimento al sistema di chiusura del medesimo, ma in ogni caso si considera l'eventualità che manomettendo l'imballaggio, aprendolo, alterandolo o forzandolo il prodotto alimentare possa essere modificato o sostituito.

Il solo elemento aggiuntivo introdotto dal Regolamento Ce n. 1019/2002, come già ricordato, è, quindi, che soltanto per gli oli di oliva diventa obbligatorio presentarli al consumatore in imballaggi preconfezionati muniti del sistema di chiusura sopra descritto, mentre per la direttiva Ce n. 2000/13 l'olio di oliva, come tutti gli altri prodotti alimentari, può essere offerto al consumatore anche «sfuso».

Ma quando l'olio di oliva viene presentato al consumatore in imballaggi preconfezionati, entrambe le disposizioni, qui esaminate, trovano applicazione.

Di conseguenza, le disposizioni predette, che debbono ora essere poste a confronto, vanno interpretate allo stesso modo e secondo gli stessi criteri.

Riprendendo, pertanto, gli argomenti sopra utilizzati per fornire l'interpretazione della definizione di «prodotto alimentare in imballaggio preconfezionato», si deve concludere che, sia che si faccia riferimento all'apertura e all'alterazione dell'imballaggio preconfezionato, sia che si faccia riferimento all'integrità del suo sistema di chiusura, occorre sempre che il consumatore sia posto in condizione di verificare se l'imballaggio, che gli viene presentato, lo rassicuri circa la inesistenza, sull'imballaggio medesimo, di aperture, alterazioni o manomissioni ai sistemi di chiusura in grado di rendere ragionevolmente possibile la modifica o la sostituzione del prodotto in esso contenuto.

Se il consumatore si rende conto che l'imballaggio non presenta aperture, alterazioni sospette o manomissioni al sistema di chiusura (e tali verifiche possono essere senz'altro eseguite anche dalle stesse autorità di controllo) e

constata che il particolare dispositivo (cannello di silicone) sull'imballaggio medesimo, al momento della sua collocazione nel punto vendita, ha la sola funzione di consentire l'estrazione dell'olio d'oliva in esso contenuto, lo stesso consumatore non potrebbe ritenere tale imballaggio non conforme al Regolamento Ce n. 1019/92, non sussistendo altre possibilità tecniche di estrarre l'olio dall'imballaggio predetto.

Ciò che potrebbe rendere l'imballaggio non conforme alla normativa applicabile sarebbe un sistema di estrazione dell'olio qui esaminato che fosse strutturato in modo da poter essere appositamente utilizzato per un nuovo riempimento dell'imballaggio («bag») dopo il primo riempimento, effettuato all'origine.

Ma questa eventualità è chiaramente da escludere oltre che sotto il profilo tecnico anche in via teorica, perché contraria agli interessi degli stessi operatori coinvolti. Quando il confezionamento viene effettuato all'origine, il produttore dell'olio d'oliva, dovendo collocare sul mercato il proprio prodotto di qualità, provvede direttamente a chiudere l'imballaggio bloccando il dispositivo attraverso il quale il riempimento avviene (nel caso esaminato dalla sentenza della Corte di giustizia si trattava di olio d'oliva extravergine IGP-Toscana e, quindi, di un prodotto con denominazione protetta in tutta Europa che, secondo lo specifico disciplinare di produzione, deve obbligatoriamente essere confezionato nel luogo di produzione).

È evidente, quindi, che il produttore dell'olio di oliva ha tutto l'interesse a che il suo prodotto non venga manipolato, modificato o, addirittura, sostituito.

Tutto il problema sta dunque nel bloccaggio del dispositivo che potrebbe permettere un nuovo riempimento dell'imballaggio, dopo la prima riempitura all'origine. Ma questo è un problema tecnico, del tutto distinto da quello dell'inserimento nell'imballaggio del cannello di silicone che viene utilizzato per l'estrazione dell'olio.

Per altri prodotti alimentari, ugualmente molto diffusi, come il vino, la birra e l'acqua minerale esistono, come già ricordato, sistemi analoghi di prelievo in piccole dosi, da grandi contenitori, che sono ritenuti perfettamente legittimi e che non hanno provocato obiezioni di alcun tipo.

Ciò significa che il metodo di estrazione di un prodotto alimentare in piccole quantità da un grande contenitore non solleva problemi di natura tecnico-commerciale, ma può soltanto sollevarli sotto il profilo sanitario<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Ad esempio non sarebbe da escludere che, nel caso dei prodotti lattiero-caseari, ragioni di igiene possano proibire determinate modalità di commercializzazione. Tuttavia, neanche i regolamenti (Ce) n. 852/2004 (regolamento (Ce) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 3 ss.) e (Ce) n. 853/2004 (Regolamento (Ce) n. 853/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale, in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 22 ss.) prevedono tali divieti o restrizioni di commercializzazione per i prodotti lattiero caseari. A tale proposito occorre ricordare che il legislatore italiano, con un provvedimento in corso di adozione, intende consentire espressamente la commercializzazione del latte crudo non confezionato (sfuso) mediante distributori automatici.

Ma l'aspetto sanitario, come abbiamo visto, non è stato neppure preso in considerazione nella causa qui esaminata, per cui il divieto di utilizzare il metodo «bag in the box» non può fondarsi su norme poste a tutela della salute umana.

Appare quindi necessario un approccio diverso per meglio penetrare il ragionamento che sta alla base della motivazione della sentenza.

Leggendo il punto n. 42 della sentenza, sorge il dubbio che la Corte abbia ritenuto di poter dedurre dall'art. 2, comma primo del Regolamento n. 1019/2002, un vero e proprio divieto di vendita dell'olio d'oliva, contenuto in un imballaggio preconfezionato, qualora tale imballaggio non venisse munito del sistema di chiusura previsto da tale disposizione.

Tale dubbio deriva dal fatto che in lingua tedesca, che è la lingua della causa e, quindi, quella ufficiale che fa testo, la Corte afferma (punto 41) che secondo il Regolamento n. 1019/2002, l'olio d'oliva deve essere venduto (*verkauft*) in un imballaggio provvisto di un sistema di chiusura che perde la sua integrità dopo la prima utilizzazione.

Probabilmente la Corte ha fatto riferimento alla "vendita" perché il testo in lingua tedesca dell'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2000/13, sopra riportato ed esaminato, fa riferimento alla vendita e non alla presentazione del prodotto alimentare al consumatore finale. Secondo la versione tedesca, infatti, il prodotto viene considerato come «consegnato» (*abgegeben*) al consumatore finale e non soltanto «presentato» (*angeboten*).

Ma la versione tedesca è l'unica che parla di «vendita» mentre quelle francese, inglese, italiana, spagnola e olandese parlano di «presentazione» del prodotto al consumatore.

La differenza è sostanziale e decisiva. Se infatti l'olio dovesse essere venduto al consumatore finale soltanto in un imballaggio provvisto del sistema di chiusura sopra descritto, in primo luogo il Regolamento Ce n. 1019/2002 non si applicherebbe al sistema di vendita «bag in the box», perché l'olio, con tale sistema, non viene «venduto» nell'imballaggio preconfezionato nel quale si trova ma viene «estratto» dall'imballaggio medesimo ed inserito in un imballaggio diverso che il consumatore porta con sé, oppure acquista direttamente nel punto vendita.

In secondo luogo, verrebbe radicalmente cambiata la base giuridica sulla quale le parti, rispettivamente, fondano il loro diritto a concludere il contratto di compravendita dell'olio. Infatti, se l'olio dovesse essere obbligatoriamente venduto soltanto in un imballaggio munito di un sistema di chiusura integro ed intatto, come sostiene la Corte, in tal caso sarebbe consentito al consumatore di effettuare l'acquisto dell'olio unicamente in un imballaggio chiuso, essendo vietata ogni altra forma di vendita. Di conseguenza anche la vendita di una bottiglia ermeticamente chiusa, che fosse aperta in presenza e di fronte al consumatore, sarebbe vietata.

Al contrario, se l'olio d'oliva, come risulta dalla stessa formulazione del-

l'art. 2, primo comma del Regolamento n. 1019/2002, deve essere unicamente presentato al consumatore finale in un imballaggio munito di un sistema di chiusura integro ed intatto, in tal caso il consumatore, dopo aver esaminato l'imballaggio, anche nel caso in cui si trattasse di una bottiglia ermeticamente chiusa, potrebbe farsi aprire dal venditore l'imballaggio, ad esempio per assaggiarne il contenuto, e decidere, in seguito, se effettuare l'acquisto. In questo caso la normativa applicabile consentirebbe la vendita dell'olio anche se contenuto in un imballaggio con il sistema di chiusura manomesso e, quindi, non più integro ed intatto, mentre nel primo caso la vendita non sarebbe consentita.

Questa radicale differenza di trattamento mette in evidenza che nel primo caso verrebbero illegittimamente compressi i diritti dei singoli, i quali non devono sottostare a limitazioni indebite della propria libertà, come la Corte di giustizia ha costantemente affermato nella sua giurisprudenza, se non in presenza di esigenze imperative, come la salute pubblica o l'ordine pubblico, e, nel caso della lealtà nei rapporti commerciali, tenendo presente la necessità di applicare rimedi che non incidano in modo eccessivo o sproporzionato su tali libertà.

Ne deriva che la normativa comunitaria, nella versione in lingua tedesca, non può essere quella applicabile nella nostra fattispecie essendo la sola che si riferisce alla vendita e non alla presentazione dei prodotti. Poiché le altre versioni della direttiva, come abbiamo visto, si riferiscono invece, correttamente, alla presentazione del prodotto al consumatore finale in un imballaggio confezionato, è unicamente allo stadio della presentazione del prodotto che bisogna verificare se l'imballaggio presenta le caratteristiche volute dalla normativa applicabile.

Se, pertanto, come in precedenza precisato, l'imballaggio confezionato al momento della sua presentazione non rivela aperture o alterazioni tali da creare nel consumatore un ragionevole sospetto di trovarsi di fronte ad intenzionali manipolazioni in grado di incidere sul prodotto in esso contenuto (perché, ad esempio, il dispositivo applicato all'imballaggio è chiaramente utilizzabile soltanto per soddisfare le esigenze di estrazione del prodotto in piccole dosi), l'imballaggio dovrà essere considerato conforme alla direttiva n. 2000/13 e, di conseguenza, anche al Regolamento n. 1019/2002.

Se si pensa, d'altro canto, che parte dell'olio d'oliva, come pure anche notevoli quantità di vino e di aceto vendute in Germania, vengono acquistate nei Paesi mediterranei, come l'Italia, in grandi botti di legno o di metallo e successivamente messe in bottiglia direttamente in Germania per esservi vendute, si capisce che il problema dell'autenticità dell'olio è un problema di mercato e di fiducia reciproca tra operatori e consumatori, perché nel caso dell'olio (o del vino o dell'aceto) messo in bottiglia in Germania, il consumatore non può minimamente verificare se l'olio contenuto nella bottiglia sia esattamente quello autentico che è stato estratto dalla botte.

Ancora una volta, le regole del mercato e la fiducia nel comportamento

ragionevole degli operatori che hanno interesse a soddisfare il consumatore e non a danneggiarlo, devono fornire i criteri per risolvere i problemi.

A questi aspetti e a questi problemi probabilmente non si è neppure pensato quando la specifica normativa del Regolamento n. 1019/2002 è stata adottata. Come risulta dall'intervento in causa della Commissione, la ragione di questa normativa sta nella necessità di impedire che i piccoli produttori dei Paesi mediterranei vendano sfusi i loro prodotti ai clienti delle loro aziende agricole<sup>16</sup>.

Se così è, non si vede la ragione di estendere a situazioni del tutto diverse queste regole che, come abbiamo visto, possono determinare inutili conseguenze pregiudizievoli, limitando anche la libera circolazione dell'olio di oliva nell'Unione europea.

In effetti, come non è consentito agli Stati membri di adottare provvedimenti che limitino la libera circolazione delle merci, allo stesso modo non sarebbe consentito alla Commissione europea<sup>17</sup>.

Da quanto in precedenza esposto si deduce che, per le ragioni sopra descritte, la sentenza della Corte è incompleta. Essa avrebbe dovuto contenere ulteriori indicazioni per consentire al giudice nazionale di andare al di là del dettato letterale dell'art. 2, primo comma, del Regolamento n. 1019/2002 (interpretato, per di più, in modo impreciso come abbiamo visto), così da metterlo in condizione di decidere che, se l'imballaggio da sottoporre a verifica, non presenta aperture, alterazioni o manomissioni tali da farle ritenere intenzionalmente effettuate per alterarne il contenuto e, quindi, per modificare o sostituire l'olio d'oliva offerto al consumatore, in tal caso l'imballaggio deve essere considerato conforme alla normativa comunitaria applicabile nella fattispecie di causa (art. 1, par. 3 della direttiva n. 2000/13 e art. 2, primo comma del Regolamento n. 1019/2002).

**Fausto Capelli**

<sup>16</sup> V. «*Il settore dell'olio d'oliva nell'Unione europea*», testo pubblicato dalla Commissione europea (Direzione generale dell'Agricoltura), disponibile sul sito Internet: [http://ec.europa.eu/agriculture/publi/fact/oliveoil/2003\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/publi/fact/oliveoil/2003_it.pdf). V. inoltre la memoria della Commissione del 17 marzo 2005 presentata nella causa n. C-489/04 di cui alla sentenza qui commentata.

<sup>17</sup> Cfr., in dottrina, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 377; in giurisprudenza, sentenze della Corte di giustizia del 17 maggio 1984 in causa n. 15/83, *Denkavit Nederland*, in *Raccolta*, 1984, p. 2171, nella quale la Corte così si esprime (punto 15): «Come la Corte ha più volte affermato, il divieto di restrizioni quantitative nonché di misure d'effetto equivalente vale, non solo per i provvedimenti nazionali, ma del pari per quelli adottati dalle istituzioni comunitarie» e del 29 febbraio 1984 in causa n. 37/83, *Rewe-Zentrale AG c. Direktor Der Landwirtschaftskammer Rheinland*, in *Raccolta*, 1984, p. 1229 (punto 18) «Se, come la Commissione ha evidenziato nelle sue osservazioni, gli artt. 30-36 del Trattato riguardano in primo luogo le misure unilaterali degli Stati membri, non è meno vero che le istituzioni comunitarie sono tenute anch'esse a rispettare la libertà degli scambi intracomunitari, principio fondamentale del mercato comune».

Per problematiche più generali, cfr. F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 7; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La sentencia "Laura": ¿Punto final de la jurisprudencia "Keck y Mithouard" en materia de libre circulación de mercancías?* (Parte II), *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia – Boletín*, 1998, n. 135, p. 15-19; v. inoltre sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1997 in causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6959.

## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA CHE ALL'ATTIVITÀ DI COLLOCAMENTO DI MANO D'OPERA SI APPLICA LA NORMATIVA COMUNITARIA RELATIVA ALLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza dell'11 gennaio 2007 in causa n. C-208/05**

ITC Innovative Technology Center GmbH c. Bundesagentur für Arbeit

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione dei lavoratori - Libera prestazione dei servizi - Normativa nazionale - Versamento da parte dello Stato membro del compenso dovuto ad un'agenzia privata di collocamento a seguito di un'assunzione - Buoni per la mediazione di lavoro (*Vermittlungsgutschein*) - Lavoro per cui vige il versamento obbligatorio di contributi previdenziali nel detto Stato membro - Condizione per la quale l'impiego trovato dall'agenzia di collocamento privata deve essere soggetto ai contributi previdenziali obbligatori nel territorio tedesco - Restrizione - Giustificazione - Proporzionalità.**

*Gli artt. 39, 49 e 50 Trattato Ce ostano a che una disposizione nazionale, quale l'art. 421 g. n. 1, seconda frase, del libro III del codice tedesco della legislazione sociale preveda che il versamento, da parte di uno Stato membro, ad un'agenzia privata di collocamento del compenso dovuto da parte di una persona in cerca di lavoro alla detta agenzia, a seguito dell'assunzione della citata persona, sia soggetto alla condizione che per il posto di lavoro trovato da detto intermediario viga il versamento obbligatorio di contributi previdenziali nel territorio di tale Stato<sup>1</sup>.*

\* A cura di *Enrica Adobati*.

*Spetta al giudice nazionale dare ad una disposizione di diritto interno, nel rispetto dei limiti stabiliti alla sua discrezionalità dal suo ordinamento nazionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora una siffatta interpretazione conforme non sia possibile, relativamente alle disposizioni del Trattato Ce che attribuiscono ai soggetti dell'ordinamento determinati diritti che si possono invocare in giudizio e che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare, disapplicare qualsiasi norma di diritto interno che sia in contrasto con le dette disposizioni*<sup>2</sup>.

<sup>1-2</sup> La Corte di giustizia è stata chiamata dal Sozialgericht Berlin (giudice competente in materia di legislazione sociale di Berlino) ad interpretare alcune disposizioni del diritto comunitario in relazione a un sistema di promozione del lavoro vigente in Germania dal 2002. Tale sistema si caratterizza per la concessione, da parte dell'agenzia federale per l'impiego, alle persone in cerca di occupazione di un buono per l'attività di intermediazione svolta che consente ai soggetti di essere esonerati, almeno in parte, dall'obbligo di remunerare l'agenzia di collocamento privata cui si sono rivolti.

La questione pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia tra un'agenzia privata tedesca di collocamento, la ITC Innovative Technology Center, e l'ufficio di collocamento tedesco, la Bundesagentur, in merito al diniego di quest'ultima di versare alla ITC un buono per la mediazione, in quanto l'impiego procurato alla persona in cerca di lavoro non era soggetto al versamento obbligatorio di contributi previdenziali in Germania.

Al fine di poter comprendere le risposte date dalla Corte ai quesiti pregiudiziali, è necessario ripercorrere, seppur brevemente, i fatti all'origine della controversia. La ITC concludeva nel 2003 un contratto di collocamento con il signor Halacz, in cerca di occupazione. Il signor Halacz presentava alla ricorrente il buono di collocamento attribuitogli dalla Bundesagentur grazie al quale la persona in cerca di lavoro poteva rivolgersi ad uno o più intermediari di sua scelta. L'importo convenuto sul buono sarebbe stato versato all'intermediario privato che gli avesse procurato un posto di lavoro.

Il signor Halacz concludeva un contratto di lavoro a tempo determinato con una società olandese grazie all'intervento della ITC la quale chiedeva alla Bundesagentur il versamento di quanto spettante, conformemente al buono di collocamento. La domanda veniva respinta perché il signor Halacz non era stato assunto in un posto di lavoro per il quale era richiesto il versamento obbligatorio dei contributi previdenziali in territorio tedesco.

Il Sozialgericht Berlin dinanzi al quale la ITC ha presentato un ricorso di annullamento avverso la decisione della Bundesagentur, sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia. La questione da chiarire era se contrasti con il diritto comunitario una disposizione nazionale secondo la quale il versamento da parte di uno Stato membro ad un'agenzia privata di collocamento del compenso dovuto da un soggetto a tale agenzia, dopo l'assunzione dello stesso, sia subordinato al fatto che per il posto di lavoro trovato dall'intermediario viga il versamento obbligatorio di contributi previdenziali nel territorio di tale Stato.

La Corte di giustizia ha precisato che un'agenzia privata di collocamento svolge un'attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro e un contratto di lavoro concluso con una persona in cerca di occupazione attribuisce all'agenzia stessa il ruolo di intermediario che può invocare i diritti attribuiti ai lavoratori comunitari dal Trattato Ce.

Poiché un cittadino dell'Unione ha diritto a che gli venga riconosciuto in tutti gli Stati membri il medesimo trattamento giuridico accordato ai cittadini di tali Stati membri che si trovino nella medesima situazione, sarebbe incompatibile con il diritto alla libera circolazione che gli si potesse applicare nello Stato membro di cui è cittadino un trattamento meno favorevole di quello di cui beneficerebbe se non avesse usufruito delle facilitazioni concesse dal Trattato in materia di circolazione (cfr., al riguardo, sentenze dell'11 luglio 2002 in causa n. C-224/98, *D'Hoop*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6191, massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 526 e del 29 aprile 2004 in causa n. C-224/02, *Pusa*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5763; del 7 luglio 1988 in cause riunite n. 154/87 e n. 155/87, *Wolf e a.*, in *Raccolta*, 1988, p. 3897; del 15 di-



cembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 ss. con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.; del 26 gennaio 1999 in causa n. C-18/95, *Terhoeve*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 345; del 27 gennaio 2000 in causa n. C-190/98, *Graf*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 493 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 623 e del 17 marzo 2005 in causa n. C-109/04, *Kranemann*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2421 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 288).

Se una normativa nazionale dovesse prevedere il versamento da parte dello Stato del compenso dovuto all'agenzia privata di collocamento solamente nell'ipotesi in cui per il posto di lavoro procurato dall'agenzia sia previsto il versamento obbligatorio di contributi previdenziali nel medesimo Stato, una persona che ha trovato un'occupazione, grazie all'agenzia, soggetta ai contributi previdenziali obbligatori in un altro Stato membro si troverebbe in una situazione più sfavorevole rispetto all'ipotesi in cui l'agenzia le avesse procurato un lavoro in questo Stato membro. In tal caso, il soggetto avrebbe potuto beneficiare dell'esenzione dal compenso dovuto all'agenzia di intermediazione in seguito al collocamento. Ne consegue, pertanto, che la normativa tedesca contrasta con il diritto comunitario.

Infine, la Corte ha precisato che l'attività di collocamento dei lavoratori costituisce una prestazione di servizi ai sensi degli artt. 49 e 50 CE (cfr., sentenze del 18 gennaio 1979 in cause riunite n. 110/78 e n. 111/78, *Van Wesemael*, in *Raccolta*, 1979, p. 35 e del 17 dicembre 1981 in causa n. 279/80, *Webb*, in *Raccolta*, 1981, p. 3305).

La libera prestazione dei servizi impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro a causa della sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli di altri Paesi membri, quando essa è tale da ostacolare o rendere più difficoltose le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove si offrono servizi analoghi (cfr., in particolare, sentenze del 18 giugno 1998 in causa n. C-266/96, *Corsica Ferries France*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3949; del 23 novembre 1999 in cause riunite n. C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8453 e del 20 febbraio 2001 in causa n. C-205/99, *Analir e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1271).

La Corte di giustizia ha concluso, pertanto, nel senso che la normativa tedesca che subordina il versamento di un buono di collocamento alla condizione che la persona in cerca di lavoro sia assunta in un posto di lavoro per il quale vige il versamento obbligatorio di contributi previdenziali in territorio nazionale costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi che non può essere giustificata.

## **LA NORMATIVA TEDESCA CHE PREVEDE UN CREDITO D'IMPOSTA SOLO SUI DIVIDENDI VERSATI DA SOCIETÀ RESIDENTI CONTRASTA CON GLI ARTT. 56 E 58 CE**

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 6 marzo 2007 in causa n. C-292/04**

Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde, Marina Stöffler c. Finanzamt Bonn-Innenstadt

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Imposta sul reddito - Credito d'imposta sui dividendi versati da società residenti - Artt. 56 e 58 CE - Restrizione alla libera circolazione dei capitali - Limitazione nel tempo degli effetti della sentenza - Incompatibilità.**

*Gli artt. 56 e 58 Trattato Ce devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa tributaria in forza della quale, in occasione di una distribuzione di dividendi da parte di una società di capitali, un azionista soggetto passivo fiscalmente residente in uno Stato membro beneficia di un credito d'imposta, calcolato in funzione dell'aliquota gravante sugli utili distribuiti a titolo dell'imposta sulle società, quando la società distributrice ha sede nello stesso Stato membro, ma non quando la detta società ha sede in un altro Stato membro<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La normativa tedesca relativa all'imposta sul reddito applicabile negli anni 1995-1997 prevedeva che i dividendi spettanti ad una persona domiciliata in Germania e quindi, per quanto concerne l'imposta sul reddito, fiscalmente residente in Germania, sono ivi imponibili in quanto redditi da capitale. Ai sensi della legge tedesca relativa all'imposta sulle società, i dividendi distribuiti da società di capitali, le quali siano fiscalmente residenti in Germania, sono tassati a titolo di tale imposta nella misura del trenta per cento (ciò si traduce in un credito d'imposta pari ai tre settimi dei dividendi percepiti). Tale credito d'imposta si applica solamente ai dividendi percepiti da società di capitali fiscalmente residenti in Germania. Ne consegue che i soggetti passivi dell'imposta sul reddito fiscalmente residenti in Germania beneficiano del credito d'imposta solo quando percepiscono dividendi di società tedesche, ma non quando percepiscono dividendi di società straniere.

La domanda pregiudiziale è stata sollevata dal Finanzgericht Köln (Germania) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Meilicke e le eredi del ricorrente, nel frattempo deceduto, e, dall'altro lato, l'ufficio delle imposte di Bonn-Innenstadt per la tassazione dei dividendi versati al defunto negli anni 1995-1997 da società aventi sede in Danimarca e nei Paesi Bassi.

Il ricorrente, residente in Germania, in qualità di possessore di azioni di società aventi sede nei Paesi Bassi e in Danimarca percepiva i dovuti dividendi e le ricorrenti nella causa principale chiedevano all'ufficio delle imposte il credito d'imposta pari ai tre settimi di tali dividendi, da poter detrarre dall'imposta sul reddito stabilita a nome del signor Meilicke. Tale domanda veniva respinta e gli eredi proponevano così un ricorso dinanzi alla Sezione tributaria del Tribunale di Colonia che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. In sostanza il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se sussiste il contrasto con gli artt. 56 e 58 CE della normativa controversa in base alla quale, in occasione di una distribuzione di dividendi da parte di una società di capitali, un azionista soggetto passivo fiscalmente residente in uno Stato membro beneficia di un credito d'imposta, calcolato in funzione dell'aliquota gravante sugli utili distribuiti a titolo dell'imposta sulle società, solamente nell'ipotesi in cui la società distributrice abbia sede nello stesso Stato membro.

Secondo la Corte di giustizia, la normativa tedesca costituisce una restrizione ex art. 56 CE.

Infatti, applicandosi il credito d'imposta solamente sui dividendi versati da società aventi sede in Germania, vengono ad essere sfavoriti i soggetti passivi dell'imposta sul reddito fiscalmente residenti in tale Stato membro che percepiscono dividendi da società aventi sede in altri Stati membri. Le persone fiscalmente residenti in Germania sarebbero scoraggiate dall'investire i loro capitali in società aventi sede in altri Stati membri.

La Corte di giustizia non ha neppure accolto l'argomentazione del Governo tedesco secondo la quale la normativa controversa sarebbe giustificata dalla necessità di garantire la coerenza del regime tributario tedesco motivando nel senso che lo scopo perseguito dalla normativa tributaria tedesca è quello di eliminare la doppia imposizione degli utili delle società distribuiti sotto forma di dividendi e che la previsione di una misura meno restrittiva rispetto a quella prevista dalla normativa tributaria tedesca (per esempio, la concessione all'azionista soggetto passivo dell'imposta sul reddito, fiscalmente residente in Germania e titolare di azioni di una società avente sede in un altro Stato membro, di un credito d'imposta calcolato in base all'imposta da questa dovuta a titolo d'imposta sulle società in tale ultimo Stato membro) non contrasterebbe con la libera circolazione dei capitali (la Corte, in

proposito ha richiamato le sentenze del 6 giugno 2000 in causa n. C-35/98, *Verkooijen*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4071 e del 7 settembre 2004 in causa n. C-319/02, *Manninen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7477). In particolare, si ricorda che nella sentenza *Verkooijen* la Corte aveva statuito che il diritto comunitario contrasta con una normativa nazionale che subordina la concessione di un'esenzione dall'imposta sul reddito alla quale sono soggetti i dividendi versati a persone fisiche in possesso di azioni alla condizione che tali dividendi siano versati da società aventi sede nel detto Stato membro.

Infine, sugli effetti nel tempo della sentenza pronunciata, la Corte di giustizia ha osservato come la norma comunitaria oggetto di interpretazione può e deve essere applicata dal giudice nazionale anche ai rapporti giuridici sorti e costituitisi prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione, sempreché esistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una controversia relativa all'applicazione della norma stessa (cfr., in particolare, sentenze del 3 ottobre 2002 in causa n. C-347/00, *Barreira Pérez*, in *Raccolta*, 2002, p. I-8191 e del 17 febbraio 2005 in cause riunite n. C-453/02 e n. C-462/02, *Linneweber e Akritidis*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1131). La Corte di giustizia può limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essi interpretata solo in via eccezionale e solamente nella stessa sentenza che statuisca sull'interpretazione. Inoltre, è necessario un unico momento di determinazione degli effetti nel tempo dell'interpretazione richiesta alla Corte. Solo così facendo viene garantita la parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti nei confronti dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, avendo già individuato la Corte di giustizia gli obblighi derivanti dalla libera circolazione dei capitali in materia di dividendi percepiti da persone residenti nella sentenza *Verkooijen* (e confermati successivamente nella sentenza del 15 luglio 2004 in causa n. C-315/02, *Lenz*, in *Raccolta*, 2004, p. I-7063) e non avendo limitato nel tempo gli effetti di quest'ultima, la stessa Corte ha ritenuto di non limitare nel tempo neppure gli effetti della sentenza qui massimata.

## **LE DISPOSIZIONI NAZIONALI CHE FANNO DIPENDERE L'APPLICAZIONE DEL TRATTAMENTO FISCALE FAVOREVOLE DALLA SEDE DEL CONTRIBUENTE CONTRASTANO CON IL TRATTATO CE**

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 13 marzo 2007 in causa n. C-524/04**

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Libera circolazione dei capitali - Imposta sulle società - Interpretazione degli artt. 43, 49 e 56 CE - Normativa fiscale nazionale - Possibilità per una società stabilita nel territorio nazionale di dedurre ai fini fiscali gli interessi pagati su un prestito concesso dalla sua società capogruppo - Situazione differenziata a seconda dello Stato in cui sia stabilita la società capogruppo - Interessi su un prestito versati ad una società collegata avente sede in un altro Stato membro o in un Paese terzo - Qualificazione degli interessi come utili distribuiti - Coerenza del sistema fiscale - Evasione fiscale - Risarcimento danni.**

*L'art. 43 Ce osta ad una normativa di uno Stato membro che limiti la possibilità per una società residente di dedurre, a fini fiscali, gli interessi versati su prestiti concessi da una società controllante, in via diretta o indiretta, residente in un altro Stato membro o da una società residente in un altro Stato membro controllata da tale società controllante, senza assoggettare a una siffatta restrizione una società residente che ha ottenuto un prestito da una società parimenti residente, salvo che, da un lato, tale normativa disponga un esame di elementi oggettivi e verificabili che permettano di individuare l'esistenza di una costruzione di puro artificio attuata a soli fini fiscali, prevedendo la possibilità per il contribuente di produrre, eventualmente e senza eccessivi oneri amministrativi, elementi relativi alle ragioni commerciali soggiacenti alla transazione in questione e, dall'altro, qualora l'esistenza di una tale costruzione venisse accertata, detta normativa qualifichi tali interessi come utili distribuiti solo nella misura in cui questi eccedono quanto sarebbe stato convenuto in condizioni di piena concorrenza<sup>1</sup>.*

*Una normativa di uno Stato membro quale quella contemplata dalla prima questione non rileva ai fini dell'art. 43 Ce allorché si applica ad una situazione in cui una società residente ottiene un prestito da una società avente sede in un altro Stato membro o in un Paese terzo, che, di per sé, non controlla la società mutuataria, e allorché tali due società sono controllate, direttamente o indirettamente, da una comune società collegata stabilita in un Paese terzo<sup>2</sup>.*

*In mancanza di una normativa comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario, compresa la qualificazione delle domande presentate dalle persone lese dinanzi ai giudici nazionali. Questi devono però garantire che i singoli dispongano di un mezzo di ricorso effettivo che consenta loro di ottenere il rimborso dell'imposta indebitamente riscossa e degli importi pagati a tale Stato membro o trattenuti da quest'ultimo che siano in relazione diretta con tale imposta. Con riferimento ad altri pregiudizi che una persona avrebbe subito a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile a uno Stato membro, quest'ultimo è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli alle condizioni enunciate nel punto 51 della sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame, senza che ciò escluda che, in base al diritto nazionale, la responsabilità dello Stato possa essere invocata a condizioni meno restrittive<sup>3</sup>.*

*Qualora risultasse che la normativa di uno Stato membro costituisce un ostacolo alla libertà di stabilimento vietato dall'art. 43 Ce, il giudice del rinvio, al fine di individuare i danni risarcibili, può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione. Tuttavia, per evitare che l'esercizio dei di-*

*ritti che l'art. 43 CE conferisce ai singoli sia reso impossibile o eccessivamente difficile, il giudice del rinvio può stabilire se l'applicazione di tale normativa, in combinato disposto, eventualmente, con le disposizioni rilevanti delle CDI, avrebbe ad ogni modo portato al rigetto delle richieste avanzate dalle ricorrenti nella causa principale dinanzi all'amministrazione tributaria dello Stato membro interessato*<sup>4</sup>.

<sup>1-4</sup> La questione pregiudiziale sollevata dalla High Court of Justice of England and Wales ha riguardato la compatibilità con le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali delle norme britanniche sulla cosiddetta «piccola capitalizzazione», con cui il Regno Unito limita la deducibilità degli interessi pagati dalle società controllate britanniche alle società capogruppo o alle società intermedie del gruppo non residenti.

Una questione analoga era stata già sollevata nella sentenza *Lankhorst-Hohorst* (relativa alle norme tedesche in materia di piccola capitalizzazione, sentenza del 12 dicembre 2002 in causa n. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11779) e nella sentenza *Cadbury Schweppes*, vertente sulla normativa britannica relativa alle società controllate estere (sentenza del 12 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes plc* e *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7995).

Nell'inquadramento della questione, nella causa n. C-524/04, l'Avvocato Generale Geelhoed, nelle conclusioni presentate in data 29 giugno 2006 ha osservato come, dopo la sentenza *Lankhorst-Hohorst*, sopra citata, i limiti alle restrizioni ammissibili alla piccola capitalizzazione non siano stati chiariti. La conseguenza è stata che alcuni Stati membri – compresi il Regno Unito e la Germania – hanno esteso la loro normativa in materia di piccola capitalizzazione ai pagamenti infragruppo nazionali, sebbene nelle situazioni meramente interne non sussista alcun rischio potenziale di «abuso».

In seguito alla precitata sentenza *Lankhorst-Hohorst*, le ricorrenti nella causa principale hanno presentato dinanzi all'autorità competente domande di ripetizione e/o di compensazione relativamente agli svantaggi fiscali loro derivati dall'applicazione della normativa britannica.

In tale situazione, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia ex art. 234 CE.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in *primis*, alla Corte di accertare, se gli artt. 43, 49 o 56 CE contrastino con la normativa di uno Stato membro, che limita la possibilità per una società residente di dedurre a fini fiscali gli interessi versati su prestiti ottenuti da una società controllante, in via diretta o indiretta, residente in un altro Stato membro, considerato che tale società residente non avrebbe subito una tale restrizione se gli interessi fossero stati versati su prestiti concessi da una società controllante avente sede in tale primo Stato membro.

La Corte di giustizia preliminarmente ha osservato come la normativa controversa, riguardando solamente relazioni nell'ambito di uno stesso gruppo societario, debba essere esaminata alla luce delle norme relative alla libertà di stabilimento (v., in tal senso, sentenza *Cadbury Schweppes plc* e *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, *cit.* e del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11753).

La normativa britannica sulla «sottocapitalizzazione» prevede che, in alcune circostanze, gli interessi versati da una società a un'altra società appartenente allo stesso gruppo su prestiti concessi da quest'ultima siano qualificati come utili distribuiti, vietando così alla società mutuataria la deduzione dall'utile imponibile degli interessi versati. Secondo la Corte tali disposizioni relative alla sottocapitalizzazione introducono una disparità di trattamento tra società mutuarie residenti a seconda che la società collegata mutuante abbia o meno sede nel Regno Unito.

La Corte ha sottolineato che una disparità di trattamento tra controllate residenti in funzione del luogo della sede della loro controllante costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento perché le società stabilite in altri Stati membri sono scoraggiate nell'esercizio di tale libertà rinunciando così all'acquisizione, alla creazione, nonché al mantenimento di

una controllata nello Stato membro in cui vige tale normativa. La Corte ha precisato che una normativa può essere considerata come restrittiva della libertà di stabilimento, quando è tale da restringere l'esercizio di questa libertà in uno Stato membro per società aventi sede in un altro Stato membro, senza che occorra dimostrare che la normativa abbia avuto l'effetto di indurre tali società a rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una controllata nel primo Stato membro.

Ne consegue che la disparità di trattamento posta in essere dalle disposizioni nazionali, di cui si discute, tra le società mutuarie residenti a seconda del luogo della sede della società collegata mutuante, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento che non può essere giustificata dalla necessità di assicurare la coerenza del sistema fiscale britannico pur essendo idonea a raggiungere l'obiettivo per il quale è stata adottata che è quello di prevenire pratiche volte esclusivamente ad eludere l'imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale.

Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice nazionale ha chiesto, in sostanza, se la soluzione della prima questione sarebbe diversa qualora il prestito fosse stato concesso alla controllata con sede nel Regno Unito non direttamente dalla sua capogruppo, ma da una società mutuante intermedia appartenente allo stesso gruppo e tale società mutuante e/o la capogruppo avessero sede in un Paese terzo.

Secondo la Corte di giustizia, la normativa controversa costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento vietata, sia nell'ipotesi in cui la società mutuataria residente ottenga un prestito da una società avente sede in un altro Stato membro la quale, direttamente o indirettamente, detiene nel capitale della società mutuataria una partecipazione tale da influenzare le decisioni della società, nonché di indirizzarne le attività, sia nell'ipotesi in cui la società mutuataria ottenga un prestito da una società non residente controllata da una società stabilita in un altro Stato membro e che detiene una partecipazione nel capitale della società mutuataria.

Da ciò consegue, secondo la Corte, che non si applica l'art. 43 CE ad una situazione in cui una società residente ottiene un prestito da una società stabilita in un altro Stato membro che non detiene una partecipazione di controllo nella società mutuataria e quando tali società sono controllate da una comune società collegata residente in un Paese terzo.

Infine, la Corte di giustizia si è soffermata a chiarire la questione relativa alla natura dei rimedi (per esempio, domanda di ripetizione di somme indebitamente percepite o di vantaggi indebitamente negati oppure domanda di risarcimento danni) di cui dovrebbero disporre le controllate con sede nel Regno Unito o le altre società dello stesso gruppo nel caso in cui le norme britanniche controverse fossero in contrasto con le norme comunitarie.

Al riguardo, la Corte ha precisato che la qualificazione dell'azione, di ripetizione o di risarcimento danni, spetta al giudice nazionale e che il diritto di ottenere il rimborso dei tributi riscossi da uno Stato membro in violazione del diritto comunitario costituisce la conseguenza e il complemento dei diritti attribuiti ai singoli dalle disposizioni comunitarie e lo Stato membro è quindi tenuto a rimborsare i tributi riscossi in violazione del diritto comunitario (sui criteri che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario, cfr. sentenze del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52; del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55 nonché *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *cit.*). Tuttavia, l'applicazione dei criteri che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario è rimessa ai giudici nazionali in conformità agli orientamenti forniti dalla Corte per procedere a tale applicazione: la norma giuridica violata deve conferire diritti ai singoli, deve trattarsi di una violazione sufficientemente caratterizzata e deve sussistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo e il danno subito. Con riferimento alla determinazione del danno risarcibile, il giudice nazionale può richiedere che il soggetto leso abbia operato diligentemente per evitare il danno o per limitarne l'entità esasperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione. Nel caso di specie, è compito del giudice nazionale verificare se l'applicazione della normativa britannica avrebbe portato al rigetto da parte delle competenti autorità tributarie britanniche delle richieste delle ricorrenti nella causa principale.

**LA NORMATIVA NAZIONALE CHE PREVEDE BASI IMPONIBILI  
MINIME SOLO NEI CONFRONTI DEI CONTRIBUENTI  
NON RESIDENTI CONTRASTA CON LA LIBERTÀ  
DI STABILIMENTO GARANTITA DAL TRATTATO CE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 22 marzo 2007 in causa n. C-383/05**

Raffaele Talotta c. Stato belga

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Art. 43 CE - Contribuente non residente che esercita un'attività autonoma - Imposta sul reddito - Base imponibile - Fissazione di basi imponibili minime solo nei confronti dei contribuenti non residenti - Discriminazione - Giustificazione con motivi d'interesse generale - Efficacia dei controlli fiscali - Insussistenza.**

*L'art. 43 del Trattato Ce osta alla normativa di uno Stato membro, come quella che risulta dall'art. 342, n. 2, del codice delle imposte sui redditi 1992 nonché dall'art. 182 del regio decreto del 27 agosto 1993 di esecuzione del codice delle imposte sui redditi 1992, che prevede basi imponibili minime solo nei confronti dei contribuenti non residenti<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La Corte di cassazione belga ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE sull'interpretazione dell'art. 43 CE che sancisce il diritto di stabilimento dei cittadini comunitari a titolo sia principale (secondo comma), sia secondario (primo comma). Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il signor Talotta, nella sua qualità di contribuente non residente, e lo Stato belga relativamente all'applicazione nei confronti del ricorrente di una base imponibile minima per il periodo d'imposta relativo all'anno 1992.

Il signor Talotta, residente in Lussemburgo, gestiva un ristorante in Belgio e, non avendo stabilito in territorio belga il proprio domicilio fiscale, veniva assoggettato, in Belgio, all'imposta sulle persone fisiche non residenti limitatamente ai redditi percepiti in tale Stato membro. Il ricorrente presentava tardivamente la propria dichiarazione dei redditi delle persone fisiche non residenti per il periodo d'imposta per l'anno 1992 e l'amministrazione fiscale belga gli comunicava la propria intenzione di assoggettarlo d'ufficio all'imposta, sulla base dell'art. 342, n. 2, del codice delle imposte sui redditi 1992. Tale disposizione consente all'amministrazione competente, in mancanza di elementi di prova forniti dal contribuente o dall'amministrazione, di tassare, in relazione al fatturato e al numero di dipendenti, le società straniere che operano in Belgio. L'amministrazione fiscale belga respingeva l'opposizione presentata dal ricorrente avverso il pagamento del tributo a titolo d'imposta posto a suo carico sulla base della normativa belga, sopra citata. Esauriti tutti i gradi di giudizio, la Corte di cassazione belga decideva di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, alla Corte di precisare se la normativa nazionale belga che stabilisce basi minime di imposizione per i soli contribuenti non residenti è in contrasto con i principi comunitari relativi alla libertà di stabilimento.

La Corte di giustizia, per risolvere la questione sottoposta, ha richiamato innanzitutto quanto già statuito in materia di imposte dirette e ha osservato come nelle cause relative alla

tassazione dei redditi delle persone fisiche, le situazioni dei residenti e quelle dei non residenti in un determinato Stato membro non sono analoghe in quanto presentano differenze oggettive, sia per la fonte dei redditi, sia per la capacità contributiva personale (cfr., al riguardo, sentenze dell'11 agosto 1995 in causa n. C-80/94, *Wielockx*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2493 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 123 e del 27 giugno 1996 in causa n. C-107/94, *Asscher*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3089).

Nel caso di specie, la normativa nazionale è volta a disciplinare le situazioni nelle quali i contribuenti, residenti o non residenti, non abbiano fornito all'amministrazione competente gli elementi di prova utili alla determinazione degli utili e il fatturato dei contribuenti non residenti è determinato attraverso l'applicazione di basi imponibili minime. Così facendo, la normativa nazionale controversa tratta diversamente i contribuenti a seconda che essi siano a meno residenti in Belgio.

Il Governo belga ha rilevato che le basi imponibili minime sono spesso più favorevoli ai contribuenti non residenti rispetto alla tassazione applicata ai contribuenti residenti. Ma, anche ipotizzando che il regime fiscale belga sia più favorevole ai contribuenti non residenti, ciò non toglie che, quando tale regime si rivela svantaggioso per tali soggetti, esso dà luogo ad una disparità di trattamento rispetto ai contribuenti residenti ostacolando la libertà di stabilimento garantita dall'art. 52 CE. Ne consegue che la normativa di uno Stato membro come quella controversa nella causa principale, che prevede basi imponibili minime solo nei confronti dei contribuenti non residenti, costituisce una discriminazione indiretta in base alla cittadinanza ai sensi dell'art. 52 CE in quanto finisce con l'operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri in quanto i non residenti sono il più delle volte cittadini stranieri.

A parere della Corte di giustizia, tale discriminazione non può essere giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali quale motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento.

### **CONTRASTA CON IL TRATTATO CE UNA NORMATIVA NAZIONALE CHE NON COPRA, NELL'AMBITO DELLA RC AUTO, I DANNI SUBITI DALLE PERSONE IN AUTOVEICOLI NON ADIBITI AL TRASPORTO DI PASSEGGERI**

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 19 aprile 2007 in causa n. C-356/05**

Elaine Farrell c. Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General e Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per gli autoveicoli - Direttive n. 72/166/Cee, n. 84/5/Cee e n. 90/232/Cee - Danni cagionati ai passeggeri di un autoveicolo - Parte di un autoveicolo non predisposta per il trasporto di passeggeri seduti - Estensione della nozione di «passeggero» - Incompatibilità.**

*L'art. 1 della terza direttiva del Consiglio del 14 maggio 1990, n. 90/232/Cee, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri*



*in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale ai sensi della quale l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per gli autoveicoli non copre la responsabilità dei danni fisici causati alle persone che viaggiano in una parte di un autoveicolo non progettata né costruita con sedili per passeggeri<sup>1</sup>.*

*L'art. 1 della terza direttiva n. 90/232/Cee soddisfa tutte le condizioni richieste per produrre effetto diretto e conferisce, di conseguenza, diritti che i singoli possono invocare direttamente dinanzi ai giudici nazionali. Spetta tuttavia al giudice nazionale verificare se tale disposizione possa essere invocata nei confronti di un ente quale il Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> La Corte di giustizia è stata chiamata dalla High Court irlandese a pronunciarsi sulla questione se, in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, una persona che sia rimasta vittima di un incidente automobilistico mentre si trovava a bordo di un autoveicolo che non era adibito al trasporto passeggeri e neppure provvisto di sedili idonei a tale uso, debba essere considerata «passeggero», ai sensi dell'art. 1, della direttiva n. 90/232/Cee.

Si precisa che ai sensi dell'art. 1 della (prima) direttiva n. 72/166/Cee (in *Guce* n. L 103 del 1972, p. 1), come modificata dalla (terza) direttiva n. 90/232/Cee (in *Guce* n. L 129 del 1990, p. 33), per «veicolo» si intende: «qualsiasi autoveicolo destinato a circolare sul suolo e che può essere azionato da una forza meccanica, senza essere vincolato ad una strada ferata, nonché i rimorchi, anche non agganciati».

La controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale ha visto contrapposti, da un lato, la signora Farrell e, dall'altro lato, il signor Whitty, il Minister for the Environment (Ministro dell'Ambiente), l'Irlanda e l'Attorney General, nonché il Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI) in merito ad un'azione di risarcimento danni intentata dalla signora Farrell. Quest'ultima è stata vittima di un incidente stradale nel 1996 mentre viaggiava nella parte posteriore di un furgone non adibito al trasporto dei passeggeri. Il signor Whitty, proprietario e conducente del furgone, perdeva il controllo del proprio veicolo schiantandosi contro un muro.

La signora Farrell, non essendo il signor Whitty coperto da assicurazione, chiedeva il risarcimento dei danni subiti al MIBI che, sulla base di un accordo concluso con il Ministero dell'Ambiente si impegnava a risarcire i danni subiti da terzi nelle ipotesi in cui i conducenti dei veicoli erano sprovvisti di una assicurazione. Il MIBI si rifiutava di indennizzare la ricorrente in quanto questa viaggiava in un veicolo non adibito al trasporto dei passeggeri e, pertanto, la questione non rientrava nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria. In seguito all'instaurazione di un contenzioso tra le parti del procedimento, la High Court irlandese ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire *in primis* se l'art. 1 della direttiva n. 90/232/Cee contrasti con la normativa irlandese (*Road Traffic Act* 1961 e Regolamento ministeriale del 1962 sull'assicurazione obbligatoria in materia di circolazione stradale) ai sensi della quale l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per gli autoveicoli non copre la responsabilità per danni fisici cagionati a persone che viaggiano in una parte di un autoveicolo non progettata, né costruita con sedili per il trasporto di passeggeri.

La Corte ha osservato come l'art. 1 della terza direttiva n. 90/232/Cee abbia esteso, a partire dal 31 dicembre 1995, la copertura obbligatoria imposta dall'art. 3, n. 1, della prima direttiva n. 72/166/Cee, ai danni alla persona causati a qualsiasi passeggero, diverso dal conducente. La Corte ha ricordato, altresì, che, nel pronunciarsi sui danni fisici causati ai passeggeri trasportati in una parte di un autoveicolo non progettata per il trasporto di persone sedute, aveva già considerato tali persone «passeggeri», a prescindere dalla parte del veicolo nella quale esse erano trasportate (cfr., al riguardo, ordinanza del 14 ottobre 2002 in causa n. C-158/01, *Withers*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8301). La normativa comunitaria è pre-

cisa nel prevedere apposite eccezioni all'obbligo di proteggere le vittime di sinistri agli artt. 1, n. 4, terzo comma, e 2, n. 1, della seconda direttiva.

La normativa comunitaria in tema di assicurazione obbligatoria non mira ad armonizzare i regimi di responsabilità civile degli Stati membri essendo questi ultimi obbligati a garantire che la responsabilità civile applicabile secondo il loro diritto nazionale sia coperta da un'assicurazione conforme alle disposizioni delle tre direttive citate (cfr. sentenze del 14 settembre 2000 in causa n. C-348/98, *Mendes Ferreira e Delgado Correia Ferreira*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6711 e del 30 giugno 2005 in causa n. C-537/03, *Candolin e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5745 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 484).

Secondo la Corte di giustizia, una normativa nazionale non può negare o limitare l'indennizzo di un passeggero solamente sulla base della corresponsabilità di quest'ultimo nella realizzazione del danno. Infatti, l'entità dell'indennizzo della vittima può essere limitata solo al verificarsi di circostanze eccezionali, in base ad una valutazione oggettiva, e nel rispetto del diritto comunitario. Ne consegue che la Corte, nell'interpretare estensivamente la nozione di passeggero ai sensi della direttiva, ha riconosciuto il risarcimento dei danni alla signora Farrell.

Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto, inoltre, alla Corte di giustizia di chiarire se i singoli possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti che vengono loro conferiti dall'art. 1 della direttiva n. 90/232/Cee. In proposito, la Corte ha precisato che è compito del giudice nazionale stabilire se la direttiva possa essere invocata nei confronti del MIBI e qualora debba decidere che non può essere invocata nei confronti dello stesso troverà applicazione il diritto nazionale, ferma restando la responsabilità dello Stato per la mancata o non corretta trasposizione di una norma comunitaria. Ne consegue, pertanto, che l'art. 1 della terza direttiva ha efficacia diretta e i singoli possono invocare direttamente dinanzi ai giudici nazionali i diritti che essa conferisce.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA QUANDO IL TITOLARE DEL MARCHIO PUÒ OPPORSI ALL'UTILIZZAZIONE DELLO STESSO IN CASO DI RICONFEZIONAMENTO DEL PRODOTTO DA PARTE DI TERZI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04**

Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e altri

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Proprietà industriale e commerciale - Diritto di marchio - Prodotti farmaceutici - Importazione parallela - Riconfezionamento del prodotto munito del marchio - Reputazione - Requisiti che impediscono al titolare del marchio di opporsi alla commercializzazione di un prodotto farmaceutico riconfezionato dall'importatore.**

*L'art. 7, n. 2, della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1998, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, come modificata dall'accordo sullo Spazio economico europeo del 2 maggio 1992, dev'essere interpretato nel senso che il*

*titolare del marchio può legittimamente opporsi all'ulteriore commercializzazione di un prodotto farmaceutico importato da un altro Stato membro nella sua confezione interna ed esterna originale, dotato di un'etichetta esterna aggiuntiva apposta dall'importatore, a meno che: a. sia provato che l'esercizio del diritto di marchio da parte del titolare dello stesso per opporsi alla commercializzazione del prodotto rietichettato con il detto marchio contribuirebbe a compartimentare artificiosamente i mercati tra gli Stati membri; b. sia provato che la rietichettatura non può alterare lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione; c. sulla confezione siano chiaramente indicati l'autore della rietichettatura del prodotto e il nome del fabbricante dello stesso; d. la presentazione del prodotto rietichettato non sia tale da nuocere alla reputazione del marchio e a quella del suo titolare; in tal senso, l'etichetta non deve essere difettosa, di cattiva qualità o grossolana, e e. l'importatore, prima di mettere in vendita il prodotto rietichettato, ne informi il titolare del marchio e gli fornisca, su sua richiesta, un campione del prodotto stesso<sup>1</sup>.*

*Il requisito secondo cui il riconfezionamento del prodotto farmaceutico – mediante una nuova confezione dello stesso e la riapposizione del marchio, ovvero mediante l'apposizione di un'etichetta sulla confezione contenente il prodotto – deve essere necessario alla sua ulteriore commercializzazione nello Stato membro di importazione, essendo uno dei requisiti che, se soddisfatti, impediscono al titolare del marchio, ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva n. 89/104, come modificata dall'accordo sullo Spazio economico europeo, di opporsi alla commercializzazione di cui sopra, riguarda esclusivamente il riconfezionamento di per sé e non la modalità o lo stile con i quali tale riconfezionamento viene effettuato<sup>2</sup>.*

*Il requisito secondo cui, quando l'importatore parallelo abbia realizzato una nuova confezione del prodotto, riapponendovi il marchio, oppure abbia applicato un'etichetta sulla confezione contenente il prodotto, la presentazione del prodotto riconfezionato non dev'essere tale da nuocere alla reputazione del marchio e a quella del suo titolare, quale requisito necessario affinché quest'ultimo non possa legittimamente opporsi, ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva n. 89/104/Cee, all'ulteriore commercializzazione di un prodotto farmaceutico, non può essere circoscritto ai soli casi di riconfezionamento difettoso, di cattiva qualità o grossolano<sup>3</sup>.*

*L'accertare se il fatto che l'importatore parallelo:*

- non apponga il marchio sulla nuova confezione esterna del prodotto («smarchiatura»), o*
- apponga su tale confezione il proprio logo o marchio, o adotti una propria modalità particolare di presentazione del prodotto oppure una presentazione utilizzata per più prodotti differenti («co-marchiatura»), o*
- applichi un'etichetta aggiuntiva sulla confezione stessa in modo tale da coprire interamente o parzialmente il marchio del titolare, o*

- non precisi sull'etichetta aggiuntiva che il marchio in questione appartiene al titolare,

- o ancora stampi il nome dell'importatore parallelo in lettere maiuscole, possa o meno nuocere alla reputazione del marchio rappresenta una questione di fatto che spetta al giudice nazionale valutare con riferimento alle specifiche circostanze di ciascuna fattispecie<sup>4</sup>.

In fattispecie come quelle di cui alle cause principali, grava sugli importatori paralleli l'onere di dimostrare l'esistenza dei requisiti secondo cui:

- l'esercizio del diritto di marchio da parte del titolare dello stesso per opporsi allo smercio dei prodotti riconfezionati con il detto marchio contribuirebbe a compartimentare artificiosamente i mercati tra gli Stati membri;

- il riconfezionamento non è tale da alterare lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione;

- sono indicati chiaramente sulla nuova confezione l'autore del riconfezionamento del prodotto e il nome del fabbricante dello stesso;

- la presentazione del prodotto riconfezionato non è atta a nuocere alla reputazione del marchio e a quella del suo titolare; in tal senso, il riconfezionamento non dev'essere difettoso, di cattiva qualità o grossolano;

- l'importatore, prima di mettere in vendita il prodotto riconfezionato, deve informarne il titolare del marchio e fornirgli, su sua richiesta, un campione del prodotto riconfezionato,

e che, se soddisfatti, impediscono al titolare del marchio di opporsi legittimamente all'ulteriore commercializzazione di un prodotto farmaceutico riconfezionato.

Quanto al requisito secondo cui deve dimostrarsi che il riconfezionamento non può alterare lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione, è sufficiente, tuttavia, che l'importatore parallelo fornisca elementi di prova tali da far ragionevolmente presumere che tale requisito è soddisfatto. Lo stesso vale, a fortiori, per il requisito secondo cui la presentazione del prodotto riconfezionato non dev'essere atta a nuocere alla reputazione del marchio e a quella del suo titolare. Qualora l'importatore fornisca un principio di prova in riferimento a quest'ultimo requisito, spetterà eventualmente al titolare del marchio, che si trova nella posizione più idonea a valutare se il riconfezionamento possa nuocere alla sua reputazione e a quella del marchio, dimostrare che queste ultime hanno subito un pregiudizio<sup>5</sup>.

Un importatore parallelo, qualora abbia ommesso di dare al titolare del marchio il preavviso relativo a un medicinale riconfezionato, viola i diritti del titolare stesso in occasione di ogni successiva importazione del prodotto di cui trattasi, fintanto che non abbia fornito il preavviso. La sanzione conseguente a tale violazione deve rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia della direttiva n. 89/104/Cee, come modificata dall'accordo sullo

*Spazio economico europeo (See). Una misura nazionale che, a fronte di una siffatta violazione, attribuisca al titolare del marchio il diritto ad un risarcimento economico a condizioni analoghe a quelle previste in caso di contraffazione non sembra, di per sé, contraria al principio di proporzionalità. Spetta tuttavia al giudice nazionale determinare caso per caso, nel rispetto del principio di proporzionalità, l'entità del risarcimento economico, tenendo conto, segnatamente, della portata del danno subito dal titolare del marchio in ragione della violazione commessa dall'importatore parallelo<sup>6</sup>.*

<sup>1-6</sup> Nella sentenza dalla quale è scaturita la causa in esame, la Court of Appeal (England and Wales), Civil Division, ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 7, n. 2, della prima direttiva n. 89/104/Cee, in materia di marchi d'impresa (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 1), al fine di chiarire gli effetti derivanti dalla pronuncia della sentenza *Boehringer Ingelheim e altri* (in causa n. C-143/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3759) avente ad oggetto la definizione dei requisiti in presenza dei quali il titolare di un marchio può invocare i diritti derivanti dal marchio medesimo al fine di impedire che importatori paralleli, che abbiano riconfezionato prodotti recanti il marchio stesso, li immettano successivamente in commercio.

Le ricorrenti (Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline and French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co.) sono tutte imprese produttrici di medicinali e le resistenti (Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd) importatori paralleli di prodotti farmaceutici fabbricati ed immessi in commercio nell'ambito della Comunità europea, contrassegnati dal marchio di una delle ricorrenti.

La controversia ha riguardato i requisiti in presenza dei quali i medicinali prodotti dalla Boehringer Ingelheim e a. e importati parallelamente nel Regno Unito dalla Swingward e dalla Dowelhurst dopo essere stati reinscatolati e rietichettati, possano legittimamente essere venduti. Nella domanda di pronuncia pregiudiziale, per prodotto rietichettato si intende il «prodotto importato da un altro Stato membro nella sua confezione interna ed esterna originale alla quale lo stesso importatore parallelo abbia applicato un'etichetta esterna stampata nella lingua dello Stato membro d'importazione» e il prodotto riconfezionato viene definito «prodotto importato da un altro Stato membro nella sua confezione originale, ma con un altro involucri esterno in cartoncino stampato nella lingua dello Stato membro di importazione».

Nel caso di specie, la questione è sorta su due metodi di riconfezionamento dei prodotti in nuove confezioni di cartoncino esterne disegnate da una delle resistenti e recanti, in tutto o in parte, il logo o il marchio della medesima ovvero specifiche modalità di presentazione del prodotto stesso.

Il primo metodo è descritto dal giudice *a quo* quale «co-marchiatura»: l'importatore parallelo riporta il marchio originario sul nuovo cartoncino esterno. Il secondo viene descritto dal giudice del rinvio quale «smarchiatura»: il marchio originario non viene riapposto sul nuovo cartoncino esterno, anche se rimane su alcuni prodotti; per contro, viene indicato il nome generico del relativo medicinale. Allo scopo della commercializzazione nel Regno Unito, le società resistenti hanno apportato alcune modifiche al confezionamento dei medicinali, nonché ai fogli informativi ad essi allegati.

La Boehringer Ingelheim e le altre società si sono opposte a tali modifiche ed hanno pertanto introdotto dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, una serie di ricorsi per contraffazione del marchio; il giudice nazionale ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. Tale rinvio pregiudiziale ha dato origine alla sentenza del 23 aprile 2002, *Boehringer Ingelheim e a., cit.*

La High Court of Justice ha dato applicazione alla citata sentenza *Boehringer Ingelheim e a.*, pronunciandosi a favore delle ricorrenti nella causa principale. Tuttavia, avverso le decisioni del giudice nazionale è stato interposto appello dinanzi al giudice del rinvio e in questo contesto, la Court of Appeal (England & Wales), Civil Division ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte nuove questioni pregiudiziali.

La Corte di giustizia, innanzitutto, ha precisato come l'oggetto specifico del marchio sia quello di assicurare la garanzia di provenienza del prodotto munito del marchio stesso e che un riconfezionamento del prodotto effettuato da un terzo senza la previa autorizzazione del titolare può non assicurare la garanzia di provenienza del prodotto. La Corte, nel richiamare sempre la sentenza *Boehringer Ingelheim* ha precisato che è proprio con il riconfezionamento dei medicinali muniti del marchio che viene pregiudicato l'oggetto specifico del marchio, senza che occorra valutare in questo contesto quali siano gli effetti concreti del riconfezionamento operato dall'importatore parallelo. Il titolare del marchio non può opporsi al riconfezionamento del prodotto quando tale esercizio da parte del titolare costituisca una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 30 CE. Infatti, si è in presenza di una restrizione dissimulata quando il riconfezionamento avviene in maniera tale da rispettare i legittimi interessi del titolare ovvero quando con il riconfezionamento del prodotto non viene alterato lo stato originario del medicinale.

Inoltre, il titolare di un marchio non può opporsi al riconfezionamento del prodotto quando ciò sia necessario affinché il prodotto, importato parallelamente, possa essere commercializzato nello Stato importatore (cfr., sul punto, la sentenza dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3457).

L'importatore parallelo che opera il riconfezionamento di un medicinale munito di marchio deve previamente informare il titolare del marchio della messa in vendita del medicinale riconfezionato e, talvolta, è tenuto a fornire un campione del medicinale riconfezionato prima di metterlo in vendita. Solamente in tal modo il titolare del marchio può essere sicuro che il riconfezionamento è stato effettuato in maniera corretta tutelandosi così meglio contro le attività dei contraffattori.

Secondo la Corte di giustizia, i requisiti enunciati nella sentenza *Bristol-Myers Squibb e a.*, *cit.*, che, se soddisfatti, impediscono al titolare del marchio di opporsi legittimamente alla commercializzazione di un medicinale riconfezionato dall'importatore, trovano applicazione anche *a.* quando il riconfezionamento consiste nell'apposizione di un'etichetta sulla confezione originale; *b.* se l'opposizione da parte del titolare del marchio alla commercializzazione contribuisce a isolare artificiosamente i mercati tra gli Stati membri; *c.* se la rietichettatura non altera lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione; *d.* se sulla confezione sono indicati in maniera chiara sia l'autore della rietichettatura del prodotto sia il fabbricante dello stesso; *e.* se la presentazione del prodotto rietichettato non danneggia la reputazione del marchio, nonché quella del suo titolare; *e.*, infine, *f.* se l'importatore ha informato il titolare del marchio della propria intenzione di mettere in commercio il medicinale fornendogli eventualmente un campione del prodotto al fine di poter effettuare gli opportuni accertamenti.

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che il requisito della necessità del riconfezionamento del prodotto è richiesto esclusivamente per permettere la commercializzazione del prodotto sul mercato dello Stato di importazione e che la presentazione del prodotto riconfezionato non deve essere tale da nuocere alla reputazione del marchio. Inoltre, è compito del giudice nazionale valutare l'esistenza di ogni circostanza che possa nuocere alla reputazione del marchio stesso, come, per esempio, stampare il nome dell'importatore parallelo in lettere maiuscole rispetto a quelle minuscole del produttore oppure applicare un'etichetta aggiuntiva sulla confezione stessa oscurando così il marchio del titolare.

Sull'esistenza dell'onere della prova, la Corte di giustizia ha osservato come ricada sugli importatori paralleli l'onere di provare *a.* che l'esercizio del diritto del marchio da parte del titolare dello stesso crei una compartimentazione dei mercati degli Stati membri, *b.* che il riconfezionamento del prodotto non altera il medicinale e non arreca danno alla reputazione del prodotto.

Infine, sulle conseguenze del mancato preavviso, la Corte di giustizia ha statuito nel senso che sussiste la violazione dei diritti del titolare del marchio quando l'importatore parallelo abbia omesso di dare al titolare il preavviso relativo ad un prodotto riconfezionato. Tuttavia, poiché il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati accertati abusi di tale natura, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, vale a dire, misure (per esempio, risarcimento economico) proporzionate, ma sufficientemente efficaci e dissuasive da garantire la piena attuazione della direttiva n. 89/104/Cee.

## **GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA**

---

### **IL DISTRIBUTORE NON È RESPONSABILE PER LA NON CORRISPONDENZA TRA ETICHETTA E COMPOSIZIONE DEL PRODOTTO ALIMENTARE DA ESSO COMMERCIALIZZATO**

**Giudice di Pace di Monselice: Dr. Gerardo Mazarella  
Sentenza del 24 maggio 2007-5 luglio 2007 n. 280/07\***

Lidl Italia srl c. Comune di Arcole

**Dlgo 27 gennaio 1992 n. 109 - Immissione in commercio di alimenti pre-confezionati - Etichettatura e presentazione del prodotto alimentare - Limiti alla responsabilità del distributore - Applicabilità della normativa nazionale.**

*In tema di sanzioni per le violazioni della disciplina di cui alla direttiva n. 2000/13/Ce sulla etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, così come interpretata dalla Corte di giustizia con sentenza del 23 novembre 2006 in causa Lidl Italia c. Comune di Arcole (causa n. C-315/05), stante l'armonizzazione incompleta raggiunta da questa direttiva in punto di regime sanzionatorio, spetta al diritto nazionale fissare le modalità secondo le quali un distributore può essere considerato responsabile di una violazione dell'obbligo in materia di etichettatura imposto dagli artt. 2, 3 e 12 della di-*

\* In argomento v. *infra*, p. 533, il commento di DANIELE PISANELLO.

*rettiva n. 2000/13/Ce e, in particolare, disciplinare la ripartizione delle responsabilità rispettive dei vari operatori che intervengono nell'immissione in commercio del prodotto alimentare considerato.*

*Pertanto, laddove si tratti di un prodotto alimentare confezionato da un produttore indicato in etichetta, il cui contenitore non presenti segni di contraffazione o alterazione, e la contestazione sia relativa alla mancata corrispondenza tra il volume alcolimetrico indicato in etichetta e quello effettivo, il rivenditore finale non può essere ritenuto sanzionabile ai sensi del decreto legislativo n. 109/92 perché l'ordinamento italiano non richiede al rivenditore finale di testare a campione o, per scrupolo, tutte le confezioni al fine di accertare la corrispondenza tra quanto indicato in etichetta e quanto effettivamente contenuto.*

**(Omissis) In diritto**

La domanda dell'attrice opponente è fondata e va pertanto accolta.

La causa va decisa secondo le precise direttive ed i principi di diritto affermati dalla Corte di giustizia [delle Comunità *n.d.r.*] europee – seconda sezione – del 23 novembre 2006 n. 200/13/Ce nel procedimento n. C-315/05.

Punto nodale e dirimente in relazione alla causa in oggetto riguarda l'individuazione del soggetto responsabile in relazione alla tutela della corrispondenza, nell'etichettatura del prodotto posto in commercio, tra «indicato ed effettivo».

Sul punto la Corte europea nella citata sentenza ritiene – punto 57 – la responsabilità del distributore di natura sussidiaria rispetto a quella del produttore e limita la stessa alla sola ipotesi per cui non sia possibile individuare, con certezza, il produttore.

La direttiva va recepita ed accolta.

Il Giudice Superiore nel richiamare il Giudice Italiano, con riferimento alla normativa interna, all'individuazione di elementi utili al fine di accertare il soggetto a cui deve essere contestata la violazione pone un problema di metodo.

Sul punto la normativa interna prevede che se il commerciante pone in vendita prodotti «originali» allo stesso non possono essere applicate sanzioni.

Si doveva quindi, a monte, verificare se il prodotto posto in vendita fosse contraffatto o presentasse segni di alterazione.

In assenza di detta preventiva verifica si verterebbe all'assurdo per il quale il rivenditore, anche in presenza di confezioni inopinabilmente provenienti da produttori riconosciuti (come nel caso di specie) dovrebbe testare (magari a proprie spese) a campione o, per scrupolo, tutte le confezioni al fine di accertare la corrispondenza tra quanto indicato in etichetta e quanto effettivamente contenuto.

Il combinato disposto delle direttive europee e della normativa interna porta quindi ad escludere una responsabilità del rivenditore nell'ipotesi di non corrispondenza tra quanto indicato dal produttore ove questi sia quello «originale» e lo stesso sia facilmente individuabile.

La sanzione applicata a LIDL doveva essere pertanto rivolta nei confronti della Jurgen Webwe GmbH.



Le argomentazioni *a contrario* del Comune di Arcole sono orientate non tanto a confutare le tesi in tema di plausibile e sostenibile applicazione della sanzione corrisposta dell'USSL 17 al rivenditore, ma ad una diversa tutela che ha come presupposto la responsabilità civile del c.d. prodotto difettoso che effettivamente vede, in solido, responsabili sia il venditore che il produttore.

Non è questo però l'oggetto della controversia trattandosi di valutare una contestazione di violazione di norme a tutela della sicurezza sociale e del commercio ed in particolare in ordine ad un grado alcolico indicato in etichetta rispetto a quello accertato e risultato leggermente inferiore a quello indicato in etichetta.

Non è stato minimamente (neppure in modo superficiale) indicato (né tanto meno provato) che l'utente-consumatore abbia subito un danno o sia stato anche potenzialmente esposto a tale pericolo.

Ciò posto non necessita esame il merito della contestata violazione (grado alcolico accertato 33,91% contro un dichiarato in etichetta del 35%) che appare essere comunque di modesto spessore.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate, in assenza di nota, come da dispositivo.

*(Omissis)*



## **APPLICAZIONE DELLA SENTENZA *LIDL ITALIA* ALL'INTERNO DEGLI STATI MEMBRI: LEGISLAZIONE INTERNA E NORMATIVA COMUNITARIA A CONFRONTO**

Con la sentenza n. 280/2007 del Giudice di Pace di Monselice si chiude il caso *Lidl Italia* che aveva visto la nota catena di distribuzione opporsi, in base all'art. 22 della legge del 24 novembre 1981 n. 689<sup>1</sup>, alla sanzione amministrativa irrogata per aver posto in vendita un amaro alle erbe, prodotto da un'impresa tedesca, il cui volume alcolimetrico, indicato in etichetta, non corrispondeva a quello effettivo riscontrato in sede di controllo ufficiale.

Il giudizio innanzi al Giudice di Pace, sospeso per il rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE, aveva portato alla pronuncia della Corte di giustizia secondo la quale gli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13/Ce<sup>2</sup> devono essere interpretati «nel senso che non ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 della detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, derivante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemente una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato dal produttore»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Recante «Modifiche al sistema penale», in *Guri* n. 329 del 30 novembre 1981.

<sup>2</sup> Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità (in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss. più volte modificata). La disciplina italiana di attuazione è il dlgs n. 109 del 27 gennaio 1992, «Attuazione delle direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari», in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, più volte modificato ed integrato. In argomento: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2007, p. 263 ss.; V. MAGLIO, *La trasparenza dei prodotti alimentari: la funzione dell'etichettatura nella tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, p. 311 ss.; R. O'ROURKE, *European Food Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2005, p. 55-74 e p. 129-138 e V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti, profili civili, penali e amministrativi*, Padova, Cedam, 2003, p. 320-323.

<sup>3</sup> Sentenza del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05, *Lidl Italia c. Comune di Arcole* (d'ora in poi, per brevità, sentenza *Lidl*), in *Raccolta*, 2006, I, p. 11181 e in questa *Rivista*, 2006, p. 671

Inoltre, secondo la Corte, il potere di stabilire la responsabilità del distributore finale per violazioni alla normativa di cui alla direttiva n. 2000/13/Ce rientra nella competenza dello Stato membro, stante la incompleta armonizzazione operata dalla direttiva relativamente al regime sanzionatorio<sup>4</sup>.

Il giudice del rinvio, alla luce della sentenza *Lidl*, è giunto quindi alla decisione di accogliere l'opposizione presentata dal legale rappresentante dell'impresa di distribuzione, basandosi sulla disciplina interna che, come interpretata dalla giurisprudenza, distingue la responsabilità dell'operatore alimentare-produttore da quella dell'operatore alimentare-distributore in ragione del dato che la non conformità, oggetto di contestazione da parte dell'Autorità di controllo, sia "occulta" o "non occulta" e che detta non conformità interessi un prodotto pre-confezionato ovvero sfuso<sup>5</sup>.

con commento di D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins. Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05*. La sentenza è stata commentata anche da F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare: tre casi*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 1/2007, p. 12 e da M.-E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 989. Gli stessi lavori del Parlamento europeo hanno riecheggiato, nella seduta tenutasi a Strasburgo il 15 marzo 2007, i possibili effetti della sentenza della Corte di giustizia: si veda l'interrogazione scritta alla Commissione n. 95 dell'on. Jan Březina (H-0160/07): «La sentenza "Lidl Italia" della Corte di giustizia, del 23 novembre 2006, non fa che aggravare la situazione di non pochi dettaglianti che, con le loro PMI, potranno essere considerati responsabili dell'esattezza delle menzioni che debbono obbligatoriamente figurare sull'etichettatura, a fronte di controlli irrealizzabili nella prassi. Ciò non mancherà di ingenerare maggiori quanto gravosi oneri amministrativi in ordine all'applicazione della legislazione comunitaria, risultando altresì in contrasto con le iniziative della DG Imprese (meglio legiferare, riduzione degli oneri amministrativi). Le altre conseguenze sono maggiori ostacoli agli scambi e minore protezione dei consumatori. È la Commissione consapevole dei problemi risultanti da tale sentenza? Intende essa giovare della revisione in corso della direttiva n. 2000/13/Ce per definire con precisione "chi" è responsabile della presenza e dell'esattezza delle menzioni figuranti sull'etichetta di un prodotto alimentare preconfezionato?». Tale prospettazione trae motivo dalla circostanza che la Corte ha richiamato, con un paio di *obiter dicta*, il contenuto dell'art. 17 del regolamento n. 178/2002/Ce il quale impone a tutti gli operatori alimentari l'obbligo di conformità alla legislazione alimentare. Al riguardo due preliminari precisazioni sembrano opportune. Sin d'ora si può infatti sottolineare che la Corte non si sia pronunciata nel senso dell'inflessibile responsabilità del distributore finale per ogni violazione alla disciplina sull'etichettatura dei prodotti alimentari, demandando semmai tale decisione alla legislazione dello Stato membro. Inoltre, come si avrà modo di chiarire, l'obbligo di conformità sopra citato si impone ai diversi operatori della catena alimentare in modo proporzionato alle rispettive attività e alle proprie capacità di controllo.

<sup>4</sup> Cfr. punto 59 della sentenza *Lidl*: «spetta in linea di principio al diritto nazionale fissare le modalità secondo le quali un distributore può essere considerato responsabile di una violazione dell'obbligo in materia di etichettatura imposto dagli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13 e, in particolare, disciplinare la ripartizione delle responsabilità rispettive dei vari operatori che intervengono nell'immissione in commercio del prodotto alimentare considerato». Evidenza questo elemento anche il commento M.-E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka*, cit. *supra*, nota 2.

<sup>5</sup> Le definizioni di «prodotto alimentare in imballaggio preconfezionato», data dall'art. 1, par. 3, lett. b. dir. n. 2000/13/Ce, è «l'unità di vendita destinata ad essere presentata come tale al consumatore finale ed alle collettività, costituita da un prodotto alimentare e dall'imballaggio in cui è stato confezionato prima di essere messo in vendita, avvolta interamente o in parte da tale imballaggio, ma comunque in modo che il contenuto non possa essere modificato senza che l'imballaggio sia aperto o alterato». Regole *ad hoc* sono invece previste dall'art. 16 dlgs n. 109/92 per i prodotti alimentari non preconfezionati o generalmente venduti previo frazionamento, anche se originariamente preconfezionati, i prodotti confezionati sui luoghi di vendita a richiesta dell'acquirente ed i prodotti preconfezionati ai fini della vendita immediata. In tema di obblighi inerenti la commercializzazione di pro-

In assenza di disposizioni del decreto legislativo n. 109/92, come pure della direttiva n. 2000/13/Ce, che indichino i soggetti cui imputare le conseguenze per le violazioni in materia di etichettatura e presentazione degli alimenti, l'imposizione al mero distributore delle sanzioni previste dal decreto sull'etichettatura può desumersi, in primo luogo, dalla citata legge n. 689/81 che, come noto, reca i principi generali in tema di illecito amministrativo. In particolare viene in rilievo l'art. 3 di tale legge secondo cui «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». La dottrina sul punto afferma unanimemente che l'illecito sanzionato amministrativamente, qual è quello contestato nel caso *Lidl*, deve essere fondato sulla colpa<sup>6</sup>.

Con riferimento alle sanzioni amministrative irrogate all'operatore alimentare, la Corte di cassazione precisa che, data la definizione di prodotto pre-confezionato quale è ogni recipiente o contenitore chiuso, destinato a garantire l'integrità originaria del prodotto alimentare da qualsiasi manomissione o apertura indebita, chiunque detenga per la vendita un prodotto alimentare non conforme alla normativa vigente, ne risponde a titolo di colpa se non prova la sua buona fede, e cioè se non dimostra di avere eseguito – o fatto eseguire – tutti i controlli o di avere posto in essere tutte le precauzioni possibili per evitare che quel prodotto fosse concretamente avviato al consumo<sup>7</sup>.

La giurisprudenza maturata in tema di sanzioni per violazioni alle disposizioni della legislazione alimentare è fondamentalmente orientata nel senso di escludere la sussistenza della colpa «ogni volta che l'adozione delle opportune misure prudenziali non sia praticabile o perchè il prodotto sia contenuto in una confezione sigillata o perchè la facile deperibilità dell'alimento non consenta l'esecuzione dei controlli sulla sua composizione in quanto, nelle more di questi il prodotto diverrebbe inevitabilmente non più commestibile»<sup>8</sup>.

Tale orientamento peraltro trae giustificazione, oltre che dall'applicazione dei principi generali vigenti in tema di sanzioni amministrative, anche da alcune disposizioni relative alla produzione e alla commercializzazione di alimenti: *in primis*, la legge n. 283 del 30 aprile 1962<sup>9</sup> la quale all'art. 19 pre-

dotti alimentari si veda V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 2, p. 510 e G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004. Sugli altri temi relativi ai prodotti preconfezionati, v. da ultimo, F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di Giustizia sul sistema di vendita "bag in the box" per l'olio di oliva: una pronuncia incompleta per il carente apporto del Giudice nazionale e per il mancato intervento dell'Avvocato Generale*, in questa Rivista, supra, p. 499 ss.

<sup>6</sup> In argomento V. SCALESE, *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 23 e C.E. PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano Giuffrè, 1984.

<sup>7</sup> Si veda, da ultimo, Cass. pen. del 23 febbraio 2007 n. 7692, *inedita*.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 13 maggio 1999 n. 8035, *Nerbi*, rv. 214654.

<sup>9</sup> Legge 30 aprile 1962, n. 283, «Modifica degli artt. 242, 243, 247, 250 e 262 del t.u. delle leggi sanitarie approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265. Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande», in *Guri* n. 139 del 4 giugno 1962, più volte modificata.

vede un'esimente ritenuta espressione di un principio generale, laddove prescrive che «le sanzioni previste dalla presente legge non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione»<sup>10</sup>.

Fuori dall'ambito strettamente igienico-sanitario, proprio della l. n. 283/62, il principio della limitazione della responsabilità del rivenditore, ai soli casi di vizi non rilevabili, trova conferma anche all'art. 49 della legge n. 580 del 4 luglio 1967 recante la «Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari»<sup>11</sup> secondo cui le sanzioni ivi previste «non si applicano al commerciante che vende, detiene per vendere o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle previsioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della

<sup>10</sup> Così, *ex plurimis*, con riferimento all'esimente dell'art. 19 della l. n. 283/1962: Cassazione penale del 13 novembre 1997, n. 12005, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, p. 305 secondo cui: «Devono considerarsi destinatari delle disposizioni dell'art. 5 l. n. 283 del 1962 tutti coloro che concorrono all'immissione sul mercato di prodotti destinati al consumo e non conformi alle prescrizioni igienico-sanitarie e quindi tanto il fabbricante che il rivenditore. A quest'ultimo, peraltro, incombe l'obbligo, prima di porre in vendita il prodotto, di controllarne la qualità, adottando tutte quelle cautele che la prudenza, le circostanze del caso e la natura del prodotto stesso consigliano. Ne consegue che, in caso di accertata difformità della sostanza alimentare posta in vendita dai requisiti di commestibilità prescritti, il rivenditore risponde penalmente, a titolo di colpa, per non aver fatto eseguire i controlli e adottato le precauzioni idonee ad evitare l'immissione in commercio di un prodotto non regolamentare, tale responsabilità venendo meno solo quando trattasi di prodotti posti in vendita in confezioni originali, riscontrati affetti da irregolarità attinenti i loro requisiti intrinseci, o la loro composizione, o le condizioni interne dei recipienti, in relazione ai quali il rivenditore non abbia la possibilità di controllare la qualità o la condizione del prodotto posto in vendita, non potendosi ammettere, da parte di costui, manomissioni del recipiente o dell'involucro». Più recentemente il Tribunale di Trento del 5 maggio 2004, in *Riv. pen.*, 2005, p. 63, secondo cui «ai fini dell'applicazione dell'esimente prevista dall'art. 19 l. n. 283 del 1962, occorre distinguere tra il mero imballaggio di un prodotto fresco (nella specie, uva) in relazione al quale sia possibile la verifica del prodotto alimentare da parte di chi lo distribuisce per il consumo, dal confezionamento all'origine del prodotto, di per sé destinato a garantirne l'integrità e la freschezza e destinato ad essere aperto esclusivamente dal consumatore finale. Nel primo caso, infatti, la suddetta esimente non potrà invocarsi nell'eventualità in cui il prodotto distribuito risulti contraffatto e non sottoposto ai prescritti controlli di qualità». Diversa configurazione delle responsabilità si rinviene quando un prodotto alimentare sia confezionato in un Paese non appartenente alla Unione europea, e quindi provenga da un produttore straniero non soggetto alla legge italiana, incombendo in tal caso la posizione di garanzia sul soggetto «importatore-commerciantе all'ingrosso o al dettaglio, che opera sul territorio nazionale, il quale non può ritenersi legittimato a presumere l'adempimento, da parte del produttore straniero, di obblighi giuridicamente inesistenti a carico di quest'ultimo. In tal caso non opera l'esimente speciale prevista dall'art. 19 l. 30 aprile 1962 n. 283, perché l'importatore è tenuto a verificare personalmente, prima del compimento di qualsiasi atto di commercio, la conformità del prodotto o dei componenti ai requisiti di legge» (cfr. Cass. pen. del 1° luglio 1997, n. 7700, in *Dir. e giur. agr.* 1999, p. 307 con nota di PINELLI).

<sup>11</sup> In *Guri* n. 189 del 29 luglio 1967.

*violazione e la confezione originale non presenti segni di alterazione».*

L'esonero dalle responsabilità di cui all'art. 19 della l. n. 283/62 è da ricollegare alla contraddizione che deriverebbe dal pretendere dal rivenditore controlli che comporterebbero, attraverso la manomissione della chiusura di sicurezza, la manipolazione del prodotto, con perdita di quella garanzia igienica che solo la conservazione dell'alimento integro, nei passaggi dal produttore al consumatore, può assicurare<sup>12</sup>. Tale principio, che vige in tema di sicurezza igienico-sanitaria degli alimenti, costituendo la regola di ripartizione delle responsabilità è, come sopra ricordato, anche applicabile nell'ambito della tutela degli interessi commerciali del consumatore di prodotti alimentari, come chiarito dall'art. 49 della l. n. 580/67. Analoga conclusione dovrebbe essere quindi ritenuta applicabile nei casi di violazione delle disposizioni previste dal dlgs n. 109/92<sup>13</sup>.

Non a caso, i precedenti nei quali il distributore è stato sanzionato per violazioni alla disciplina sull'etichettatura dei prodotti alimentari pre-confezionati vertevano su vizi estrinseci e rilevabili che, in quanto tali, rientrano nell'ambito delle capacità di controllo dell'operatore alimentare-distributore<sup>14</sup>.

A questi insegnamenti la sentenza del giudice di Pace di Monselice ha voluto attenersi, ritenendo non esigibile da parte del mero distributore un controllo, sia pure a campione, degli articoli esposti nel punto vendita, al fine di accertare la corrispondenza tra quanto indicato in etichetta e quanto effettivamente contenuto nelle confezioni oggetto di detenzione per la vendita al consumatore.

Per altro verso, la decisione del giudice nazionale contribuisce a dissolvere i dubbi sull'effettiva portata della sentenza *Lidl* della Corte di giustizia, sollevati in considerazione dei richiami in essa contenuti al regolamento n. 178/2002/Ce<sup>15</sup>, e in particolare all'art. 17 in tema di posizioni di garanzia del-

<sup>12</sup> In tal senso V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 3, p. 507.

<sup>13</sup> In tal senso F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 406.

<sup>14</sup> Si veda, ad esempio, Cass., sez. II civile, con sentenza del 12 luglio-12 ottobre 2005, n. 19774, in *DVD JurisData*, laddove, in tema di disciplina dell'etichettatura dei prodotti alimentari, è stata ritenuta la responsabilità del rivenditore finale per l'offerta in vendita al consumatore finale di confezioni di una bevanda analcolica (Coca-Cola) con indicazioni in etichetta in lingua inglese: il vizio contestato era, in tal caso, estrinseco e dunque rilevabile da parte dell'operatore alimentare-distributore finale. Analogo iter logico si rinviene nella decisione della Pretura di Padova del 9 febbraio 1999, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1999, p. 466 secondo cui «illustrare le particolari proprietà di equilibrio e leggerezza di un prodotto alimentare nuovo nonché l'origine tutta naturale dei suoi componenti integra l'illecito amministrativo previsto dall'art. 2 d.lg. n. 109 del 1992, in quanto proprietà idonee a indurre i consumatori a ritenere erroneamente il prodotto un dietetico, illecito del quale, a norma dell'art. 18 comma 1 l. n. 109 del 1992, può essere chiamato a rispondere anche il solo distributore che, intervenendo nel ciclo commerciale, detiene per vendere e/o vende il prodotto».

<sup>15</sup> Regolamento n. 178/2002/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare (in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.). Per una lettura organica del regolamento v. AA. VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (reg. n. 178/02/CE del Parlamento europeo e del Consiglio)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, nn. 1-2. Si veda anche L. COSTATO, *Principi di diritto ali-*

l'operatore alimentare<sup>16</sup>.

Secondo una prima opinione, la sentenza *Lidl* avrebbe affermato la parificazione del distributore finale al produttore anche per quel che attiene al rischio di sanzioni amministrative previste dalla disciplina della etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari<sup>17</sup>. In sostanza, dando prioritaria rilevanza al richiamo dell'art. 17 del regolamento n. 178/2002/Ce, e tralasciando la restante parte motiva della sentenza, si è sostenuto che, in forza della sentenza *Lidl*, le sanzioni amministrative applicate in base alla direttiva n. 2000/13/Ce e al dlgvo n. 109/02 graverebbero anche sul venditore finale in via oggettiva, indipendentemente dalla sussistenza della colpa e in forza della mera non conformità, senza che abbia rilievo la natura occulta (come nel caso di specie) o meno del "vizio" oggetto di contestazione<sup>18</sup>.

Una simile ricostruzione, pur se effettuata con argomenti sostenibili, offre però il fianco ad alcuni rilievi critici che suggeriscono di preferire una diversa lettura della sentenza *Lidl*. Si può infatti sostenere, senza forzare il *decisum* del giudice comunitario e nel rispetto anche del regolamento n. 178/2002/Ce, che la sentenza *Lidl* non innovi i criteri di ripartizione delle responsabilità in tema di etichettatura dei prodotti alimentari più sopra brevemente richiamati<sup>19</sup>.

Se, infatti, la Corte di giustizia con la sua sentenza del 23 novembre 2006 ha chiaramente rinviato alla legislazione dello Stato membro la determinazione dei criteri di imputazione di una sanzione in caso di non conformità alla normativa in tema di etichettatura, la tesi della obbiettiva responsabilità, amministrativamente sanzionata, non può essere accolta stante il combinato disposto dell'art. 18 del dlgvo n. 109/92 e dell'art. 3 della l. n. 689/81 che ri-

*mentare*, in *Dir. e giur. agr. e dell'amb.*, 2002, p. 348 nonché F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>16</sup> Cfr. punto 53 della sentenza *Lidl* secondo cui «(...) anche se il regolamento n. 178/2002 non è applicabile *ratione temporis* ai fatti della causa principale, dall'art. 17, n. 1, di detto regolamento, intitolato «Obblighi», risulta che spetta agli operatori del settore alimentare garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte».

<sup>17</sup> Questa opinione è espressa da F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare*, cit. *supra*, nota 2 e da A. NERI, *La sentenza Lidl ovvero la Grande Distribuzione non è più la Grande Esente*, in *Alimenta*, 5/2007.

<sup>18</sup> Così F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare*, cit. *supra*, nota 2, secondo il quale «è la logica di sistema che si impone nella decisione della Corte di giustizia: tutti gli operatori del settore alimentare sono impegnati per garantire che tutte le disposizioni della legislazione alimentare siano soddisfatte nell'ambito della fase in cui ciascun operatore interviene, a prescindere dalla sussistenza o meno di un eventuale elemento di colpa a carico del singolo operatore, e non soltanto con riferimento a ciò che investe direttamente la *food safety*, ma con riferimento all'insieme di tutte le disposizioni del diritto alimentare, ivi incluse quelle che non riguardano la salute umana, ma hanno quale finalità diretta ed immediata la tutela della lealtà nelle transazioni commerciali e la corretta informazione del consumatore».

<sup>19</sup> In tal senso sia consentito rinviare a D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins*, cit. *supra*, nota 2.



chiede, per l'applicazione di sanzioni amministrative, la sussistenza dell'elemento soggettivo. Non si può infatti dimenticare che nel caso di specie si tratta di disposizioni nazionali, frutto di potestà punitiva retta da principi i quali, allo stato attuale, non vengono variati (né forse parrebbero poter essere variati) dal regolamento n. 178/2002/Ce.

Si può infatti osservare come il regolamento n. 178/2002/Ce, che ricomprende tra le sue finalità la tutela della salute del consumatore e quella dei suoi interessi economici (art. 1)<sup>20</sup>, si occupi in via principale degli aspetti sanitari connessi alle operazioni di produzione e commercializzazione degli alimenti, prendendo in considerazione il tema della etichettatura in quanto funzionale alla sicurezza del consumo alimentare<sup>21</sup>.

L'entrata in vigore delle disposizioni del capo II (rubricato «Principi generali della legislazione alimentare») del regolamento n. 178/2002/Ce, ed in particolare la sezione terza (la cui rubrica reca «Obblighi generali del commercio alimentare», artt. 11-21), certamente modifica, aggravandole, le posizioni di responsabilità proprie degli operatori professionali del settore alimentare, tuttavia, con specifico riferimento alle responsabilità dell'operatore alimentare per "non conformità" alla disciplina della etichettatura non può poi ignorarsi il dato testuale dell'art. 16 dello stesso regolamento n. 178/2002/Ce che fa espressamente salva la specifica normativa di cui alla direttiva n. 2000/13/Ce. Tale disposizione contribuisce, ad avviso dello scrivente, a svelare i rapporti intercorrenti tra la normativa in materia di sicurezza alimentare, di cui al regolamento n. 178/2002/Ce che ne detta la disciplina rilevante, e quella relativa alla protezione degli interessi economici del consumatore.

Il citato art. 16 prevedendo la salvezza delle disposizioni più specifiche della legislazione alimentare in tema di etichettatura, pubblicità e presentazione degli alimenti o mangimi, sembra porre un, peraltro giustificato, diaframma tra le disposizioni in tema di sicurezza e quelle inerenti l'etichettatura<sup>22</sup>. Da tale precisazione dovrebbe trarsi conferma che il ruolo proprio dei di-

<sup>20</sup> Cfr. art. 1 del regolamento n. 178/2002/Ce: «Il presente regolamento costituisce la base per garantire un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti (*omissis*)».

<sup>21</sup> Si può fare riferimento all'art. 14 del regolamento n. 178/2002/Ce (requisiti di sicurezza degli alimenti) che definisce la nozione di alimento «a rischio», facendo menzione anche alle «informazioni messe a disposizione del consumatore, comprese le informazioni riportate sull'etichetta o altre informazioni generalmente accessibili al consumatore sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute provocati da un alimento o categoria di alimenti». Identica impostazione si trova all'art. 18 in tema di rintracciabilità ove è posto il collegamento tra la funzione di rintracciabilità ed l'etichettatura (par. 4).

<sup>22</sup> Non si può però ignorare che l'accennata distinzione venga in parte resa evanescente dalla più recente legislazione in materia di protezione del consumatore alimentare quale la disciplina di taluni termini commerciali (*claims*) relativi ad aspetti nutrizionali e salutistici dei prodotti alimentari. In aggiunta alla vigente legislazione in materia di etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari (direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, del 24 settembre 1990, in *Guce* n. L 276 del 6 ottobre 1990) il recente regolamento n. 1924/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 «relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari»

versi operatori professionali del settore alimentare vada differenziato anche in ragione della tipologia delle norme: da un lato, le più severe disposizioni in materia igienico-sanitaria e, più in generale, in tema di sicurezza alimentare, dall'altro, quelle poste a tutela del consumatore e dei suoi interessi economici.

La citata distinzione, d'altro canto, trova il significativo riconoscimento della Corte costituzionale italiana che, con la sentenza n. 401/1992, ha avuto modo di sottolineare che «il decreto legislativo n. 109 del 1992 riordina, con normativa organica, l'intera materia della etichettatura, presentazione e pubblicità degli alimenti abrogando espressamente le precedenti disposizioni. Lo scopo della nuova disciplina è quello della protezione del consumatore. Si tratta pertanto di normativa che solo di riflesso coinvolge gli aspetti relativi all'igiene e sanità degli alimenti, di competenza regionale, ma che attiene invece precipuamente alla materia del "commercio" di competenza dello Stato»<sup>23</sup>.

Ad analoghe conclusioni si può giungere anche argomentando in base all'art. 17 del regolamento n. 178/2002/Ce: se è vero che il distributore finale è "compartecipe" del rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare, è altrettanto vero che la relativa posizione di garanzia è da definirsi tenendo presenti, esattamente come richiesto dal citato art. 17, le competenze, proprie dell'operatore professionale coinvolto<sup>24</sup>; il che, a parere di chi scrive, implica, ai fini dell'applicazione di eventuali sanzioni, il necessario accertamento della violazione degli obblighi di diligenza, perizia e prudenza o di prescrizioni specifiche di leggi, ordini o regolamenti, propri dell'ambito professionale di riferimento.

(in *Guce* n. L 404 del 30 dicembre 2006) pone condizioni e limiti in tema di pubblicità, anche comparativa, degli alimenti per quanto attiene l'impiego di una «indicazione sulla salute» (intesa per tale «qualunque indicazione che affermi, suggerisca o sottintenda l'esistenza di un rapporto tra un categoria di alimenti, un alimento o uno dei suoi componenti e la salute») o «indicazione nutrizionale» (essendo tale «qualunque indicazione che affermi, suggerisca o sottintenda che un alimento abbia particolari proprietà nutrizionali benefiche, dovute: *a.* all'energia (valore calorico) che *i.* apporta, *ii.* apporta a tasso ridotto o accresciuto o, *iii.* non apporta, e/o *b.* alle sostanze nutritive o di altro tipo che *i.* contiene, *ii.* contiene in proporzioni ridotte o accresciute, o *iii.* non contiene). La sottesa scelta di politica alimentare è quella di contrastare i comportamenti alimentari non "sani" e i relativi costi sociali (esempio l'obesità) e, da tale punto di vista, essa sembra superare la evidenziata distinzione tra normativa in materia di sicurezza alimentare e disciplina della comunicazione (etichettatura, presentazione e pubblicità) del prodotto alimentare. Sul regolamento n. 1924/2006/Ce si veda F. CAPELLI - B. KLAUS *Il Regolamento Ce n. 1924/2006 in materia di indicazioni nutrizionali sulla salute che dovranno essere osservate a partire dal 1° luglio 2007 dagli operatori del settore alimentare e dalle autorità di controllo*, in *Alimenta*, 2007, p. 105 e M. HAGENMEYER, *Health Claims meet bureaucracy. The new European Regulation on nutrition and Health Claims – as adopted on 16 May 2006 by the European Parliament*, in *European Food and Food Law Review*, 2006, n. 4.

<sup>23</sup> Cfr. Corte costituzionale, 26 ottobre 1992, n. 401 in *DVD JurisData*. Sul punto ampiamente V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 2.

<sup>24</sup> Così l'art. 17.1 del regolamento n. 178/2002/Ce: «Spetta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte».

Un'indagine sulle norme di legislazione alimentare, anche di recente adozione (ad esempio il c.d. "pacchetto igiene"<sup>25</sup>), può dimostrare che l'onere di ottemperanza agli obblighi legali – conformità legale del prodotto alimentare, del processo produttivo e della organizzazione aziendale – sia ripartito tra i fabbricanti o condizionatori del prodotto finito (preconfezionato), movimentatori, produttori di materie prime agricole (solitamente esclusi) e distributori finali, in ragione delle «rispettive attività»: ad esempio, con riferimento al distributore finale di prodotti pre-confezionati, non sono rare le disposizioni inserite agli allegati II ss. del regolamento n. 852/2004/Ce<sup>26</sup> (e anche del regolamento n. 853/2004/Ce<sup>27</sup>) che espressamente esonerano il distributore da alcuni obblighi ivi previsti. Una segmentazione delle responsabilità per violazione della legislazione alimentare sembra dunque rientrare nel sistema del regolamento n. 178/2002/Ce e del c.d. pacchetto igiene.

Si può poi considerare che la concentrazione in capo all'operatore privato di un ampio ed oneroso obbligo di conformità, come si ricava dal *considerando* n. 30 del regolamento n. 178/2002/Ce<sup>28</sup>, è principio cui corrisponde quello della "auto-responsabilizzazione": in tale contesto la garanzia del rispetto delle prescrizioni applicabili alla produzione e commercializzazione di generi alimentari non può essere confusa in un'abnorme assegnazione di responsabilità non connessa a normali e "pertinenti" attività, sia pure esercitabili con elevati livelli di diligenza professionale<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Per tale intendendosi il nutrito insieme di regolamenti in materia di sicurezza alimentare e in tema di controllo ufficiale. In argomento: M. ASTUTI - F. CASTOLDI, *Pacchetto igiene, le nuove norme comunitarie*, Lavis, Il Sole 24 Ore, 2006, F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari e legislazione*, Bologna, Edagricole, 2006, F. CAPELLI, *La Direttiva "killer", le norme di igiene e le sanzioni applicabili nel settore alimentare a partire dal 1° gennaio 2006*, in *Alimenta*, 2006, n. 5, p. 100 e L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2007.

<sup>26</sup> Regolamento n. 852/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «sull'igiene dei prodotti alimentari», in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 3 ss.

<sup>27</sup> Regolamento n. 853/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «che stabilisce norme specifiche in materia d'igiene per gli alimenti di origine animale», in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 22 ss.

<sup>28</sup> In base al quale «gli operatori del settore alimentare sono in grado, meglio di chiunque altro, di elaborare sistemi sicuri per l'approvvigionamento alimentare e per garantire la sicurezza dei prodotti forniti; essi dovrebbero pertanto essere legalmente responsabili, in via principale, della sicurezza degli alimenti».

<sup>29</sup> Significativa a questo proposito può essere la disciplina degli obblighi di gestione della «crisi sanitaria»: l'art. 19 del regolamento n. 178/2002/Ce diversifica infatti l'ampiezza degli obblighi (ritiro-richiamo, notizia alla autorità competente, informazione al consumatore) tra il fabbricante-condizionatore del prodotto finito da un lato, e l'operatore responsabile delle attività di vendita al dettaglio, dall'altro, in ragione di un preciso elemento: l'esercizio delle «rispettive attività». Di più, il regolamento, e così anche il dlgo n. 190/2006 recante la disciplina sanzionatoria italiana («Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al regolamento n. 178/2002/Ce che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare», in *Guri* n. 118 del 23 maggio 2006, p. 4), opera una distinzione all'interno delle attività svolte abitualmente dal distributore. Più precisamente tale distinzione, in base all'art. 5 del dlgo n. 190/2006, tiene conto di quelle attività che non incidono sul confezionamento, sull'etichettatura, sulla sicurezza o sull'integrità dell'alimento e rispetto alle quali vige un regime di responsabilità limitato.

Volendo allargare l'indagine, e senza dimenticare i confini tra disciplina posta a tutela della salute e quella posta a presidio degli interessi economici del consumatore, si può osservare che la ripartizione delle responsabilità per "non conformità" alla disciplina di settore (*product law*) è ancorata, anche in altre fonti comunitarie, all'elemento delle "rispettive attività". In effetti non solo, come brevemente ricordato sopra, il regolamento n. 178/2002/Ce e la successiva disciplina del c.d. «pacchetto igiene» ma anche la direttiva n. 2001/95/Ce sulla sicurezza generale dei prodotti<sup>30</sup> ripropongono la stessa impostazione: in particolare la direttiva da ultimo citata, perseguendo un elevato livello di tutela dei consumatori, della loro salute e sicurezza<sup>31</sup>, all'art. 5, par. 2 e 3, si riferisce alle «rispettive attività» nella definizione degli obblighi di sicurezza propri del distributore<sup>32</sup>.

Dalle considerazioni che precedono, dunque, parrebbe del tutto conforme alla legislazione alimentare, comunitaria ed italiana, una nitida separazione tra gli obblighi e le responsabilità (sanzionate amministrativamente) del venditore finale rispetto a quelle del produttore di alimenti pre-confezionati. Per rovesciare tali esiti ed invocare, anche per la materia di cui al dlgo n. 109/92, una responsabilità per *status* del commerciante al dettaglio non varrebbe il ricorso, pur prospettato<sup>33</sup>, alla direttiva n. 1999/44/Ce sulle garanzie dei beni di

<sup>30</sup> Direttiva n. 2001/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti (in *Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002). Questa direttiva all'art. 22 abroga, sostituendola, la direttiva n. 92/59/Cee che era stata recepita in Italia con dlgo n. 115/95 (in *Guri* n. 92 del 20 aprile 1995), «Attuazione della direttiva n. 92/59/Cee relativa alla sicurezza generale dei prodotti» (disciplina oggi inserita nel dlgo n. 206/2005, «Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229», in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*). In argomento G. PONZANELLI, *Regole economiche e principi giuridici a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, II, 545, A. ALBANESE, *La sicurezza generale e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 977 ed anche lo studio del *Centre de Droit de la Consommation*, Louvain-la-Neuve (Belgique) «*Mise en oeuvre pratique de la Directive 92/59/Cee du Conseil relative à la sécurité générale des produits*», febbraio 2002, condotto su incarico della Commissione ed ampiamente richiamato nella Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'esperienza acquisita nell'applicazione della direttiva n. 92/59/Cee relativa alla sicurezza generale dei prodotti, doc. COM (2000) 140 def. Lo studio del *Centre* è reperibile sul sito della Direzione generale "SANCO" accessibile da: [www.europea.eu.int](http://www.europea.eu.int).

<sup>31</sup> Cfr. *considerando* n. 4 della direttiva n. 2001/95/Ce.

<sup>32</sup> Testualmente l'art. 5, par. 2 e 3 così recitano: «2. I distributori sono tenuti ad agire con diligenza per contribuire all'osservanza degli obblighi di sicurezza pertinenti, in particolare sono tenuti a non fornire prodotti che sappiano oppure che avrebbero dovuto sapere, in base alle informazioni in loro possesso ed in quanto operatori professionali, non conformi a tali obblighi. Inoltre, essi devono, nei limiti delle rispettive attività, partecipare ai controlli della sicurezza dei prodotti immessi sul mercato, in particolare trasmettendo le informazioni concernenti i rischi dei prodotti, conservando e fornendo la documentazione atta a rintracciare l'origine dei prodotti e collaborando alle azioni intraprese da produttori e autorità competenti per evitare tali rischi. Entro i limiti delle rispettive attività, devono adottare le misure che consentano loro un'efficace collaborazione. 3. Qualora i produttori e i distributori sappiano o debbano sapere sulla base delle informazioni in loro possesso e in quanto operatori professionali, che un prodotto da loro immesso sul mercato presenta per il consumatore rischi incompatibili con l'obbligo generale di sicurezza, essi informano immediatamente le autorità competenti degli Stati membri alle condizioni stabilite dall'allegato I, precisando in particolare le azioni intraprese per prevenire i rischi per i consumatori».

<sup>33</sup> Così F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare*, cit. *supra*, nota 1. L'autorevole

consumo<sup>34</sup>. La disciplina delle garanzie dei beni di consumo afferisce infatti al diritto privato<sup>35</sup>, nel cui ambito le ipotesi di responsabilità civile aggravata o oggettiva non sono certo un'eccezione<sup>36</sup>. Nel caso *Lidl*, invece, la materia del contendere era data da sanzioni amministrative con la conseguente applicazione dei (prevalenti) principi generali di cui alla già citata l. n. 689/81. Anche a voler prescindere da quest'ultima, un secondo rilievo impedirebbe, a parere di chi scrive, il parallelismo, pur suggestivo, tra il caso *Lidl* e la disciplina di cui alla direttiva n. 1999/44/Ce. In quest'ultima, infatti, si prevede una specifica allocazione dei rischi e dei costi tra i diversi operatori professionali: adempiendo alle obbligazioni gravanti *ope legis* in capo al venditore finale, quest'ultimo ha azione di regresso – disciplinata espressamente – verso il soggetto responsabile della non conformità. La logica perseguita dal legislatore in tale sede (imputazione senza colpa dell'obbligazione risarcitoria a favore del danneggiato-consumatore, da un lato, ed allocazione predefinita dei relativi costi tra gli operatori professionali, dall'altro) si rinviene anche nella disciplina della responsabilità civile per danno da prodotto difettoso<sup>37</sup>.

A. non condividendo le critiche alla sentenza, basate sul rilievo della imprescindibilità della colpa, osserva che, stanti le finalità sistematiche del diritto alimentare europeo, «in generale (...) nella direttiva del 1999 sulla garanzia per la vendita dei beni di consumo, in applicazione dal 2002, è previsto che in ogni caso il venditore sia responsabile per «qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene» (art. 3 della direttiva), dovendo il bene presentare «la qualità ... tenuto conto delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche del bene fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura» (art. 2, 2 par., lett. d. direttiva).

<sup>34</sup> Direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, in *Guce* n. L 171 del 7 luglio 1999. L'attuazione in Italia di detta direttiva si trova oggi agli artt. 128 ss. del dlgs n. 205/2006 recante Codice del Consumo, *cit. supra*, nota 30. In argomento M. BIN - A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, Padova, Cedam, 2003.

<sup>35</sup> Dato che non sfugge ad Albisinni che, pur osservando come «nella direttiva sui vizi di non conformità dei prodotti, si incide sugli istituti del diritto privato e sulla relazione contrattuale; con questa decisione (sentenza *Lidl*, NdA) invece si incide su istituti del diritto dell'economia e dell'amministrazione, anticipando un modo diverso di governare il mercato e di distribuire costi e benefici» conclude nel senso che il ruolo e le responsabilità dell'impresa alimentare «sempre più si allontanano dal paradigma della colpa, e si situano nell'ambito della responsabilità *per status*, per *posizione*, configurandosi come regole di organizzazione e regole di filiera, analogamente a quanto accade con le norme sul ritiro dei prodotti di cui all'art. 19 del reg. 178/2002».

<sup>36</sup> L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, Utet, 1996, p. 670 ss. Con riferimento alla recente direttiva sulla pratiche commerciali sleali: R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"* in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 148 ss.

<sup>37</sup> Direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985. Per il recepimento di tale direttiva nell'ordinamento italiano si veda il decreto del Presidente della Repubblica n. 224 del 24 maggio 1988, «Attuazione della direttiva Cee numero 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi dell'art. 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183», in *Guri* n. 146 del 23 giugno 1988. La disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso, modificata dal dlgs n. 25 del 2 febbraio 2001, attuazione della direttiva n. 1999/34/Ce, è oggi confluita nel dlgs del 6 settembre 2005 n. 206, Codice del consumo, *cit. supra*, nota 30, *sub* Tito-

Diversamente, per il caso di violazioni alla disciplina dell'etichettatura dei prodotti alimentari, è assente una preventiva definizione della ripartizione dei costi, né in diritto italiano il rischio di sanzioni amministrative è un rischio assicurabile.

Quanto sopra delineato dovrebbe rafforzare, anche grazie alla sentenza del Giudice di Monselice, la conclusione per la quale, mancando un dato positivo posto dal legislatore comunitario o nazionale, la responsabilità, sanzionata amministrativamente, per violazioni alla disciplina sull'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari non può essere svincolata dalla sussistenza del profilo soggettivo. Semmai si può ritenere che il richiamo della sentenza *Lidl* al regolamento n. 178/2002/Ce sia più correttamente indirizzabile al legislatore comunitario attualmente impegnato nella revisione della disciplina comunitaria relativa al *labelling* dei prodotti alimentari<sup>38</sup>. In quella sede una ridefinizione delle rispettive posizioni di garanzia potrà essere raggiunto, dando coerenza interna alle diverse fonti comunitarie che direttamente (regolamento n. 178/2002/Ce e direttiva n. 2000/13/Ce) o indirettamente (direttiva n. 85/374/Cee e direttiva n. 2001/95/Ce) interessano la produzione e la commercializzazione di prodotti alimentari.

**Daniele Pisanello\***

lo II della Parte IV, artt. 114-127. In tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso, senza alcuna pretesa di completezza G. ALPA - M. BIN - P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XIII, Padova, Cedam, 1989; F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 995 ss.; G. PONZANELLI, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 792.

<sup>38</sup> Tale prospettiva è suggerita anche dalla risposta del rappresentante della Commissione alla interrogazione scritta, *cit. supra*, nota 1: «Il caso "Lidl Italia" riguarda la questione della responsabilità degli operatori economici del settore alimentare. La Corte ha stabilito che la direttiva n. 2000/13/Ce non impedisce che una normativa nazionale preveda che a essere responsabili del mancato rispetto degli obblighi in materia di etichettatura stabiliti dalla direttiva in questione siano tutti gli operatori della catena alimentare, compreso il distributore. In questo caso, il diritto italiano prevede tale responsabilità e fissa le sanzioni da applicare in presenza di una violazione. La Commissione esamina le implicazioni giuridiche della sentenza nel quadro della revisione della legislazione relativa all'etichettatura. Nella pratica, per quanto riguarda la responsabilità, non si deve dimenticare che l'interazione tra produttori, industria e distributori sta diventando sempre più complessa. Ad esempio, molto spesso i produttori all'origine sono vincolati all'industria e ai distributori da obblighi contrattuali che impongono il rispetto di norme relative alla qualità o alla sicurezza. I distributori propongono in numero sempre maggiore prodotti realizzati con il proprio marchio e svolgono un ruolo fondamentale nelle diverse fasi di concezione dei prodotti. Questa situazione si traduce in una maggiore responsabilità congiunta dei vari operatori in tutta la catena alimentare, a differenza di quanto avveniva in passato quando prevaleva la responsabilità individuale. In ogni caso, il lavoro in corso di svolgimento ai fini di una revisione della legislazione comunitaria in materia di etichettatura offrirà l'opportunità di esaminare la questione e di valutare l'eventuale necessità di un'armonizzazione a livello comunitario per evitare gli inconvenienti intrinseci derivanti da divergenze tra le legislazioni nazionali per quanto riguarda la responsabilità».

\* Avvocato in Torino.

# ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

---

## TRASPORTO AEREO *LOW COST* E AIUTI DI STATO

**Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2005 - Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali\***

*(Omissis)*

### **5. Gli aiuti di avviamento** *(Omissis)*

#### *5.2. Criteri di ammissibilità*

**77.** Gli incentivi finanziari per l'avviamento, salvo nel caso in cui le autorità pubbliche si comportino come un investitore privato operante in un'economia di mercato (cfr. sezione 3.2.4), procurano vantaggi alle compagnie beneficiarie e possono pertanto originare direttamente distorsioni tra compagnie nella misura in cui determinano un abbassamento dei costi operativi dei beneficiari.

**78.** Tali incentivi possono inoltre incidere indirettamente sulla concorrenza tra aeroporti in quanto aiutano gli aeroporti a svilupparsi o in quanto spingono una determinata compagnia alla delocalizzazione da un aeroporto a un altro e a trasferire un collegamento aereo da un aeroporto comunitario ad un aeroporto regionale.

Si tratta pertanto di incentivi che di norma costituiscono un aiuto di Stato e sono soggetti all'obbligo di notifica alla Commissione.

**79.** Tenendo conto degli obiettivi succitati e delle grosse difficoltà che può creare l'apertura di una nuova linea, la Commissione potrà approvare gli aiuti suddetti solo se soddisfano le seguenti condizioni:

\* In *Gu-Ue* n. C 312 del 9 dicembre 2005, p. 1 ss. In argomento v. *infra*, p. 549 ss., il commento di *CRISTINA POZZI*.

a. beneficiari: gli aiuti devono essere versati a vettori aerei detentori di una licenza d'esercizio in corso di validità, rilasciata da uno Stato membro in applicazione del regolamento (Cee) n. 2407/92 del Consiglio sul rilascio delle licenze ai vettori aerei;

b. aeroporti regionali: gli aiuti devono essere versati per rotte che collegano un aeroporto regionale delle categorie C e D con un altro aeroporto dell'Unione.

Aiuti per collegamenti tra aeroporti nazionali (categoria B) potranno essere previsti solo in via eccezionale, in situazioni adeguatamente motivate, in particolare se uno dei due aeroporti è situato in una regione svantaggiata. Tali condizioni potranno non essere di applicazione per collegamenti in partenza da aeroporti situati nelle regioni ultraperiferiche e a destinazione dei paesi terzi vicini, che dovranno essere esaminati caso per caso;

c. nuovi collegamenti: gli aiuti riguardano esclusivamente l'attivazione di nuove rotte o di nuove frequenze, quali definite qui di seguito, che si traducono in un incremento del volume netto di passeggeri<sup>33</sup>.

Gli aiuti non devono incoraggiare un semplice spostamento del traffico da una linea o da una compagnia ad un'altra. Non devono in particolare comportare uno sviamento ingiustificato del traffico in relazione alla frequenza e alla redditività dei servizi esistenti in partenza da un altro aeroporto situato in una stessa città, uno stesso agglomerato urbano<sup>34</sup> o uno stesso sistema aeroportuale<sup>35</sup>, che serve la stessa destinazione o una destinazione comparabile secondo gli stessi criteri.

Né può beneficiare di un aiuto di avviamento un nuovo collegamento aereo qualora tale collegamento sia già fornito da un servizio ferroviario ad alta velocità comparabile secondo gli stessi criteri.

La Commissione non accetterà i casi di abuso in cui una compagnia cerchi di eludere la provvisorietà degli aiuti di avviamento sostituendo un collegamento sovvenzionato con un collegamento che si asserisce nuovo e che offre invece un servizio comparabile. In particolare gli aiuti non potranno essere concessi ad una compagnia aerea la quale, appena esaurito un aiuto su una data la linea, cerchi di beneficiare di un nuovo aiuto a partire da un altro aeroporto situato in una stessa città o agglomerato urbano o in uno stesso sistema aeroportuale per una linea concorrente che serve la stessa destinazione o una destinazione comparabile. Tuttavia, la semplice sostituzione, durante il periodo di versamento dell'aiuto, di una linea con un'altra linea sempre in partenza dallo stesso aeroporto e destinata a procurare all'aeroporto un numero almeno equivalente di passeggeri, non pregiudica la continuazione del versamento dell'aiuto per il periodo completo inizialmente previsto, salvo che tale sostituzione non pregiudichi il rispetto degli altri criteri che hanno permesso l'assegnazione dell'aiuto iniziale;

d. redditività a termine e intensità decrescente nel tempo: la linea sovvenzionata deve risultare redditizia a termine, ossia coprire perlomeno le spese senza finanziamenti pubblici. Questo è il motivo per cui gli aiuti di avviamento devono essere decrescenti e limitati nel tempo;

<sup>33</sup> Si tratta in particolare del passaggio da una linea stagionale ad una linea permanente o da una frequenza non quotidiana ad una frequenza almeno quotidiana.

<sup>34</sup> Regolamento (Cee) n. 2408/92 del Consiglio.

<sup>35</sup> Quale definito all'art. 2, lett. m., del regolamento (Cee) n. 2408/92 del Consiglio.



*e.* compensazione dei costi supplementari di avviamento: l'importo dell'aiuto deve essere strettamente legato ai costi supplementari di avviamento connessi all'apertura del nuovo collegamento o della nuova frequenza, che l'operatore aereo non dovrà più sostenere una volta raggiunto il ritmo di crociera. Queste spese sono, in particolare, le spese iniziali di *marketing* e di pubblicità, necessarie per far conoscere al pubblico l'esistenza del nuovo collegamento aereo e possono comprendere le spese di insediamento sostenute dalla compagnia aerea sul sito dell'aeroporto regionale per l'attivazione della rotta, a condizione che si tratti di un aeroporto appartenente alle categorie C o D e che le spese non abbiano beneficiato di alcun'altra sovvenzione.

L'aiuto non può invece riguardare i normali costi operativi (locazione o ammortamento degli aerei, carburante, stipendi del personale di volo, oneri aeroportuali, servizi di *catering*). Le spese ammissibili accettate dovranno corrispondere a costi reali riscontrabili in condizioni normali di mercato;

*f.* intensità e durata: l'aiuto decrescente può essere concesso per una durata massima di tre anni.

L'importo dell'aiuto non può superare, ogni anno, il 50% dell'importo delle spese ammissibili dell'anno considerato e, per l'intera durata dell'aiuto, una media del 30% delle spese ammissibili.

Per le linee in partenza da regioni svantaggiate, ossia le regioni ultraperiferiche, le regioni di cui all'art. 87, par. 3, lett. *a.*, del Trattato e le regioni a bassa densità di popolazione, l'aiuto decrescente può essere erogato per una durata massima di cinque anni. L'importo dell'aiuto non può superare, ogni anno, il 50% dell'importo delle spese ammissibili dell'anno considerato e, per l'intera durata dell'aiuto, una media del 40% delle spese ammissibili. Se viene effettivamente erogato per cinque anni, nei primi tre anni l'aiuto può essere mantenuto al 50% dell'importo delle spese ammissibili.

Comunque, il periodo durante il quale ad una determinata compagnia aerea viene concesso un aiuto per l'apertura di nuovi collegamenti deve essere ampiamente inferiore al periodo per il quale tale compagnia si impegna ad esercitare le sue attività in partenza dall'aeroporto considerato, come indicato nel piano economico-finanziario di cui alla lett. *i.* del presente punto. Inoltre, occorrerà porre fine all'aiuto non appena saranno raggiunti gli obiettivi in termini di passeggeri o non appena la linea diventi redditizia, anche in un periodo più breve di quello inizialmente previsto;

*g.* rapporto con lo sviluppo della linea: il versamento dell'aiuto deve essere rapportato all'aumento effettivo del numero di passeggeri trasportati. Per conservare l'effetto incentivante ed evitare di ritoccare i massimali, l'importo unitario per passeggero dovrebbe ad esempio essere decrescente e inversamente proporzionale all'aumento effettivo del traffico;

*h.* attribuzione non discriminatoria: l'ente pubblico che intenda erogare ad una compagnia, sia attraverso un aeroporto che senza il suo tramite, aiuti all'avviamento di una nuova rotta è tenuto a rendere pubblico il proprio progetto entro un termine e con una pubblicità sufficienti a permettere a tutte le compagnie aeree interessate di proporre i loro servizi. In tale comunicazione occorre precisare in particolare la rotta e i criteri obiettivi in termini di importo e durata degli aiuti.

Occorre quindi rispettare le pertinenti regole sostanziali e procedurali applicabili in materia di appalti pubblici e concessioni di servizio;

*i.* impatto sulle altre rotte e piano economico-finanziario: la compagnia aerea

che proponga un servizio ad un ente pubblico che intende erogare un aiuto di avviamento è tenuta a presentare, insieme alla propria candidatura, un piano economico-finanziario che dimostri la redditività della linea per un periodo congruo dopo la cessazione dell'aiuto. Prima di concedere l'aiuto di avviamento l'ente pubblico dovrà realizzare un'analisi di impatto della nuova rotta sulle linee concorrenti;

*j.* pubblicità: gli Stati provvedono a pubblicare ogni anno, per ogni aeroporto, l'elenco delle rotte sovvenzionate indicando per ciascuna di esse la fonte di finanziamento pubblico, la compagnia beneficiaria, l'importo degli aiuti erogati e il numero di passeggeri;

*k.* ricorso: oltre alle possibilità di ricorrere dinanzi agli organi giurisdizionali previste dalle direttive «appalti pubblici» n. 89/665/Cee e n. 92/13/Cee<sup>36</sup> (qualora applicabili), gli Stati membri devono predisporre meccanismi di ricorso idonei a porre rimedio a tutte le situazioni discriminatorie che potrebbero sorgere in seguito alla concessione di aiuti pubblici;

*l.* sanzioni: occorre prevedere un sistema di sanzioni da applicare in caso di mancato rispetto da parte di una compagnia aerea degli impegni assunti nei confronti dell'aeroporto al momento dell'erogazione dell'aiuto. Un sistema di recupero dell'aiuto o di escussione di una garanzia inizialmente versata dal vettore può consentire all'aeroporto di assicurarsi che la compagnia aerea rispetti i propri impegni.

**80.** Cumulo: gli aiuti di avviamento di nuove attività non potranno cumularsi con altri tipi di aiuti erogati per lo sfruttamento di una linea, come gli aiuti a carattere sociale per certe categorie di passeggeri o le compensazioni per la prestazione di servizi pubblici. Gli aiuti non possono neppure essere concessi quando l'accesso ad una determinata rotta è riservato ad un unico vettore aereo a norma dell'art. 4 del regolamento (Cee) n. 2408/92, in particolare a norma del par. 1, lett. *d.*, del suddetto articolo. Né gli aiuti possono, in base alle regole di proporzionalità enunciate in precedenza, cumularsi con altri aiuti relativi agli stessi costi, neppure quando tali aiuti siano corrisposti in un altro Stato membro.

**81.** Gli aiuti all'avviamento dovranno essere notificati alla Commissione, la quale invita gli Stati membri a notificare preferibilmente, anziché aiuti individuali, regimi di aiuti che permettono di garantire una maggiore coerenza territoriale. La Commissione potrà esaminare caso per caso un aiuto o un regime di aiuti che non rispetti integralmente i criteri sopra enunciati, ma che dia esito ad una situazione analoga.

(*Omissis*)

<sup>36</sup> Direttiva n. 89/665/Ce del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (*Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989, p. 33). Direttiva n. 92/13/Cee del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*Guce* n. L 76 del 23 marzo 1992, p. 14).

**I NUOVI ORIENTAMENTI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO  
AL TRASPORTO AEREO: LE CONSEGUENZE DELLA DECISIONE  
DELLA COMMISSIONE CON RIFERIMENTO AL CASO  
CHARLEROI/RYANAIR**

**Sommario:** *Premessa - 1. La Comunicazione della Commissione del 1994 - 2. La nuova Comunicazione della Commissione: contenuti generali - 3. Il finanziamento agli aeroporti - 4. Conclusioni.*

**Premessa**

La decisione della Commissione europea n. 2004/393/Ce, in relazione al caso *Charleroi/Ryanair*, costituisce, certamente, un nuovo punto di partenza per la legislazione in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo<sup>1</sup>.

Con tale decisione, come noto, la Commissione ha concluso il procedimento di inchiesta sui finanziamenti erogati dalla Regione Vallonia e da BSCA, *Bruxelles South Charleroi Airport*, a favore della maggiore compagnia di trasporto aereo in Europa – *low cost* – la compagnia aerea irlandese *Ryanair* – per insediarsi ed operare una serie di collegamenti dall'Aeroporto di Bruxelles/Charleroi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Decisione della Commissione del 12 febbraio 2004 concernente i vantaggi concessi dalla regione Vallonia e da Brussels South Charleroi Airport alla compagnia aerea Ryanair in relazione al suo insediamento a Charleroi, in *Gu-Ue* n. L 137 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. Per un inquadramento della materia degli aiuti di Stato al trasporto aereo si vedano in dottrina i contributi di A. ANTONINI, *Gli oneri di pubblico servizio e gli aiuti di Stato nel trasporto aereo*, in *Dir. Trasp.*, 2000, I, p. 67 ss.; J. BALFOUR, *The control of State Aids in the Air Transport Sector*, in *Air Law*, 1993, p. 199 ss.; P. GIRARD, *Politique commune des transports et aides d'Etat*, *RMUE*, 1997, 4, p. 59 ss.; O. JANKOVEC, *La politique commune des transports aériens*, *RMUE*, 1998, p. 169 ss.; N. DE LUCA, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo*, Luiss Edizioni, 2000; E.A. RAFFAELLI, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 1429 ss.; G. I. ZEKOS, *The implementation of EU Competition Policy and its Rules in Air and Maritime Transport*, *ECLR*, 7, 1998, p. 430 ss.

<sup>2</sup> Per un commento sulla decisione *Ryanair-Charleroi v. R. ABEYRATNE*, *The Decision in the Ryanair Case – The Low Cost Carrier Phenomenon*, *E.T.L.*, 2004, p. 585; C. BARBOT, *Low cost airlines, secondary airports and State Aid: an economic assessment of the Ryanair/Charleroi agreement*, in *Journal of Air Transport Management*, 2006, 4, p. 197; sia consentito anche un rinvio a C. POZZI, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo: prime riflessioni sul caso Ryanair-Charleroi*, in *Dir. Trasp.*, 2005, 2, p. 501.

La Commissione, riconoscendo natura di aiuti di Stato ad un'ampia parte dei contributi, ne ha imposto la parziale restituzione, anticipando, nel medesimo provvedimento, i primi principi di orientamento in materia di sovvenzioni erogate per promuovere i servizi di trasporto aereo negli aeroporti regionali.

La decisione è stata impugnata da *Ryanair* avanti il Tribunale di primo grado, al fine di ottenerne l'integrale annullamento, sul rilievo della totale illegittimità della motivazione ed il procedimento è attualmente pendente<sup>3</sup>.

Il contenzioso e la sentenza che seguirà, di qualsiasi portata essa sia, offriranno certamente nuovi e interessanti spunti di riflessione in materia.

Nel contempo, tuttavia, proprio in seguito alla decisione controversa e al dibattito che ha generato – anche rilevando la sussistenza di un vuoto normativo in materia – la Commissione ha adottato una Comunicazione dedicata proprio agli aiuti di Stato agli aeroporti regionali, che integra i precedenti orientamenti in materia di aiuti di Stato all'aviazione civile e commerciale che risalgono, come noto, al 1994.

Il contributo che segue intende analizzare gli orientamenti espressi dalla Commissione, anche in rapporto alla Comunicazione del 1994, al fine di cogliere le novità in essi contenute e delineare – come oggi è ormai possibile fare – un quadro preciso ed esaustivo della disciplina in tema di aiuti di Stato al trasporto aereo, con riferimento non solo ai vantaggi offerti agli operatori, ma anche alle infrastrutture.

## 1. La Comunicazione della Commissione del 1994

Come appena accennato, la Commissione ha codificato, per la prima volta, i propri orientamenti in materia di aiuti di Stato a favore dell'aviazione civile e commerciale in un documento del 1994, che – fino ad oggi – aveva rappresentato il principale quadro di riferimento per la valutazione dei casi controversi sottoposti al suo sindacato<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La comunicazione relativa al ricorso *Ryanair Limited c. Commissione delle Comunità europee*, proposto il 25 maggio 2004, è pubblicata in *Gu-Ue* n. C 228 dell'11 settembre 2004, p. 42. Il numero di causa è T-196/04.

<sup>4</sup> Cfr. *Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione*, in *Guce* n. C 350 del 10 dicembre 1994, p. 5. Giova ricordare che le Comunicazioni, atti generalmente con validità meramente "informativa" e a carattere non vincolante, possono stabilire le linee di condotta che la Commissione intende seguire nell'esercizio della propria attività diventando per essa vincolanti. Sulla funzione e sulla portata delle comunicazioni della Commissione cfr. il rapporto italiano di F. CAPELLI nell'ambito del progetto di ricerca comunitario sulla realizzazione e l'attuazione del mercato interno da parte dei governi nazionali e dell'economia, in J. SCHWARZE - I GOVAERE - F. HÉLIN - VAN DEN BOSSCHE (eds.), *The 1992 Challenge at National Level*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, p. 465. Si confronti il punto 29 della Comunicazione e il punto 23, ove la Commissione definisce invece i limiti di validità del provvedimento. In giurisprudenza cfr. sentenza della Corte di giustizia del 24 febbraio 1987 in causa n. C-310/85, *Deufil*, in *Raccolta*, 1987, p. 901.

Il provvedimento del 1994 era costituito da una premessa e da dieci titoli dedicati, rispettivamente, all'ambito di applicazione degli orientamenti; al sovvenzionamento delle rotte mediante aiuti al funzionamento; al comportamento dello Stato-imprenditore; alle esenzioni ex art. 87, comma 3, lett. *a.* e *c.*; alle privatizzazioni; alla concessione di diritti esclusivi per attività connesse ai trasporti aerei; alla trasparenza delle operazioni finanziarie; agli aspetti procedurali; all'applicazione degli orientamenti stessi.

Si trattava, innanzitutto, di un provvedimento molto ampio, finalizzato a disciplinare, in modo organico, l'intera tipologia di aiuti sino ad allora riscontrati nel settore.

In particolare la Comunicazione faceva letteralmente riferimento «agli aiuti concessi dagli Stati membri CE a favore dei vettori aerei», con la precisazione che, con tale espressione, si dovesse intendere «ogni attività connessa ai trasporti aerei».

Il sovvenzionamento dei vettori, infatti, come noto, può avvenire, oltre che in modo diretto, anche attraverso il sostegno offerto a tutte le attività non puramente di trasporto, esercitate o controllate dalle compagnie<sup>5</sup>.

Restava invece escluso, in modo esplicito, l'aiuto alla produzione di aeromobili, eccettuate le sovvenzioni volte ad acquisire o promuovere la messa in attività degli stessi<sup>6</sup>.

La Comunicazione, nel definire il proprio ambito di applicazione, escludeva altresì gli investimenti degli Stati in relazione alla costruzione o all'ampliamento di infrastrutture, in applicazione del principio secondo cui le misure generali di politica economica rientrano nella piena ed esclusiva potestà degli Stati membri, in attuazione della loro libertà di determinazione delle esigenze di pianificazione e di gestione delle politiche interne in materia di ambiente e trasporti.

Anche in questo caso, tuttavia, la Commissione si riservava di verificare che non vi fosse – poi – nella fase di utilizzo dell'infrastruttura stessa, un trattamento di favore per alcuni vettori, ovvero se, in ogni caso, l'uso dell'infra-

<sup>5</sup> La Comunicazione contiene un'esemplificazione di tale tipologia di attività quali scuole di volo, *duty free shop*, impianti aeroportuali, franchigie, oneri aeroportuali; la modificazione strutturale del settore dell'aviazione civile, seguita alla liberalizzazione del 1992 ha inciso fortemente sull'assetto societario delle compagnie aeree e, al puro servizio di trasporto aereo, si sono affiancate una serie di attività nei settori del turismo, della ristorazione, della manutenzione aerea, dell'informatica commerciale, del trasporto merci; cfr. sul punto sentenze del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways e a. c. Commissione e Air France*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2405, punto 187 nonché del 15 settembre 1998 in causa n. T-140/95, *Ryanair Limited c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 3327.

<sup>6</sup> La Comunicazione, tuttavia, contiene sul punto una precisazione di grande rilievo: il riferimento è alle numerose fattispecie in cui i produttori di aeromobili hanno operato consistenti finanziamenti nei confronti dei vettori, sostituendosi alle banche, relativamente ai casi in cui i nuovi operatori incontravano significative difficoltà per reperire i capitali necessari all'avvio delle proprie attività. In tali ipotesi diviene necessaria la verifica sulla provenienza effettivamente privata delle sovvenzioni.

struttura arrecasse un beneficio aggiuntivo ad un preciso operatore e non, invece, alla generalità dei soggetti presenti sul mercato.

La Commissione escludeva, infine, che comportassero l'erogazione di aiuti di Stato quei provvedimenti atti a consentire la riduzione o il differimento di oneri fiscali o sociali, salvo il caso in cui ricadessero nella casistica dei c.d. «aiuti al funzionamento»<sup>7</sup>.

Proprio agli aiuti al funzionamento era poi dedicato un intero titolo della Comunicazione: la *ratio* va rintracciata nel fatto che si trattava delle fattispecie di maggiore rilevanza nell'ambito del trasporto aereo, come già aveva evidenziato la relazione del *Comité des sages* che aveva preceduto la Comunicazione stessa<sup>8</sup>.

L'analisi aveva messo in luce che la maggior parte degli aiuti erogati al settore erano, appunto, costituiti da finanziamenti destinati esclusivamente a coprire le perdite di esercizio dei vettori, soprattutto per quanto concerne i servizi nazionali, e rappresentavano evidenti ipotesi di aiuti al «normale funzionamento» dell'impresa e, come tali, da ritenersi, di regola, incompatibili con il mercato comunitario.

Il sovvenzionamento diretto alle rotte, in linea astratta assolutamente incompatibile con le norme del Trattato, subiva, in base alla Comunicazione, due sole eccezioni: con riferimento, da un lato, agli oneri di pubblico servizio e, dall'altro lato, agli aiuti a carattere sociale<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Nella Comunicazione si ribadisce il generale divieto di aiuti al funzionamento, *sub specie* di aiuti al sovvenzionamento delle rotte: si tratta di un principio cardine della disciplina in materia di aiuti di Stato, secondo cui non sono compatibili, in quanto volte al mero funzionamento dell'impresa, tutte le sovvenzioni dirette ad alleviare un'impresa delle spese ch'essa stessa avrebbe dovuto normalmente sostenere nell'ambito della sua gestione corrente o delle sue normali attività (sentenze della Corte del 6 novembre 1990 in causa n. C-86/89, *Italia c. Commissione* in *Raccolta*, 1990, I, 3891, punto 18 e del 14 febbraio 1990 in causa n. C-301/87, *Francia c. Commissione* in *Raccolta*, 1990, I, p. 307, punto 50; anche sentenza del Tribunale dell'8 giugno 1995 in causa n. T-459/93, *Siemens c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1675, punto 48).

<sup>8</sup> *Expanding Horizons*, a report by the Comité des Sages for Air Transport to the European Commission, January 1994.

<sup>9</sup> La prima ipotesi si riferisce a quelle fattispecie in cui un vettore presta un servizio su rotte che servono regioni periferiche, in via di sviluppo o a bassa densità di traffico, e riceve dallo Stato una compensazione per svolgere tale prestazione che non assumerebbe, se dovesse valutare unicamente il proprio vantaggio commerciale. L'interesse allo svolgimento di un pubblico servizio e al collegamento con zone in vario modo sfavorite, costituisce la *ratio* per la giustificazione di tale ipotesi di deroga, in applicazione del criterio generale secondo cui può essere imposto un sacrificio al libero esplicarsi degli scambi, in ragione di un interesse ritenuto meritevole di tutela, pur nel rispetto dei principi generali di proporzionalità e necessità. In particolare, secondo il disposto della Comunicazione, ove vi sia un servizio di linea e venga imposto sulla rotta un onere di pubblico servizio, lo Stato può limitare l'accesso a tale rotta ad un unico vettore a precise condizioni, ovvero: per un periodo limitato; attraverso la scelta del vettore secondo una procedura trasparente, quale l'appalto pubblico; il rimborso, che lo Stato versa al vettore, per lo svolgimento del servizio, deve corrispondere al solo rimborso dei costi e del disavanzo, sostenuti per l'espletamento del servizio stesso, ivi compresa una ragionevole remunerazione del capitale investito; l'operazione deve essere pienamente neutra, ossia non deve contenere elementi di discriminazione nei confronti degli altri vettori. La seconda ipotesi fa invece riferimento alle sovvenzioni dirette alle rotte, concesse tramite benefici accordati ai singoli consumatori, senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti: si tratta delle ipotesi relative a particolari condizioni, di tariffe o di viaggio, accordate a categorie spe-

Il quarto titolo analizzava, poi, i casi in cui lo Stato interviene direttamente nel mercato nella duplice veste di investitore ed erogatore di aiuti di Stato all'impresa, distinguendo tre ipotesi, ovvero: il conferimento di capitali, il finanziamento tramite prestiti e le garanzie.

Il principio generale dell'*investitore in un'economia di mercato*, che deve presiedere alla valutazione di tali fattispecie era da ritenere soddisfatto, in base alla Comunicazione, quando la struttura e le prospettive future della società fossero tali da far prevedere una «redditività entro un lasso di tempo ragionevole»<sup>10</sup>.

In particolare, l'analisi effettuata dalla Commissione dovrebbe estendersi alla situazione commerciale e finanziaria passata, presente e futura della società, tenendo conto del fatto che l'interesse di un investitore privato può essere anche generato, oltre che da probabilità di ricavare un profitto, anche da considerazioni quali la salvaguardia dell'immagine del gruppo e il riorientamento delle sue attività.

Nel settore aereo, in particolare, le valutazioni in merito alle considerazioni sottese all'investimento, dovrebbero tenere conto di numerosi elementi, e segnatamente: i risultati finanziari della compagnia; l'efficienza economica e tecnica; la strategia commerciale per mercati diversi<sup>11</sup>.

Grande importanza rivestiva, a parere della Commissione, il contesto economico generale, all'interno del quale devono essere svolte le analisi relative: pur precisando, nella Comunicazione, che il settore del trasporto aereo era ritenuto stabile e in costante crescita sotto il profilo macroeconomico, il punto è stato oggetto di dibattito e di revisione nei recenti periodi di recessione dello stesso, a fronte di gravi crisi internazionali.

In tali ipotesi, la Commissione, incaricata del procedimento di controllo, ha modulato la propria valutazione, non discostandosi da quanto qui asserito, ma, anzi, operandone una valutazione flessibile, in linea con la *ratio* della normativa.

Relativamente ai casi in cui lo Stato interviene nella gestione della compagnia non solo direttamente, attraverso l'erogazione diretta di capitali, ovve-

cifiche di passeggeri che viaggiano su una rotta, quali bambini, minorati, persone a basso reddito o residenti in regioni sfavorite. In ragione dell'interesse alla tutela di tali soggetti, si consente l'applicazione di condizioni vantaggiose di viaggio, purché venga rispettato il principio di non discriminazione quanto all'origine dei servizi, ovvero non venga frapposto alcun ostacolo al libero accesso al mercato dei vettori.

<sup>10</sup> In dottrina sul principio dell'investitore si legga, P. MENGOZZI, *Il principio dell'investitore in un'economia di mercato*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, 19 ss.; H. LESGUILLONS, *L'Etat actionnaire et le principe de l'investisseur privé*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2003, 4, p. 363; M. PARISH, *On the private investor principle*, *ELR*, 2003, v. 28, n. 1, p. 70. G. KARYDIS, *Le critère de l'opérateur économique privé*, *critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87, para. 1 du Traité CE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, 39, 3, p. 389.

<sup>11</sup> I parametri che presiedono alla valutazione dei risultati finanziari sono molteplici e, principalmente, il tasso di capitalizzazione e il flusso di cassa; i risultati di esercizio; i futuri valori del capitale e i pagamenti dei dividendi; l'efficienza economica andrà verificata tenendo conto dei costi di esercizio e della produttività del lavoro; della tipologia e dell'età della flotta.

ro anche per mezzo della concessione di prestiti o garanzie, la Commissione ha ritenuto rilevanti, al fine del giudizio sulla compatibilità dello stesso, nel primo caso, il tasso di interesse e della garanzia prestata; la sufficienza della garanzia a rimborsare l'intero prestito in caso di insolvenza; la situazione finanziaria della compagnia al momento della concessione del prestito<sup>12</sup>.

Relativamente alla seconda ipotesi invece sono state considerate decisive oltre alle condizioni di operatività delle stesse, che corrispondono e sono omologhe a quelle ordinarie nonché a quelle richieste per i prestiti, appena delineate, un'ampia copertura contrattuale di rivalsa, che potrà giungere sino alla liquidazione coatta dell'impresa o a procedure analoghe.

Il criterio dell'investitore ha avuto, nel settore aereo, una copiosa e specifica applicazione, in particolare in riferimento agli aiuti alla ristrutturazione, di cui hanno fruito la maggior parte delle compagnie "di bandiera".

La compatibilità degli aiuti alla ristrutturazione di imprese costituiva un'ipotesi di esenzione esplicita, e doveva intendersi come una *species* della giustificazione dell'aiuto che «agevoli lo sviluppo di talune attività economiche».

Si deve osservare che, sotto il profilo formale, sovvenzioni di tale sorta sono state concesse secondo una procedura consolidata e uniforme e imponendo condizioni omogenee ai vettori, come risulta dai dispositivi delle decisioni di concessione del beneficio<sup>13</sup>.

*In primis*, gli aiuti devono rispettare alcune condizioni generali, ovvero: possono essere concessi una sola volta, salvo il ricorrere di circostanze eccezionali, imprevedibili ed esterne all'impresa; devono essere parte di un programma volto a conferire rinnovata efficienza alla compagnia aerea, affinché entro un termine ragionevolmente breve, essa possa operare in condizioni normali senza ulteriori aiuti; devono avere durata limitata; non devono trasferire le difficoltà di uno Stato membro al resto della Comunità<sup>14</sup>; devono essere strutturati in maniera trasparente, in modo da poter essere agevolmente controllati relativamente a modalità operative ed effetti.

Ai fini di autorizzare tali tipologie di aiuti, la Commissione ha richiesto, dunque, la creazione e la presentazione di un piano di ristrutturazione, cui è

<sup>12</sup> L'aiuto corrisponderà alla differenza tra il tasso applicato dallo Stato e il normale tasso di mercato; nel caso in cui venga erogato un prestito senza garanzie ad una società che non avrebbe avuto modo di ottenerlo, l'aiuto corrisponderà all'intera somma stanziata.

<sup>13</sup> La *ratio* dell'autorizzazione degli aiuti alla ristrutturazione delle grandi *major* comunitarie risiede nella rispondenza ad un interesse comune; si riteneva, infatti, che il rilancio di competitività delle più importanti compagnie europee avrebbe avuto l'effetto di favorire lo sviluppo economico del settore dell'aviazione civile comunitaria.

<sup>14</sup> Il programma di ristrutturazione diverrebbe contrario all'interesse comune se consentisse una indebita espansione della compagnia a danno dei concorrenti, trasferendo, nei fatti, agli stessi le proprie difficoltà; il requisito va inteso in senso più ampio, poiché deve intendersi come destinato a impedire che l'aiuto alteri la concorrenza in misura inaccettabile: l'aiuto, in altri termini, non deve essere utilizzato secondo modalità in contrasto con le regole di concorrenza, né pregiudicare l'applicazione delle norme comunitarie in materia di liberalizzazione dei trasporti aerei. La distorsione connaturata all'aiuto deve limitarsi, in altri termini, al minimo impatto possibile sul mercato.



stata vincolata la concessione del beneficio richiesto, secondo uno schema per fasi successive<sup>15</sup>.

La sovvenzione è stata infatti autorizzata per *tranche* successive, e solo dopo l'ottenimento di un giudizio favorevole sui risultati di risanamento relativi ad ogni fase; gli obiettivi intermedi non sono stati lasciati alla libera discrezionalità del vettore, ma definiti dettagliatamente nella decisione di autorizzazione dell'aiuto.

A prescindere dalle singole argomentazioni, che si riferiscono a contesti e ambiti societari assai diversi, si può osservare che sono stati costanti gli impegni richiesti allo Stato membro e al vettore al fine dell'autorizzazione dell'aiuto, e precisamente: l'adozione da parte dello Stato di un normale comportamento da azionista; l'impegno a non concedere al vettore nuovi aiuti, sotto qualsiasi forma; la garanzia che l'aiuto venga impiegato ai soli fini della ristrutturazione; l'impegno a non concedere al vettore alcun trattamento preferenziale rispetto ad altre compagnie aeree comunitarie; l'accettazione da parte del vettore di limitazioni di capacità<sup>16</sup>; l'introduzione da parte del vettore di una contabilità analitica ed efficace; il divieto per il vettore di applicare tariffe inferiori a quelle praticate dai concorrenti (*price leadership*); l'impegno a cedere da parte della compagnia qualsiasi quota di partecipazione in altri vettori<sup>17</sup>; la garanzia della completa at-

<sup>15</sup> L'analisi della Commissione, relativamente agli aiuti alla ristrutturazione, è stata definita come «dinamica degli effetti dell'aiuto», tesa a verificare le ripercussioni del beneficio nel medio periodo; tuttavia, tale periodo non può né deve riferirsi ad un momento successivo alla ristrutturazione, poiché coincide e si limita al completo svolgersi della stessa. Non sarebbe ammissibile, e costituirebbe una scorretta applicazione dei poteri della Commissione, una valutazione che esulasse da tale ambito temporale, rappresentando un'indebita intromissione nella gestione societaria al di là dei poteri conferitele dal Trattato.

<sup>16</sup> La limitazione di capacità trae origine dalla necessità di impedire che l'aiuto venga utilizzato per avviare una strategia di espansione, a danno degli altri vettori; essa si riferisce, in particolare, al divieto di acquisto di nuovi aeromobili, di incremento di quote di mercato e all'inserimento su nuove rotte: per quanto concerne il primo aspetto, il punto è stato oggetto di analisi approfondita e si è diversamente atteggiato in riferimento alle varie fattispecie. Il divieto trova la propria *ratio* nella considerazione che si tratterebbe di un aiuto al funzionamento, essendo gli aeromobili beni strumentali all'attività del vettore e il loro acquisto inquadrabile tra i costi ordinari di una compagnia e, come tale, assolutamente vietato; inoltre, esso comporta la necessità di nuovi capitali da investire ed è evidente l'incompatibilità con un processo di ristrutturazione, accompagnato, per sua natura, da una necessaria riduzione di costi. In taluni casi, tuttavia, la Commissione ha autorizzato l'acquisto di nuovi aeromobili, a fronte del verificarsi di fattispecie particolari. Si confronti sul punto la decisione della Commissione del 27 luglio 1994, n. 94/653/Ce, relativa all'aumento di capitale di Air France, in *Guce* n. L 254 del 30 settembre 1994, p. 73. Nell'ambito della ristrutturazione della compagnia Air France, la Commissione autorizzava l'impiego di una parte del capitale al fine dell'acquisizione di nuovi aeromobili, sulla base della considerazione che la grande eterogeneità della flotta del vettore costituiva un costo gravoso e che l'investimento per la sostituzione di una parte dei mezzi era da ritenersi positivo e utile ai fini della realizzazione della ristrutturazione stessa. La modernizzazione della flotta, in altri termini, era necessaria ai fini del rilancio della competitività del vettore e l'omogeneizzazione della flotta indispensabile per un contenimento dei costi della società.

<sup>17</sup> L'alienazione di attivi e di partecipazioni societarie è stata spesso imposta quale condizione essenziale per la concessione dell'aiuto; tuttavia, il punto è stato oggetto di dibattito in molte decisioni, poiché in taluni casi la Commissione ha consentito la conservazione di attivi ritenuti essenziali o non necessari ai fini dell'attuazione del piano di ristrutturazione. Si confronti, a titolo esemplificativo, quanto disposto nella decisione della Commissione n. 94/653/Ce del 27 luglio 1994, relativa all'aumento di capitale di Air France notificato dal Governo francese, in *Guce* n. L 254 del 30 settem-

tuazione del piano di ristrutturazione della società, così come notificato alla Commissione; l'impegno a trasmettere alla Commissione tutti i rapporti sullo stato di avanzamento del piano di ristrutturazione.

## 2. La nuova Comunicazione della Commissione: contenuti generali

Con la nuova Comunicazione del dicembre 2005<sup>18</sup> la Commissione europea aggiorna e integra gli orientamenti del 1994.

In particolare, come si evince dall'introduzione del provvedimento in esame, dopo avere disciplinato i soggetti del mercato, la Commissione giunge ad occuparsi – a dieci anni dalla integrale liberalizzazione del comparto aeronautico comunitario, avvenuta con i regolamenti del c.d. "terzo pacchetto" – del settore infrastrutturale, in conseguenza della evoluzione riscontrata nel mercato e della necessità di regolamentare la ormai consistente e varia casistica di vantaggi offerti agli aeroporti.

È del tutto evidente la coincidenza temporale tra la decisione adottata dalla Commissione nei confronti di Ryanair citata in premessa e l'adozione del provvedimento che esamineremo, certamente finalizzato a delineare un quadro normativo di riferimento per ipotesi analoghe a quella controversa.

Prima di analizzare, nel dettaglio, il merito del provvedimento è opportuno svolgere alcuni rilievi di carattere generale sui suoi contenuti e sul suo significato nel quadro della politica comunitaria dei trasporti aerei.

Il primo è costituito dal fatto che si tratta di un provvedimento meramente integrativo degli orientamenti del 1994: essi rimangono pertanto pienamente vigenti relativamente alle fattispecie da essi disciplinate e il combinato di-

bre 1994, p.73, ove l'alienazione di alcuni attivi di Air France è stata ritenuta non essenziale, atteso che si trattava di partecipazioni ritenute strategiche, ai fini del rilancio del vettore, obiettivo finale del piano di ristrutturazione. Inoltre, la Commissione ha ritenuto sufficienti, ai fini del recupero di competitività della compagnia, le vendite già previste nel piano di ristrutturazione. Proprio relativamente a tale fattispecie, la Commissione ha avuto modo di precisare che l'omogeneità delle condizioni imposta nelle ristrutturazioni, non implica che non possano esservi valutazioni divergenti, in ragione delle singole peculiarità del caso; infatti «le circostanze di una ristrutturazione sono condizionate dalla situazione concreta della sola impresa interessata. Il fatto che le compagnie sopra menzionate siano state indotte, o obbligate, dal contesto fattuale della loro ristrutturazione a cedere numerosi attivi non può quindi, di per sé, rimettere in discussione la decisione della Commissione, diretta a mantenere l'Air France nel novero delle tre maggiori compagnie aeree europee e ad autorizzarla a conservare la maggior parte degli attivi». Conformemente si è affermato che «l'adeguatezza delle misure di ristrutturazione di un'impresa è in funzione della situazione individuale dell'impresa medesima e del contesto economico e politico nel quale si inserisce l'adozione delle misure», sentenza del Tribunale del 25 giugno 1998 in cause riunite n. T-371/94 e n. T-394/94, *British Airways e a. c. Commissione e Air France*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2405, punto 286.

<sup>18</sup> Comunicazione della Commissione sugli orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali, in *Gu-Ue* n. C 312 del 9 dicembre 2005, p. 1 e *supra*, p. 545 ss.

In dottrina si legga il commento di A. LEPIÈCE, *The Community Guidelines on financing of airports and start-up aid to airlines departing from regional airports: Promoting regional airports or creating more legal uncertainty?*, in *Journaal LuchiRect februari*, 2007, 1, p. 5 ss.

sposto delle due norme costituisce – ad oggi – il quadro generale in materia di aiuti di Stato al trasporto aereo.

Relativamente al tema delle infrastrutture, in particolare, la nuova Comunicazione interviene in modo fortemente innovativo: nel provvedimento del 1994, infatti, la Commissione affermava la *neutralità* delle disposizioni in relazione agli investimenti pubblici in infrastrutture, facendo salva soltanto la verifica del corretto utilizzo delle stesse, ovvero della assenza di discriminarietà.

Il secondo aspetto – di non minore rilevanza – concerne la definizione dei principali soggetti destinatari della Comunicazione, ovvero gli "aeroporti regionali".

Come la stessa Comunicazione precisa, la nozione era già stata oggetto di più di un intervento: in particolare, nella decisione sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti<sup>19</sup>, il Consiglio e il Parlamento europeo avevano già proceduto a individuare tre categorie di aeroporti, distinte in base al loro volume di traffico, mentre, il Comitato delle Regioni – nel suo parere sulle capacità aeroportuali regionali<sup>20</sup> – con un più articolato sillogismo – aveva raggruppato gli aeroporti comunitari in cinque categorie, precisamente grandi aeroporti, aeroporti nazionali e tre distinti tipi di aeroporti minori nella categoria da cinque a un milione di passeggeri.

Pur con alcune differenziazioni, il parametro comunemente utilizzato, nel tentativo di descrivere gruppi circoscritti all'interno del più ampio *genus* degli aeroporti comunitari, era dunque quello del volume di traffico.

La Commissione, preso atto di tali posizioni, delinea, a sua volta, proprio nella Comunicazione, una nuova categorizzazione, che comprende: i grandi aeroporti comunitari, gli aeroporti nazionali, i grandi aeroporti regionali e i piccoli aeroporti regionali, ricorrendo, ancora una volta al volume di traffico quale dirimente tra gli stessi.

In particolare, con riferimento ai termini della Comunicazione, possiamo affermare che per aeroporto regionale, prescindendo dalla differenziazione grande o piccolo, si deve intendere «un'infrastruttura da uno a cinque milioni di passeggeri».

Il punto ha un considerevole rilievo, sia poiché costituisce la prima "autentica" definizione di aeroporto regionale, sia per la rilevanza che l'elemento dello sviluppo regionale assumerà, come vedremo meglio, in tutto il provvedimento che stiamo esaminando<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Decisione n. 1692/96/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti, in *Guce* n. L 228 del 9 settembre 1996, allegato II, sez. 6.

<sup>20</sup> Parere di prospettiva del Comitato delle Regioni del 2 luglio 2003 «Le capacità aeroportuali degli aeroporti regionali», CDR 393/2002 def.

<sup>21</sup> La Commissione precisa, infatti (*considerando* 20), che lo sviluppo degli aeroporti regionali

La Commissione consolida, poi, un altro punto di grande interesse per la politica aerea comunitaria, riaffermando – allineandosi anche alla consolidata giurisprudenza della Corte – che l'attività di gestione ed esercizio aeroportuale costituisce un'attività di carattere economico, cui si applicano le norme del Trattato, *sub specie*, per quanto qui di interesse, quelle concorrenziali e in materia di aiuti di Stato<sup>22</sup>.

La Comunicazione precisa, tuttavia, che non tutte le attività esercitate nell'ambito della missione del gestore aeroportuale possono essere attratte nella sfera economica: in particolare, devono essere escluse le attività – *recitius* le funzioni - che «di norma» rientrano tra i poteri pubblici dello Stato e non possono essere considerate di natura economica<sup>23</sup>.

Il punto non è formulato in modo molto chiaro e l'esemplificazione *non esaustiva* in esso contenuta, pur costituendo un minimo parametro di riferimento quanto ai requisiti delle attività da escludere, non appare sufficiente ad evitare interpretazioni controverse.

Quanto alla disciplina, la remunerazione di tali attività, nella mera misura della compensazione dei costi sostenuti per il loro svolgimento, non costituisce un aiuto di Stato, a meno che – a causa della sua entità sproporzionata – non sfoci in un indebito aiuto al funzionamento, come già detto incompatibile con le norme del Trattato.

Infine, un ulteriore aspetto di politica generale è il sillogismo operato dalla Commissione in relazione al tema dell'impatto delle sovvenzioni sulla concorrenza comunitaria e a quello correlativo del mercato rilevante.

La Commissione riconosce e afferma che, nel settore aeroportuale, esiste una concorrenza a vari livelli tra differenti tipi di aeroporto: in particolare, si sostiene che i grandi *hub* sono in concorrenza con aeroporti di dimensioni simili ma anche con grandi aeroporti regionali.

I grandi aeroporti regionali, invece, oltre che con i grandi aeroporti inter-

è funzionale al raggiungimento di obiettivi virtuosi quali la migliore mobilità dei cittadini europei, lo sviluppo delle economie regionali, la decongestione dei grandi *hub*.

<sup>22</sup> Si legga per tutti il *leading case* sul tema: sentenza del 12 dicembre 2000 in causa n. T-128/98, *Aéroports de Paris c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3929 e sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2002 in causa n. C-82/01, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9297 ove prima il Tribunale e poi la Corte hanno confermato il carattere di impresa della gestione aeroportuale, richiamandosi all'ampia nozione di impresa accolta dal diritto comunitario, da intendersi come qualsiasi entità «che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»; si leggano sul punto, sentenze del 17 febbraio 1993 in cause riunite n. C-159/91 e n. C-160/91, *Poucet e Pistre*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 637, punto 17 e del 19 gennaio 1994 in causa n. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 43, punto 19.

<sup>23</sup> La Comunicazione in commento, al punto 33, cita tra queste «la sicurezza, il controllo del traffico aereo, la polizia, le dogane»; il punto appare estremamente controverso poiché la lettera del provvedimento fa un generico riferimento ad attività che «di norma» sono espressione del potere pubblico dello Stato, provvede ad elencarne alcune precisando, tuttavia, espressamente che non si tratta di una lista esaustiva: non si può non evidenziare come, in questo modo, il testo lasci spazio a interpretazioni difformi e come resti ampiamente discrezionale l'ascrizione di un'attività alla categoria di quelle esenti.

nazionali sono concorrenziali con aeroporti delle medesime dimensioni e tipologie nonché con altri tipi di trasporto, con particolare riferimento a quello terrestre.

Infine, i piccoli aeroporti sono considerati *competitor* solo di soggetti del tutto simili per tipologia, salvo che si trovino nel medesimo territorio e a distanze effettivamente minime da aeroporti più grandi.

Sembra, dunque, che l'effettiva dimensione concorrenziale di un'infrastruttura aeroportuale sia delegata alla valutazione del caso di specie e che – in ogni caso – dipenda da una molteplicità di fattori, quali la congestione delle strutture esistenti, i servizi offerti, le tipologie di trasporto alternativo presenti sul territorio.

In ogni caso, e ci pare opportuno evidenziarlo, è ormai asserito con chiarezza che la rete ferroviaria deve essere considerata parte del mercato rilevante, al punto che non solo essa viene annoverata tra gli elementi da valutare nel definire l'impatto di misure sullo stesso, ma anche come causa sufficiente a rendere illeciti aiuti nel medesimo ambito geografico.

Il punto rileva anche con riferimento agli obblighi di notifica degli aiuti: la Commissione, nel ribadire l'obbligatorietà di notificare tutte le misure di sovvenzione, esenta, tuttavia, espressamente gli aeroporti di categoria *d.*, ovvero i piccoli aeroporti regionali ove siano incaricati di una missione di interesse economico generale e a fronte del rispetto di talune condizioni.

La Comunicazione si occupa, poi, delle attività di interesse economico generale svolte dagli aeroporti: nel suo disposto la normativa fa riferimento sia a singole attività tra quelle aeroportuali che possono essere considerate servizi di interesse economico generale, sia alla globale gestione dell'aeroporto che, anche nel suo complesso, può essere essa stessa considerata come tale.

La Commissione riconosce che non hanno natura di aiuti le sovvenzioni per servizi di interesse economico generale che corrispondano ai parametri imposti dalla c.d. «giurisprudenza *Altmark*»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Ci si riferisce ai quattro presupposti fissati dalla giurisprudenza della Corte in materia di servizi di interesse economico generale nella causa *Altmark trans* (sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7747), ovvero: che l'impresa beneficiaria sia effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano definiti in modo chiaro; che i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata all'esito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello di necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente ed adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico pertinenti, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi; in dottrina sulla sentenza *Altmark* e, più in generale, sul tema degli aiuti di Stato ai servizi pubblici essenziali, si leggano i contributi di A. ALEXIS, *L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003: la Cour de Justice précise les conditions*

Il richiamo è molto netto ma generico e appare del tutto svincolato da considerazioni di specie relative al settore aeronautico, come invece sarebbe stato opportuno.

Valgono, quindi, sul punto le considerazioni che possono essere svolte in generale sulla pronuncia *Altmark*: sebbene si tratti di una sentenza che segna un punto storico nella questione della definizione dei criteri che devono essere considerati nel giudizio in materia di aiuti ai servizi di interesse pubblico generale – e la fine di un lungo contenzioso che ha visto contrapporsi posizioni molto differenziate – non si può non rilevare che il contenuto dei singoli parametri indicati nella sentenza lascia ampi e consistenti spazi ad interpretazioni molto divergenti, anche per le valutazioni economiche connesse, che proprio nel settore dell'aviazione assumono primaria rilevanza.

Infine, la Comunicazione ribadisce l'applicabilità al settore aeroportuale del principio dell'investitore in economia di mercato, richiamando i tradizionali contenuti del medesimo, così come elaborati dalla giurisprudenza, precisando tuttavia che, al di là delle ipotesi in cui l'aeroporto agisca nell'ambito di un piano economico-finanziario preciso ovvero svolga un servizio di interesse generale, il principio sarà estremamente difficile da applicare, lasciando presagire una valutazione molto rigorosa di tali fattispecie<sup>25</sup>.

### 3. Il finanziamento agli aeroporti

Svolti questi generali rilievi, possiamo ora analizzare la parte più espressamente dispositiva della Comunicazione.

Il quarto titolo contiene, infatti, i principi cui la Commissione si atterrà nel giudizio relativo al finanziamento degli aeroporti.

Il finanziamento qui disciplinato comprende quattro categorie di sovvenzioni e precisamente: la costruzione di infrastrutture e impianti aeroportuali; l'utilizzo e la manutenzione delle infrastrutture; la fornitura di servizi aeroportuali connessi al trasporto aereo; lo svolgimento di attività commerciali non direttamente connesse alle attività di trasporto aereo.

La Commissione regola le ipotesi predette caso per caso, delineando un quadro distinto e articolato per ciascuna di esse.

Quanto alla prima fattispecie, ovvero al finanziamento alla costruzione di

*de financement des Services d'intérêt économique général*, in *Competition Policy newsletter*, 2003, 3, p. 1 ss.; ID., *Services Publics et aides d'Etat*, RDUE, 2002, 1, 63; G. CAPUTI, *Servizi Pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, 823; P. NICOLAIDES, *The Distortive Effects of Compulsatory Aid Measures: A Note on the Economics of the "Ferring" Judgment*, ECLR, 2002, 6, p. 313.

<sup>25</sup> Sul principio dell'investitore in economia di mercato si legga la nota 10 e, in riferimento alla Comunicazione che stiamo esaminando, il punto 52.

infrastrutture ed impianti, la Commissione conferma che – a proprio parere – ogni aeroporto dovrebbe finanziare con risorse proprie i costi di utilizzazione e costruzione delle infrastrutture che gestisce: in linea di principio, dunque, la fornitura da parte dello Stato ad un gestore aeroportuale di infrastrutture senza equo corrispettivo ovvero la concessione di finanziamenti volti a sostenere investimenti finalizzati all'acquisizione di infrastrutture può costituire un aiuto vietato.

La Comunicazione mette in evidenza come il finanziamento di infrastrutture abbia sempre una duplice valenza: la considerazione è la medesima che aveva portato all'esclusione dei finanziamenti alle infrastrutture dal testo della Comunicazione del 1994, ovvero la rilevanza che essi possono avere nel quadro della politica industriale e di gestione del territorio per gli Stati.

La Commissione richiama, sul punto, le regole generali in materia di appalti e sancisce che, in astratto, nel caso di una procedura di assegnazione che rispetti le condizioni economiche medie del mercato e che risponda ai principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione, sarebbe possibile escludere che si tratti di una fattispecie vietata ai sensi della normativa in materia di aiuti.

Concretamente, tuttavia, si dovranno esaminare tutte le condizioni – originarie e sopravvenute – relative al finanziamento per escludere che un'operazione, in linea di principio compatibile, non si traduca poi, in realtà, in una sovvenzione illecita.

Anche nel caso in cui, tuttavia, il finanziamento sia riconosciuto come aiuto vietato, potrà essere dichiarato compatibile, ai sensi dell'art. 87 par. 3, lett. *a.*, *b.*, *c.* (ovvero dell'art. 86, par. 2) in considerazione di alcuni elementi e, in particolare: della rispondenza dell'infrastruttura a un chiaro obiettivo di interesse generale; della necessità e proporzionalità dell'infrastruttura rispetto all'obiettivo perseguito; della compatibilità e prospettiva di sfruttamento della stessa in relazione anche alle strutture già esistenti; del valore della struttura come bene accessibile a tutti in modo non discriminatorio; dell'assenza di ostacoli al libero esplicarsi degli scambi comunitari.

Le sovvenzioni prese in considerazione dalla Commissione riguardano non solo la fase di installazione delle strutture aeroportuali, come appena analizzato, ma anche lo sfruttamento delle medesime e i servizi offerti negli aeroporti.

Quanto al primo aspetto, la Commissione introduce una disciplina molto rigorosa: pur ribadendo, infatti, che gli operatori aeroportuali, al pari di qualsiasi impresa, dovrebbero sostenere autonomamente i costi connessi anche alla gestione e manutenzione delle infrastrutture, la Comunicazione stabilisce alcune condizioni di ammissibilità degli aiuti per tali fattispecie.

La parte più decisamente innovativa della Comunicazione è, tuttavia, quella che riguarda gli aiuti all'avviamento, consentiti nell'ambito aeroportuale solo a fronte di alcune tassative condizioni.

Il titolo terzo della Comunicazione, ad essi interamente dedicato, desta

certamente il maggiore interesse dell'interprete, anche per essere quello più direttamente legato alla decisione *Ryanair*, poiché delinea un quadro regolamentare preciso proprio per ipotesi del tutto analoghe a quella sanzionata dalla Commissione.

Se dovessimo riassumere, al di là delle singole condizioni imposte, i principi generali che attendono a tale casistica, potremmo affermare che, ai termini del provvedimento, il finanziamento all'apertura di linee aeree è consentito solo temporaneamente, per l'apertura di nuovi collegamenti o nuove frequenze, esclusivamente dagli aeroporti regionali e al solo fine del recupero della redditività delle strutture stesse.

In un'ottica di equilibrio del sistema dei trasporti comunitari la Commissione afferma l'illiceità degli aiuti che favoriscano i grandi aeroporti ovvero quelli destinati ad attivare collegamenti che corrispondano a linee ferroviarie ad alta velocità; inoltre, la disciplina subisce una considerevole attenuazione, in particolare in relazione a intensità e durata dell'aiuto, nel caso delle regioni ultraperiferiche, in ottemperanza alla generica maggiore flessibilità nella applicazione della normativa comunitaria a tali territori in ragione delle loro specificità.

La Comunicazione impone, nel dettaglio, una serie di condizioni che devono ricorrere per scriminare il sovvenzionamento diretto all'apertura di nuovi collegamenti, che è opportuno, ai fini della presente disamina, richiamare e schematizzare brevemente. In particolare, i beneficiari possono essere solo vettori comunitari, così come definiti dal regolamento n. 2407 del 1992; i soli collegamenti finanziabili saranno quelli in partenza da un aeroporto regionale comunitario di categoria "c" o "d" e a destinazione di un altro aeroporto dell'Unione (anche non regionale); i collegamenti dovranno riguardare nuove rotte o nuove frequenze e dovrà essere dimostrato un effettivo incremento di passeggeri; gli aiuti dovranno avere durata limitata ed essere decrescenti; il finanziamento dovrà riguardare i soli costi effettivamente necessari all'avviamento del collegamento; l'aiuto deve avere una durata massima di tre anni, con il 50% delle spese ammissibili per anno e il 30% massimo in media delle spese ammissibili elevato a cinque anni per le regioni ultraperiferiche o svantaggiate; la compagnia deve impegnarsi in ogni caso a svolgere il servizio per un tempo molto superiore; deve essere chiaro il rapporto tra finanziamento e incremento di passeggeri e traffico; deve essere presentato un piano economico-finanziario sulla redditività della linea; le linee finanziate devono essere pubblicizzate annualmente; devono essere previsti meccanismi di ricorso.

È del tutto evidente come non solo la normativa già emanata in materia di aiuti all'aviazione, ma anche i principi maturati nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria abbiano fortemente influenzato la Commissione nella individuazione delle regole in materia di sovvenzionamento alle rotte.

Pur nella considerazione che si tratta di condizioni molto rigorose, che



susciteranno le osservazioni più interessanti nella loro applicazione concreta, si possono svolgere, in sintesi, alcuni rilievi.

Il concetto di «nuovo collegamento» è nettamente legato in senso positivo a nuove rotte o frequenze che siano in ogni caso "profittabili" e comportino un aumento di passeggeri; in senso negativo, tali collegamenti non sono attivabili ove comportino uno sviamento di traffico all'interno non solo dello stesso aeroporto, ma anche dello stesso sistema aeroportuale, e persino – possiamo affermare – all'interno dello stesso ambito urbano.

I soli costi ammissibili, chiaramente elencati, e a parere di chi scrive in modo esaustivo, sono quelli di *marketing* e pubblicità, finalizzati a far conoscere il collegamento, mentre sono esclusi i costi di locazione e ammortamento degli aeromobili, il carburante, gli stipendi del personale di volo, gli oneri aeroportuali e i servizi di *catering*, tutte voci riscontrate proprio nel caso *Ryanair*.

Il periodo di concessione della sovvenzione deve essere inteso come periodo massimo, che potrà essere rivisto qualora gli obiettivi di redditività siano raggiunti in termini più brevi: la verifica di tale condizione appare piuttosto complessa.

Molto generico appare poi il punto *h.* delle condizioni imposte, che disciplina la c.d. «attribuzione non discriminatoria», ovvero le modalità di erogazione del finanziamento pubblico: la Comunicazione fa riferimento alla necessità di rendere pubblico il progetto dell'Ente che intenda erogare la sovvenzione e di pubblicizzarlo in modo «sufficiente» a permettere alle compagnie interessate di venirne a conoscenza. I soli parametri che soccorrono l'interprete, nel testo della Comunicazione, sono il riferimento alle regole applicabili in materia di appalti pubblici, ma non vi è dubbio che lo possa essere anche la giurisprudenza dei casi *Manchester* e *Ostenda*<sup>26</sup>, che sul punto costituiscono certamente un utile precedente cui fare riferimento.

Infine, il punto denominato con la lett. *i.*, forse il più rilevante, appare davvero estremamente generico, quasi una mera direttiva, ove impone la pre-

<sup>26</sup> Il c.d. caso «Manchester» (decisione della Commissione, aiuto NN 109/98, *United Kingdom*) fa riferimento ad una decisione della Commissione relativa ad un regime preferenziale accordato dall'aeroporto di Manchester, consistente nella riduzione delle tasse di atterraggio per tutti i vettori che aprissero nuove destinazioni in partenza dallo scalo inglese. Se si analizza il contenuto del provvedimento è di immediata evidenza la non discriminatorietà del sistema di benefici istituito, la durata limitata dello stesso, individuata in due anni, e, infine, la pubblicizzazione ai fini della massima fruizione del medesimo, al fine della più ampia realizzazione dell'obiettivo del provvedimento, ovvero lo sviluppo di nuove rotte, tutti elementi che hanno indotto la Commissione a non sollevare obiezioni; il secondo caso richiamato è relativo ad un programma di misure di promozione avviato dalla Regione Fiamminga a favore dell'Aeroporto di Ostenda, consistente, tra l'altro, nell'investimento di una somma, utilizzata principalmente per pagare inserzioni pubblicitarie nei cataloghi del *tour operator* Sunnair; il caso è relativo ad attività di pubblicità pura e la Commissione non ha sollevato obiezioni sulla misura, ritenendo trattarsi di un mero rimborso dei costi sostenuti per la campagna pubblicitaria nonché di un programma fortemente pubblicizzato e rivolto a tutti gli operatori comunitari, pertanto non discriminatorio; si confronti la decisione della Commissione del 21 gennaio 1998, concernente gli aiuti accordati dalla Regione Fiamminga alla compagnia Air Belgium e al Tour Operator Sunnair per la frequenza dell'aeroporto di Ostenda, in *Guce* n. L 148 del 19 maggio 1998.

sentazione di un piano di redditività alle compagnie che intendano proporre servizi, salvo lasciare il piano totalmente privo di contenuti anche minimi.

#### 4. Conclusioni

Volendo trarre alcune conclusioni di carattere generale, possiamo affermare che si deve ritenere certamente pregevole, da un lato, l'adozione di un provvedimento destinato a disciplinare fattispecie attualmente del tutto sfornite di parametri legislativi *ad hoc*.

Sebbene, infatti, il caso *Ryanair*, anche per essere stato, a tutti gli effetti, il *leading case* in materia, abbia ottenuto maggiore richiamo, si deve osservare che il contenzioso in tema di aiuti di Stato al settore aeroportuale è attualmente molto ampio, in conseguenza dello sviluppo economico di tale segmento del mercato *aviation*, del processo di privatizzazione ormai avanzato e del carattere sempre più commerciale che gli aeroporti stanno assumendo.

E altrettanto interessante – e più conforme all'assetto attuale del settore aviazione comunitario – ci pare l'uscita della politica in materia di infrastrutture aeroportuali dall'alveo delle misure nazionali estranee al sindacato in materia di aiuti: non si può oggi immaginare di sottrarre tale tipologia di investimenti al controllo in materia di aiuti, anche in considerazione dell'assetto imprenditoriale ormai assunto dagli aeroporti comunitari.

Al di là dello sforzo di offrire un quadro normativo per gli aiuti anche in materia aeroportuale, tuttavia, la Comunicazione non pare sia riuscita a delineare un quadro sufficientemente preciso: infatti i richiami effettuati a norme generali in materia di aiuti di Stato non trovano – come abbiamo avuto modo di osservare – precisazioni in riferimento al mercato dell'aviazione, come invece era accaduto nella Comunicazione del 1994.

Non ci si può esimere dall'osservare, poi, come la Commissione abbia inteso lo sviluppo del settore aeroportuale comunitario esclusivamente sotto il profilo dello sviluppo regionale e abbia volutamente esteso la possibilità di attivare con favore collegamenti dagli aeroporti minori a tutte le tipologie di vettori comunitari.

In sostanza, come già accaduto con la decisione *Ryanair*, il tema relativo ai vettori *low cost* resta decisamente in secondo piano e, in ogni caso, la Comunicazione non sancisce un legame netto tra compagnie *low cost* e sviluppo degli aeroporti regionali.

Inoltre, le condizioni imposte dalla Commissione in materia di finanziamento agli aeroporti paiono davvero estremamente rigorose e generiche al contempo, ma anche poco percorribili in un settore non ad alto rendimento economico.

Ci pare per di più che il provvedimento non sia chiarissimo nell'imposizione dell'obbligo di notifica e lasci spazio ad interpretazioni contrastanti, comportando la necessità, proprio per la sua genericità, di invitare a comuni-

care ogni tipologia di intervento.

Pare quindi evidente una forte intensificazione del monitoraggio della Commissione sul settore aeroportuale, anche sotto il profilo discrezionale della valutazione dell'opportunità di collegamenti aerei ove esistano collegamenti ferroviari comparabili per tempo di trasporto.

Possiamo affermare, quindi, che sebbene sia stato fatto un importante passo nella direzione di delineare un quadro preciso in materia, i contenuti del provvedimento esaminato paiono, ad una prima lettura, molto generici e imprecisi. Non sono state incluse, a nostro avviso, valutazioni *ad hoc* sulle caratteristiche tipologiche, anche economiche, del settore aeroportuale: ad esempio in riferimento alle soglie di redditività, ovvero al legame tra sviluppo territoriale e aeroporto. Infine, il tema dei vettori *low cost* non ottiene neppure in questo provvedimento un adeguato approfondimento e resta chiara la posizione della Commissione che non intende discostarsi dal suo tradizionale orientamento, dimostrandosi riluttante a ritenere che i vettori a basso costo necessitino di norme speciali, specie in rapporto al tema dello sviluppo regionale.

**Cristina Pozzi\***

\* Professore a contratto di Diritto comunitario dei trasporti J. M. / Università degli Studi di Parma; avvocato in Parma.



## **CONTROLLO DELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO**

### **Ventiquattresima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2006)\***

#### **1. Introduzione**

Nell'esercizio della propria funzione di custode dei trattati, la Commissione garantisce e controlla l'applicazione uniforme del diritto comunitario da parte degli Stati membri a norma dell'art. 211 del Trattato CE. A norma dell'art. 226 del Trattato CE la Commissione può avviare un procedimento contro lo Stato membro che abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del Trattato, ad esempio adottando o mantenendo disposizioni legislative o regolamentari contrarie al diritto comunitario.

Il Libro bianco sulla *governance* europea<sup>1</sup>, pubblicato dalla Commissione nel 2001, sottolinea che la responsabilità primaria dell'applicazione del diritto comunitario spetta alle amministrazioni e ai tribunali nazionali degli Stati membri. Il principale obiettivo dei procedimenti di infrazione è ottenere che lo Stato membro si conformi quanto prima di sua iniziativa al diritto comunitario. La Commissione si è inoltre adoperata al fine di migliorare la cooperazione con gli Stati membri mediante metodi complementari o vie alternative per risolvere i problemi.

La ventiquattresima relazione annuale, compresi i documenti di lavoro allegati (contributi dei servizi della Commissione (SEC(2007) 975) e allegati statistici (SEC(2007) 976)), presenta un rendiconto delle attività della Commissione connesse al controllo dell'applicazione del diritto comunitario nel 2006.

#### **2. L'allargamento dell'Unione e la notifica delle misure di recepimento delle direttive**

*(Omissis)*

#### **3. I procedimenti di infrazione**

Il volume complessivo di procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione è diminuito leggermente, passando da 2653 nel 2005 a 2518 nel 2006. Al 31 dicembre

\* Bruxelles, 17 luglio 2007 COM(2007) 398 definitivo. [Sec(2007) 975] [Sec(2007) 976]. In argomento v. *infra*, p. 575 ss., il commento di PIETRO TROLANIELLO.

<sup>1</sup> La *governance* europea – Un libro bianco (COM(2001) 428).

2006, erano in corso 1642 procedimenti sui 2518 registrati. Anche il numero di denunce registrate è lievemente diminuito, passando da 1154 nel 2005 a 1049. Le denunce rappresentano il 41,7% del numero complessivo di infrazioni individuate nel 2006. Il numero di procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione sulla base delle indagini da essa svolte è aumentato da 433 nel 2005 a 565 nel 2006 (24%) nell'UE a 25.

Per i 25 Stati membri il numero di procedimenti per mancata comunicazione delle misure di recepimento è diminuito del 16% rispetto all'anno precedente, passando da 1079 a 904. Ciò è dovuto in parte a due fattori: da un lato, la riduzione del numero di direttive con termine di recepimento nell'anno (da 123 nel 2005 a 108) e, dall'altro, un aumento delle notifiche da parte degli Stati membri entro i termini fissati.

Il tempo medio impiegato per trattare tutti i casi di infrazione nel periodo compreso tra il 1999 e il 2005, calcolato dalla registrazione dei casi nel periodo indicato all'invio della lettera alla Corte di giustizia a norma dell'art. 226 del Trattato CE, è stato di 20,5 mesi rispetto ai 24 mesi del periodo 1999-2002. Il tempo medio impiegato per trattare i casi basati su una denuncia e i casi individuati *ex officio* dai servizi della Commissione è stato di 28 mesi rispetto ai 35 mesi per il periodo 1999-2002. Per quanto riguarda le infrazioni determinate dalla mancata notifica delle misure nazionali di recepimento delle direttive, il tempo trascorso è stato in media di 14,5 mesi rispetto ai 15 mesi per il periodo 1999-2002.

In seguito all'adozione della comunicazione rifiuta SEC(2005)1658 della Commissione, del 12 dicembre 2005, sull'applicazione dell'art. 228 del Trattato CE, si sta procedendo a controllare con maggiore frequenza i casi di infrazione caratterizzati dalla continua mancata esecuzione di una sentenza della Corte. Verso la fine del 2006 è stata osservata una tendenza all'aumento dei casi sottoposti alla Corte a norma dell'art. 228. La Corte è stata adita una seconda volta in dieci casi, per due dei quali il ricorso è stato poi ritirato in seguito alla ricezione delle misure di recepimento necessarie.

#### **4. Attuazione della comunicazione della Commissione sul miglioramento nel controllo dell'applicazione del diritto comunitario COM(2002)725**

*(Omissis)*

#### **5. Infrazioni attinenti alle petizioni presentate al Parlamento europeo**

*(Omissis)*

#### **6. Sviluppi salienti per settore di attività della Commissione**

Qui di seguito sono esposti i fatti più salienti suddivisi per settore.

Nel settore dell'*agricoltura* la Commissione ha perseguito due grandi obiettivi: l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei prodotti agricoli e l'applicazione effettiva e corretta della normativa agricola. Sono stati adottati provvedimenti per eliminare i tradizionali ostacoli alla libera circolazione dei prodotti agricoli.

La Commissione ha inoltre rammentato agli Stati membri l'obbligo di trasmette-

re relazioni annuali su tutti i regimi di aiuti di Stato esistenti nel settore agricolo e ha adottato misure per garantire l'ottemperanza alle sentenze della Corte al riguardo.

Nel settore della *politica della concorrenza* l'obiettivo prioritario nel 2006 è stato il controllo del recepimento della direttiva relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica nonché della direttiva sulla trasparenza. La Commissione ha analizzato una serie di presunte infrazioni sotto il profilo del combinato disposto degli artt. 86 e 82 del Trattato CE, nonché dell'art. 31, e ha condotto inchieste sulla mancata conformità a una decisione della Commissione a norma dell'art. 21 del regolamento sulle concentrazioni.

Nel settore *dell'istruzione e della cultura* sono ancora numerosi gli ostacoli che impediscono la libera circolazione degli studenti all'interno dell'UE. Poiché le competenze dell'UE in materia sono limitate, tali ostacoli alla mobilità spesso non costituiscono un'infrazione al diritto comunitario. Nell'ambito del riconoscimento accademico delle qualifiche l'UE può intervenire solo nei casi di discriminazione per motivi di nazionalità. Gli ostacoli incontrati sono spesso di natura amministrativa, come la durata o i costi delle procedure di riconoscimento. Tali casi sono seguiti assai attentamente a causa della loro incidenza sulla libera circolazione degli studenti. Nel 2006 sono stati avviati due procedimenti di infrazione. Nel primo caso, dopo aver ricevuto un parere motivato, lo Stato membro interessato (Grecia) ha modificato la propria legislazione. Nel secondo, un parere motivato è stato inviato al Portogallo all'inizio del 2007.

Per quanto riguarda l'accesso all'istruzione, in cui si applica il principio della non discriminazione per motivi di nazionalità, il 2006 ha messo in evidenza una nuova difficoltà legata alla diversa organizzazione dei sistemi di istruzione negli Stati membri. In Austria e in Belgio l'applicazione del principio della parità di trattamento ha comportato un notevole incremento del numero di studenti dell'Unione europea nei sistemi di istruzione superiore, dal momento che questi Stati membri applicano una politica di libero accesso all'istruzione superiore per i propri cittadini, al contrario di Stati membri vicini, come la Germania e la Francia, che applicano rigidamente il numero chiuso in alcune discipline. Tale situazione ha spinto l'Austria e il Belgio ad adottare sistemi di quote discriminatorie per l'iscrizione degli studenti stranieri alle loro università. Tale diversità di trattamento risulterebbe accettabile solo se basata su considerazioni oggettive indipendenti dalla nazionalità degli studenti interessati e proporzionate all'obiettivo legittimo delle disposizioni nazionali, ma questo resta ancora da dimostrare. Questi casi rivestono una particolare importanza giuridica e politica al fine di garantire la libera circolazione e la parità di trattamento nel campo dell'istruzione superiore.

Nel settore dell'*occupazione* le infrazioni coprono l'intera gamma dei criteri di priorità enunciati nella comunicazione del 2002.

Da un lato, una serie di casi riguarda la presunta cattiva applicazione di articoli del Trattato e/o di norme del diritto derivato (cioè di disposizioni dei regolamenti) nel campo della sicurezza sociale e della libera circolazione dei lavoratori. Dall'altro lato, le infrazioni nel campo del diritto del lavoro, della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro nonché quelle in materia di non discriminazione (direttive ex art. 13 CE, il cui termine di recepimento scadeva nel 2003) riguardano principalmente la mancata comunicazione delle necessarie misure nazionali di recepimento o un rece-

pimento scorretto. Le infrazioni in materia di parità di trattamento tra uomini e donne derivano soprattutto da problemi di non conformità (segnalati in genere da denunce individuali, interrogazioni scritte o petizioni). In tutti i settori interessati i casi di mancata esecuzione da parte di uno Stato membro di una sentenza della Corte di giustizia europea sono stati seguiti, ove necessario, in maniera sistematica.

Per quanto riguarda il ricorso degli Stati membri dell'UE-15 e dell'UE-25 alle clausole di salvaguardia previste nelle disposizioni transitorie dei trattati di adesione per la libera circolazione dei lavoratori migranti e altre questioni correlate, sono state esaminate le legislazioni nazionali pertinenti.

Nel settore delle *imprese* e dell'*industria* l'obiettivo principale consiste nel garantire il mercato interno dei beni.

Oltre ad assicurare l'attuazione della legislazione esistente mediante procedimenti di infrazione a norma degli art. 226 e 228 CE, la Commissione ha continuato a rafforzare la propria azione preventiva grazie alla direttiva 98/34/CE, fornendo interpretazioni e orientamenti per numerosi atti legislativi in fase di progetto. Sono state adottate nuove misure per intensificare la cooperazione con gli Stati membri ai fini del recepimento delle direttive.

Nei procedimenti di infrazione è stata data la priorità ai casi riguardanti la mancata comunicazione delle misure nazionali di recepimento delle direttive, la mancata esecuzione delle sentenze della Corte (art. 228 CE) e alle denunce in merito a problemi strutturali negli Stati membri. La Commissione ha avviato 186 procedimenti di infrazione per omessa comunicazione e 4 procedimenti per mancata esecuzione delle sentenze della Corte.

Nei paesi dell'UE-25 il numero delle denunce indica che l'applicazione delle norme relative al mercato interno dei beni è migliorata. Nel 2006, anche grazie a una serie di interventi proattivi (contatti con gli Stati membri, riunioni pacchetto, rete SOLVIT, comitati, ecc.), sono stati risolti 339 casi. Solo in otto casi la Commissione è stata costretta a deferire lo Stato membro alla Corte di giustizia. Il numero di denunce relative all'attuazione delle direttive è tuttavia aumentato rispetto al 2005.

Per quanto riguarda l'*ambiente*, nel 2006 l'attuazione corretta del diritto comunitario in materia si è confermata un'importante priorità per la Commissione. Il settore dell'ambiente ha rappresentato circa un quinto del numero complessivo di casi oggetto di inchiesta da parte della Commissione per non conformità al diritto comunitario e resta il settore in cui si registra il numero più elevato di procedimenti in corso. Il fatto che, dopo l'adesione di 10 nuovi Stati membri nel 2004, il numero di procedimenti in corso non sia aumentato in misura sproporzionata costituisce un punto positivo.

Nel trattamento delle denunce e delle infrazioni si è data una certa priorità ai casi di recepimento scorretto delle direttive ambientali, nonché a quelli relativi al mancato rispetto degli obblighi secondari fondamentali previsti dalla normativa comunitaria in materia di ambiente, ai problemi sistemici di cattiva attuazione e ai grandi progetti di infrastrutture. I procedimenti per cattiva attuazione rappresentano attualmente una parte considerevole dei procedimenti in corso (17,81%) e delle infrazioni (22,61%). Il numero più elevato di procedimenti aperti si registra nel settore della natura (250), seguito dal settore dei rifiuti (119), acqua (103), valutazione dell'impatto (98) e aria (89), mentre 26 procedimenti riguardano i rimanenti settori.

Nel settore della *pesca* la gestione sostenibile delle risorse marine vive risponde



ad interessi a lungo termine di ordine sociale ed economico.

Nel quadro dell'applicazione delle disposizioni riguardanti la conservazione delle risorse, è stata rivolta particolare attenzione al rispetto delle norme relative al funzionamento dei sistemi nazionali di controllo, al controllo dell'applicazione di misure tecniche di conservazione, alla comunicazione dei dati in materia di cattura e sforzo di pesca, alla capacità della flotta e all'impiego di reti da posta derivanti.

La Commissione ha continuato a impegnarsi per la creazione dell'Agenzia europea per il controllo della pesca.

Nel settore della *società dell'informazione* e dei *mezzi di comunicazione* l'attenzione rivolta all'attuazione del quadro normativo sulle comunicazioni elettroniche si è ora spostata dalle questioni relative al recepimento al pieno rispetto e all'effettiva applicazione in tutti e 25 gli Stati membri e soprattutto all'analisi delle principali preoccupazioni espresse nell'allegato della relazione di attuazione del 2005. I nuovi procedimenti hanno pertanto riguardato la non disponibilità, per i servizi di emergenza, di informazioni sulla localizzazione delle persone che effettuano una chiamata al 112 da un telefono fisso o mobile, il mancato completamento in tempo utile delle analisi di mercato e le disposizioni nazionali in materia di obblighi di trasmissione (*must-carry*). Sono state affrontate anche questioni riguardanti l'indipendenza e i poteri delle autorità nazionali di regolamentazione (ANR), il diritto di ricorso contro le decisioni delle ANR, i diritti di passaggio, la mancanza di offerte di disaggregazione di riferimento, la contabilità dei costi, la portabilità del numero e il finanziamento del servizio universale. Ai fini di una maggiore trasparenza per tutti i soggetti interessati, la Commissione ha continuato a pubblicare comunicati stampa in ciascuna fase dei procedimenti avviati.

Quanto alla politica in materia di mezzi di comunicazione, i principali sviluppi riguardano la revisione della *direttiva sulla televisione senza frontiere*, la cui proposta di modifica è ora oggetto di discussione in sede di Consiglio e di Parlamento. La *direttiva 2003/98/Ce relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico* mira ad agevolare la creazione di servizi basati su documenti del settore pubblico, estesi all'intera Comunità, a promuovere un riutilizzo effettivo, oltre i confini nazionali, dei documenti del settore pubblico al fine di ricavarne servizi a valore aggiunto e, infine, a limitare le distorsioni della concorrenza sul mercato comunitario. La Commissione ha seguito attentamente il processo di recepimento e ha fornito assistenza tecnica al fine di rafforzare il riutilizzo e di agevolare lo scambio di buone pratiche negli Stati membri.

È stata adottata una relazione sull'applicazione della *direttiva relativa alle firme elettroniche*, la quale non è stata oggetto di alcun procedimento di infrazione.

*Servizio giuridico*: nel procedimento relativo allo stabilimento di ritrattamento del combustibile nucleare di Sellafield la Corte ha in parte basato la propria sentenza sull'art. 292 del Trattato CE; si tratta della prima volta che tale articolo è stato invocato ed applicato. La Corte ha dichiarato di disporre di competenza giurisdizionale esclusiva per dirimere le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario e ha statuito che l'Irlanda, intentando un procedimento contro il Regno Unito su questioni essenzialmente di diritto comunitario dinanzi a un tribunale arbitrale previsto dalla Convenzione sul diritto del mare, era venuta meno ai propri obblighi.

Quanto al settore della *giustizia*, della *libertà* e della *sicurezza* nel 2006 sono scaduti i termini per il recepimento di due importanti direttive che accordano diritti

ai cittadini dei paesi terzi in materia di asilo e di immigrazione (direttive 2003/109 e 2004/83). Anche la direttiva 2004/38, una direttiva chiave che consolida ed aggiorna i diritti alla libera circolazione dei cittadini dell'UE e dei loro familiari, doveva essere recepita nel 2006. La Commissione ha adottato una relazione sull'applicazione delle direttive 93/96, 90/364, 90/365 sul diritto di soggiorno degli studenti, delle persone economicamente inattive e dei pensionati cittadini dell'Unione europea.

Un altro elemento importante, scaturito dal programma dell'Aia, è stato l'adozione del primo "quadro di valutazione +". Oltre al controllo del processo di adozione, questa comunicazione esamina per la prima volta, nell'ambito dell'esercizio relativo alle politiche di giustizia, libertà e sicurezza, l'attuazione di queste politiche a livello nazionale.

Per quanto riguarda il *mercato interno*, nel 2006 la Commissione ha intensificato le proprie attività relative all'applicazione del diritto comunitario. L'obiettivo era quello di sviluppare ulteriormente la politica di applicazione, trasformandola in uno strumento strategico volto a promuovere le priorità politiche globali della direzione generale. Gli interventi si sono concentrati sui settori che seguono.

*Seguito dato alla comunicazione del 2002* – È stata proseguita una politica attiva di applicazione dei principi sanciti dalla comunicazione. Riunioni pacchetto e seminari di recepimento sono stati organizzati in diversi settori. Queste iniziative hanno garantito un dialogo preventivo con gli Stati membri e hanno contribuito ad una migliore elaborazione delle misure nazionali di recepimento. La direzione generale responsabile per il mercato interno ha inoltre rafforzato la promozione di SOLVIT quale meccanismo complementare di risoluzione delle controversie.

*Seguito dato alla raccomandazione del 12 luglio 2004 sulle buone prassi in materia di recepimento* – È continuato lo scambio di informazioni con gli Stati membri sull'attuazione di questa raccomandazione. L'inchiesta ha confermato che varie raccomandazioni formulate dalla Commissione erano state prese in considerazione e applicate nell'ambito di concrete iniziative nazionali. Il quadro di valutazione del mercato interno del luglio 2006<sup>4</sup> ha analizzato i risultati e ha concluso che la raccomandazione aveva svolto un ruolo fondamentale nel ridurre il deficit di recepimento nella maggior parte degli Stati membri.

*Definizione delle priorità per i procedimenti di infrazione* – È stata avviata una riflessione su come migliorare l'efficacia e l'efficienza dei procedimenti di infrazione in relazione ai criteri giuridici e di mercato. I procedimenti devono essere maggiormente efficaci (coinvolgimento della gerarchia, trattamento in tempi più rapidi, scelta dell'approccio più appropriato per ogni singolo problema rilevato) al fine di produrre risultati più concreti per le imprese e i cittadini. La riflessione ha condotto all'elaborazione e all'attuazione di una migliore strategia per il trattamento delle denunce e delle infrazioni. Questo nuovo approccio ha introdotto un sistema di valutazione comparativa volto a ricercare più rapidamente soluzioni per i casi importanti. Il nuovo metodo tiene anche maggiormente conto dell'incidenza dei problemi individuati sugli obiettivi chiave della politica del mercato interno. Viene inoltre data la priorità al trattamento delle questioni che ostacolano l'esercizio delle libertà fondamentali o il corretto funzionamento del diritto derivato.

<sup>4</sup> Cfr. [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/score/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/score/index_en.htm).

*Libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi* - Come negli anni passati i principali ambiti di intervento sono stati il distacco dei lavoratori, la mobilità dei pazienti e il rimborso delle spese mediche, l'apertura di farmacie, i giochi d'azzardo, l'autorizzazione delle organizzazioni incaricate del controllo tecnico dei veicoli, l'apertura di negozi, i servizi di certificazione, i servizi privati di sicurezza.

*Politica regionale*: gli aiuti accordati ai programmi dal Fondo europeo di sviluppo regionale o a singoli progetti dal Fondo di coesione si basano sul principio del partenariato e quindi su una stretta collaborazione fra la Commissione e le autorità nazionali (e regionali). Queste ultime sono giuridicamente responsabili della correttezza dei progetti finanziati dai Fondi e garantiscono in particolare la conformità alle politiche comunitarie, come quelle relative all'ambiente o al mercato interno (direttiva sugli appalti pubblici), e ai principi della buona gestione finanziaria.

Nel settore della *salute* e della *tutela dei consumatori* l'attuazione puntuale e corretta del diritto comunitario in materia si è confermata una priorità.

Le ispezioni condotte dall'Ufficio alimentare e veterinario costituiscono la base di una stretta collaborazione con gli Stati membri intesa a conseguire un livello elevato di sicurezza alimentare, salute e benessere degli animali e salute delle piante. La Commissione non ha esitato a prendere provvedimenti nei confronti degli Stati membri che tardano ad applicare i piani d'azione destinati a colmare alcune lacune, che adottano misure inadeguate o nel cui territorio sono stati rilevati gravi rischi per la salute umana o degli animali.

La Commissione ha inoltre adottato tempestivamente misure legislative in merito alla commercializzazione dei prodotti del tabacco.

Nel settore della *politica dei consumatori* la Commissione ha avviato un'analisi approfondita del recepimento di varie direttive al fine di garantire l'applicazione uniforme di una normativa comunitaria che difende adeguatamente gli interessi dei consumatori e la salute e la sicurezza nel mercato unico.

Nel 2006 il numero di procedimenti avviati su iniziativa della Commissione è aumentato notevolmente.

Nel 2006, nel settore della *fiscalità* e delle *dogane*, si è registrata la seguente situazione. Per quanto riguarda la fiscalità, malgrado i buoni risultati in materia di notifica delle misure di recepimento delle direttive e una politica maggiormente proattiva per le infrazioni rilevate con il controllo dell'applicazione del diritto comunitario, le legislazioni nazionali comportano ancora un numero elevato di potenziali infrazioni.

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia di *fiscalità diretta* ha registrato ulteriori sviluppi, il che ha reso necessario un seguito da parte della Commissione. L'attenzione si è concentrata sui pagamenti transfrontalieri dei dividendi e in particolare sulle ritenute fiscali sui dividendi in uscita quando i dividendi versati ai residenti non sono tassati (discriminazione e ostacolo agli investimenti).

In materia di *fiscalità indiretta* la politica proattiva condotta nei riguardi delle infrazioni ha portato all'elaborazione, nel quadro della tassazione delle autovetture, di un piano inteso a individuare le infrazioni e ad avviare all'occorrenza procedimenti di infrazione contro gli Stati membri. Sono stati inoltre avviati alcuni procedimenti di infrazione riguardo all'applicazione di aliquote ridotte dell'IVA e al trattamento fiscale dei servizi postali e sono stati adottati provvedimenti contro gli Stati membri

che impongono prezzi minimi di vendita al dettaglio delle sigarette.

Nel settore dell'*energia* e dei *trasporti* il rapporto tra i casi di omessa comunicazione e gli altri tipi d'infrazione (mancata conformità, cattiva applicazione) è sceso al 35%. Questa tendenza è dovuta agli sforzi compiuti per controllare la conformità delle misure nazionali di recepimento delle direttive, che si sono tradotti nell'invio di un numero elevato di lettere di costituzione in mora (91) e di pareri motivati (53) nei casi di non conformità.

Nel settore energetico è stata verificata la corretta applicazione delle due direttive del 2003 relative al mercato interno dell'elettricità e del gas, fondamentali per l'apertura dei mercati dell'elettricità e del gas nell'UE.

La Commissione ha inoltre potenziato la propria attività nel perseguimento delle infrazioni nel campo del Trattato Euratom mediante azioni relative non solo alla radioprotezione, ma anche ad altri obblighi legati al controllo della sicurezza dei materiali nucleari, alle relazioni esterne e al ruolo dell'Agenzia di approvvigionamento dell'Euratom.

Nel settore dei trasporti si è proceduto ad esaminare la corretta applicazione della direttiva sui pedaggi stradali e il recepimento delle direttive del secondo pacchetto ferroviario. Per quanto riguarda il settore aereo, la Commissione ha adito la Corte nei confronti di uno Stato membro che non ha rispettato la normativa comunitaria sull'istituzione di un'autorità nazionale di sorveglianza nel quadro del cielo unico europeo. Nel settore della sicurezza marittima la Commissione ha continuato a perseguire gli Stati membri che non si sono conformati alla normativa comunitaria sul controllo da parte dello Stato di approdo e sul miglioramento della disponibilità e dell'utilizzo degli impianti portuali di raccolta per i rifiuti prodotti dalle navi e i residui del carico.

Gli Stati membri che non hanno recepito le direttive sull'orario di lavoro degli autotrasportatori e sulla comunicazione degli incidenti legati alla sicurezza nei trasporti aerei sono stati deferiti alla Corte di giustizia.

Nel settore del *personale* e dell'*amministrazione* gli unici due procedimenti di infrazione avviati contro Stati membri sono stati chiusi. Essi riguardavano l'applicazione dello Statuto del personale e in particolare la possibilità per il personale di trasferire i diritti di pensione acquisiti al regime della Comunità.

Nel settore del *bilancio* la Commissione ha assicurato il controllo di tutti i casi in cui la violazione della normativa comunitaria ha comportato un pagamento errato o tardivo di risorse proprie e di altre entrate e ha adito le vie legali quando la corrispondenza preliminare o le discussioni in seno al comitato consultivo per le risorse proprie non hanno permesso di trovare una soluzione al problema.

Nel settore delle *statistiche comunitarie* l'applicazione della normativa comunitaria nel 2006 può essere considerata soddisfacente e non sono stati avviati nuovi procedimenti di infrazione.

Per quanto riguarda l'*allargamento*, la Corte di giustizia è stata adita in merito a un caso di applicazione scorretta dell'accordo di associazione con la Turchia che comporta una discriminazione nei confronti dei lavoratori turchi che intendono prorogare il proprio permesso di residenza.

## IL TRATTAMENTO DELLE DENUNCE ALLA COMMISSIONE EUROPEA PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO

**Sommario:** 1. Breve premessa - 2. Il ruolo delle denunce del cittadino alla Commissione - 3. Le garanzie amministrative del denunciante - 4. Le valutazioni della Commissione in merito alle denunce - 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Breve premessa

Nell'ambito della struttura istituzionale delle Comunità europee la Commissione<sup>1</sup> esercita le proprie funzioni nell'interesse generale ed offre ogni garanzia di indipendenza operando in base a criteri di imparzialità<sup>2</sup>.

Al fine di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato interno<sup>3</sup>, essa vigila sull'applicazione da parte degli Stati membri sia delle disposizioni

<sup>1</sup> Sulla Commissione vedi, *ex plurimis*, U. DRAETTA, *La Commissione delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1974; V. LOUIS - M. WÆLBROECK, *Le Commission au coeur du système institutionnel des Communautés européennes*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1989; E. MOAVERO MILANESI, *La Commissione, funzioni e organizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, p. 1133; G. STROZZI, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 1997, p. 110.

<sup>2</sup> Vedi art. 213 CE il quale recita testualmente: «nell'adempimento dei propri doveri i commissari non sollecitano né accettano istruzioni da alcun governo né da alcun organismo». Ciascuno Stato deve, altresì, rispettare l'indipendenza della Commissione e non cercare di influenzare i suoi membri nell'esecuzione dei propri compiti. Ballarino ritiene che la presenza all'interno della Commissione di un "proprio" commissario costituisce per ogni Stato membro una garanzia del fatto che i suoi interessi sono tenuti in debita considerazione (T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 52).

<sup>3</sup> Il Trattato CE definisce il mercato interno come un mercato in cui le merci e i fattori della produzione possono liberamente circolare e, più precisamente, «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (cfr. art. 14). Alla luce dell'impostazione liberista, il Trattato CE prevede altresì le «regole di concorrenza» al fine di assicurare che la circolazione dei prodotti e dei servizi all'interno del mercato si svolga secondo il libero gioco della concorrenza, non falsato da intese restrittive, da abusi di posizioni dominanti sul mercato o da concentrazioni tra imprese che portino a posizioni dominanti (cfr. artt. 81 ss.). In argomento vedi P. VERLOREN VAN THEMAAT, *The Contributions to the Establishment of the Internal Market by the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities*, in R. BIEBER - R. DEHOUSSE - J. PINDER e J. WEILER (eds.), 1992: *One European Market? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 109; A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo*, Torino, Utet, 1990; L. S. ROSSI, *Il buon funzionamento del Mercato comune*, Milano, 1990; P. PESCATORE, in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 327; A. GIARDINA, *Il mercato interno alla luce dell'Atto Unico*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 279; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2005, p. 379; nonché A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Problematica del diritto delle Comunità europee*, Edizioni de «Il Foro italiano», Roma, 1992, p. 164.

contenute nei Trattati sia di quelle adottate dalle istituzioni (cosiddetto diritto comunitario derivato).

Ed invero, è compito della Commissione accertare e valutare i casi di trasgressione a seguito di un'indagine avviata su iniziativa dei propri servizi, oppure su richiesta di uno Stato membro o, infine, anche a seguito di una denuncia di privati cittadini.

Quando l'istituzione comunitaria ritiene che sia stata commessa un'infrazione, che può consistere tanto in un comportamento attivo (provvedimento legislativo, regolamentare o amministrativo nonché una prassi) che in un'omissione<sup>4</sup>, può far dichiarare l'inadempimento dello Stato facendo così sorgere l'obbligo in capo a quest'ultimo di prendere gli opportuni provvedimenti<sup>5</sup>. Il procedimento ha una struttura bifasica: prima si apre una fase pre-contenziosa e poi vi è un giudizio dinanzi alla Corte di giustizia.

Così, qualora si accerti in via giudiziaria che una norma nazionale sia contrastante con il diritto comunitario, sorge in capo allo Stato l'obbligo di abrogare o modificare tale norma in modo da far cessare l'infrazione. Inoltre, i giudici e le amministrazioni nazionali hanno l'obbligo di non applicare la norma nazionale dichiarata dalla Corte incompatibile con il diritto comunitario<sup>6</sup>.

L'art. 228 CE prevede, altresì, che qualora lo Stato membro non prenda i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta (pur trattandosi, invero, di una sentenza meramente dichiarativa), la Commissione, a seguito di un ulteriore procedimento, può ottenere la condanna dello Stato al pagamento di una somma di danaro<sup>7</sup>.

Il presente lavoro mira ad analizzare il ruolo e le prerogative dei singoli nell'ambito di tale procedura, cosiddetta d'infrazione<sup>8</sup>, con particolare riferi-

<sup>4</sup> La procedura non può tuttavia essere utilizzata per ottenere il rispetto degli obblighi posti agli Stati membri al fine di evitare disavanzi pubblici eccessivi o in caso di mancato adeguamento alle decisioni assunte dal Consiglio in materia (art. 104 CE, par. 9-10). Parimenti la procedura non può essere esercitata nell'ambito dei Titoli I (disposizioni comuni) e V (PESC) del Trattato sull'Unione europea in forza dell'esclusione operata dall'art. 46 TUE.

<sup>5</sup> Cfr. artt. 226 ss. CE. Con riferimento al Trattato CECA la giurisprudenza ha da tempo affermato che l'art. 86 impone allo Stato membro non solo di revocare l'atto legislativo o amministrativo incompatibile con il diritto comunitario, ma anche di riparare gli illeciti effetti che ne possono essere derivati (sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1960 in causa n. 6/60, *Humblet*, in *Raccolta*, 1960, p. 1093, punto 1113).

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., sentenza dell'11 luglio 1989, n. 389, *Provincia di Bolzano*, in *Foro it.*, c. 1076; Corte cost., sentenza del 18 aprile 1991, n. 168, *Giampaoli*, in *Foro it.*, 1992, c. 660 nonché TAR Lazio, sentenza del 21 novembre 1994, n. 1460, in *Repertorio Foro it.*, 1995, voce «Giustizia amministrativa», n. 476.

<sup>7</sup> Autorevole dottrina ritiene che la possibilità della condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria non sia una soluzione del tutto appropriata; in primo luogo, perché di ispirazione internazionalistica e, dunque, non in perfetta sintonia con il tipo di meccanismo di controllo giurisdizionale esistente nel diritto comunitario; in secondo luogo, c'è il rischio che monetizzare l'inadempimento dello Stato potrebbe sortire l'effetto perverso di "tranquillizzarlo" e far permanere l'illecito. Il rimedio naturale dovrebbe essere l'annullamento dell'atto e l'eventuale risarcimento dei singoli (G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 3, p. 288).

<sup>8</sup> In argomento vedi L. FUMAGALLI, *Art. 226-228*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve*

mento al trattamento delle segnalazioni dei cittadini, anche alla luce degli ultimi orientamenti della Commissione contenuti nella relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario<sup>9</sup>.

## 2. Il ruolo delle denunce del cittadino alla Commissione

Come espressamente affermato dalla Commissione, le denunce dei cittadini costituiscono la principale fonte di rilevazione delle violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri.

In tal senso la procedura d'infrazione contribuisce a creare una maggiore partecipazione alla Comunità nell'ambito della quale i cittadini possono giocare un ruolo rilevante per l'applicazione del diritto comunitario<sup>10</sup>.

Ed invero «l'Unione europea non sarebbe un'autentica Unione di diritto, fondata sul diritto e costruita dal diritto, se mancasse un controllo permanente sulla sua osservanza e sulla sua effettiva applicazione da parte degli Stati membri e negli Stati membri stessi»<sup>11</sup>.

Secondo la Tredicesima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario la procedura d'infrazione può essere attivata solo dalla Commissione e gli individui non possono esserne parti né in veste di attori né di convenuti. L'unico obiettivo è, infatti, quello di indurre lo Stato membro a porsi in una situazione di piena conformità con il diritto comunitario<sup>12</sup> e non quello di tutelare il singolo che desidera avvalersi di tale diritto. I singoli hanno altri strumenti dinanzi le autorità e i giudici nazionali che, operando quali giudici di diritto comunitario, possono condannare gli Stati membri inadempienti a risarcire i danni derivanti dalla sua violazione<sup>13</sup>.

*ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 753 ss.

<sup>9</sup> Ventiquattresima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2006), COM (2007) 398 def. del 17 luglio 2007, pubblicata sul sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>10</sup> Cfr. Undicesima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (1993), in *Guce* n. C 154 del 6 giugno 1994, p. 1 ss. nonché Decima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (1992), in *Guce* n. C 233 del 30 agosto 1993, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Tredicesima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (1995), in *Guce* n. C del 14 ottobre 1996, n. 303, p. 1 ss. e P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 1998, p. 373 s.

<sup>12</sup> La Ventiquattresima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, *loc. cit.*, p. 3, afferma espressamente che «il principale obiettivo dei procedimenti di infrazione è ottenere che lo Stato membro si conformi quanto prima di sua iniziativa al diritto comunitario».

<sup>13</sup> Il Libro bianco sulla *governance* europea (COM/2001/0428, def. in *Guce* n. C 287 del 12 ottobre 2001, p. 1, in relazione al quale mi sia consentito il rinvio a Gruppo di lavoro coordinato da M. Fragola e composto, tra gli altri, da P. Troianiello, *Considerazioni sul Libro Bianco della Commissione europea relativo alla governance europea*, reperibile sul sito [www.eu.int/comm/governance/contrib\\_fragola\\_it.pdf](http://www.eu.int/comm/governance/contrib_fragola_it.pdf)), sottolinea che la responsabilità dell'applicazione del diritto comunitario spetta innanzi tutto alle amministrazioni e alle giurisdizioni nazionali degli Stati membri. In tema di tutela dei privati, vedi, tra gli altri, A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, c. 13 ss.

Tuttavia, la denuncia dei privati alla Commissione è uno strumento indispensabile in quanto fonte vitale di informazione per l'attivazione della procedura di infrazione. Infatti, i cittadini sono in grado di fornire le prove di pratiche amministrative contrastanti con il diritto comunitario o di norme in conflitto in aree in cui la Commissione non può rilevarle non avendo poteri di ispezione<sup>14</sup>.

La denuncia è poi uno strumento insostituibile per il cittadino nei casi in cui quest'ultimo non abbia altri mezzi di difesa al di fuori del ricorso alla Commissione.

### 3. Le garanzie amministrative del denunciante

Così come previsto dal Trattato CE, colui che denuncia alla Commissione una presunta violazione del diritto comunitario ha una mera funzione di segnalazione, restando in capo all'istituzione la più assoluta discrezionalità circa l'attivazione della procedura d'infrazione nei confronti degli Stati membri<sup>15</sup>.

Tuttavia, con una Comunicazione<sup>16</sup> del 1999 la Commissione si è impegnata a rispettare determinate formalità amministrative e, in particolare, l'esigenza che l'autore della denuncia venga informato prima di qualsiasi decisione di archiviazione<sup>17</sup>.

Detta Comunicazione prevede inoltre un modulo per la presentazione delle denunce: l'uso del modulo non è obbligatorio, ma serve solo a facilitare la segnalazione delle informazioni pertinenti<sup>18</sup>. La denuncia, infatti, può essere

<sup>14</sup> Vedi, in tal senso, Ventiduesima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2004), COM 2005/570 def. del 23 dicembre 2005 reperibile sul sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Le denunce rappresentano oggi il 41,7% circa del totale delle infrazioni individuate nel 2006.

<sup>15</sup> Cfr. artt. 21 e 226 ss. CE.

<sup>16</sup> Le comunicazioni della Commissione, benché non espressamente elencate all'art. 249 CE tra gli atti vincolanti, possono avere forza cogente. Vedi, in giurisprudenza, tra le altre, sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2002 in causa C-351/98, *Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8031, punto 53, in cui si legge che «la Commissione è vincolata dalle discipline o dalle comunicazioni da essa emanate in materia di controllo degli aiuti di Stato, nei limiti in cui queste non derogano a norme del Trattato». Considerato, inoltre, che quando gli atti diversi da quelli vincolanti di cui all'art. 249 CE conferiscono – come nel caso in esame – diritti o aspettative rilevanti per i singoli, sono da ritenersi vincolanti per le istituzioni (cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 27 febbraio 1992 in cause riunite n. T-79/89, n. T-84/89, n. T-85/89, n. T-86/89, n. T-89/89, n. T-91/89, n. T-92/89, n. T-94/89, n. T-96/89, n. T-98/89, n. T-102/89 e n. 104/89, *Basfe a.*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 315, punto 78) e che la Comunicazione in parola (nonché, per le stesse ragioni, quella successiva del 2002) crea degli obblighi in capo alla Commissione, detto atto è da ritenersi cogente.

<sup>17</sup> Vedi *Guce* n. C 119 del 30 aprile 1999, p. 5.

<sup>18</sup> Oltre ai documenti giustificativi ed agli elementi probanti a sostegno della denuncia (comprese le disposizioni nazionali pertinenti) è opportuno, tra l'altro, segnalare i contatti eventualmente già presi con le autorità nazionali a livello centrale, regionale o locale allegando possibilmente copia della corrispondenza intercorsa nonché le azioni e/o ricorsi dinanzi ai tribunali nazionali allegando le relative eventuali decisioni. Ed invero la Commissione nella Comunicazione consiglia di avvalersi degli strumenti di tutela previsti nell'ordinamento interno prima di presentare una denuncia alla luce dei vantaggi che possono derivare al denunciante. Si osserva, tuttavia, che in taluni



presentata con lettera semplice, per posta (nella Comunicazione si indica anche l'indirizzo a cui deve essere spedita) o a mani, presso uno degli uffici di rappresentanza della Commissione negli Stati membri, anche se oggi il sistema più rapido ed efficiente è sicuramente la posta elettronica<sup>19</sup>.

La Comunicazione del 1999, nello specificare le garanzie amministrative che l'istituzione comunitaria deve prevedere a favore dell'autore della denuncia, ha stabilito che una volta ritenuta ricevibile la segnalazione, la Commissione invia una lettera attestante la ricezione e, "nei limiti del possibile", decide sul merito della pratica (avvio del procedimento o archiviazione) entro i dodici mesi successivi dalla data di registrazione della denuncia presso il proprio segretariato generale.

Nel caso in cui il servizio competente<sup>20</sup> intenda proporre alla Commissione l'archiviazione, ne deve informare previamente il denunciante, mentre, in caso di apertura della procedura, quest'ultimo deve essere tenuto informato dell'andamento del procedimento.

Tale sistema però non è stato ritenuto sufficientemente idoneo a tutelare i diritti del denunciante<sup>21</sup> e così la Commissione ha pubblicato nel 2002 una ulteriore Comunicazione<sup>22</sup> che costituisce un vero e proprio testo unico con tutte le norme procedurali da applicarsi ai rapporti con l'autore della denuncia nel quadro del procedimento per inadempimento<sup>23</sup>.

È stata così espressamente riconosciuta al singolo la facoltà di presentare una denuncia senza dover dimostrare un interesse ad agire né dover provare che l'infrazione denunciata lo riguarda a titolo principale e in forma diretta<sup>24</sup>.

casi, ad esempio in caso di leggi (sia nazionali che regionali) confliggenti con il diritto comunitario, gli strumenti interni non possono ottenere gli effetti (abrogazione, modifica) che la procedura d'infrazione è in grado di ottenere.

<sup>19</sup> È ammesso l'invio della denuncia tramite procuratore e l'elezione di domicilio presso quest'ultimo. La Comunicazione della Commissione del 2002, su cui ampiamente *infra* nel testo, specifica all'art. 5 del relativo Allegato che le denunce possono essere inviate per lettera, telecopia o messaggio elettronico (si indica l'indirizzo e-mail a cui vanno inviate).

<sup>20</sup> La Commissione è suddivisa in Direzioni Generali con i relativi servizi in rapporto alle diverse competenze.

<sup>21</sup> Il Mediatore europeo, che ai sensi degli artt. 21 e 195 CE ha il compito di indagare sui casi di cattiva amministrazione delle istituzioni comunitarie, nel 2001 ha sollevato invero rilievi critici nell'atto di archiviazione della denuncia *P.S. Emfietzoglou / Macedonian Metro Joint Venture*, rif. 995/98/OV.

<sup>22</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al mediatore europeo relativa ai rapporti con gli autori di denunce in materia di violazioni del diritto comunitario, COM (2002) def. 141, in *Guce* n. C 244 del 10 ottobre 2002, p. 5.

<sup>23</sup> Tali norme non sono, pertanto, applicabili alle denunce relative ad altre disposizioni dei Trattati, come quelle in materia di aiuti di Stato. In tema di aiuti di Stato vedi, tra gli altri, G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000 nonché E. TRIGGIANI, *I poteri di controllo della Commissione sugli aiuti alle imprese pubbliche*, in *Riv. dir. eur.*, 1990, p. 489.

<sup>24</sup> In realtà, tale previsione, in linea con le norme del Trattato CE in tema di procedura d'infrazione, era già contenuta nella Comunicazione del 1999.

Peraltro, è possibile utilizzare una delle lingue ufficiali dei Paesi membri<sup>25</sup> e non occorre sostenere alcuna spesa<sup>26</sup>.

In base alla Comunicazione del 2002 non tutte le comunicazioni destinate alla Commissione ed intese a denunciare violazioni del diritto comunitario costituiscono una "denuncia". Ed invero, non possono essere esaminate come tali e non vengono iscritte nel relativo registro centrale le comunicazioni anonime o che rechino addebiti in ordine ai quali la Commissione ha già assunto una posizione chiara e costante, la quale, comunque, viene comunicata all'autore della segnalazione<sup>27</sup>.

Una volta ricevuta la comunicazione, la Commissione<sup>28</sup> ne accusa ricevuta entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione e, qualora i servizi della Commissione decidano di non registrare la segnalazione come denuncia, ne danno idonea comunicazione all'autore precisandone i motivi.

In caso di mancata ricezione di detta comunicazione o, comunque, in ogni fase del procedimento, il cittadino-denunciante può ottenere idonee informazioni dalla Commissione. Infatti, ai sensi del cosiddetto Codice di buona condotta amministrativa, detta istituzione deve dare riscontro alle richieste inoltrate dai cittadini entro 15 giorni lavorativi dalla ricezione delle medesime<sup>29</sup>.

Nel caso in cui la comunicazione venga registrata come denuncia, la Commissione invia una ricevuta supplementare entro un mese dalla prima ricevuta<sup>30</sup> e il denunciante ha diritto ad essere informato per iscritto dopo ogni successiva decisione dell'istituzione comunitaria in merito alle varie fasi della procedura d'infrazione, compresa l'eventuale archiviazione<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Il denunciante ha altresì diritto di ricevere la risposta nella stessa lingua (cfr. art. 21 CE).

<sup>26</sup> Vedi art. 2, comma 1, dell'Allegato alla citata Comunicazione della Commissione del 2002.

<sup>27</sup> Cfr. art. 3, Allegato alla Comunicazione del 2002 che elenca le motivazioni delle esclusioni.

<sup>28</sup> In particolare, è il segretariato generale della Commissione il servizio competente.

<sup>29</sup> Il Codice di buona condotta amministrativa del personale della Commissione europea nei suoi rapporti con il pubblico è allegato alla Decisione della Commissione del 17 ottobre 2000 recante modificazione del suo regolamento interno, in *Guce* n. L 267 del 20 ottobre 2000, p. 63. In materia di procedimenti di infrazione, in base alla Comunicazione del 2002 (art. 13 del relativo Allegato), si applicano inoltre le norme in tema di accesso ai documenti della Commissione di cui al Regolamento Ce n. 1049/2001 del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (in *Guce* n. L 145 del 31 maggio 2001, p. 43) attuato con le disposizioni contenute in allegato alla decisione 2001/937/Ce, Ceca, Euratom della Commissione del 5 dicembre 2001 che modifica il suo regolamento interno (in *Guce* n. L 345 del 29 dicembre 2001, p. 94). In tema di accesso ai documenti della Commissione mi sia consentito il rinvio a P. TROIANELLO, *Limiti applicativi del diritto di accesso ai documenti della Commissione europea*, in questa *Rivista*, 1998, p. 383 nonché P. PIRODDI, *Art. 255*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 872.

<sup>30</sup> Cfr. art. 4, comma 2, dell'Allegato alla Comunicazione del 2002.

<sup>31</sup> Le decisioni della Commissione in materia di infrazioni sono pubblicate entro otto giorni dalla loro adozione sul sito *internet* del segretariato generale e alcune fasi, tra cui la presentazione del ricorso alla Corte di giustizia, possono, quando la Commissione lo reputi opportuno, essere rese note mediante un comunicato stampa (art. 12, Allegato alla Comunicazione del 2002).

Di assoluto rilievo è la facoltà per l'autore della denuncia di illustrare o precisare ai servizi della Commissione anche presso i loro uffici, in qualsiasi fase del procedimento, gli elementi contenuti nella denuncia (art. 7, comma 3, Allegato alla Comunicazione del 2002).

Per quanto attiene alla durata dell'esame la Commissione deve decidere se attivare o meno la procedura d'infrazione entro un anno dalla registrazione della denuncia e, qualora superi detto termine, deve dare informazioni in merito al denunciante che ne abbia fatto richiesta<sup>32</sup>.

Particolarmente significative sono le garanzie del singolo in caso di archiviazione. Infatti, qualora il servizio competente intenda proporre al collegio della Commissione l'archiviazione, ne informa preliminarmente il denunciante esponendone le ragioni e invitandolo a presentare osservazioni entro quattro settimane.

Se egli non risponde o le sue osservazioni non inducono il servizio a riconsiderare il proprio orientamento, viene proposta l'archiviazione della pratica dandone idonea comunicazione (art. 10, Allegato alla Comunicazione del 2002).

Per le denunce che non abbiano dato luogo ad alcuna contestazione formale nei confronti dello Stato membro (costituzione in mora) è altresì previsto un procedimento di archiviazione semplificato – cioè senza l'esame da parte del collegio della Commissione – nel caso in cui risulti evidente che la denuncia è priva di fondamento o carente di prove<sup>33</sup>. Anche in questo caso la Commissione deve dare idonea comunicazione all'autore della denuncia.

#### 4. Le valutazioni della Commissione in merito alle denunce

Fino alla metà degli anni '70 l'atteggiamento della Commissione era quello di evitare, per quanto possibile, l'instaurazione della procedura d'infrazione nei confronti degli Stati membri e i privati che invitavano a perseguire una palese violazione del Trattato spesso constatavano l'inerzia dell'istituzione<sup>34</sup>.

Successivamente si è passati ad un uso "generalizzato" della procedura<sup>35</sup> ed oggi la Commissione valuta se dare seguito o meno alla denuncia in base a

<sup>32</sup> Vedi art. 8, Allegato alla Comunicazione del 2002.

<sup>33</sup> In realtà, la Comunicazione del 2002 (art. 11 del relativo Allegato) prevede che si possa applicare la procedura semplificata anche nel caso in cui l'autore della denuncia non manifesti più alcun interesse al proseguimento della pratica. Tuttavia, non sembra che la fattispecie possa concretizzarsi, dato che dopo la presentazione della denuncia, affinché questa venga debitamente vagliata dalla Commissione, l'autore non deve dare alcun ulteriore impulso alla pratica.

<sup>34</sup> Sul punto vedi T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 2, p. 138.

<sup>35</sup> Cfr. H. RASMUSSEN, *La Corte di giustizia*, in COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Trent'anni di diritto comunitario*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1983, p. 175 che indica l'anno 1977 come momento di svolta con il passaggio dall'uso "parsimonioso" ad uno "generalizzato" della procedura d'infrazione.

regole e priorità da se medesima stabilite<sup>36</sup>. Ed invero, essa si astiene dall'avviare un procedimento su segnalazione dei privati in mancanza di violazioni sostanziali e quando l'inadempimento sia venuto meno al momento in cui esamina il caso, anche se ciò, tuttavia, comporta che lievi ritardi nell'adempimento di obblighi oppure divergenze di contenuto ritenute di scarso rilievo vengono di fatto tollerati<sup>37</sup>.

Alla luce di tale discrezionalità della Commissione in ordine all'attivazione della procedura, la Corte di giustizia ha negato al denunciante sia la possibilità di esperire il ricorso per annullamento di cui all'art. 173 CE contro il rifiuto dell'istituzione di iniziare la procedura<sup>38</sup> sia quella di agire con il ricorso in carenza per farne dichiarare l'illegittima inerzia<sup>39</sup>.

Infatti, posto che nella procedura d'infrazione non vi è alcun atto indirizzato al singolo che sia vincolante<sup>40</sup> il singolo non è titolare di un diritto nei confronti della Commissione.

La dottrina ha peraltro evidenziato che l'ampia discrezionalità lasciata alla Commissione potrebbe non essere in sintonia con l'obiettivo di garantire un'efficace repressione delle violazioni del diritto comunitario e, in tale prospettiva, il rifiuto dell'istituzione comunitaria di attivare una procedura d'infrazione su denuncia dei singoli richiederebbe un onere di adeguata motivazione della decisione<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. Nota esplicativa al formulario per le denunce da presentare alla Commissione europea, in *Guce* n. C 119 del 30 aprile 1999, p. 7.

<sup>37</sup> Cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 46.

<sup>38</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 1° marzo 1966 in causa n. 48/65, *Lütticke*, in *Raccolta*, 1966, p. 27 e del 23 maggio 1990 in causa n. C-72/90, *Asia motor France*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2181.

<sup>39</sup> Cfr., *ex plurimis*, ordinanze del Tribunale di primo grado del 14 dicembre 1993 in causa n. T-29/93, *Calvo*, in *Raccolta*, 1993, II, p. 1389 e del 19 febbraio 1997 in causa n. T-117/96, *Intertronic*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 141. Più di recente il Tribunale di primo grado ha respinto anche la domanda ex art. 232, comma 3, CE diretta a far constare l'inerzia della Commissione nei confronti della Spagna per non aver attivato la procedura di cui all'art. 7 Trattato UE per presunta violazione dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto sanciti dall'art. 6, n. 1 Trattato UE (ordinanza del Tribunale di primo grado del 2 aprile 2004 in causa n. T-337/03, *Betelli Galvez*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1041). In dottrina (L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 58 s., nota 84) è stato altresì ipotizzato l'esperimento da parte del privato dell'azione di cui all'art. 235 CE per ottenere il risarcimento del danno che si assuma causato dall'inerzia della Commissione evidenziando al contempo la notevole difficoltà della prova del danno nonché del collegamento tra il mancato promuovimento dell'azione e il danno.

<sup>40</sup> Vedi conclusioni dell'Avvocato Generale Gand del 3 febbraio 1966 in causa n. 48/65, in *Raccolta*, 1966, p. 40. E ciò diversamente da quanto avviene in ambito CECA in cui è stata riconosciuta la possibilità al singolo di esperire il ricorso in carenza al fine di obbligare l'Alta Autorità (sostituita dalla Commissione il 1° luglio 1967 in forza del Trattato del 9 aprile 1965 sulla «fusione degli esecutivi») ad intraprendere una procedura di constatazione d'infrazione da parte degli Stati membri (vedi T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 2, p. 140 nonché sentenze della Corte di giustizia del 23 aprile 1956 in cause riunite n. 7/54 e n. 9/54, in *Raccolta*, 1956, p. 53 e del 23 febbraio 1961 in causa n. 30/59, in *Raccolta*, 1961, p. 3).

<sup>41</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 3, p. 277 s.

Nell'ipotesi in cui a seguito di una denuncia la Commissione non attivi la procedura d'infrazione, il singolo potrà tuttavia agire in giudizio nei confronti del Paese membro inadempiente chiedendo al giudice nazionale di effettuare il rinvio alla Corte di giustizia ex art. 234 CE affinché si pronunci sulla presunta violazione del diritto comunitario.

Preme osservare che tale possibilità, benché riconosciuta espressamente dalla Corte di giustizia sin dal noto caso *Van Gend en Loos*<sup>42</sup>, rimane un mero "espediente"<sup>43</sup>, non solo farraginoso e non certo nell'esito (instaurazione di un giudizio dinanzi al giudice nazionale, accoglimento dell'istanza di rinvio pregiudiziale<sup>44</sup>, sentenza favorevole della Corte), ma che, in alcuni casi, non è risolutivo.

Si pensi al caso in cui un singolo (ad esempio un'impresa) denunci alla Commissione una legge interna palesemente contrastante con la normativa *antitrust*<sup>45</sup> e la Commissione, in forza della propria assoluta ed insindacabile discrezionalità<sup>46</sup>, decida di non dare seguito a tale denuncia. Ebbene, il denunciante potrà solo chiedere il risarcimento dell'eventuale danno subito<sup>47</sup> attraverso l'"espediente" della causa *ad hoc* qualora ricorrano le seguenti circostanze: il comportamento causativo del danno abbia i caratteri della grave e ma-

<sup>42</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 1; del 20 gennaio 1993 in cause riunite n. C-106/90, n. C-317/90 e n. C-129/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 209, punto 40.

<sup>43</sup> Così lo definisce il BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 2, p. 140.

<sup>44</sup> La giurisprudenza ha di recente stabilito che il mancato rinvio ex art. 234 CE del Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza non può essere impugnato ex art. 111 Cost. dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Sez. Unite, sentenza dell'1 giugno 2006, n. 13032) anche se detta omissione può essere fonte di responsabilità extracontrattuale dello Stato nei confronti del singolo (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006 in causa n. 173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177).

<sup>45</sup> Si fa riferimento all'ipotesi in cui una normativa impone alle imprese un comportamento in violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza per il quale è solo lo Stato a risponderne ex art. 226 CE. Tale comportamento, infatti, non può essere sanzionato in base agli artt. 81 e 82 CE mancando il presupposto per l'applicazione di dette norme, cioè l'autonomia di azione all'impresa (cfr., *ex plurimis*, sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1996 in causa n. T-387/94, *Asia Motor*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 961, punti 60-61). In tema di denunce per violazioni della normativa antitrust mi sia consentito il rinvio a P. TROIANELLO, *Le situazioni giuridiche di chi denuncia violazioni antitrust tra diritto comunitario ed il nuovo procedimento amministrativo interno*, in questa *Rivista*, 2006, p. 7.

<sup>46</sup> Vedi sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 1966 in causa n. 48/65, *Lütticke*, cit. supra, nota 38, e ordinanza della Corte di giustizia del 12 giugno 1992 in causa n. C-29/92, *Asia Motor France*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3935.

<sup>47</sup> La giurisprudenza nazionale ha affermato che il rimedio del risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario da parte dello Stato – anche legislatore – possa essere innestato nel nostro sistema di tutela giurisdizionale, ipotizzando tra l'altro, anche la possibilità di interpretare l'art. 2043 c.c. in conformità al sistema comunitario ed in particolare attraverso l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 10 CE (cfr. sent. Trib. Caltanissetta, del 15 settembre 1997, *Di Vincenzo c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 259 ss. nonché sent. Cass., sez. lavoro, dell'11 giugno 1998, n. 5846, *INPS c. Jacobaccio*, in *Foro it.*, 1998, c. 2791).

nifesta violazione della norma comunitaria<sup>48</sup>; quest'ultima sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli e vi sia un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato ed il danno subito dal soggetto leso<sup>49</sup>.

Inoltre, se è pur vero che la sentenza favorevole comporta l'obbligo del giudice e delle amministrazioni nazionali di non applicare la norma interna dichiarata dalla Corte di giustizia incompatibile con il diritto comunitario<sup>50</sup> – ed è, dunque, di assoluto rilievo – dal punto di vista pratico, ciò tuttavia non risolve del tutto le problematiche del singolo. Infatti, attraverso il rinvio pregiudiziale non si perviene ad una sentenza che fa insorgere l'obbligo di eliminare la violazione dello Stato come nella procedura d'infrazione (cfr. art. 228 CE)<sup>51</sup> e, pertanto, il singolo in ogni caso di applicazione pregiudizievole della norma confliggente da parte della amministrazione (si pensi, ma non ci si può invero limitare ad esse, alle amministrazioni locali che spesso non rispettano come dovrebbero il diritto comunitario) avrà l'onere – con tutta l'alea che i giudizi inevitabilmente comportano<sup>52</sup> – di impugnare il provvedimento e gli atti presi in esecuzione o comunque ad esso connessi<sup>53</sup>.

Infine, è pur vero che i denunciati, nel caso in cui ritengano che la denuncia non sia stata opportunamente valutata dalla Commissione, possono rivolgersi al Mediatore europeo<sup>54</sup>, ma – come noto<sup>55</sup> – anche in caso di acco-

<sup>48</sup> La Corte di giustizia ha utilizzato l'approccio internazionalistico dell'imputazione della responsabilità dello Stato unitariamente considerato, quale che sia l'organo (legislatore nazionale o regionale) cui sia in concreto riferibile la violazione (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 maggio 1996 in causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553). Tuttavia, di recente, è stata ipotizzata una responsabilità concorrente dei soggetti pubblici diversi dallo Stato, quali le Regioni (cfr. M. C. CICIRIELLO, *La responsabilità dello Stato e delle Regioni per violazione del diritto comunitario: effettività della tutela delle situazioni giuridiche*, in L. DANIELE (a cura di), *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 221).

<sup>49</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1991 in cause n. C-6 e n. C-9/90, *Francovich*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357; del 5 marzo 1996 in cause n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame III*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029; del 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *British telecom*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631; dell'8 ottobre 1996 in cause riunite n. C-178/94 e n. C-179/94 e da n. C-188/94 a n. C-190/94, *Dillenkofer e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845 nonché del 23 maggio 1996 in causa C-5/94, *Hedley Lomas*, *cit. supra*, nota 48. Su questa giurisprudenza vedi M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente fase della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1997, p. 681 ss.

<sup>50</sup> Vedi sent. Corte cost. del 23 aprile 1985, n. 113, *BECA*, in *Foro it.*, 1985, c. 1600 e del 18 aprile 1991, n. 168, *Giampaoli*, *cit. supra*, nota 6 nonché sent. Corte cass., sezioni unite penali, del 27 marzo 1992, in *Foro it.* 1992, c. 419.

<sup>51</sup> In argomento vedi G. TESAURO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 3, p. 298.

<sup>52</sup> Non mancano, infatti, pronunce nelle quali i giudici interni erroneamente non danno applicazione al diritto comunitario (cfr. sent. Consiglio di Stato, sez. V, dell'1 agosto 2005, n. 4207).

<sup>53</sup> È pur vero che, nel noto caso *Francovich* sopra citato, che riguardava una violazione del legislatore italiano, quest'ultimo ha poi provveduto a far sì che la normativa interna desse applicazione al diritto comunitario nel senso indicato dalla Corte di giustizia, ma di certo la pronuncia *ex sé* considerata non comportava l'insorgenza dell'obbligo di abrogare o modificare la norma interna in modo da far cessare la violazione degli obblighi comunitari.

<sup>54</sup> Cfr. artt. 21 e 195 CE. Nel 1996 il Mediatore europeo (il cui principale compito è di trattare i casi specifici di cattiva amministrazione) ha condotto un'indagine relativa alle procedure d'infrazione e a seguito dei rilievi mossi la Commissione ha cominciato a modificare la sua prassi in modo

glimento del reclamo, non vi può essere condanna per la Commissione ad agire ex art. 226 CE<sup>56</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Per il corretto funzionamento del sistema comunitario nel suo complesso e, in particolare, del mercato interno, è di fondamentale importanza che la Commissione svolga efficacemente la propria opera di vigilanza, in quanto, diversamente, verrebbe meno la certezza che ogni Paese membro adempia senza riserve ai propri obblighi e che ogni violazione del diritto comunitario sia perseguita<sup>57</sup>.

In tale ottica le regole che la Commissione si dà per la valutazione delle denunce non devono essere troppo rigide, né le priorità eccessivamente ridotte<sup>58</sup>.

L'inerzia dell'istituzione comunitaria in merito alle denunce dei singoli che talvolta, *ictu oculi*, potrebbero apparire di poco rilievo, comporta effetti negativi al sistema comunitario nel suo insieme e, in particolare, agli occhi dei cittadini.

Come affermato dalla Corte di giustizia il fatto che la Commissione non promuova nei confronti degli Stati membri ricorsi per infrazione è, infatti, idoneo a corroborare un'opinione erronea circa l'efficacia della norma comu-

da rendere più rapida, semplice e trasparente la gestione dei procedimenti. Sulla mancanza di trasparenza nei confronti dei denunciati vedi, R. MASTROIANNI, *The Enforcement Procedure under Article 169 of the EC Treaty and the powers of the European Commission: Qui custodiet custodes?*, in *European Public Law*, 1995, p. 535; P. KUNZLIK, *The Enforcement of EU Environmental Law: Article 169, the Ombudsman and the Parliament*, in *EELR*, 1997, p. 46.

<sup>55</sup> Il Mediatore, benché debba prevedere mezzi efficaci per riparare torti subiti dai cittadini che hanno visto denegati i loro diritti o che non hanno ricevuto un trattamento amministrativo corretto da parte delle istituzioni o organi comunitari, non ha poteri giurisdizionali.

<sup>56</sup> In tema di denunce per violazioni della normativa *antitrust* la giurisprudenza comunitaria ritiene che il provvedimento di diniego della Commissione possa essere impugnato con un ricorso per annullamento ex art. 230 CE. Peraltro, anche alla luce di tale giurisprudenza, i giudici italiani sembrano aver di recente superato il precedente orientamento riconoscendo la facoltà ai denunciati di impugnare i provvedimenti di mancato avvio di istruttoria da parte dell'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza (cfr. CdS, Sez. VI, sentenza del 18 gennaio 2005, n. 1113).

<sup>57</sup> Cfr. Ventitreesima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2005), COM 2006/0416 def. del 24 luglio 2006 reperibile sul sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Ad ogni modo nessuno Stato può addurre a pretesto una trasgressione compiuta da uno o più Paesi membri per non adempiere ai propri obblighi comunitari non trovando applicazione in ambito comunitario il principio *inadimplenti non est adimplendum* (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1964 in cause riunite n. 90/63 e n. 91/63, *Commissione Cee c. Lussemburgo e Belgio*, *Raccolta*, 1964, p. 1199). E, invero, competenza esclusiva della Commissione gestire le cosiddette clausole di salvaguardia dei trattati, cioè le clausole che in casi eccezionali consentono l'autorizzazione di deroghe alle norme contenute nei trattati (cfr. art. 134 CE).

<sup>58</sup> Ed invero, l'attuale Commissione presieduta da Manuel Barroso, forse anche per tali motivi, è stata ritenuta poco efficace nel suo operato (cfr. *Corriere economia* del *Corriere della sera* del 13 marzo 2006, p. 1, 4-5).

nitaria violata<sup>59</sup>. Tale rischio assume aspetti ancor più rilevanti se si considera che oggetto delle denunce dei singoli riguardano spesso infrazioni relative a materie di particolare interesse per i cittadini quali quelle in tema di parità di trattamento tra uomini e donne<sup>60</sup>.

Purtroppo, di recente si sono registrati diversi segnali che il trattamento delle denunce per violazione del diritto comunitario non operasse nel migliore dei modi e che andasse in qualche modo rivisto.

Il Parlamento europeo ha avvertito la necessità di un accordo interistituzionale che, nell'interesse del cittadino europeo, consenta l'indispensabile coordinamento in materia di denunce. Infatti, talvolta si sono verificati forti disaccordi fra le istituzioni comunitarie relativamente al merito di una denuncia<sup>61</sup> ritenuta fondata dal Parlamento, ma non dalla Commissione<sup>62</sup>.

La stessa Commissione ha affermato che la flessione del numero delle denunce<sup>63</sup> potrebbe essere stata causata, tra l'altro, dalla considerazione dei cittadini secondo cui la procedura d'infrazione sia eccessivamente lenta e non suscettibile di modificare la loro situazione giuridica. Inoltre, ha avvertito la preoccupazione per lo scarso entusiasmo dell'opinione pubblica ed ha ritenuto questo fenomeno dovuto non solo alla assenza di adeguate informazioni, ma anche all'adozione di atti che talvolta si allontanano dalle preoccupazioni dei cittadini<sup>64</sup>.

Tutto ciò si è inserito in uno scenario in cui i singoli hanno dimostrato con la bocciatura dei *referendum* relativi al cosiddetto Trattato costituzionale<sup>65</sup> di sentirsi quantomeno distanti dalla costruzione comunitaria<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne*, in *Raccolta*, 1976, p. 455. In dottrina, vedi G. GAJA, *Violazioni di obblighi comunitari tollerate dalla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 871 ss.

<sup>60</sup> Vedi Ventiquattresima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, *cit. supra*, nota 9, p. 6.

<sup>61</sup> In realtà, il ricorso dei cittadini al Parlamento europeo avviene, ai sensi degli artt. 21 e 194 CE, attraverso una petizione.

<sup>62</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Mediatore europeo relativa ai rapporti con gli autori di denunce in materia di violazioni del diritto comunitario, in *Gu-Ue* n. C 68 E del 18 marzo 2004, p. 623. Il Parlamento europeo ha peraltro affermato che le disposizioni contenute nella Comunicazione della Commissione del 2002 si addicano al principio della trasparenza e, in particolare, ha ritenuto ragionevole il termine (di un anno) entro cui la Commissione deve adottare una decisione in merito alla denuncia presentata.

<sup>63</sup> Il numero di denunce registrate dalla Commissione per i 15 Stati membri pre-allargamento del 2004 è diminuito da 1290 nel 2003 a 1080 nel 2004 e una flessione si è registrata anche nel 2006.

<sup>64</sup> Quattordicesima relazione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario in *Guce* n. C n. 332 del 3 novembre 1997, p. 1.

<sup>65</sup> Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 1.

<sup>66</sup> Detto Trattato non prevede modifiche al sistema di valutazione delle denunce intervenendo solo marginalmente sul procedimento di infrazione (cfr. artt. III-360-362). Peraltro, in tema di concorrenza l'art. III-165 prevede che la Commissione vigili perché siano applicati i principi fissati dalle regole applicabili alle imprese e istruisca, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora constatati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine. In



E così la Commissione ha avviato una riflessione su come migliorare l'efficacia e l'efficienza dei procedimenti di infrazione, trattandoli, tra l'altro, in tempi più rapidi al fine di produrre risultati più concreti per i cittadini e per le imprese.

Tale riflessione ha condotto all'elaborazione e all'attuazione di una migliore strategia per il trattamento delle denunce introducendo un sistema di valutazione comparativa volto a ricercare più rapidamente soluzioni per i casi importanti e dando priorità al trattamento delle questioni che ostacolano l'esercizio delle libertà fondamentali<sup>67</sup>, nella speranza che ciò possa consentire di raggiungere quell'«Europa dei cittadini» che la stessa Commissione auspica<sup>68</sup>.

**Pietro Troianiello\***

tema di tutela dei singoli vedi M. CONDINANZI, *Il singolo e la "comunità di diritto" nel nuovo testo di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1545.

<sup>67</sup> Vedi Ventiquattresima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, *cit. supra*, nota 9, p. 9. Sebbene tale nuova strategia sia espressamente riferita al mercato interno, anche alla luce dell'assoluto rilievo di tale settore nello scenario comunitario, è presumibile – nonché auspicabile – che essa venga adottata anche negli altri settori. La Commissione, peraltro, si è adoperata al fine di migliorare la cooperazione con gli Stati membri mediante metodi complementari o vie alternative alla procedura d'infrazione per risolvere i problemi connessi alle violazioni del diritto comunitario (cfr. Ventiquattresima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, p. 3). In tema di tutela dei diritti fondamentali vedi B. NASCIBENE, *Violazione "strutturale", violazione "grave" ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 645.

<sup>68</sup> Vedi Quattordicesima relazione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, *cit. supra*, nota 64.

\* Avvocato in Roma - Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi del Sannio - Benevento.



# DOCUMENTAZIONE

---

## 50° ANNIVERSARIO DEI TRATTATI DI ROMA

### **Dichiarazione di Berlino del 26 marzo 2007 adottata dai Capi di Stato e di Governo in occasione del 50° anniversario della firma dei Trattati di Roma\***

L'Europa è stata per secoli un'idea, una speranza di pace e comprensione. Oggi questa speranza si è avverata. L'unificazione europea ci ha permesso di raggiungere pace e benessere. È stata fondamento di condivisione e superamento di contrasti. Ogni membro ha contribuito ad unificare l'Europa, a consolidare la democrazia e lo stato di diritto. Se oggi l'Europa ha superato definitivamente un'innaturale divisione, lo dobbiamo all'amore per la libertà dei popoli dell'Europa centrale e orientale. L'integrazione europea è l'insegnamento tratto da conflitti sanguinosi e da una storia di sofferenze. Oggi viviamo assieme come mai è stato possibile in passato.

Noi cittadini dell'Unione europea siamo, per nostra felicità, uniti.

#### I.

L'Unione europea ci consente di realizzare i nostri ideali comuni: per noi l'essere umano è al centro. La sua dignità è inviolabile. I suoi diritti inalienabili. Donne e uomini hanno pari diritti.

Aspiriamo alla pace e alla libertà, alla democrazia e allo Stato di diritto, al rispetto reciproco e all'assunzione di responsabilità, al benessere e alla sicurezza, alla tolleranza e alla partecipazione, alla giustizia e alla solidarietà.

L'Unione europea concreta un'unicità di vita e di azione comune. Ciò si esprime nella coesistenza democratica di Stati membri e istituzioni europee. L'Unione europea si fonda sulla parità e sull'unione solidale. Rendiamo così possibile un giusto equilibrio di interessi tra gli Stati membri.

\* Reperibile sul sito internet della Commissione europea – Rappresentanza in Italia: <http://europa.eu.int/italia/news/1118d6e36ee.html> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 601 ss., il commento di *MARIO PANEBLANCO*.

L'Unione europea è salvaguardia dell'autonomia e delle diversità delle tradizioni dei suoi membri. L'apertura delle frontiere, la vivace molteplicità di lingue, culture e regioni sono per noi un arricchimento. Molti obiettivi non possono essere conseguiti con un'azione individuale: la loro realizzazione ci impone un'azione collettiva. L'Unione europea, gli Stati membri e le loro regioni e comuni si dividono i compiti.

## II.

Siamo di fronte a grandi sfide che non si arrestano ai confini nazionali. L'Unione europea è la nostra risposta a queste sfide. Soltanto assieme potremo salvaguardare anche in futuro il nostro ideale europeo di società a beneficio di tutti i cittadini dell'Unione europea. Questo modello europeo coniuga successo economico e responsabilità sociale. Il mercato comune e l'Euro ci rendono forti. Potremo così modellare secondo i nostri valori la crescente interconnessione delle economie a livello mondiale e la sempre maggiore concorrenza sui mercati internazionali. La ricchezza dell'Europa è racchiusa nelle conoscenze e nelle competenze dei suoi cittadini: è questa la chiave per la crescita, l'occupazione e la coesione sociale.

Lotteremo assieme contro il terrorismo, la criminalità organizzata e l'immigrazione illegale. Anche nella lotta contro i loro oppositori difenderemo il diritto alla libertà e i diritti civili. Razzismo e xenofobia non devono trovare mai più terreno fertile.

Ci impegniamo affinché si trovino soluzioni pacifiche ai conflitti nel mondo e gli esseri umani non divengano vittime di guerre, terrorismo o violenze. L'Unione europea vuole promuovere la libertà e lo sviluppo nel mondo. Vogliamo far arretrare la povertà, la fame e le malattie. In tale contesto vogliamo continuare a svolgere un ruolo trainante.

Vogliamo portare avanti assieme la politica energetica e la protezione del clima e contribuire a sconfiggere la minaccia globale rappresentata dal cambiamento climatico.

## III.

L'Unione europea dipenderà anche in futuro dalla sua apertura e, nel contempo, dalla volontà dei suoi membri di consolidare assieme lo sviluppo interno dell'Unione stessa. L'Unione europea continuerà a promuovere la democrazia, la stabilità e il benessere anche al di là dei suoi confini.

Con l'unificazione europea si è realizzato un sogno delle generazioni che ci hanno preceduto. La nostra storia ci ammonisce a difendere questo patrimonio per le generazioni future. Dobbiamo a tal fine continuare a rinnovare tempestivamente l'impostazione politica dell'Europa. È in questo spirito che oggi, a 50 anni dalla firma dei Trattati di Roma, siamo uniti nell'obiettivo di dare all'Unione europea entro le elezioni del Parlamento europeo del 2009 una base comune rinnovata.

Perché l'Europa è il nostro futuro comune.

## CONSIGLIO EUROPEO

### Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 21-22 giugno 2007\*

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una relazione del sig. Hans-Gert Pöttering, Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

1. L'Europa è unita nella convinzione che solo operando insieme possiamo rappresentare i nostri interessi ed obiettivi nel mondo di domani. L'Unione europea è determinata a contribuire al processo globale con le sue idee di un ordine economico e sociale sostenibile, efficiente e giusto.

2. L'Unione europea si trova di fronte a una duplice responsabilità: per assicurarci in futuro un ruolo attivo in un mondo in rapido mutamento e dinanzi a sfide sempre più grandi dobbiamo mantenere e sviluppare la capacità d'azione dell'Unione europea e la sua responsabilità nei confronti del cittadino. Per tale ragione dobbiamo concentrare i nostri sforzi sul necessario processo di riforma interna. Allo stesso tempo, l'Unione europea è chiamata a forgiare qui ed ora la politica europea a beneficio dei cittadini dell'Europa.

3. Tra i risultati positivi più recenti si annoverano il regolamento sul roaming, che riduce il costo delle comunicazioni moderne in Europa, la creazione dello spazio europeo dei pagamenti, che facilita i viaggi e la convivenza nell'UE, e il costante miglioramento dei diritti dei consumatori, che garantiscono ai cittadini gli stessi standard elevati in tutta l'Unione europea.

4. Con le decisioni su una politica climatica ed energetica integrata, nella primavera 2007 il Consiglio europeo ha sottolineato le sinergie tra questi settori fondamentali e ha preparato la strada per una migliore protezione del clima e un modo responsabile di trattare l'energia.

5. Una cooperazione transfrontaliera giudiziaria di polizia più stretta significa maggior sicurezza per tutti. Allo stesso tempo l'UE opera per proteggere e rafforzare le libertà civili a livello europeo.

6. Contribuire alla vita quotidiana dei suoi cittadini e garantire la futura capacità d'azione dell'Unione europea sono il duplice obiettivo alla luce del quale il Consiglio europeo ha adottato in data odierna le seguenti conclusioni.

\* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet [http://europa.eu.int/european\\_council/websites/index\\_it.htm](http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm) (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 601 ss., il commento di *MARIO PANEBIANCO*.

7. Il Consiglio europeo sottolinea la cruciale importanza di rafforzare la comunicazione con i cittadini europei, fornendo informazioni complete ed esaurienti sull'Unione europea e coinvolgendoli in un dialogo permanente. Ciò sarà particolarmente importante durante la prossima CIG e il processo di ratifica.

## **I. Processo di riforma dei Trattati**

8. Il Consiglio europeo conviene che, dopo due anni di incertezza sul processo di riforma dei trattati dell'Unione, è giunto il momento di risolvere la questione e di far andare avanti l'Unione. Il periodo di riflessione ha nel frattempo offerto l'occasione di svolgere un ampio dibattito pubblico e ha contribuito a preparare il terreno a una soluzione.

9. Alla luce di quanto sopra, il Consiglio europeo accoglie favorevolmente la relazione elaborata dalla Presidenza (doc. 10659/07) a seguito del mandato impartitole nel giugno 2006 e conviene che è prioritario risolvere rapidamente la questione.

10. A tal fine il Consiglio europeo conviene di convocare una Conferenza intergovernativa e invita la Presidenza ad adottare senza indugio le misure necessarie ai sensi dell'art. 48 del TUE al fine di avviare la CIG entro luglio, non appena saranno stati soddisfatti i requisiti giuridici.

11. La CIG opererà conformemente al mandato di cui all'allegato I delle presenti conclusioni. Il Consiglio europeo invita la futura Presidenza a elaborare un progetto di testo del trattato in linea con i termini del mandato e a sottoporlo alla CIG non appena questa sia stata avviata. La CIG concluderà i lavori il più presto possibile, e in ogni caso entro il 2007, al fine di concedere tempo sufficiente perché il trattato risultante possa essere ratificato prima delle elezioni del Parlamento europeo del giugno 2009.

12. La CIG sarà condotta sotto la responsabilità generale dei Capi di Stato o di governo, assistiti dai membri del Consiglio "Affari generali e relazioni esterne". Il rappresentante della Commissione parteciperà alla Conferenza. Il Parlamento europeo sarà strettamente associato e coinvolto nei lavori della Conferenza con tre rappresentanti. Il Segretariato generale del Consiglio fungerà da segretariato della Conferenza.

13. Dopo aver consultato il Presidente del Parlamento europeo, il Consiglio europeo invita il Parlamento europeo, al fine di preparare la via a una soluzione della questione della sua futura composizione in tempo utile prima delle elezioni del 2009, a presentare entro l'ottobre 2007 un progetto relativo all'iniziativa prevista nel protocollo 34 approvato dalla CIG del 2004.

14. La futura Presidenza è invitata a provvedere affinché i paesi candidati siano tenuti pienamente e costantemente informati per tutta la durata della Conferenza intergovernativa.

## **II. Giustizia e affari interni (*Omissis*)**

## **III. Questioni economiche, sociali ed ambientali (*Omissis*)**

## **IV. Relazioni esterne**

*Politica europea di vicinato (Omissis)*

*Asia centrale (Omissis)*

*Processo di Heiligendamm (Omissis)*

*UE-Africa (Omissis)*

*Politica europea di sicurezza e di difesa (Omissis)*

## **V. Irlanda del Nord (Omissis)**

### **ALLEGATO I**

#### **PROGETTO DI MANDATO DELLA CIG**

Il presente mandato costituirà la base e il quadro esclusivi dei lavori della CIG che sarà convocata conformemente al punto 10 delle conclusioni del Consiglio europeo.

#### **I. Osservazioni generali**

1. La CIG è invitata ad elaborare un trattato (in seguito denominato "trattato di riforma") che modifichi i trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata nonché la coerenza della sua azione esterna. Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato «Costituzione», è abbandonato. Il trattato di riforma integrerà nei trattati esistenti, che restano in vigore, le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004 come indicato dettagliatamente qui di seguito.

2. Il trattato di riforma conterrà due clausole sostanziali che modificano, rispettivamente, il trattato sull'Unione europea (TUE) e il trattato che istituisce la Comunità europea (TCE). Il TUE manterrà il suo titolo attuale mentre il TCE sarà denominato trattato sul funzionamento dell'Unione, in considerazione della personalità giuridica unica dell'Unione. Il termine «Comunità» sarà sostituito ovunque dal termine «Unione»; verrà stabilito che i due trattati costituiscono i trattati su cui è fondata l'Unione e che l'Unione sostituisce e succede alla Comunità. Altre clausole conterranno le consuete disposizioni sulla ratifica e l'entrata in vigore nonché disposizioni transitorie. Le modifiche tecniche al trattato Euratom e ai protocolli esistenti convenute in sede di CIG del 2004 saranno apportate mediante protocolli allegati al trattato di riforma.

3. Il TUE e il trattato sul funzionamento dell'Unione non avranno carattere costituzionale. La terminologia utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: il termine «Costituzione» non sarà utilizzato, il «ministro degli affari esteri dell'Unione» sarà denominato Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e i termini «legge» e «legge quadro» saranno abbandonati mentre i termini attuali «regolamenti», «direttive» e «decisioni» saranno mantenuti. Parimenti, i trattati modificati non conterranno alcun articolo che faccia riferimento ai simboli dell'UE quali la bandiera, l'inno o il motto. Per quanto riguarda il primato del diritto dell'UE, la CIG adotterà una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE<sup>1</sup>.

4. Per quanto concerne il contenuto delle modifiche ai trattati esistenti, le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004 saranno integrate nel TUE e nel trattato sul funzionamento dell'Unione come spe-

<sup>1</sup> Benché l'articolo sul primato del diritto dell'Unione non figurerà nel TUE, la CIG adotterà la seguente dichiarazione: «La Conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'UE, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Inoltre, il parere del Servizio giuridico del Consiglio (doc. 580/07) sarà allegato all'atto finale della Conferenza.

cificato nel presente mandato. Le modifiche apportate a tali innovazioni in seguito alle consultazioni svoltesi con gli Stati membri negli ultimi sei mesi sono chiaramente indicate in appresso. Esse riguardano, in particolare, le rispettive competenze dell'UE e degli Stati membri e la loro delimitazione, il carattere specifico della politica estera e di sicurezza comune, il ruolo rafforzato dei parlamenti nazionali, il trattamento della Carta dei diritti fondamentali e un meccanismo, nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, volto a consentire agli Stati membri di andare avanti su un determinato atto consentendo nel contempo ad altri di non parteciparvi.

## II. Modifiche al Trattato sull'UE

5. La clausola 1 del trattato di riforma conterrà le modifiche all'attuale TUE.

Salvo indicazioni contrarie nel presente mandato, il testo dei trattati esistenti rimane invariato.

6. Il testo del primo considerando convenuto in sede di CIG del 2004 sarà inserito come secondo considerando nel preambolo.

7. Il TUE sarà suddiviso in 6 titoli: Disposizioni comuni (I), Disposizioni relative ai principi democratici (II), Disposizioni sulle istituzioni (III), Disposizioni su una cooperazione rafforzata (IV), Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune (V) e Disposizioni finali (VI). I titoli I, IV (attuale titolo VII), V e VI (attuale titolo VIII) seguono la struttura del TUE attuale, con le modifiche convenute in sede di CIG del 2004<sup>2</sup>. Gli altri due titoli (II e III) sono nuovi ed introducono le innovazioni convenute in sede di CIG del 2004.

### *Disposizioni comuni (I)*

8. Il titolo I del TUE attuale, contenente tra l'altro articoli sui valori e gli obiettivi dell'Unione, sulle relazioni tra l'Unione e gli Stati membri e sulla sospensione dei diritti degli Stati membri, sarà modificato conformemente alle innovazioni convenute in sede di CIG del 2004 (cfr. allegato 1, titolo I).

9. L'articolo sui diritti fondamentali conterrà un rinvio<sup>3</sup> alla Carta dei diritti fondamentali, quale convenuta in sede di CIG del 2004, che le conferisce valore giuridicamente vincolante e ne stabilisce il campo di applicazione.

10. Nell'articolo sui principi fondamentali riguardanti le competenze verrà precisato che l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati.

### *Disposizioni relative ai principi democratici (II)*

11. Questo nuovo titolo II conterrà le disposizioni convenute in sede di CIG del 2004 riguardanti l'uguaglianza democratica, la democrazia rappresentativa, la democrazia partecipativa e l'iniziativa dei cittadini. Per quanto riguarda i parlamenti nazionali, il loro ruolo sarà ulteriormente rafforzato rispetto alle disposizioni convenute in sede di CIG del 2004 (cfr. allegato 1, titolo II):

- il termine concesso ai parlamenti nazionali per esaminare i progetti di testi legislativi ed emettere un parere motivato concernente la sussidiarietà sarà prolungato da 6 a 8 settimane (i protocolli sui parlamenti nazionali e sulla sussidiarietà e proporzionalità saranno modificati di conseguenza);

- sarà istituito un meccanismo di controllo rafforzato della sussidiarietà, nel senso che se un progetto di atto legislativo viene contestato dalla maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali la Commissione riesaminerà il progetto di atto, che può decidere di mantenere, modificare o ritirare. Qualora scelga di mantenere il progetto, la Commissione dovrà spiegare, in un parere motivato, perché ritiene il progetto conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali dovranno essere trasmessi al legislatore dell'UE affinché ne tenga conto nella procedura legislativa. Ciò attiverà una procedura specifica:

- prima della conclusione della prima lettura secondo la procedura legislativa ordinaria, il legislatore (Consiglio e Parlamento) esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione;

- se, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in

<sup>2</sup> Il contenuto del titolo VI, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, sarà inserito nel titolo relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia del trattato sul funzionamento dell'Unione (cfr. *infra* «Modifiche al trattato CE»).

<sup>3</sup> Il testo della Carta dei diritti fondamentali non sarà pertanto incluso nei trattati.



sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame (il protocollo sulla sussidiarietà e la proporzionalità sarà modificato di conseguenza).

Un nuovo articolo generale illustrerà il ruolo dei parlamenti nazionali.

#### *Disposizioni sulle istituzioni (III)*

**12.** Le modifiche istituzionali convenute in sede di CIG del 2004 saranno integrate in parte nel TUE e in parte nel trattato sul funzionamento dell'Unione. Il nuovo titolo III offrirà un quadro generale del sistema istituzionale e conterrà le modifiche istituzionali al sistema attuale, ossia gli articoli concernenti le istituzioni dell'Unione<sup>4</sup>, il Parlamento europeo (nuova composizione), il Consiglio europeo (trasformazione in istituzione<sup>4</sup> e creazione della carica di presidente), il Consiglio (introduzione del sistema di voto a doppia maggioranza e cambiamenti al sistema di presidenza semestrale del Consiglio, con la possibilità di modificarlo), la Commissione europea (nuova composizione e rafforzamento del ruolo del suo presidente), il ministro degli affari esteri dell'Unione (creazione della nuova carica, la cui denominazione è modificata in Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza) e la Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>5</sup>.

**13.** Il sistema di voto a doppia maggioranza, quale convenuto in sede di CIG del 2004, prenderà effetto il 1° novembre 2014, data fino alla quale continuerà ad applicarsi l'attuale sistema di maggioranza qualificata (art. 205, par. 2 TCE). Successivamente, durante un periodo transitorio fino al 31 marzo 2017, quando una decisione dovrà essere adottata a maggioranza qualificata, un membro del Consiglio può chiedere che la decisione sia presa in base alla maggioranza qualificata ai sensi dell'art. 205, par. 2 dell'attuale TCE.

Inoltre, fino al 31 marzo 2017, se un numero di membri del Consiglio che rappresenta almeno il 75% della popolazione, o almeno il 75% del numero degli Stati membri necessari per costituire una minoranza di blocco ai sensi dell'articolo [I-25, par. 2], manifesta l'intenzione di opporsi all'adozione da parte del Consiglio di un atto a maggioranza qualificata, si applicherà il meccanismo previsto dal progetto di decisione contenuto nella dichiarazione n. 5 allegata all'atto finale della CIG del 2004. A decorrere dal 1° aprile 2017, si applicherà lo stesso meccanismo, con le percentuali in questione corrispondenti, rispettivamente, ad almeno il 55% della popolazione o almeno il 55% del numero di Stati membri necessari per costituire una minoranza di blocco ai sensi dell'articolo [I-25, par. 2].

#### *Disposizioni su una cooperazione rafforzata (IV)*

**14.** Il titolo IV (ex titolo VII del TUE attuale) sarà modificato come convenuto in sede di CIG del 2004. Il numero minimo di Stati membri necessari per avviare una cooperazione rafforzata sarà pari a nove.

#### *Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune (V)*

**15.** Nel titolo V del TUE attuale verrà inserito un nuovo capo primo relativo alle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione contenente due articoli, come convenuto in sede di CIG del 2004, sui principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione e sul ruolo del Consiglio europeo nella definizione degli interessi ed obiettivi strategici di tale azione. Il capo secondo contiene le disposizioni del titolo V<sup>6</sup> del TUE attuale quali modificate in sede di CIG del 2004 (compresi il servizio europeo

<sup>4</sup> Modalità di voto comprese.

<sup>5</sup> La fusione di talune disposizioni richiederà alcuni adeguamenti redazionali.

<sup>6</sup> La CIG adotterà la seguente dichiarazione: «La Conferenza sottolinea che le disposizioni del trattato sull'Unione europea riguardanti la politica estera e di sicurezza comune, compresa la creazione della carica di Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e l'istituzione di un servizio per l'azione esterna, lasciano impregiudicate sia le competenze degli Stati membri, quali esistono attualmente, per la formulazione e la conduzione della loro politica estera sia la loro rappresentanza nazionale nei paesi terzi e nelle organizzazioni internazionali.

La Conferenza ricorda inoltre che le disposizioni riguardanti la politica estera e di sicurezza comune non pregiudicano il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri.

Sottolinea che l'UE e i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali».

per l'azione esterna e la cooperazione strutturata permanente nel settore della difesa). In tale capo verrà inserito un nuovo articolo primo secondo cui l'azione dell'Unione sulla scena internazionale sarà fondata sui principi, perseguirà gli obiettivi e sarà condotta in conformità delle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione di cui al capo 1. In detto capo verrà precisato chiaramente che la PESC è soggetta a regole e procedure specifiche. Sarà inoltre prevista una base giuridica specifica per la protezione dei dati di carattere personale nel settore della PESC<sup>7</sup>.

#### *Disposizioni finali (VI)*

**16.** Il titolo VI (ex titolo VIII del TUE attuale) sarà modificato come convenuto in sede di CIG del 2004. Conterrà, in particolare, un articolo sulla personalità giuridica dell'Unione<sup>8</sup> e un articolo sul recesso dall'Unione e l'art. 48 sarà modificato in modo da raggruppare le procedure di revisione dei trattati (la procedura ordinaria e le due procedure semplificate). Al paragrafo relativo alla procedura di revisione ordinaria tale articolo preciserà che i trattati possono essere oggetto di revisione per accrescere o ridurre le competenze attribuite all'Unione. Nell'art. 49, concernente i criteri di ammissibilità e la procedura di adesione all'Unione, si sostituirà il riferimento ai principi con un riferimento ai valori dell'Unione e verranno inseriti l'impegno di promuovere tali valori, l'obbligo di informare il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali di una domanda di adesione all'Unione e un riferimento per tener conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo (cfr. allegato 1, titolo VI). Saranno adattate anche le consuete disposizioni finali (campo di applicazione territoriale, durata, ratifica e testi autentici e traduzioni)<sup>9</sup>.

### **III. Modifiche al Trattato CE**

**17.** La clausola 2 del trattato di riforma conterrà le modifiche all'attuale TCE, che diventerà il trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

**18.** Le innovazioni convenute nella CIG del 2004 saranno inserite nel trattato nel modo abituale, come specifiche modifiche. Esse riguardano le categorie di competenze e i settori di competenza, il campo di applicazione del voto a maggioranza qualificata e della codecisione, la distinzione tra atti legislativi e non legislativi, disposizioni tra l'altro sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la clausola di solidarietà, i miglioramenti alla governance della zona euro, disposizioni orizzontali quali la clausola sociale, disposizioni specifiche quali servizi pubblici, spazio, energia, protezione civile, aiuto umanitario, sanità pubblica, sport, turismo, regioni ultraperiferiche, cooperazione amministrativa, disposizioni finanziarie (risorse proprie, quadro finanziario pluriennale, nuova procedura di bilancio).

**19.** Saranno introdotte le seguenti modifiche rispetto ai risultati della CIG del 2004 (cfr. allegato 2):

*a.* un nuovo art. 1 enuncerà lo scopo del trattato sul funzionamento dell'Unione e la sua relazione con il trattato UE; esso stabilirà che i due trattati hanno lo stesso valore giuridico;

*b.* nell'articolo relativo alle categorie di competenze, posto all'inizio del TCE, si specificherà chiaramente che gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitarla<sup>10</sup>;

<sup>7</sup> Per quanto riguarda il trattamento di tali dati da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nella PESC e la PESD nonché la circolazione di tali dati.

<sup>8</sup> La CIG adotterà la seguente dichiarazione: «La Conferenza conferma che il fatto che l'Unione europea abbia personalità giuridica non autorizzerà in alcun modo l'Unione a legiferare o ad agire al di là delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati».

<sup>9</sup> Gli articoli 41, 42, 46 e 50 del TUE saranno soppressi; l'art. 47, modificato come convenuto in sede di CIG del 2004, sarà spostato nel capo relativo alla PESC.

<sup>10</sup> *a.* La CIG adotterà anche una dichiarazione sulla delimitazione delle competenze: «La Conferenza sottolinea che, conformemente al sistema di ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri previsto dal trattato sull'Unione europea, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla. Quest'ultimo caso si verifica quando le competenti istituzioni dell'UE decidono di abrogare un atto legislativo, in particolare per assicurare meglio il rispetto costante dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Il Consiglio può chiedere, su iniziativa di uno o più dei suoi Stati membri (rappresentanti di Stati membri) e in confor-

c. nell'articolo relativo alle azioni di sostegno, di coordinamento o di complemento, la frase introduttiva sarà modificata per sottolineare che l'Unione svolge azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri;

d. nell'art. 18, par. 3, quale modificato in sede di CIG del 2004, la frase sull'adozione di misure relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno o altro documento assimilato verrà soppressa e spostata in una base giuridica analoga riguardante questa materia, da inserire nel titolo sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nell'articolo sui controlli alle frontiere;

e. nell'art. 20 (tutela diplomatica e consolare), quale modificato in sede di CIG del 2004, la base giuridica verrà modificata in modo da prevedere in questo settore l'adozione di direttive che stabiliscono misure di coordinamento e cooperazione;

f. nell'art. 286 (protezione dei dati personali), quale modificato in sede di CIG del 2004, si inserirà un comma secondo cui le norme adottate sulla base di detto articolo faranno salve quelle adottate in virtù di una specifica base giuridica riguardante questa materia, inserita nel titolo sulla PESC (la CIG adotterà anche una dichiarazione relativa alla protezione dei dati personali nei settori della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, così come, se del caso, punti specifici nei protocolli pertinenti sulla posizione di singoli Stati membri che ne chiariscano l'applicabilità al riguardo).

g. nell'art. 42 (cumulo dei periodi assicurativi e esportazione delle prestazioni di sicurezza sociale) sarà inserito un passo per sottolineare che il sistema di freno determina la sospensione della procedura se il Consiglio europeo non agisce entro 4 mesi (cfr. punto 1 dell'allegato 2)<sup>11</sup>;

h. l'art. 60 (blocco dei beni per lottare contro il terrorismo), quale modificato in sede di CIG del 2004, verrà spostato verso la fine del capo sulle disposizioni generali nel titolo sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia;

i. in merito alla questione dei servizi di interesse economico generale (cfr. art. 16, quale modificato in sede di CIG del 2004) si allegnerà un protocollo ai trattati<sup>12</sup>;

j. nel capo riguardante le disposizioni generali che si applicano allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si inserirà una disposizione sulla cooperazione e sul coordinamento assicurati dagli Stati membri nel settore della sicurezza nazionale (cfr. punto 2, lettera a) dell'allegato 2);

k. nel capo relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile, si modificherà, come convenuto in sede di CIG del 2004, il par. 3 dell'articolo relativo a detta cooperazione per assegnare un ruolo ai parlamenti nazionali nell'ambito della clausola passerella sul diritto di famiglia (cfr. punto 2, lettera b) dell'allegato 2);

mità dell'art. 208, alla Commissione di presentare proposte per abrogare un atto legislativo.

Parimenti, i rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di conferenza inter-governativa, conformemente alla procedura di revisione ordinaria di cui all'articolo [IV-443] del trattato sull'Unione europea possono decidere di modificare i trattati su cui si fonda l'Unione, anche per accrescere o ridurre le competenze attribuite all'Unione in detti trattati».

b. Ai trattati verrà allegato il seguente protocollo:

«Con riferimento all'articolo [I-12, par. 2] relativo alla competenza concorrente, quando l'Unione ha svolto un'azione in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore».

<sup>11</sup> La CIG adotterà anche una dichiarazione relativa a questo articolo: «La Conferenza ricorda che in tal caso, in conformità dell'articolo [1-21, par. 4], il Consiglio europeo delibera per consenso».

<sup>12</sup> Ai trattati verrà allegato il seguente protocollo:

«Protocollo sui servizi di interesse generale

Le alte parti contraenti, desiderando sottolineare l'importanza dei servizi di interesse generale hanno convenuto le seguenti disposizioni interpretative, che saranno allegate al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione:

Articolo 1

I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 16 del trattato CE comprendono in particolare:

- il ruolo essenziale e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali, regionali e locali nella fornitura, commissione e organizzazione di servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;

- la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;

- un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente;

Articolo 2

Le disposizioni del trattato lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».

*l.* nei capi sulla cooperazione giudiziaria in materia penale e sulla cooperazione di polizia, quali modificati in sede di CIG del 2004, negli articoli relativi al riconoscimento reciproco delle sentenze, alle norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, al procuratore europeo e alla cooperazione di polizia, si inserirà un nuovo meccanismo volto a consentire agli Stati membri di andare avanti con l'adozione di misure in questo settore, consentendo nel contempo ad altri di non parteciparvi (cfr. punto 2, lettere c) e d) dell'allegato 2). Inoltre, il campo di applicazione del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda (1997) verrà esteso per includere, in relazione al Regno Unito, e agli stessi termini, i capi sulla cooperazione giudiziaria in materia penale e sulla cooperazione di polizia. Esso può anche trattare l'applicazione del protocollo in relazione alle misure fondate su Schengen e emendamenti alle misure esistenti. Detta estensione terrà conto della posizione del Regno Unito in base all'acquis dell'Unione esistente in precedenza in questi settori. L'Irlanda determinerà a tempo debito la sua posizione con riguardo a tale estensione;

*m.* nell'art. 100 (misure in caso di gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti), si inserirà un riferimento allo spirito di solidarietà tra Stati membri e al caso particolare dell'energia per quanto concerne le difficoltà di approvvigionamento di determinati prodotti (cfr. punto 3 dell'allegato 2).

*n.* nell'art. 152 (sanità pubblica), quale modificato in sede di CIG del 2004, la lettera d) sulle misure relative alla sorveglianza, all'allarme rapido e alla lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero verrà spostata nel paragrafo sull'adozione di misure d'incentivazione (la CIG adotterà anche una dichiarazione che chiarirà gli aspetti legati al mercato interno delle misure sulle norme di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico);

*o.* nell'articolo sulla politica spaziale europea, convenuto nella CIG del 2004, si preciserà che le misure adottate non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;

*p.* nell'art. 174 (ambiente), quale modificato in sede di CIG del 2004, si specificherà in particolare la necessità di combattere i cambiamenti climatici nei provvedimenti a livello internazionale (cfr. punto 4, allegato 2);

*q.* nell'articolo sull'energia, convenuto in sede di CIG del 2004, si inseriranno un riferimento allo spirito di solidarietà tra Stati membri (cfr. punto 5 dell'allegato 2) e una nuova lettera d) sulla promozione dell'interconnessione delle reti energetiche.

*r.* all'inizio della parte sull'azione esterna dell'Unione, si inserirà un articolo secondo cui l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione di cui al capo 1 del titolo V del TUE;

*s.* nell'articolo sulla procedura per la conclusione di accordi internazionali, si aggiungerà che l'accordo sull'adesione dell'Unione alla CEDU sarà concluso dal Consiglio, all'unanimità e con ratifica da parte degli Stati membri;

*t.* l'art. 229A (estensione della competenza della Corte di giustizia europea a pronunciarsi sulle controversie connesse con titoli europei di proprietà intellettuale) rimarrà invariato;

*u.* nell'art. 249 (definizione degli atti dell'UE: regolamento, direttiva e decisione), in una nuova sezione 1 sugli atti giuridici dell'Unione, la definizione di decisione verrà allineata a quella convenuta in sede di CIG del 2004;

*v.* a seguito dell'abbandono dei termini «legge» e «legge quadro», le innovazioni convenute nella CIG 2004 saranno adattate, ferma restando la distinzione tra atti legislativi e non legislativi e relative conseguenze. Pertanto, dopo l'art. 249 verranno inseriti tre articoli rispettivamente sugli atti adottati secondo una procedura legislativa, gli atti delegati e gli atti di esecuzione. L'articolo sugli atti legislativi stabilirà che gli atti (regolamenti, direttive o decisioni) adottati in base alla procedura legislativa (ordinaria o speciale) sono atti legislativi. La terminologia degli articoli sugli atti delegati e di esecuzione frutto della CIG del 2004 sarà adattata di conseguenza;

*w.* nell'art. 308 (clausola di flessibilità), quale modificato in sede di CIG del 2004, verrà inserito un paragrafo ai cui sensi l'articolo in questione non può servire di base per il raggiungimento degli obiettivi riguardanti la PESC, e che qualsiasi atto adottato in base a questo articolo deve rispettare i limiti previsti nell'articolo [III-308, secondo comma]<sup>13</sup>;

<sup>13</sup> La CIG adotterà anche due dichiarazioni su questo articolo:

1. «La Conferenza dichiara che il riferimento, nell'art. 308, agli obiettivi dell'Unione è un riferimento agli obiettivi di cui all'articolo [I-3, paragrafi 2 e 3] e a quelli di cui all'articolo [I-3, par. 4] per quanto concerne l'azione esterna ai sensi del titolo V, Parte III del trattato. E pertanto escluso che un'azione basata sull'art. 308 persegua soltanto gli obiettivi di cui all'articolo [I-3, par. 1]. A questo proposito, la Conferenza rileva che conformemente all'articolo [I-40, par. 6], non si possono adottare atti legislativi nel settore della Politica estera e di sicurezza comune».

2. «La Conferenza sottolinea che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'U-

x. dopo l'art. 308, verrà inserito un articolo che esclude dalla procedura di revisione semplificata le basi giuridiche cui non si applicava detta procedura secondo i testi convenuti in sede di CIG del 2004.

20. Inoltre, varie disposizioni convenute in sede di GIG del 2004 saranno collocate nel trattato sul funzionamento dell'Unione (cfr. elenco nell'allegato 2, parte B).

#### IV. Protocolli e Trattato Euratom

21. I nuovi protocolli approvati in sede di CIG del 2004<sup>14</sup> saranno allegati ai trattati esistenti (vale a dire il protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea, il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, il protocollo sull'Eurogruppo, il protocollo sulla cooperazione strutturata permanente nel settore della difesa e il protocollo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

22. Un protocollo allegato al trattato di riforma modificherà i protocolli attuali come convenuto in sede di CIG del 2004 (compresa la soppressione di 10 di essi).

23. Un protocollo allegato al trattato di riforma apporterà le necessarie modifiche tecniche al trattato Euratom secondo quanto convenuto in sede di CIG del 2004.

#### V. Dichiarazioni

24. Oltre alle dichiarazioni di cui al presente mandato, la nuova CIG riprenderà le dichiarazioni adottate in sede di CIG del 2004 nella misura in cui riguardino disposizioni o protocolli esaminati durante la nuova CIG.

Modifiche al trattato UE - Allegato 1 (*Omissis*)

Modifiche al trattato CE - Allegato 2 (*Omissis*)

ALLEGATO II

**Elenco dei documenti presentati al Consiglio europeo** (*Omissis*)

nione europea, l'art. 308, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri dell'Unione al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei trattati, ed in particolare da quelle che definiscono i compiti e le azioni dell'Unione.

L'art. 308 non può essere in ogni caso utilizzato quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica dei trattati che sfugga alla procedura all'uopo prevista nei trattati medesimi».

<sup>14</sup> Alcuni di questi protocolli non sono necessari, in quanto i trattati esistenti non sono abrogati, e pertanto non sono elencati. Si sottolinea che tutti i trattati esistenti, compresi gli atti di adesione, restano in vigore.



## **L'UNIONE EUROPEA POST COSTITUZIONALE: VERSO IL *REFORM TREATY***

**Sommario:** **1.** *La chiusura della fase costituzionale: dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Dichiarazione di Berlino* - **2.** *Verso il reform treaty: il mandato del Consiglio europeo di Bruxelles del 21-22 giugno 2007* - **3.** *L'Unione europea post costituzionale: dalla Costituzione uno actu al trattato di riforma.*

### **1. La chiusura della fase costituzionale: dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Dichiarazione di Berlino**

Come all'inizio del secolo scorso, nell'ambito del Congresso internazionale di diritto comparato del 1900 a Parigi, si propose, coerentemente all'idea allora dominante di una disarmante fede nel progresso, «il "*droit commun de l'humanité*", e la preparazione di un diritto mondiale, il quale non sarebbe stato per oggi, né – forse – per domani, ma che avrebbe dovuto essere costruito con l'apporto del diritto comparato»<sup>1</sup>, così all'inizio del secolo attuale ancora dalla Francia è stata iniziata una nuova fase ispirata al diritto. Quest'ultima si è imperniata sull'idea di passaggio dell'Unione europea da spazio economico, come costruito nella seconda metà del '900, ad un più democratico ed aperto spazio di libertà, sicurezza e giustizia incentrato sulla democrazia e sui diritti fondamentali, basato su un testo di natura costituzionale, un trattato costituzionale.

Nel dicembre 2000, al Trattato di Nizza veniva allegata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>2</sup> senza valore giuridico vincolante ma con un non trascurabile valore politico e giuridico "riflesso". La Carta, nei suoi

<sup>1</sup> K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 2. Si prosegue rilevando che: «Il diritto comparato doveva – secondo l'affermazione di Saleilles – gradualmente cancellare le diversità fra le legislazioni (...) e ridurre il numero delle divergenze giuridiche (...)».

<sup>2</sup> In seguito, convenzionalmente, Carta.

pregi e limiti, ha generato attenzione in ampi e variegati settori della dottrina come punto di partenza per un davvero rinnovato diritto euro-nazionale, è stata vista come un battistrada per la costruzione di una nuova sfera pubblica europea. La stessa aspettativa ha accompagnato il Consiglio europeo di Laeken nel dicembre del 2001, i lavori della successiva Convenzione Giscard d'Estaing, almeno fino all'estate del 2003 allorquando le prime scelte di fondo sono state adottate circa quella che è stata comunemente definita la «sfida» costituzionale.

Dall'estate del 2003 è ripartito il tradizionale negoziato diplomatico che ha portato alla firma del Trattato di Roma il 29 ottobre del 2004. Dopo una primissima e molto rapida fase di ratifiche – Italia e Germania – il maggio del 2005 ha registrato il diniego di ratifica da parte di Francia ed Olanda.

Se nel 1900 la Francia assurge a culla della comparazione e nel 2000 è la speranza di una Unione europea più basata sui diritti fondamentali, nel 2005 proprio dalla Francia proviene una inversione di tendenza in ordine alla creazione se non proprio di un «diritto comune dell'umanità», sicuramente di un "intermedio" e più solido diritto comune europeo.

La Dichiarazione n. 30 relativa alla ratifica del Trattato di Roma del 2004 aveva previsto che, se entro un termine di due anni dalla firma del medesimo uno o più Stati membri avessero «incontrato difficoltà» nelle procedure di ratifica, la questione sarebbe stata deferita al Consiglio europeo quale sede privilegiata di negoziazione politica. La citata disposizione non brilla per chiarezza nella parte in cui fa riferimento a generiche «difficoltà» da intendere, potenzialmente, o come ritardo, o come una precisa decisione, parlamentare o referendaria, di non ratifica. Se si esamina tale testo, volutamente indefinito anche per la esigenza di non pregiudicare situazioni politico-costituzionali interne, almeno un significato giuridicamente rilevante è possibile introdurre: come coordinare ed integrare al meglio un ordinamento *multilevel* caratterizzato dalla contemporanea presenza di Costituzioni nazionali e di un Trattato che adotta una Costituzione?

Il diritto unionistico-comunitario ha sempre avuto significative implicazioni sulle Costituzioni nazionali ed il secondo Trattato di Roma, proprio perché adotta una Costituzione europea, ne propone di nuove e con un valore giuridico di più elevato grado, ferma restando la continuità col precedente patrimonio giuridico, in gran parte transitato nel Trattato stesso.

Il momento della ratifica ha segnato l'inizio di una nuova transizione ben diversa rispetto a quanto stabilito a Roma il 29 ottobre 2004, transizione che ha avuto con il Consiglio europeo svoltosi il 16-17 giugno del 2005<sup>3</sup> un primo cruciale momento di snodo, oltre che una prima riflessione istituzionale co-

<sup>3</sup> Gli argomenti trattati sono stati principalmente due: il processo di ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ed il bilancio comunitario.



mune in seguito alle mancate ratifiche in Francia ed Olanda. L'esigenza avvertita è stata quella di un più ampio periodo di «*reflection, clarification and discussion*»<sup>4</sup> ferma restando la espressa previsione che il processo delle ratifiche sarebbe continuato senza rinegoziazioni, fino alla metà del 2007<sup>5</sup>.

Nel dettare una differente tempistica alla ratifica, in definitiva il Consiglio ha modificato ovvero integrato quanto è stato statuito, solo pochi mesi prima, con la firma del Trattato.

Il diniego di ratifica da parte di Francia ed Olanda ha aperto, più che un periodo di ulteriore approfondita riflessione dottrinarica – cauta in attesa degli sviluppi formali –, una vivace discussione che ha trovato spazio sui circuiti informativi tecnici ma non scientifici<sup>6</sup>; ha inaugurato principalmente quello che è stato definito «il processo all'Europa»<sup>7</sup> ovvero l'abbandono delle «grandi illusioni»<sup>8</sup>. Ciò ha comportato prima un generale rallentamento delle procedure di ratifica, poi la necessità di un accordo politico più conferente ai nuovi assetti politici nazionali. All'interno di un dibattito fondatosi su profili generali – il costituzionalismo senza Trattato costituzionale ovvero il costituzionalismo a basso impatto<sup>9</sup> – spicca quello proprio sulle istituzioni di gover-

<sup>4</sup> La citazione è in *Press release «Jean Claude Juncker states that there will be a period for reflection and discussion but the process to ratify the constitutional Treaty will continue with no renegotiation»*, in: [www.eu.2005.lu](http://www.eu.2005.lu), 17 giugno 2005. In merito alla posizione francese è da segnalare la proposta di "congelamento" delle ipotesi di ulteriore allargamento ad est – Croazia e Turchia –, di convocazione di un Consiglio europeo *ad hoc* sulla Costituzione e sulle complessive politiche di allargamento.

<sup>5</sup> Nella Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione europea sulla ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, si afferma: (...) "A tutt'oggi 10 Stati membri hanno concluso con successo le procedure di ratifica e hanno così espresso la loro adesione al trattato costituzionale. Abbiamo preso atto dei risultati dei referendum in Francia e nei Paesi Bassi. Riteniamo che tali risultati non rimettano in discussione l'interesse dei cittadini per la costruzione europea. I cittadini hanno tuttavia espresso preoccupazioni e inquietudini di cui occorre tener conto. È dunque necessario intraprendere una riflessione comune a tale riguardo. Detto periodo di riflessione servirà a consentire in ciascuno dei nostri paesi un ampio dibattito, che coinvolga i cittadini, la società civile, le parti sociali, i parlamenti nazionali e i partiti politici. Tale dibattito mobilitante, già in corso in parecchi Stati membri, deve essere intensificato e allargato. Le istituzioni europee dovranno parimenti apportarvi il loro contributo; in tale ambito un ruolo particolare spetta alla Commissione. I recenti sviluppi non rimettono in questione la validità della prosecuzione dei processi di ratifica. Abbiamo convenuto che il calendario della ratifica in vari Stati membri sarà adeguato, se necessario, alla luce di tali sviluppi e in base alle circostanze in detti Stati membri. Ci diamo appuntamento nel primo semestre del 2006 per procedere ad una valutazione globale dei dibattiti nazionali e per decidere sul seguito del processo».

Se nel *Press release, loc. cit.*, vi è esplicito riferimento al fatto che la data del 1° novembre 2006 originariamente prevista non è più ritenuta realistica e, pertanto, è opportuno uno slittamento in avanti del termine massimo per le ratifiche fino alla metà del 2007, tuttavia nella Dichiarazione appena citata non vi è simile chiarezza laddove, come anche rilevato da Amato – *L'obiettivo primario è evitare altre fratture*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 giugno 2005, p. 1 e 5 –, essa «(...) è ipocrita perché parla di una pausa fino a giugno 2006 mentre di fatto si guarda già al giugno 2007».

<sup>6</sup> Con questa doverosa premessa siano consentiti alcuni successivi richiami al dibattito svoltosi su alcune testate giornalistiche italiane.

<sup>7</sup> M. MONTI, *Il processo all'Europa*, in *Corriere della sera*, 5 giugno 2005, p. 1-2.

<sup>8</sup> A. MORAVCSIK, *La ricetta per l'UE? Abbandonare le grandi illusioni*, in *Corriere della Sera*, 17 giugno 2005, p. 2.

<sup>9</sup> M. POIARES MADURO, *Il futuro del costituzionalismo europeo senza la costituzione europea*,

no<sup>10</sup>. Se la creazione di un Presidente del Consiglio europeo stabile e con maggiori poteri di carattere politico è stato uno fra i punti qualificanti della Parte I del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, è indicativo che proprio la valorizzazione di una istituzione di governo più forte sia stata considerata come un elemento di ripartenza nel percorso di integrazione. In questo contesto si inserisce la proposta di chi<sup>11</sup> ha suggerito, nell'ambito di una serie di «scelte audaci contro la crisi della Ue» e di «una grande *leadership*» espressione di "grande politica", la creazione ad opera del nucleo dei Paesi fondatori ed altri Stati già presenti nell'area dell'Euro di una avanguardia tale da determinare «un salto qualitativo di volontà e di decisione politica», avanguardia basata «sull'elezione a suffragio universale diretto di un Presidente dell'Unione, magari con un sistema elettorale che penalizzasse il voto di chi scegliesse un candidato della propria stessa nazionalità». Tale figura sarebbe dotata di poteri «largamente simbolici» e si configurerebbe «immediatamente [come] un punto di riferimento importante per la vita politica interna dei vari Stati, e soprattutto un motore ancora più importante per spingere sulla strada di una sempre maggiore integrazione fra di essi»<sup>12</sup>.

*Relazione orale tenuta in occasione del Convegno: La crisi dell'Unione europea. Problematiche generali e veridiche settoriali*, Napoli, 20 ottobre 2006. L'Avvocato Generale presso la Corte di giustizia delle Comunità europee, dopo una ricognizione delle opzioni di superamento della, ennesima, fase di crisi, ha proposto, al di là della questione nominativa che non è il problema cruciale, una Costituzione europea che rinforzi quelle statali, sottolineando la necessità di un costituzionalismo «a bassa intensità», «incrementale», «progressivo», di tipo giudiziale e politico basato sulle Costituzioni nazionali e sulle politiche nazionali e comunitarie, costituzionalismo che in tale accezione "materiale" è già presente nell'Unione europea.

<sup>10</sup> Per una compiuta analisi della forma di governo dell'Unione europea: S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006.

<sup>11</sup> E. GALLI DELLA LOGGIA, *Un'avanguardia per l'Europa*, in *Corriere della sera*, 28 novembre 2005, p. 1 e 26.

<sup>12</sup> Viene anche suggerita la designazione da parte dei Governi di un unico comandante in capo delle loro forze militari dotato di poteri effettivi di comando, con un ruolo centrale anche nella politica estera comune. La proposta ha suscitato diverse reazioni in quanto vi è stato chi – R. RUGGIERO, *Un presidente può salvare l'Europa*, in *Corriere della sera*, 29 novembre 2005, p. 15 – ha sottolineato l'assoluta opportunità della «elezione di un presidente tra un gruppo di paesi che prenda l'iniziativa di fare da avanguardia ma che rimanga aperto all'adesione di altri (...)». Sarebbe un presidente che ha un mandato nuovo, europeo, dai cittadini». Vi è stato anche chi – F. DEBENEDETTI, *Senza Londra è un'Europa indesiderabile*, in *Corriere della sera*, 30 novembre 2005, p. 36 si è attestato su posizione critica rilevando la poca chiarezza di una proposta volta a «eleggere direttamente un Presidente dell'Unione (della Commissione? del Consiglio? del Parlamento?)», con poteri simbolici ma immediatamente punto di riferimento per la vita politica interna dei vari Stati (...).

Nella medesima prospettiva vi è stato - E. BONINO, *Europa in crisi, ora serve un vero governo*, in *Corriere della sera*, 1° giugno 2006, p. 38 - il recupero dell'idea di un «vero Governo europeo». L'Autore partendo da una analisi che si colloca nell'ambito delle celebrazioni del ventesimo anniversario della morte di Altiero Spinelli, sottolinea l'attuale ineludibilità, come anche nel Progetto spinelliano, dell'idea di un governo federale per l'Unione, «non può esserci un soggetto politico che non sia caratterizzato dall'indicazione, limpida e inequivocabile, su chi abbia la responsabilità di decidere sulle sue scelte. Se questa indicazione manca, ci si trova di fronte ad un corpo con molte braccia e gambe ma senza testa. E non vi è dubbio che, di fronte alla divisione di competenze tra varie istituzioni che oggi si pestano reciprocamente i piedi ai vertici dell'Unione, manca lo strumento primario attraverso il quale essa possa esprimere la sua politica: un vero Governo europeo». Sempre in un clima di analisi della crisi dell'Unione europea, particolarmente significativa è stata la tesi di chi – C. A. KUPCHAN, *Così l'Europa muore*, in *Corriere della sera*, 2 giugno 2006, p. 36

In prossimità del cinquantennale della firma dei Trattati di Roma del 1957 è ripartita al massimo livello politico ed istituzionale la riflessione sulle riforme istituzionali dell'Unione europea.

In un Appello firmato da personalità politiche europee, all'interno di un forte auspicio di ripresa del «cammino delle riforme»<sup>13</sup> con particolare riferimento, nuovamente, alle Istituzioni il cui adeguamento in una Unione di ventisette Stati «(...) è un passo indispensabile per permettere all'Unione ampliata di rispondere alle attese dei cittadini», viene proposto di conservare «(...) integralmente le Parti I e II del Trattato, che non sono state oggetto di critiche di fondo e che sono indispensabili per il buon funzionamento dell'Unione»<sup>14</sup>.

– sottolinea come uno dei principali fattori che sta minando le fondamenta dell'Unione «la mancanza di una guida forte, necessaria per rinvigorire l'impresa dell'Unione». L'Autore propone di «lasciar perdere quella Costituzione così cavillosa in favore di un documento più snello che salvi qualche proposta chiave, come la nomina di un presidente e un ministro degli Esteri dell'Unione e la riforma delle strutture decisionali».

In una prospettiva di valorizzazione di elementi istituzionali già esistenti, di comparazione fra rapporto parlamento-Governo in Italia e nell'Unione europea ossia fra formazione della Commissione europea rispetto al Governo in Italia, si colloca chi – M. MONTI, *Migliorare la democrazia*, in *Corriere della sera*, 7 giugno 2006, p. 36 –, evidenzia come proprio l'esperienza comunitaria dell'esame preventivo, ad opera del Parlamento europeo, del Presidente della Commissione e dei suoi commissari designati, dimostra che «la vita politica comunitaria non manifesta certo un deficit democratico rispetto a quella nazionale. E questo non vale solo per l'Italia. In nessun Paese europeo (...) i singoli ministri del governo nazionale sono sottoposti ad un preventivo vaglio individuale dal Parlamento, neppure nella culla londinese della democrazia parlamentare». Dopo avere ulteriormente argomentato «l'intensità del rapporto democratico Parlamento-Commissione», si conclude sullo stesso come esempio da cui trarre anche «qualche spunto per migliorare la democrazia e la trasparenza sul piano nazionale». In una ancora diversa prospettiva di valorizzazione del Parlamento europeo vi è chi – G. TREMONTI, *Europa, se il futuro parte da Strasburgo*, in *Corriere della sera*, 11 febbraio 2007, p. 32 – notando dal 2001 un generale arretramento del ruolo della Commissione e del Consiglio in una Unione europea a ventisette Stati, evidenzia la necessità del rafforzamento del ruolo legislativo del Parlamento europeo e, conseguentemente del Consiglio, trasformando così la Commissione «in una fondamentale autorità di controllo e vigilanza sulla vastissima platea delle regole europee».

Sulla opportunità, anche se in ottica differente, di un rafforzamento del governo europeo, vi è chi – P. SOLDATI - A. VANCHERI, *Perché c'è bisogno di un governo europeo*, in *Il Mulino*, n. 6/2006, p. 1105 ss. - sottolinea come – p. 1111 «(...) la nuova figura del presidente permanente del Consiglio europeo, che crea pericolose duplicazioni istituzionali anche nell'ambito della politica estera, dovrebbe essere abolita per rilanciare invece l'idea di un presidente della Commissione eletto direttamente dai cittadini o scelto dal Parlamento europeo sulla base del risultato elettorale» sottolineando in tal guisa il ruolo di un governo responsabile di fronte ai cittadini che hanno concorso alla formazione con il loro voto.

<sup>13</sup> Nell'Appello – anche in *Corriere della sera*, 17 novembre 2006, p. 50 – firmato da Ciampi, Baron Crespo, Fischer, Giscard d'Estaing, Sampaio, Schmidt, Simitis, viene esplicitamente auspicata, per la primavera del 2009 e comunque prima delle elezioni per il Parlamento europeo, la conclusione del nuovo processo di riforma.

<sup>14</sup> In Italia, nella medesima prospettiva di mantenimento della parte istituzionale del Trattato di Roma del 2004, con l'esplicito riferimento alla conservazione di un Ministro degli esteri europeo che presieda il Consiglio e faccia parte della Commissione, «la designazione di un Presidente stabile del Consiglio europeo», si colloca l'intervento del Ministro degli affari esteri, in occasione di un discorso tenuto il 25 ottobre 2006 presso l'Istituto Universitario europeo di Firenze – ripreso da R. RUGGIERO, *Ue più forte? Necessità senza alternative*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 novembre 2006, p. 1.

La Dichiarazione di Berlino del successivo 28 marzo 2007<sup>15</sup>, pur generale o addirittura generica, ha sottolineato la necessità di proseguire lungo il percorso di integrazione.

## **2. Verso il *reform treaty*: il mandato del Consiglio europeo di Bruxelles del 21-22 giugno 2007**

Nel Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007 è stato raggiunto un faticoso ma complessivo accordo con un dettagliato mandato alla Conferenza intergovernativa, sotto Presidenza portoghese, per la redazione di un ulteriore trattato "di riforma".

Ai sensi del punto 11 delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo – in seguito "Conclusioni" –: «La CIG opererà conformemente al mandato di cui all'allegato 1<sup>16</sup> delle presenti conclusioni. Il Consiglio europeo invita la futura Presidenza a elaborare un progetto di testo del trattato in linea con i termini del mandato ed a sottoporlo alla CIG non appena questa sia stata avviata. La CIG concluderà i lavori il più presto possibile, e in ogni caso entro il 2007 (...)».

Ai sensi del Progetto, allegato alle Conclusioni, di mandato della CIG, essa ha il compito di elaborare un "trattato di riforma" che modifichi «i trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica (...). Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato. Il Trattato di riforma integrerà nei trattati esistenti, che restano in vigore, le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004 come indicato dettagliatamente qui di seguito. 2. Il Trattato di riforma conterrà due clausole sostanziali che modificano, rispettivamente, il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il trattato che istituisce la Comunità europea (TCE). Il TUE manterrà il suo titolo attuale mentre il TCE sarà denominato trattato sul funzionamento dell'Unione, in considerazione della personalità giuridica dell'Unione (...). 3. Il TUE e il trattato sul funzionamento dell'Unione non avranno carattere costituzionale (...) il termine "Costituzione" non sarà utilizzato (...)».

Alcuni dati testuali risaltano con immediata evidenza e saranno utili per la comprensione dei prossimi eventi.

Il Consiglio si è confermato nel suo ruolo di *dominus* della revisione dei trattati, ponendo uno *stop* al processo delle diciotto ratifiche del Trattato costituzionale di Roma del 2004.

In secondo luogo il Mandato per la nuova Conferenza intergovernativa,

<sup>15</sup> V. *supra*, p. 591 s.

<sup>16</sup> Pubblicato *supra*, p. 593 ss.

già prevista per il secondo semestre del 2007, sembra riassumersi in tre principi riformatori. Il primo concerne la riforma ordinamentale degli attuali trattati vigenti TUE e TCE dei quali il primo resta confermato come tale, il secondo risulta destinato a divenire un trattato sul funzionamento dell'Unione, così perdendo il suo contenuto e le sue finalità specificatamente comunitarie.

Viceversa, il secondo principio riformatore concerne l'ingresso all'interno del diritto dell'Unione di un vero e proprio principio democratico ampliato e sviluppato e soprattutto anticipato nella sua collocazione all'inizio del futuro Trattato sull'Unione europea, incorporando altresì, mediante clausola di rinvio, il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed infine, come ultimo principio rivolto ai negoziatori della CIG, è prevista la trasformazione della forma di governo nel senso di una maggiore efficienza istituzionale e di una più marcata *leadership* presidenziale portando a compimento istanze istituzionali entrate da tempo nel dibattito sul futuro dell'Unione.

Se il testo di tale primo risultato progettuale viene posto a confronto con le retrospettive dell'ultimo cinquantennio di trattati unionistici e comunitari si può osservare come il passaggio dal diritto "scientifico" proprio del metodo comparatistico al diritto positivo proprio dei nuovi trattati internazionali, rappresenta una costante delle dottrine internazionalistiche dell'intero secolo scorso.

Se, infatti, fra i principi dell'integrazione è entrato in crisi quello formalmente costituzionale, viceversa sono destinati al rilancio quelli materialmente o sostanzialmente tali collegati ai tre principi suindicati e ciò era stato segnalato dalle più recenti ed impegnate opere dottrinali, formalmente indifferenti all'adozione di un trattato auto qualificato costituzione o costituzionale, ma molto più compartecipi alle esigenze dello sviluppo dei precedenti principi presenti nei trattati vigenti come interpretati ed applicati nella prassi istituzionale e giurisprudenziale<sup>17</sup>.

In un'ottica comparativa, la Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea del dicembre 2001, che logicamente si colloca nella scia della Dichiarazione n. 23 - Dichiarazione relativa al futuro dell'Unione - del febbraio 2001, allegata al Trattato di Nizza getta le basi per la quarta revisione dei trattati in meno di un decennio. Il dibattito, all'epoca, si è imperniato non solo sui punti della suindicata Dichiarazione n. 23 - precisa delimitazione di competenze fra Unione europea e Stati membri nel rispetto del principio di sussidiarietà, determinazione dello *status* giuridico della Carta dei diritti fondamentali, semplificazione dei trattati, rideterminazione del ruolo dei Parlamenti nazionali nell'architettura istituzionale europea - ma è andato al di là di una elencazione tassativa, sollecitando risposte a diversi altri quesiti: le com-

<sup>17</sup> Sui principi dell'ordinamento costituzionale comunitario: A. VON BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2003; S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006; R. SCHULZE- M. ZULEEG (a cura di), *Europarecht*, Berlin, Nomos, 2006.

petenze dell'Unione, la semplificazione degli strumenti normativi, il *deficit* democratico e la trasparenza delle istituzioni, l'efficacia del processo decisionale e del funzionamento delle istituzioni anche in vista dell'imminente allargamento dell'Unione a numerosi Stati dell'est europeo. Nella parte intitolata «La via verso una Costituzione per i cittadini europei», uno dei dati più significativi era rappresentato oltre che dalla incorporazione della Carta dei diritti e dal riordino dei trattati, anche dalla possibilità che la Convenzione adottasse un testo costituzionale. In definitiva alla Convenzione, composta con un metodo democratico rappresentativo di tutte le istituzioni nazionali e comunitarie coinvolte, veniva chiesto di avanzare proposte per la CIG, «di esaminare le questioni essenziali che il futuro sviluppo dell'Unione comporta e di ricercare le diverse soluzioni possibili».

Nella prefazione del «Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa», adottato per consenso dalla Convenzione europea il 13 giugno ed il 10 luglio 2003, esplicitamente si riconosceva che: «la Convenzione è stata incaricata di formulare proposte su tre temi: avvicinare i cittadini al progetto europeo e alle istituzioni europee; strutturare la vita politica e lo spazio politico europeo in una Unione allargata; fare dell'Unione un fattore di stabilizzazione e un punto di riferimento nel nuovo ordine mondiale. (...) La dichiarazione di Laeken ha posto il quesito se la semplificazione e il riordino dei trattati non debbano spianare la strada all'adozione di un testo costituzionale».

Ad una prima comparazione fra il 2001 ed il 2007 è evidente che nel Consiglio europeo di Laeken si è ragionato nel senso dell'apertura, del dialogo, della sollecitazione di risposte ad una ampia serie di questioni giuridiche e politiche, nell'ottica di un documento politico e programmatico che cercava di andare oltre la logica della revisione ai sensi del diritto internazionale, verso una riforma *tout court* del diritto comunitario ed unionistico.

Diversamente, nel giugno del 2007 il Consiglio europeo ha non solo conferito un mandato puntuale, stringente, incalzante alla CIG come difficilmente riscontrabile nella storia dei trattati dal 1957, ma ha anche optato per un formale e chiaro abbandono dello «spirito di Laeken», dello spirito della Convenzione Giscard, dello spirito costituzionale volto alla creazione, pur con le precisazioni dovute alle caratteristiche ultime in continuità con il precedente percorso di integrazione, di una legge fondamentale europea alla base di una rinnovata e più stretta unione politica e giuridica, di un rinnovato diritto costituzionale europeo.

Le peculiarità del Mandato di Bruxelles sono ancora più chiare nei primi documenti ufficiali della Presidenza portoghese<sup>18</sup> ove espressamente viene riconosciuto «The mandate is precise: it will provide the exclusive basis and

<sup>18</sup> Il presente contributo è stato licenziato dall'Autore prima dell'inizio della Conferenza inter-governativa.

framework for the work of IGC»<sup>19</sup>. Analogamente si prevede: «The agreement reached in the last European Council gives a clear and precise mandate (...). Our aim is clear: to keep up the momentum of the agreement reached in Brussels and to approve a new Treaty for the European Union as quickly as possible. The mandate adopted by the European Council introduces a very significant change: the nature of the Treaty to be negotiated has changed. Indeed, the idea of adopting a Constitutional Treaty has been abandoned in favour of a return to the tradition of amending existing Treaties. The new Treaty will be more of an International Treaty as opposed to a constitutional treaty and is not intended to totally substitute the Treaties in force (...). A mandate is not a Treaty. Europe has chosen the path through this mandate. But it has yet to progress along this path»<sup>20</sup>.

Sicuramente è vero che il Mandato non è – e non potrebbe essere – un Trattato, tuttavia sostanzialmente quanto stabilito dal Consiglio europeo di Bruxelles è un ampio e nuovo nucleo di principi fondanti dal quale si è già scelto di non derogare, di non ritrattare.

### **3. L'Unione europea *post* costituzionale: dalla Costituzione *uno actu* al trattato di riforma**

Passare in rassegna alcune "intitolazioni ufficiali" giova a cogliere gli aspetti più significativi della recente fase costituzionale dell'Unione europea. Dal Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa si passa al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa fino ad arrivare, presumibilmente, ad un trattato di riforma. In definitiva, si è progressivamente passati da un tanto auspicato salto di qualità del 2002, ad un significativo passo in avanti nell'estate del 2003, ad un ben più timido e meno ambizioso miglioramento con il Trattato di Roma<sup>21</sup>.

Detto miglioramento non è più espressione di un metodo democratico e rappresentativo che rimane la più apprezzabile innovazione costituzionale e anche di metodo del diritto pubblico europeo di inizio secolo, non il risultato conclusivo ovvero il fine di un processo ma l'accordo frutto di un negoziato condotto dai soli rappresentanti dei governi, uno strumento di "semplice" integrazione e modifica del diritto primario esistente.

<sup>19</sup> Portuguese Presidency of the Council: *a stronger Union for a better world, July-December 2007*, p. 2, in [www.eu2007.pt](http://www.eu2007.pt).

<sup>20</sup> *Presentation of the Programme for the Portuguese Presidency of the European Union. Prime Minister's speech, José Socrates*, 27 June 2007, p. 2, 3, 5, in [www.eu2007.pt](http://www.eu2007.pt).

<sup>21</sup> La terminologia utilizzata è in: F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 11; F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 7.

Sicuramente si supera una visione di Costituzione sostanzialmente *uno actu*, si chiude un percorso giuridico con un esito verosimilmente ben differente rispetto sia agli slanci racchiusi nella proposta circolata ai tempi della Convenzione *Giscard d'Estaing* di una sorta di "referendum europeo" – ovviamente in conformità alle diverse discipline di ratifica nazionali – in grado di concludere al meglio il circuito democratico iniziato con la Convenzione, sia alle più realistiche aspettative di forma e sostanza costituzionale pur ben lontane dalla disputa, spesso nominalistica, fra trattato o Costituzione.

Registrate le insoddisfazioni in ordine ai risultati raggiunti dal suindicato Consiglio europeo da parte di diversi attori istituzionali soprattutto del nucleo fondatore della Comunità europea, si resta in attesa di verificare le scelte definitive del *reform treaty* in ordine alle procedure di ratifica ed alla parte concernente le disposizioni generali e finali, in attesa di qualificare la categoria «*reform treaty*» anche rispetto al trattato di revisione o al trattato costituzionale, nonché di valutare il futuro ruolo delle cooperazioni rafforzate.

Invece, nel merito elementi quali l'esclusione dal trattato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che tuttavia acquisisce valore giuridico vincolante, l'introduzione di una mera formula di rinvio alla Carta la quale ultima sarà interpretata in conformità alle spiegazioni convenute dalla Convenzione europea e dalla successiva CIG, l'azione dell'Unione «esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati», l'eliminazione dei simboli dell'Unione – bandiera e motto –, l'eliminazione della figura del Ministro degli esteri europeo qualificato come «Alto rappresentante per gli affari esteri dell'Unione europea e la politica di sicurezza», l'abolizione della legge europea e della legge quadro europea, confermano, pur con diversa intensità, una azione di "svuotamento" e depotenziamento di alcune rilevanti novità di tipo "unificante" ovvero "identitario" cui si era pervenuti pur a fatica con il Trattato di Roma del 2004.

Se l'Unione europea è un mercato comune, allora desta scalpore l'esclusione della concorrenza dal novero degli obiettivi del trattato, ossia la "derubricazione" di uno dei pilastri del Mercato comune. Se una adeguata regolazione dei diritti fondamentali fa aumentare il tasso di costituzionalità, allora si è ben lontani da questa significativa evoluzione.

Seguendo ancora la terminologia di nota dottrina, se il "pesce" pescato dalla Convenzione è stato in parte divorato dagli squali in vista del Trattato di Roma del 2004<sup>22</sup>, allora il *reform treaty* denota che, sotto alcuni cruciali aspetti, dell'originaria "pesca" è rimasto non molto.

Se la più recente evoluzione potrebbe essere vista come il trionfo dei neo nazionalismi o neoprotezionismi rispetto ad un europeismo "spinto" non ancora sufficientemente condiviso, va segnalato che come il diritto dell'Unione

<sup>22</sup> F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, cit. supra, nota 21, p. 10.



europea non si è arrestato nell'attesa della Costituzione, continuando a ben funzionare nella sua "ordinaria amministrazione", a svilupparsi grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia, così non si arresterà nella inevitabile fase di "recreazione costituzionale", ma seguirà dinamiche differenti.

Ma ciò detto, accantonato l'originario disegno mediante un unico atto costituzionale di chiarificazione complessiva e creazione di una cornice giuridica più forte, viene proposta nel Mandato di Bruxelles una architettura tutt'altro che poco ambiziosa, di tipo unionistico e "post comunitario", basata su un doppio livello di trattati. La scelta o meno del termine Costituzione, o della particolare accezione di essa oramai al centro del diritto pubblico europeo dell'ultimo quinquennio, non pregiudica uno sviluppo in termini di buon funzionamento oltre che democraticità ed efficienza dell'Unione europea.

La "logica costituzionale" non appare dispersa nella misura in cui viene ad arricchire quello che, all'inizio del secolo, autorevole dottrina qualificava come «patrimonio costituzionale europeo»<sup>23</sup> – allora – già esistente, caratterizzato dalla chiara giuridicità derivante da un insieme di tradizioni costituzionali comuni agli Stati dell'Unione, da principi e valori concernenti i diritti fondamentali, dall'organizzazione del potere pubblico nei termini della democrazia e dello Stato di diritto.

Non si disperde la riflessione in ordine ai fondamenti del diritto costituzionale europeo, alla destrutturazione critica della corrispondenza biunivoca, qualche decennio fa irretrattabile ovvero dogmatica, fra i concetti di Stato e Costituzione. Non si disperde la continua influenza del diritto costituzionale europeo sulle Costituzioni nazionali, anche attraverso la giurisprudenza comunitaria ed il dialogo con e fra le Corti costituzionali nazionali; in definitiva si conferma irrobustito il circuito formale ed informale<sup>24</sup> di dialogo e mutua «alimentazione»<sup>25</sup> fra ordinamenti, con la creazione di un diritto composito ovvero integrato già

<sup>23</sup> A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002. Successivamente la dizione costituzionale è stata usata in diversi autori, tra cui, in estrema sintesi: L. ALBINO, *La progressiva costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2005; R. BIN - P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2005; P. COSTANZO - A. RUGGERI - A. MEZZETTI, *Lineamenti di diritti costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006; S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2005; J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea. Verso una Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.

<sup>24</sup> Sulla scrittura costituzionale a volte in grado di offrire meno certezze rispetto a quelle del diritto costituzionale non scritto: A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Diritto e società*, n. 2/2004, p. 237 ss.

<sup>25</sup> Il concetto di «alimentazione», rispetto al più collaudato «circolazione», è in P. COSTANZO - A. RUGGERI - A. MEZZETTI, *Lineamenti di diritti costituzionale*, loc. cit., p. XVI. Ad ulteriore chiarimento, viene precisato come anche il diritto costituzionale sia "inautonoma" rispetto al diritto dell'Unione europea.

nel suo effettivo dispiegarsi<sup>26</sup>, un diritto differenziato in ordine alla "sede" della fonte di produzione ma già compiutamente euro-nazionale.

In conclusione, i costituzionalisti non possono ritenersi usciti sconfitti dall'esperienza costituzionale dell'Unione europea di inizio secolo nella misura in cui è avvenuto il raggiungimento dell'obiettivo di un sistema tendenzialmente monista riportabile ad una unica norma base come quadro di coerenza e chiusura del sistema. Tale obiettivo risulta conseguito attraverso l'individuazione di un doppio trattato riferito ad un solo oggetto unionistico senza le duplicazioni dualistiche comunitarie ed unionistiche del regime precedente. Proprio in tale particolare tipo di *reductio ad unitatem* sta il mandato costituzionale più significativo del difficile processo giuridico in atto. Dal bi-trattato del primo cinquantennio di integrazione europea, dall'ormai superato Trattato costituzionale *uno actu*, si passa al trattato di riforma come nuova norma base, duplice trattato ma unico soggetto-oggetto di riferimento, in una prospettiva ordinamentale, "incrementale", comunque – più – monista.

**Mario Panebianco\***

<sup>26</sup> Sul concetto di Costituzione integrata: I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004; I. PERNICE - F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, loc. cit., p. 43- 68.

\* Ricercatore in Diritto pubblico comparato / Università degli Studi di Salerno.

**ADOTTATA LA LEGGE REGIONALE DELLA REGIONE  
FRIULI VENEZIA GIULIA CHE CONSENTE L'UTILIZZO  
DELLA DENOMINAZIONE «TOCAI FRIULIANO» PER L'OMONIMO  
VINO PRODOTTO E COMMERCIALIZZATO IN ITALIA**

**Legge regionale n. 24 del 2 ottobre 2007**

**Attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di  
proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo TRIPS)\***

Il Consiglio regionale ha approvato

Il Presidente della Regione promulga la seguente legge:

*Articolo 1*

**Attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti  
di proprietà intellettuale attinenti al commercio «Accordo TRIPS»**

1. Ai sensi dell'art. 117, quinto comma, della Costituzione, in attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo TRIPS), ratificato in Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747, la denominazione "Tocai friulano", patrimonio della vitivinicoltura regionale ormai da secoli, può continuare ad essere utilizzata dai produttori vitivinicoli della Regione Friuli Venezia Giulia, anche dopo il 31 marzo 2007, per designare il vino, derivante dall'omonimo vitigno, che viene commercializzato all'interno del territorio italiano.

La presente legge regionale sarà pubblicata nel *Bollettino Ufficiale della Regione*. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge della Regione.

Data a Trieste, addì 2 ottobre 2007

*(Omissis)*

\* In *Bollettino Ufficiale della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia* n. 41 del 10 ottobre 2007, p. 15 s. In argomento v. *infra*, p. 621 ss., il commento di GIACOMO GATTINARA.

Consiglio Regionale Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia  
IX Legislatura - Atti consiliari - Progetti di legge e relazioni

**Relazione della V Commissione permanente (Affari istituzionali e statuari, forma di governo, elezioni, disciplina del referendum, autonomie locali, usi civici, rapporti esterni e con l'Unione Europea, organi di garanzia) sulla Proposta di legge n. 235 «Tutela del diritto alla denominazione "Tocai Friulano" delle produzioni vitivinicole regionali da vitigno Tocai Friulano»\*\***

Signor Presidente, colleghi consiglieri,

la V Commissione ha approvato, il 15 marzo scorso, una proposta di legge per la tutela del nome «Tocai friulano».

La proposta è stata trasmessa al Governo nazionale e su di essa hanno preso posizione quattro Ministeri: Ministero degli Affari esteri, Ministero per le politiche comunitarie, Ministero per le Regioni e Ministero per le politiche agricole.

Dopo alcuni scambi di vedute con i predetti Ministeri, il Presidente Illy ha inviato, in data 1° agosto 2007, al Presidente del Consiglio Romano Prodi, una lettera nella quale si chiedeva l'adozione di un provvedimento governativo destinato a dare attuazione all'art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's (Accordo Internazionale sulla tutela della proprietà intellettuale), allo scopo di mantenere, per quanto riguarda l'Italia, la denominazione «Tocai friulano» per designare il vino prodotto con l'omonimo vitigno coltivato all'interno della Regione Friuli Venezia Giulia, consentendo la commercializzazione del medesimo vino, denominato «Tocai friulano», esclusivamente entro i confini dello Stato italiano.

Nella stessa lettera, il Presidente Illy ha inoltre segnalato che, nel caso in cui il Governo nazionale non ritenesse di dare attuazione diretta al richiamato art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's, potrebbe provvedervi la stessa Regione Friuli Venezia Giulia in base alle norme costituzionali vigenti.

Nei confronti della lettera del Presidente Illy, il Governo non ha sollevato obiezioni.

Di conseguenza la Regione Friuli Venezia Giulia può procedere all'adozione della legge regionale approvando la proposta qui allegata nella sua versione definitiva.

Per esigenze di chiarezza e per una miglior comprensione delle finalità perseguite con la presente proposta di legge, si esaminerà la materia, in essa disciplinata, in primo luogo sotto il profilo del diritto comunitario e, in secondo luogo, sotto il profilo del diritto internazionale.

## **1. Diritto comunitario**

a. L'accordo del 1993, concluso tra la Comunità europea e l'Ungheria, sulla tutela delle denominazioni dei vini, da cui deriva il divieto di utilizzare il nome «Tocai friulano» dopo il 31 marzo 2007, è venuto meno il 1° maggio 2004 al momento dell'entrata in vigore del Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea, co-

\*\* Aggiornamento della relazione depositata il 22 marzo 2007. Relatore di maggioranza Malattia. Seduta del Consiglio Regionale del 25 settembre 2007.

me ha riconosciuto la stessa Commissione europea nella sua relazione sul «Tokay» del 19 dicembre 2006 (DOC Com 2006 837 def.);

b. la data di cessazione dell'utilizzo della denominazione «Tocai friulano» (31 marzo 2007) è stata ripresa, senza alcuna motivazione, negli allegati dei regolamenti n. 753/2002 e n. 1429/2004 e non invece nel Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea appena citato;

c. tali regolamenti stabiliscono, soltanto per la denominazione «Tocai friulano», una data limite di utilizzo mentre non prevedono alcuna scadenza per altre 121 denominazioni di vino, contenenti riferimenti geografici analoghi a quelli contenuti nella denominazione «Tocai friulano», con violazione del principio di non discriminazione previsto dall'art. 34, par. n. 2, secondo comma, del Trattato Ce;

d. in ogni caso, la disciplina comunitaria applicabile in materia di denominazioni dei vini, contenuta nel regolamento di base n. 1493/99, relativo al settore dei vini, non poteva autorizzare la Commissione ad adottare le disposizioni sopra richiamate che sono state riprese nei regolamenti n. 753/2002 e n. 1429/2004 appena menzionati.

e. anche il regolamento della Commissione n. 382/2007 (*Gu-Ue* n. L 95 del 5 aprile 2007) che ha soppresso l'utilizzo della denominazione «Tocai friulano» dopo il 31 marzo 2007 presta il fianco alle medesime contestazioni appena indicate;

f. tali contestazioni sono attualmente al vaglio della Corte di giustizia delle Comunità europee di Lussemburgo che le deve esaminare nelle cause riunite n. 23 e n. 24/2007 rimesse alla Corte medesima dal TAR del Lazio con ordinanza in data 4 dicembre 2006.

## 2. Diritto internazionale

a. *L'Accordo TRIP's sulla proprietà intellettuale è successivo al noto Accordo sui vini Comunità europea/Ungheria del 1993 sopra richiamato e prevale rispetto a quest'ultimo.*

Questo Accordo, ratificato non solo dalla Comunità europea ma anche dai singoli Stati membri, è entrato in vigore nel 1996 ed è vincolante tanto per la Comunità europea, nel suo complesso, quanto per i singoli Stati membri, tra cui l'Italia, che l'hanno espressamente ratificato, nonché per l'Ungheria, allora Stato terzo, che pure l'ha ratificato.

Essendo posteriore all'Accordo sui vini del 1993, in caso di contrasto prevale l'Accordo TRIP's, sulla base delle regole stabilite dalla Convenzione di Vienna del 1969 sull'interpretazione dei Trattati.

b. *Il 1° maggio 2004 l'Ungheria è entrata come Stato membro nella Comunità europea, ma il relativo Trattato di adesione non contiene alcun specifico riferimento al «Tocai friulano» mentre l'Italia ha fatto mettere a verbale, in occasione della Conferenza intergovernativa di Atene del 2003, nella quale è stato approvato il predetto Trattato di adesione, che intendeva continuare a tutelare gli interessi dei produttori di «Tocai friulano».*

Il diritto dello Stato italiano di invocare autonomamente l'Accordo TRIP's, con riferimento all'utilizzo della denominazione «Tocai friulano», sarebbe venuto meno soltanto se lo stesso Stato italiano, nel Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea, che l'Italia ha espressamente ratificato nel 2003, avesse esplicitamente

ribadito di rinunciare, per il futuro, all'utilizzo della denominazione «Tocai friulano».

Ciò non è avvenuto.

Di conseguenza, dopo il 1° maggio 2004, le disposizioni giuridiche applicabili all'interno dell'ordinamento italiano, sono quelle dell'Accordo TRIP's, nonché quelle adottate in conformità del Regolamento Ce n. 1493/99 che costituisce il regolamento di base in materia di vini.

*c. La data del 31 marzo 2007, che fissa la scadenza per l'utilizzo della denominazione «Tocai friulano», è stata ripresa unicamente in due regolamenti della Commissione (n. 753/2002 e n. 1429/2004) e a tale data non viene più fatto riferimento nel citato regolamento n. 382/2007 che ha definitivamente soppresso la denominazione «Tocai friulano».*

La disciplina comunitaria in materia di vini, contenuta nel Regolamento di base n. 1493/99, si limita a conferire alla Commissione europea competenze di registrazione delle denominazioni dei vini esistenti.

La Commissione, adottando il Regolamento n. 753/2002 ha quindi stilato, in un apposito allegato, successivamente integrato dal Regolamento n. 1429/2004, l'elenco dei nomi dei vini contenenti il riferimento ad un'indicazione geografica.

La Commissione ha però superato i limiti delle proprie competenze stabilendo, soltanto per il «Tocai friulano», la data di scadenza del 31 marzo 2007.

Tale data di scadenza è contenuta in una nota inserita negli Allegati ai regolamenti appena citati, senza alcuna motivazione. Il richiamo alla data del 31 marzo 2007 è pertanto diretta conseguenza dell'inserimento, nei due citati allegati, di quanto stabilito nell'Accordo sui vini Comunità europea/Ungheria del 1993. Ciò viene confermato dal regolamento n. 382/2007 sopra citato.

Si è trattato, in altre parole, della "comunitarizzazione" di una disposizione (data limite di utilizzo della denominazione «Tocai friulano») contenuta nel predetto Accordo comunitario, la cui efficacia è ora venuta meno dopo l'entrata in vigore del Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea (come ha riconosciuto la stessa Commissione europea).

*d. La nota contenuta negli allegati dei citati regolamenti n. 753/2002 e n. 1429/2004 e la proibizione di utilizzare la denominazione «Tocai friulano» ripresa nel citato regolamento n. 382/2007, devono essere considerate, in primo luogo, illegittime perché contrarie al divieto di discriminazione stabilito dal Trattato Ce (art. 34, par. 2, secondo comma) e, in ogni caso, non opponibili all'Italia con riferimento all'art. 24, par. 6 dell'Accordo TRIP's.*

La nota inserita negli allegati dei Regolamenti n. 753/2002 e n. 1429/2004 e la citata proibizione di cui al regolamento n. 382/2007 sono ora contestate davanti alla Corte di giustizia nel procedimento introdotto con le ordinanze del TAR del Lazio sopra ricordate.

Ma anche ammesso, per assurdo, che tale nota e tale proibizione relative all'utilizzo del nome «Tocai friulano», siano legittime in base al diritto comunitario, le stesse non potrebbero in ogni caso essere opposte all'Italia qualora lo Stato italiano si avvallesse del diritto, riconosciuto agli Stati aderenti all'Accordo TRIP's, dall'art. 24, par. 6 dell'Accordo medesimo.

Come è noto, l'art. 24, par. 6 dell'Accordo TRIP's stabilisce che:

*«(...) la presente sezione non obbliga in alcun modo un Membro ad applicarne le disposizioni [esempio: in tema di uso di indicazioni geografiche confondibili, di marchi o di denominazioni omonime] in relazione ad un'indicazione geografica di qualsiasi altro Membro, per vini per i quali la pertinente indicazione sia identica alla denominazione comune di una varietà di uva esistente nel territorio di detto Membro alla data di entrata in vigore dell'accordo OMC».*

Come risulta evidente, la fattispecie prevista dalla disposizione dell'art. 24, par. 6 dell'Accordo TRIP's appena riportata è esattamente quella del «Tocai friulano» qui esaminata.

Tradotta in termini più semplici e opportunamente contestualizzata, la disposizione sopra riportata significa semplicemente che l'Italia (membro dell'Accordo TRIP's) non può in alcun modo essere obbligata a rinunciare alla denominazione del vino «Tocai friulano», che è simile all'indicazione geografica del vino «TOKAJI» registrata in Ungheria (ugualmente membro dell'Accordo TRIP's), in quanto la denominazione del vino «Tocai friulano» è identica alla denominazione della varietà di uva (vitigno) «Tocai friulano» che viene coltivata in Italia da molti anni e in ogni caso prima dell'entrata in vigore dell'Accordo mondiale del commercio (1° gennaio 1996).

Il testo dell'art. 24, par. 6, sopra riportato non si presta ad altre interpretazioni e la stessa Corte di giustizia lo ha interpretato nel senso sopra indicato (ovviamente, con riferimento non all'Italia ma alla Comunità europea nel suo complesso) limitandosi a riconoscere, al punto n. 115 della sua precedente sentenza del 12 maggio 2005 (in causa n. 347/03), che la norma non stabilisce un vincolo ma concede un diritto agli Stati membri aderenti all'Accordo TRIP's.

Nel caso di specie, l'art. 24, par. 6 citato, concede pertanto allo Stato italiano il diritto di conservare il nome del vino «Tocai friulano» all'interno dei confini italiani e solo per le vendite destinate al territorio italiano.

In altre parole, se i membri dell'Accordo TRIP's ritengono di doversi avvalere delle disposizioni dell'Accordo medesimo, sono senz'altro legittimati ad avvalersene.

Contro l'Accordo TRIP's non può certo essere invocata una "nota", contenente la data di scadenza di utilizzo della denominazione «Tocai friulano», inserita, senza motivazione alcuna, negli allegati di due regolamenti della Commissione e in un recente regolamento (n. 382/2007) attuativo dei medesimi.

Poiché l'Italia, avendo ratificato direttamente l'Accordo TRIP's, può applicarne le disposizioni nel rispetto dell'Accordo medesimo, occorre soltanto verificare se esistano disposizioni di diritto primario, contenute nel Trattato Ce, che impediscano all'Italia di procedere nel senso indicato.

Come si è in precedenza segnalato, soltanto un'esplicita rinuncia da parte dell'Italia, contenuta nel Trattato di adesione dell'Ungheria alla Comunità europea, avrebbe potuto impedire allo Stato italiano di avvalersi dell'art. 24, par. 6 dell'Accordo TRIP's e ciò per l'ovvia ragione che, se nel citato Trattato di adesione, successivo all'Accordo TRIP's, fosse stata inserita un'espressa rinuncia dell'Italia, in tal caso sarebbe stato consacrato l'abbandono definitivo della denominazione «Tocai friulano» da parte dello Stato italiano.

Ma ciò non è avvenuto ed anzi lo Stato italiano, come già ricordato, si è riservato di tutelare gli interessi dei produttori di Tocai in sede di approvazione del testo del Trattato di adesione.

Relativamente, infine, alla possibilità che all'interno del mercato unico europeo possano sussistere situazioni di tutela diverse per quanto riguarda marchi, denominazioni di prodotti e indicazioni di provenienza, la giurisprudenza della Corte di giustizia e la prassi dimostrano che questo è possibile.

Per i marchi di impresa, ad esempio, basta ricordare la causa decisa con la seconda sentenza sul *Caffè Hag* (causa n. 10/89) del 17 ottobre 1990 (*Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1990, p. 3752).

In tale sentenza, la Corte di giustizia riconosce, infatti, che in caso di conflitto tra due marchi confondibili legittimamente posseduti da soggetti diversi operanti in Stati membri diversi (Belgio e Germania), il titolare di uno dei due marchi operante in uno Stato membro della Comunità europea può impedire ai prodotti recanti il marchio confondibile, provenienti dall'altro Stato membro, di essere venduti nel primo Stato membro, indipendentemente dal principio comunitario sulla libera circolazione delle merci.

Per evitare, quindi, che i prodotti marchiati in uno Stato membro possano essere commercializzati in un altro Stato membro e viceversa, essendo tali prodotti contrassegnati dallo stesso marchio registrato, però, separatamente, nei due diversi Stati membri, è necessaria la conclusione di un accordo tra i titolari dei due marchi. Ciò che è avvenuto, ad esempio, nel caso appena citato, dei due marchi «Caffé Hag», che sono stati acquistati dalla stessa multinazionale americana (Kraft).

Ma nel caso del «Tocai friulano», come si deduce da quanto in precedenza esposto, non occorre però la conclusione di alcun accordo, perché, da un lato, il «Tocai friulano» sarebbe commercializzato soltanto in Italia e, dall'altro lato, non si impedirebbe ad alcun vino «Tokaji» legittimamente denominato in base al diritto comunitario, di entrare in Italia per esservi commercializzato.

Il principio della libera circolazione delle merci sarebbe, quindi, pienamente rispettato.

Per quanto riguarda, infine, la possibilità di limitare la circolazione di determinati vini all'interno di un solo Stato membro, con divieto di commercializzarli negli altri Stati membri, si può richiamare quanto prescrive il regolamento Ce n. 1622/2000 della Commissione (*Guce* n. L 194 del 31 luglio 2000).

In base al *considerando* n. 28 e all'art. 36 di tale regolamento, infatti, i vini bianchi tagliati con i vini rossi in Spagna, possono essere commercializzati, con apposite indicazioni, esclusivamente all'interno del territorio spagnolo, con divieto di vendita negli altri Paesi comunitari e nei Paesi terzi. Tale disposizione, pertanto, consente di non applicare il principio della libera circolazione delle merci nel mercato unico europeo.

### **3. Competenza della Regione Friuli Venezia Giulia a legiferare**

Ciò premesso, e constatata la non disponibilità del Governo nazionale a dare diretta attuazione all'art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's, sopra richiamato, occorre ora verificare se la Regione Friuli Venezia Giulia disponga dei poteri e delle competenze indispensabili per dare attuazione al predetto art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's, al posto del Governo nazionale.

In prosieguo, si dimostrerà che tali poteri e tali competenze sussistono.



a. *Poteri in base all'art. 117, quinto comma della Costituzione.*

In base all'art. 117, quinto comma della Costituzione, le Regioni «nelle materie di loro competenza», provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea nel rispetto delle norme di procedura stabilite da leggi dello Stato».

Occorre innanzitutto stabilire se la legge da adottare riguardi una materia rientrante nella competenza della Regione Friuli Venezia Giulia.

Come è noto, la Regione Friuli Venezia Giulia, per disposizione statutaria, ha competenza esclusiva in materia agricola e la legge da adottare sul «Tocai friulano» rientra in tale materia.

Infatti, come il Presidente Illy ha espressamente segnalato nella sopra citata lettera al Presidente Prodi, la stessa decisione del Consiglio dell'Unione europea del 23 novembre 1993 (in *Guce* n. L 337 del 31 dicembre 1993) con cui era stato approvato l'Accordo Comunità europea/Ungheria sulla tutela delle denominazioni dei vini, riconosce in modo esplicito che la materia di tale Accordo riguarda la «politica commerciale agricola comune».

Di conseguenza, la Regione Friuli Venezia Giulia può senz'altro legiferare per tutelare il vino «Tocai friulano» disponendo di una competenza esclusiva in materia agricola.

Disponendo della competenza a legiferare, trattandosi di materia agricola, la Regione Friuli Venezia Giulia può, in quanto tale, dare attuazione all'art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's, in base all'art. 117, comma quinto della Costituzione, trattandosi di un accordo internazionale ratificato dallo Stato nazionale ed entrato in vigore il 1° gennaio 1996.

L'unica condizione posta dalla Costituzione è l'osservanza delle norme di procedura adottate dallo Stato.

Orbene, come è stato chiarito nello scambio di vedute con i vari Ministeri, cui sopra è stato fatto cenno, la Regione Friuli Venezia, dopo l'adozione della legge di cui alla presente proposta, deve unicamente notificarla al Governo per informazione ai sensi dell'art. 6 par. 1 della legge La Loggia (5 giugno 2003 n. 131). Tale notifica ha il solo scopo di informare il Governo e le eventuali osservazioni di quest'ultimo non hanno alcun effetto preclusivo sull'entrata in vigore della legge.

Ciò è stato riconosciuto dallo stesso Ministero delle Regioni.

b. *Necessità ed urgenza di adottare la legge nazionale sul «Tocai friulano»*

Nonostante l'invio della citata lettera del Presidente Illy al Presidente Prodi, il Ministero delle politiche agricole ha adottato e fatto pubblicare sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 7 agosto 2007, n. 182 un decreto ministeriale (del 31 luglio 2007) che sopprime la denominazione «Tocai friulano» sostituendolo, negli appositi registri nazionali, con la denominazione «Friulano».

Poiché tale decreto ministeriale costringerebbe i produttori a cambiare l'etichetta delle loro bottiglie contenenti il vino «Tocai friulano» con danni rilevantissimi a causa della perdita del nome, appare necessario ed urgente procedere all'adozione della legge qui proposta.

Per impedire che il predetto decreto ministeriale prenda definitiva efficacia, occorre che la presente legge regionale venga adottata prima del 7 ottobre 2007.

*Conclusioni*

La Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia ha competenza esclusiva in materia di agricoltura e competenza concorrente nelle materie elencate all'art. 117 della Costituzione. Questa norma prevede che le Regioni possano provvedere autonomamente all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea.

La nostra Regione ha quindi i poteri per poter recepire, l'art. 24 par. 6 dell'accordo di diritto internazionale (TRIP's) successivo e prevalente rispetto all'Accordo sui vini stipulato tra la Comunità europea e l'Ungheria nel 1993, ora in ogni caso decaduto. L'art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's consente, nel caso di specie, di mantenere il nome del vino «Tocai friulano» all'interno dell'Italia. Una volta adottata, la legge regionale renderebbe direttamente applicabile in Italia l'art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's, con la conseguenza che tale norma potrà essere fatta valere nei confronti di chiunque, e potrà prevalere anche nei confronti del diritto comunitario ai sensi dell'art. 300 par. 7 del Trattato Ce.

In tal senso opera la proposta di legge che viene portata al voto del Consiglio regionale e che auspico possa avere il voto favorevole dell'Aula.

*(Omissis)*

## ATTUAZIONE DI UNA DISPOSIZIONE DELL'ACCORDO TRIPS CON LEGGE REGIONALE: IL CASO DEL «TOCAI FRIULANO»

**Sommario:** 1. *Introduzione: le vicende del Tocai e la loro rilevanza giuridica* - 2. *Competenza comunitaria?* - 3. *Competenza statale?* - 4. *Competenza regionale?*

### 1. Introduzione: le vicende del Tocai e la loro rilevanza giuridica

Con legge n. 24 del 2 ottobre 2007, il Consiglio regionale della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia ha approvato il seguente articolo unico: «Ai sensi dell'art. 117, quinto comma, della Costituzione, in attuazione dell'art. 24, par. 6, dell'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo TRIPS), ratificato in Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747, la denominazione "Tocai Friulano", patrimonio della vitivinicoltura regionale ormai da secoli, può continuare ad essere utilizzata dai produttori vitivinicoli della Regione Friuli Venezia Giulia, anche dopo il 31 marzo 2007, per designare il vino, derivante dall'omonimo vitigno, che viene commercializzato all'interno del territorio italiano»<sup>1</sup>.

Com'è noto, nei regolamenti n. 753/2002 e n. 1429/2004<sup>2</sup>, la Commissione aveva ripreso come data di scadenza per l'utilizzo della denominazione «Tocai friulano» il 31 marzo 2007, riproducendo la data originariamente prevista in un accordo del 1993 tra la Comunità europea e l'Ungheria concluso con l'approvazione del Governo italiano.

La Corte di giustizia confermò la validità di tale accordo<sup>3</sup>, ma in relazione al periodo in cui l'Ungheria era ancora uno Stato terzo.

<sup>1</sup> In *Bollettino Ufficiale della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia* n. 41 del 10 ottobre 2007, p. 15 ss.

<sup>2</sup> Rispettivamente in *Guce* n. L 118 del 14 maggio 2002, p. 1 e *Gu-Ue* n. L 263 del 10 agosto 2004, p. 11.

<sup>3</sup> Sentenza della Corte del 12 maggio 2005 in causa n. C-347/03, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia e ERSÀ*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3785.

Risulta che al momento della firma del Trattato di adesione dell'Ungheria all'Unione europea<sup>4</sup>, non solo non si è fatto più riferimento alla data del 31 marzo 2007, ma il Governo italiano si è anche espressamente riservato di ridiscutere tale problema prima di questa scadenza, apponendo una riserva in base alla quale, giunto il momento di definire il regime giuridico per certi vini originari dell'Ungheria e della Slovacchia, la delegazione italiana avrebbe proposto di affrontare la questione del Tocai tenendo conto delle situazioni particolari di alcune Regioni italiane, nelle quali la denominazione è tradizionalmente utilizzata per indicare o un vitigno o alcune zone geografiche<sup>5</sup>.

A seguito dell'adesione dell'Ungheria all'Unione europea, l'accordo tra la Comunità europea e l'Ungheria del 1993 contenente originariamente la data del 31 marzo 2007 risulta ora essere assorbito, quanto alla sua disciplina, dal Trattato di adesione.

In tal senso, su tale accordo precedente prevale ormai la natura di norma comunitaria primaria degli atti di adesione, equiparata a quella del Trattato CE, com'è stato confermato dalla Corte di giustizia<sup>6</sup>.

Pertanto, l'accordo bilaterale tra la Comunità europea e l'Ungheria deve ormai ritenersi "sostituito" dal Trattato di adesione dell'Ungheria all'Unione europea, come la stessa Commissione ha inequivocabilmente riconosciuto<sup>7</sup>.

Al momento, sono pendenti dinanzi alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali di validità relative ai menzionati regolamenti n. 753 del 2002 e n. 1429 del 2004 che fissano la data ultima del 31 marzo 2007 per poter utilizzare la denominazione «Tocai», questioni sollevate dal TAR Lazio<sup>8</sup>, davanti al quale alcuni produttori di vino «Tocai Friulano» hanno impugnato il decreto del Ministero delle Politiche agricole del 28 luglio 2006 con cui, in attuazione dei due regolamenti citati, è stata avviata la procedura di soppressione del nome «Tocai», sostituendolo con il solo qualificativo «Friulano»<sup>9</sup>.

Dopo tale decreto, il 31 luglio 2007, il Ministero ne ha adottato un altro, con il quale a fronte della sospensione dell'efficacia del primo decreto ottenuta in sede giurisdizionale, ha stabilito per l'imminente inizio della campagna vendemmiale 2007/2008 che nei relativi disciplinari di produzione il riferimento al vitigno «Tocai friulano» si debba ormai intendere come sostituito

<sup>4</sup> Il Trattato di Atene, in *Gu-Ue* n. L 236 del 23 settembre 2003.

<sup>5</sup> Per una disamina completa della vicenda del Tocai v. F. CAPELLI, *Strategia a difesa del «Tocai friulano»*, in questa *Rivista*, 2007, p. 391 ss. nonché gli atti del Convegno tenutosi a Udine il 10 marzo 2007 su: «Tocai ultimo atto?».

<sup>6</sup> Sentenze della Corte dell'11 settembre 2003 in causa n. C-445/00, *Austria c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8549, punto 62; del 28 aprile 1988 in cause riunite n. 31 e n. 35/86, *Laisa*, in *Raccolta*, 1988, p. 2285, punti 12-13 e 18.

<sup>7</sup> Relazione della Commissione al Consiglio sul Tocaj, COM(2006)837 def., p. 1.

<sup>8</sup> Cause n. C-23/07 e n. C-24/07, in *Gu-Ue* n. C 82 del 14 aprile 2007, p. 14.

<sup>9</sup> In *Guri* n. 193 del 20 agosto 2006.

dalla denominazione «Friulano»<sup>10</sup>.

La legge regionale in esame pone un problema di compatibilità con il diritto comunitario ed un problema di legittimità costituzionale.

Quanto al diritto comunitario, occorre chiedersi se la materia coperta dall'art. 24, par. 6 dell'accordo TRIPs, attuato dalla legge in epigrafe, rientri nella competenza comunitaria. Se così fosse, l'applicazione di tale disposizione pattizia sarebbe dovuta avvenire in linea di principio mediante l'adozione di norme comunitarie.

Quanto al diritto costituzionale nazionale, ci si deve domandare se la legge in esame rispetti la delimitazione delle competenze tra Stato e Regioni. In caso contrario, potrebbe essere impugnata dal Governo dinanzi alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 127, primo comma, della Costituzione.

Tali questioni verranno ora esaminate separatamente.

## 2. Competenza comunitaria?

Ai sensi dell'art. 24, par. 6 del TRIPs, seconda frase, «[...]la presente sezione non obbliga in alcun modo un membro ad applicarne le disposizioni in relazione ad un'indicazione geografica di qualsiasi altro membro per vini per i quali la pertinente indicazione sia identica alla denominazione comune di una varietà d'uva esistente nel territorio di detto membro alla data di entrata in vigore dell'accordo OMC»<sup>11</sup>.

In altri termini, una Parte contraente può mantenere il nome di un vino se è uguale al nome del vitigno da cui il vino deriva.

Come la Corte di giustizia ha stabilito nel parere n. 1/94<sup>12</sup>, l'accordo TRIPs è un accordo misto, nel senso che esso rientra sia nella competenza a stipulare della Comunità europea che in quella degli Stati membri<sup>13</sup>.

Inoltre, i diritti di proprietà intellettuale oggetto delle norme del TRIPs possono essere anche, inevitabilmente, quelli previsti dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri<sup>14</sup>. Tra tali diritti di proprietà intellettuale rientrano

<sup>10</sup> In *Guri* n. 182 del 7 agosto 2007.

<sup>11</sup> In *Guce* n. L 336 del 23 dicembre 1994, p. 214 ss.

<sup>12</sup> Parere del 15 novembre 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5267.

<sup>13</sup> La competenza esclusiva della Comunità si limitava al divieto dell'immissione in libera pratica di merci contraffatte, cfr. il punto 71 del parere n. 1/94. Tra l'altro, tale competenza esclusiva si estende anche al settore della concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso paesi con problemi di sanità pubblica, in seguito all'approvazione in prima lettura il 28 aprile 2006 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a tale materia ed in seguito all'adozione formale da parte del Consiglio il 4 dicembre 2006 della proposta di decisione adottata dalla Commissione recante accettazione a nome della Comunità europea del protocollo che modifica l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs), fatto a Ginevra il 6 dicembre 2005, COM(2006)175 def., in *Gu-Ue* n. C 317 del 23 dicembre 2006, p. 14.

<sup>14</sup> Si aggiunga che tali diritti di proprietà intellettuale nazionali spesso sono oggetto di obblighi

anche le denominazioni che gli Stati membri possono adottare per i prodotti vitivinicoli, come previsto dal regolamento comunitario n. 1493 del 1999<sup>15</sup>, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo. In particolare, ai sensi dell'art. 52, par. 1 di tale regolamento, solo gli Stati membri possono abbinare il nome di una varietà di vite alla zona geografica di produzione.

Sulla base di questa considerazione, poiché l'art. 24, par. 6 del TRIPs non si riferisce solo alla Comunità europea ma anche agli Stati membri per le materie rientranti nella loro competenza, uno Stato membro potrebbe applicare il disposto dell'art. 24, par. 6 del TRIPs in relazione alle proprie denominazioni di prodotti vitivinicoli.

Conseguentemente, in tale particolare settore, non sembrerebbe sussistere una competenza comunitaria in grado di precludere ad uno Stato membro l'attuazione dell'art. 24, par. 6 del TRIPs. Tale attuazione in sede nazionale può in astratto avvenire tramite legge statale o tramite legge regionale<sup>16</sup>.

Anche la Corte di giustizia<sup>17</sup> da ultimo con la sentenza *Merck*<sup>18</sup>, ha costantemente affermato che nei casi in cui una disposizione del TRIPs debba applicarsi a materie rientranti nella competenza degli Stati membri, e ciò perché la Comunità europea non ha ancora legiferato o non ha legiferato a tal punto da far ritenere che la materia rientri in ambito comunitario<sup>19</sup>, tale disposizione può essere applicata nell'ordinamento nazionale non solo mediante l'intervento del giudice nazionale, che può attribuirle efficacia diretta<sup>20</sup>, ma anche, *a fortiori razione*, mediante l'intervento del legislatore o dell'amministrazione nazionale<sup>21</sup>.

internazionali distinti da quelli della Comunità europea: cfr. il *considerando* n. 5 della direttiva n. 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *Gu-Ue* n. L 157 del 30 aprile 2004, p. 45.

<sup>15</sup> In *Gu-Ue* n. L 179 del 14 luglio 1999, p. 1.

<sup>16</sup> Sulle questioni poste dall'attuazione tramite legge regionale di accordi internazionali v. E. SCISO, *I poteri delle Regioni di concludere ed eseguire accordi internazionali secondo il Titolo V della Costituzione* e P. IVALDI, *Esecuzione e attuazione regionale degli atti normativi dell'Unione europea*, entrambi in L. DANIELE (a cura di), *Regioni ed autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, X Convegno della Società italiana di diritto internazionale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, rispettivamente alle pp. 59 ss. e 189 ss. Sul più generale tema dei rapporti delle Regioni italiane con l'Unione europea v. *ex multis* U. VILLANI, *I rapporti delle Regioni con l'Unione europea*, in M. BUQUICCHIO (a cura di), *Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni*, Bari, Cacucci, 2004, p. 39 ss. e i riferimenti dottrinali ivi indicati.

<sup>17</sup> Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000 in cause riunite n. C-300/98 e n. C-392/98, *Dior e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11307, punto 48.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte dell'11 settembre 2007 in causa n. C-431/05, *Merck*, *inedita*.

<sup>19</sup> Sentenza *Merck*, *loc. cit.*, punto 48.

<sup>20</sup> V. sul punto le conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer, presentate il 23 gennaio 2007, nella causa n. C-431/05, *Merck*, *loc. ult. cit.*, punti 62 ss. nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaurò, presentate il 13 novembre 1997 nella causa n. C-53/96, *Hermès*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3606 e le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, presentate il 29 giugno 2004 nella causa n. C-245/02, *Anheuser Busch Inc.*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10989, punti 79 ss.

<sup>21</sup> Sentenza *Merck*, *cit.*, punto 47.

### 3. Competenza statale?

Un ulteriore problema che la legge regionale in epigrafe solleva è la sua legittimità costituzionale alla luce dell'art. 117 della Costituzione.

In particolare, ci si deve chiedere se debba essere lo Stato italiano e non la Regione Friuli ad avvalersi dell'art. 24, par. 6 del TRIPs.

A tale proposito, si potrebbe seguire la tesi sostenuta dall'Avvocatura generale dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale nel procedimento che ha portato alla sentenza n. 106 del 2006. *Considerando la materia delle indicazioni geografiche e riferendosi espressamente proprio all'art. 24 del TRIPs*, nonché all'art. 1 del decreto legislativo n. 30 del 10 febbraio 2005 (Codice della proprietà industriale)<sup>22</sup>, l'Avvocatura sostenne che la formula «opere dell'ingegno» di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *r*, della Costituzione, dovesse considerarsi come omologa a quella di «proprietà intellettuale», spesso utilizzata in alternativa all'espressione «proprietà industriale» e relativa a beni astratti e immateriali.

Sempre secondo tale orientamento, sarebbe irragionevole e contrario all'art. 3 della Costituzione «restringere la formula "opere dell'ingegno" al solo diritto d'autore, laddove essa appare, invece, idonea a comprendere tutti i beni immateriali che, in considerazione anche del principio di territorialità, devono avere eguale «efficacia» e identica disciplina sull'intero territorio nazionale»<sup>23</sup>.

Un'altra via per riconoscere la competenza statale in *subjecta materia*, e quindi per contestare la competenza della Regione Friuli ad adottare la legge in epigrafe, potrebbe consistere in una interpretazione estensiva dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*, della Costituzione, il quale attribuisce competenza esclusiva allo Stato in materia di «tutela della concorrenza».

Più precisamente, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 14 del 2004, tale espressione può interpretarsi come ricomprensiva sia norme chiaramente volte a tutelare la concorrenza, come la disciplina *anti-trust*, sia regole e principi che apparentemente si presentano come ostacoli alla concorrenza, come il sistema degli aiuti di Stato<sup>24</sup> o come i diritti di proprietà industriale, ma che si possono considerare come strumenti atti a favorire lo *sviluppo del mercato*<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. il punto 4 del «ritenuto in fatto».

<sup>23</sup> Il testo è disponibile sul sito *internet* [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Va comunque precisato che, nel caso della legge regionale in commento, non si crea un nuovo titolo di proprietà industriale con una nuova denominazione, ma si mantengono gli effetti sul territorio italiano di una denominazione già esistente.

<sup>24</sup> Cfr. A. TERRASI, *Regioni italiane e tutela della concorrenza tra dimensione nazionale e comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, p. 421 ss., alla p. 425.

<sup>25</sup> Cfr. il punto 3.2. del considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 175 del 2005.

Potrebbe farsi quindi rientrare nella nozione di «tutela della concorrenza» anche la materia della proprietà industriale, ed attraverso di essa lo specifico settore delle denominazioni geografiche.

In entrambi i casi, il riconoscimento della competenza statale potrebbe portare all'annullamento della legge regionale in epigrafe da parte della Corte costituzionale, sebbene già nella sentenza n. 282 del 2002 la Corte abbia interpretato le competenze riservate allo Stato dal secondo comma dell'art. 117 della Costituzione come competenze "trasversali" dello Stato, e non come competenze esclusive in senso stretto, con l'effetto di non escludere *a priori* l'intervento del legislatore regionale<sup>26</sup>.

Ciononostante, un ricorso alla Corte costituzionale potrebbe forse essere evitato, se il Ministero delle Politiche agricole decidesse di modificare il decreto del 31 luglio 2007 in primo luogo nel senso di sostituire la denominazione «Tocai Friulano» con quella «Friulano», ma ciò limitatamente alle indicazioni utilizzate per la commercializzazione dei vini al di fuori dei confini dello Stato italiano e, in secondo luogo, nel senso di mantenere anche dopo la data del 31 marzo 2007 la denominazione «Tocai friulano» per i vini, derivati dall'omonimo vitigno, che vengono commercializzati all'interno dei confini dello Stato italiano.

A fronte di una tale diversa regolamentazione, probabilmente la Regione potrebbe decidere di abrogare la legge in questione<sup>27</sup>.

Va ancora rilevato che il riconoscimento di una competenza statale ad attuare l'art. 24, par. 6 del TRIPs ed una successiva eliminazione della data del 31 marzo 2007 per utilizzare la denominazione «Tocai friulano» non sarebbero in alcun caso idonee ad incidere sul commercio intracomunitario e sugli «aspetti commerciali» della proprietà intellettuale, che ai sensi dell'art. 133, par. 5 del Trattato CE rientrano nella competenza comunitaria. Infatti, l'articolo unico della legge in epigrafe dispone che la denominazione Tocai verrà utilizzata solo per designare il vino, derivante dall'omonimo vitigno, «che viene commercializzato all'interno del territorio italiano».

In tal senso, com'è stato osservato<sup>28</sup>, in alcuni casi di sussistenza nel mercato comune di marchi omonimi registrati in due diversi Stati membri, come i noti esempi del marchio del caffè Hag o dell'acqua Vichy, gli Stati interessati potrebbero risolvere il problema della similarità delle denominazioni median-

<sup>26</sup> P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 70 e 71.

<sup>27</sup> D'altra parte, l'adozione della legge regionale in commento è dovuta a ragioni di urgenza, ossia per consentire ai produttori di Tocai friulano l'immissione in commercio nel territorio italiano dell'omonimo vino dopo il 31 marzo 2007.

<sup>28</sup> F. CAPELLI, *Strategia a difesa del «Tocai friulano»*, cit. supra, nota 4, alla p. 401, che ricorda anche il *considerando* n. 28 e l'art. 36 del regolamento n. 1622/2000 della Commissione (in *Guce* n. L 194 del 31 luglio 2000, p. 1), di attuazione del citato regolamento n. 1493/1999, per sottolineare che anche il diritto comunitario consentirebbe di limitare la circolazione di determinati vini all'interno di un solo Stato membro con divieto di commercializzarli negli altri Stati membri.



te appositi accordi commerciali, consentiti a certe condizioni dal diritto comunitario.

Del resto, una simile conclusione è coerente con quanto previsto dallo stesso accordo TRIPs, che all'art. 23 prevede che «[n]el caso di indicazioni geografiche omonime relative ai vini, la protezione viene accordata *a ciascuna indicazione* fatte salve le disposizioni dell'art. 22, par. 4», ai sensi del quale tale protezione non viene accordata se l'indicazione geografica letteralmente vera relativamente al territorio, alla regione, alla località di cui il prodotto è originario indichi falsamente al pubblico che i prodotti sono originari di un altro territorio<sup>29</sup>.

#### 4. Competenza regionale?

Ci si può ora domandare a quale materia rientrante nella competenza regionale, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, si possa far corrispondere l'oggetto della legge in epigrafe, per considerarla come legittima.

Si potrebbe ritenere che la materia oggetto della legge regionale rientri nel settore dell'agricoltura, e quindi in una competenza non attribuita allo Stato dall'art. 117, secondo comma, della Costituzione, ma alla Regione Friuli in base all'art. 4, punto 2 del suo Statuto, contenuto nella legge costituzionale n. 1 del 31 gennaio 1963, e successive modificazioni e integrazioni. Ciò potrebbe discendere dal fatto che la legge si riferisce alle indicazioni geografiche di prodotti agricoli.

Una simile conclusione potrebbe ritenersi come confermata dalla stessa Corte di giustizia, che nella citata sentenza del 2005, *Regione autonoma FVG e ERSA*, ricorda che l'ambito normativo nel quale era stato adottato il divieto di utilizzare la denominazione Tocai dopo il 31 marzo 2007 sancito dall'accordo CE-Ungheria sui vini del 1993 era quello della organizzazione comune di mercato vitivinicola, in vigore al momento della conclusione di tale accordo<sup>30</sup>.

Ciò sarebbe ulteriormente confermato dalle basi giuridiche dei regolamenti comunitari richiamati, ossia i regolamenti n. 1493/1999, n. 753/2002, n. 1429/2004: tali basi giuridiche consistono appunto in disposizioni del Trattato CE relative alla politica agricola comune.

**Giacomo Gattinara\***

<sup>29</sup> *Cit. supra*, nota 11; corsivo aggiunto.

<sup>30</sup> Causa n. C-347/03, *cit. supra*, nota 3, punti 77-81 e 126.

\* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea / Università di Roma "La Sapienza".



# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## **DEFICIT DEMOCRATICO E PROCEDURA DI REVISIONE DEI TRATTATI NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA\***

**Sommario:** 1. *Chiarimento preliminare ed inquadramento della questione* - 2. *La revisione delle norme costituzionali dei trattati nelle vigenti disposizioni* - 3. *Segue: La procedura materiale di revisione* - 4. *Segue: Sulle altre forme di modifica, «piccola revisione» e poteri sussidiari* - 5. *La revisione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione europea.*

### **1. Chiarimento preliminare ed inquadramento della questione**

La procedura di revisione dei trattati sottolinea, più che in altri settori del diritto dell'Unione europea, ciò che in dottrina è stato più in generale definito «deficit democratico»<sup>1</sup>; vale a dire quella particolare insufficienza di democrazia del sistema istituzionale (soprattutto) della Comunità europea, a sostanziale beneficio del ruolo sia degli Stati membri in quanto tali, sia del Consiglio-istituzione costituito, come noto, «dai rappresentanti degli Stati membri a livello ministeriale» (art. 203 Ce).

Un'apparente<sup>2</sup> prevalenza, quindi, dell'azione dei governi degli Stati membri nella gestione delle politiche comuni, a detrimento della partecipazione atti-

\* Saggio in corso di pubblicazione anche negli *Scritti in memoria del Prof. Vincenzo Starace*.

<sup>1</sup> Sin dai primi momenti dell'integrazione europea con riguardo al deficit democratico comunitario è da riscontrare un'attenzione particolare della dottrina al fenomeno, in particolare, in ordine al deficit partecipativo del Parlamento europeo al processo legislativo. Per approfondimenti, oltre alla manualistica della materia, si rinvia a U. VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1992, p. 599 ss.

<sup>2</sup> Apparente giacché non potendosi generalizzare sulla nozione di democrazia, per di più nell'ambito di un ente sovranazionale costituito da Stati, istituzioni e persone, impropriamente ci si rifà a modelli conosciuti non applicabili, attesa la sua specificità, al sistema comunitario, senza considerare un parametro di valutazione proprio e diversificato. In argomento mi sia consentito il rinvio a M. FRAGOLA, *"Governance" dell'Unione europea, sovranazionalità e modelli applicabili: un tentativo di riordino alla luce della Costituzione dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2006, p. 427

va e concreta delle altre istituzioni e, soprattutto, dei cittadini dell'Unione europea che, va ricordato, sono soggetti dell'ordinamento comunitario<sup>3</sup>.

In questo contesto deficitario, si colloca, a pieno titolo, il procedimento costituzionale di revisione dei trattati, disciplinato dall'art. 48 del Trattato sull'Unione europea (TUE), che, com'è noto, concerne la revisione – totale o parziale – di tutti i trattati che, nel rispetto dei loro obiettivi, governano l'integrazione europea<sup>4</sup>.

L'art. 48, a tal uopo predisposto, è quindi utilizzabile oltre che per il Trattato sull'Unione europea, anche per le modifiche dei trattati della Comunità europea e della Comunità europea dell'energia atomica.

Si consideri che la procedura in analisi non ha subito nella sua *ratio* sostanziali modifiche nel corso degli anni, a testimonianza del fatto che gli Stati membri non hanno mai inteso privarsi della sovranità sul controllo della revisione dei trattati, in quanto da essi ritenuta fondamentale per lo sviluppo, la sospensione o l'attenuazione del processo di integrazione europea<sup>5</sup>.

Per analizzare correttamente la procedura di revisione dei trattati, occorre esaminarla alla luce della specificità del sistema giuridico dell'Unione, come parte integrante di un ordinamento peculiare che non trova alcuna rispondenza nei sistemi e negli ordinamenti giuridici preesistenti<sup>6</sup>.

Va pure segnalato, solo come mero dato storico, l'abbandonato «Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa», giacché non pare volesse modificare, quanto meno nelle intenzioni degli Stati, la *governance* dell'Unione<sup>7</sup> e, in questa prospettiva, la procedura di revisione attualmente in vigore<sup>8</sup>.

ss. In argomento F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

<sup>3</sup> Nonché destinatari finali e beneficiari del diritto comunitario e dell'attività dell'Unione.

<sup>4</sup> Originariamente la clausola di revisione era prevista in ogni singolo Trattato: art. 96 CECA; 236 CEE e 204 CEEA o Euratom.

<sup>5</sup> Da ultimo si segnala l'inserimento della consultazione obbligatoria della Banca centrale europea nel caso di «modifiche» nel settore monetario. Nella formulazione dell'art. 236 CEE, peraltro, si parla specificamente di «emendamenti».

<sup>6</sup> Sulla specificità e natura in particolare dell'ordinamento comunitario, nella sterminata dottrina, si vedano F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 3-1977, p. 497 ss.; G. BISCOTTINI, *La natura giuridica delle Comunità europee*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario*, Milano, Vita e Pensiero, 1980, p. 5 ss.; A. LA PERGOLA, *Unione europea tra il mercato comune e un moderno tipo di confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 1 ss.; F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 5a ed., Padova, Cedam, 2005, pp. 1-23; A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, 4a ed., Padova, Cedam, 2005, *Presentazione*, p. IX.

<sup>7</sup> In argomento L. DANIELE, *Costituzione europea e riforma istituzionale dell'Unione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 1 ss.; ampi riferimenti a tutto il progetto di Costituzione in M. L. TUFANO (a cura di), *Cantiere Europa – Le riforme istituzionali dell'Unione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004.

<sup>8</sup> In argomento L. S. ROSSI, *Supremazia del trattato costituzionale europeo o delle costituzioni nazionali?*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 269 ss.; P. PONZANO, *La governance*

Giova però sottolineare che nel trattato costituzionale, in specie nell'art. IV-443, che, lo ricordo, disciplina la procedura costituzionale di revisione, erano state inserite alcune innovazioni di tutto rilievo (mi riferisco in particolare alla c.d. «Convenzione»), foriere di sviluppi futuri, delle quali si darà concretezza successivamente.

La procedura di revisione, così come oggi prefigurata, si preannuncia sostanzialmente differente rispetto alle procedure e alle regole costituzionali che, sul piano del diritto statale, sono previste dai rispettivi ordinamenti per la revisione o la modifica, totale o parziale, della Costituzione ovvero della *norma normarum* dell'ordinamento giuridico<sup>9</sup>.

Siffatta procedura, d'altro canto, non appare comparabile neppure con le clausole di revisione contenute negli accordi internazionali istitutivi di organizzazioni internazionali, laddove sono gli Stati membri e soltanto costoro ad avere la competenza esclusiva ad emendare ovvero modificare il trattato in vigore nel rispetto delle regole del diritto internazionale<sup>10</sup>.

Con riferimento alla Carta delle Nazioni Unite, va tuttavia rilevato che la formulazione degli artt. 108 e 109 appare addirittura più flessibile della norma di cui all'art. 48 TUE, giacché si discosta dal classico principio di diritto internazionale secondo cui la modifica di un trattato può avvenire solo con il consenso di tutti gli Stati contraenti<sup>11</sup>. Il che appare intollerabile laddove si considerino le caratteristiche proprie dell'Unione europea e, in particolare, la "missione" del sistema comunitario in relazione agli estesi e diversificati obiettivi dell'ente sovranazionale.

## 2. La revisione delle norme costituzionali dei trattati nelle vigenti disposizioni

È noto che la «legge fondamentale» costitutiva di un originario ordinamento giuridico è il documento politico contenuto all'interno di una cornice giuridica sovraordinata, quale espressione di una volontà programmatica generale, supportata da comuni valori e obiettivi generali da attuare in seguito,

*europea: dal libro bianco della Commissione al Trattato costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 167 ss.; D. M. VIOLA, *Interparliamentary Co-operation in the European Union: Towards Multi-level Governance*, in G.P.E. WALZENBACH (edited by), *European Governance. Policy Making between Politicization and Control*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2005, p. 165 ss.

<sup>9</sup> Da ultimo, in argomento, S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e Trattati comunitari*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, loc. cit., p. 431 ss. Sul primo commento al progetto di Costituzione, cfr. CIDE (a cura di), *Una Costituzione per la nuova Europa*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>10</sup> Si pensi al Cap. XVIII, artt. 108 e 109 dello Statuto delle Nazioni Unite.

<sup>11</sup> L'emendamento o la revisione infatti entrerà in vigore se adottato dall'Assemblea a maggioranza di due terzi e successivamente ratificato sempre dai due terzi dei membri delle Nazioni Unite. Sul punto, B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, 6a ed., Padova, Cedam, 2000, p. 17.

grazie ad una forma di governo chiaramente individuata.

Non sempre siffatto documento dispiega appieno la sua effettività e la originaria volontà costituente si concretizza nel rispetto della volontà comune, così da riscontrare un'attuazione incompleta e talvolta non conforme alla volontà politica che l'ha ispirata.

Una costituzione, un trattato o una legge, rimarrebbero mere enunciazioni solenni, se non fossero attuate ed applicate correttamente rispettando la *ratio* e la volontà dei redattori (costituenti); è infatti la concreta ed effettiva applicazione nonché lo sviluppo progressivo di siffatte norme (che scaturisce dalla loro interpretazione teleologica) che elevano il documento a testo costituzionale, non già la mera nomenclatura a qualificarne *a priori* la sua effettiva qualità e forza giuridica.

In questo senso è fondamentale l'azione positiva di una giurisdizione costituzionale che possa assicurare l'unità del diritto nella sua effettiva esplicazione. I valori, gli obiettivi e le politiche comunitarie dell'Unione europea si sviluppano grazie ad un'azione costituzionale positiva e progressiva di tutti i soggetti coinvolti, dalle istituzioni comunitarie agli Stati membri<sup>12</sup>, ma soprattutto grazie all'azione «centralizzata» di garanzia della Corte di giustizia.

L'azione della Corte infatti è rivolta ad assicurare la conforme interpretazione delle norme con riguardo agli obiettivi da raggiungere e ad assicurare il necessario controllo sulla regolare applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri, nella prospettiva di tutela delle posizioni giuridiche soggettive delle persone.

In siffatto contesto è parimenti da sostenere l'incremento del ruolo del Parlamento europeo nell'attuale procedura di revisione ex art. 48 TUE, oggi limitato all'adozione di un mero parere obbligatorio ma non vincolante per il Consiglio.

In questo caso, emerge chiaramente un *deficit* democratico nel sistema attualmente in vigore di revisione delle norme primarie<sup>13</sup>.

Occorre quindi analizzare il sistema di revisione contenuto nell'art. 48 TUE. Tale norma stabilisce che: «*Il governo di qualsiasi Stato membro o la Commissione possono sottoporre al Consiglio progetti intesi a modificare i trattati su cui è fondata l'Unione. Qualora il Consiglio, dopo aver consultato il Parlamento europeo e, se del caso, la Commissione, esprima parere favorevole alla convocazione di una conferenza dei rappresentanti dei governi*

<sup>12</sup> Sul punto A. PÉREZ CALVO, *Il ruolo dello Stato nell'integrazione europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, cit. supra, nota 8, p. 47 ss. nonché L. SICO, *La formazione della volontà statale da esprimere in seno al Consiglio CE*, in *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea, Atti del Convegno di Studi, Università degli Studi di Sassari*, 5-6 ottobre 2001, Torino, Giappichelli, 2004, p. 217 ss.

<sup>13</sup> Su cui ampiamente U. VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, cit. supra, nota 1, p. 599 ss.

*degli Stati membri, questa è convocata dal presidente del Consiglio allo scopo di stabilire di comune accordo le modifiche da apportare ai suddetti trattati. In caso di modifiche istituzionali nel settore monetario viene consultata anche la Banca centrale europea. Gli emendamenti entreranno in vigore dopo essere stati ratificati da tutti gli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme costituzionali».*

Si tratta di una procedura specifica ed articolata che intende garantire una sostanziale «semi-rigidità» al trattato, nel suo insieme, da perfezionare e migliorare soprattutto in ordine al grado di democraticità della stessa, con riguardo al ruolo ed alla partecipazione attiva del Parlamento europeo e della Commissione.

Siffatto carattere *semi-rigido* ha per logica, da un lato, la opportuna separazione della procedura di revisione delle norme costituzionali dal procedimento legislativo ordinario di formazione degli atti comunitari da parte delle istituzioni (c.d. «diritto derivato»), dall'altro, la necessaria stabilità nel tempo delle disposizioni primarie, quanto meno con riguardo ad un nucleo di norme fondamentali inderogabili.

Sotto questo profilo, non pare azzardato affermare che le cinque revisioni in più di cinquant'anni di integrazione (Atto unico europeo, Maastricht, Amsterdam, Nizza e Roma 2004)<sup>14</sup>, a fronte di un costante apprezzabile «spostamento» delle competenze dagli Stati membri all'Unione e dell'aumento del tasso di democraticità in specifici ambiti del sistema, hanno sostanzialmente garantito il principio della stabilità, grazie alla continuità di taluni principi, norme e valori fondanti dell'ordinamento giuridico-politico dell'Unione.

Da tenere presenti sono i principi e le regole costituzionali che non possono essere modificati, se non a seguito di revisione totale dell'insieme delle norme fondamentali dell'ordinamento: mi riferisco in particolare all'impatto di talune norme comunitarie nell'ordinamento nazionale, alle conseguenze dell'effetto diretto e della prevalenza del diritto comunitario, al sistema di tutela giurisdizionale dei singoli, in particolare, alla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e della Comunità, all'affermazione della tutela dei diritti fondamentali.

A questo riguardo, la procedura di revisione ex art. 48 TUE può anch'essa essere modificata ma, come attentamente notato, «trattandosi di una norma fondamentale del trattato, di natura costituzionale, è necessario seguire proprio la procedura di revisione formale in esso stabilita»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Parla di «negoziato permanente» A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, Cedam, 1998, p. 7.

<sup>15</sup> S. BARIATTI, *Art. 48*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 168. La Corte di giustizia nel parere n. 1/91 del 14 dicembre 1991 sul progetto di accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), in *Raccolta*, 1991, I, p. 6079, ha affermato che il sistema giurisdizionale comunitario fondato sull'art. 220 CE (ruolo e competenze della Corte) non può essere pregiudicato da un sistema giurisdizionale quale è quello previsto

Come ogni potere di revisione della Costituzione di uno Stato<sup>16</sup>, allorché si ritiene di attivare la procedura di modifica ex art. 48 TUE, occorre considerare preliminarmente l'esistenza di un nucleo essenziale di norme fondamentali che non può essere modificato (limiti sostanziali), se non con una modifica radicale della struttura precedente (principi, valori comuni, regole, obiettivi, assetto istituzionale, forma di governo, ecc.) e con il consenso unanime di tutti i soggetti costituzionali coinvolti (c.d. potere costituente).

Nell'ordinamento dell'Unione il potere di revisione è condiviso dagli Stati membri con le istituzioni comunitarie, sebbene in percentuali diverse di sovranità<sup>17</sup>.

Si tratta di una dialettica complessa<sup>18</sup> che coinvolge positivamente e preliminarmente le istituzioni sul piano dell'iniziativa della procedura, e successivamente gli Stati membri, sul piano sostanziale, per la prescritta ratifica «conformemente alle rispettive norme costituzionali»<sup>19</sup>.

La clausola di revisione attualmente in vigore, ancorché fortemente sbilanciata sul fronte diplomatico, esprime tuttavia l'espressione più tipica della specialità della struttura dell'Unione e del suo ordinamento giuridico: sono infatti evidenti gli aspetti istituzionali tipicamente sovranazionali («comunitari») e gli aspetti intergovernativi (diplomatici) relativi ai governi degli Stati membri.

Tuttavia siffatta procedura in una Unione a 27<sup>20</sup> non appare più applicabile.

Da alcune decisioni della Corte di giustizia<sup>21</sup> si evince che la procedura ex art. 48 TUE ha carattere obbligatorio e prevale sulla generale procedura di modifica dei trattati internazionali prevista dall'art. 40 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, giacché la norma generale di diritto internazionale si applica «salvo se non disposto diversamente».

Non v'è dubbio che trattandosi di procedura di revisione sostanzialmente *costituente*, inserita in un ordinamento così speciale quale è l'ordinamento giuridico dell'Unione, possiamo affermare che può parlarsi di procedura co-

dal progetto di accordo SEE, in quanto contenuto in norme fondamentali dell'ordinamento insuscettibili di modificazione.

<sup>16</sup> Su cui G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 6a ed., Padova, Cedam, 2004, p. 206.

<sup>17</sup> Sulla difficile nozione di sovranità e sui suoi contenuti, cfr. G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 235 ss.

<sup>18</sup> Sul punto i rilievi di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 6, p. 96.

<sup>19</sup> La procedura prevista dall'art. IV-7 Costituzione UE, sembra condividere questa prospettiva affidando, tuttavia, ad un organo *ad hoc*, la "Convenzione", il compito di redigere un testo con gli emendamenti da proporre alla conferenza intergovernativa (CIG) per la richiesta ratifica. Prevista già dal Consiglio europeo di Laeken nel 2001 la Convenzione Giscard d'Estaing ha presentato un testo di base alla Conferenza intergovernativa del 2004. Cfr. il sito dell'Unione <http://european-convention.eu.int>.

<sup>20</sup> Stante l'ingresso il 1° gennaio 2007 di Romania e Bulgaria.

<sup>21</sup> Sentenza dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne II*, in *Raccolta*, 1976, p. 455; parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, *Adesione alla CEDU*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1759.



stituzionale di revisione formale e sostanziale, con il compito di gestire le trasformazioni normative che incidono, in tutto o in parte, sulla struttura costituzionale preesistente.

Nel processo di mutazione delle norme costituzionali – che com'è comprensibile si adegua alle trasformazioni del contesto sociale nel quale dispiega i propri effetti – occorre mettere in rilievo l'importanza della giurisprudenza della Corte di giustizia nell'esercizio del suo ruolo di nomofilachia, laddove l'essenza stessa dell'esistenza e dello sviluppo dell'intero ordinamento giuridico è assicurata proprio dalla sua attività ermeneutica, dal controllo di conformità del diritto derivato alle norme primarie o costituzionali e dalla rispondenza delle norme nazionali al diritto dell'Unione.

### 3. *Segue: La procedura materiale di revisione*

La procedura di revisione ex art. 48 TUE ha inizio con l'esercizio del diritto di iniziativa da parte della Commissione o di uno Stato membro, a condizione di parità.

È questo un momento di assoluto rilievo formale e sostanziale della dialettica costituzionale, che pone l'istituzione comunitaria sullo stesso piano politico-giuridico dello Stato membro.

È da segnalare la singolare competenza formale della Commissione a presentare proposte ed emendamenti oltre che con riguardo alle Disposizioni comuni (Titolo I) e alle Disposizioni finali (Titolo VIII), anche al di fuori del pilastro comunitario (Titolo II), vale a dire, nell'ambito del Titolo V riguardante la Politica estera e di sicurezza comune, del Titolo VI sulla Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, del Titolo VII in materia di Cooperazione rafforzata<sup>22</sup>.

La Commissione o lo Stato membro presenta al Consiglio un progetto di modifica (singolarmente o congiuntamente) dei trattati istitutivi dell'Unione, della Comunità europea e dell'Euratom.

Quando è la Commissione a presentare il progetto al Consiglio si instaura, in questa fase, una procedura tipicamente istituzionale: segue il parere obbligatorio del Parlamento europeo, che però non è vincolante e, in aggiunta, il parere della Banca centrale europea ove le modifiche riguardino aspetti istituzionali nel settore monetario.

Nel silenzio della formulazione dell'art. 48 TUE, si ritiene che il parere del Parlamento europeo possa essere adottato a maggioranza semplice<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Sul commento a questi Titoli ed ai relativi articoli, si vedano gli Autori in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, cit. supra*, nota 15, p. 168.

<sup>23</sup> Così S. BARIATTI, *Art. 48*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, cit. supra*, nota 15, p. 168.

Sulla base delle indicazioni ricevute, il Consiglio in quanto istituzione comunitaria e in assoluta discrezionalità, esprime il suo punto di vista che *può* essere un parere favorevole alla convocazione di una conferenza diplomatica costituita dai rappresentanti degli Stati membri. In questa fase si verifica il distacco dall'ambito istituzionale comunitario a favore della concertazione diplomatica; distacco che potrebbe essere evitato individuando, come si accennava in precedenza, un procedimento interno all'Unione, senza la convocazione della CIG, che assicuri tuttavia il giusto equilibrio degli interessi in gioco.

Peraltro nulla stabilisce l'art. 48 TUE sulle regole procedurali per lo svolgimento della conferenza intergovernativa, lasciando pertanto ai governi, sul piano diplomatico, la scelta delle regole di procedura e dell'agenda dei lavori.

La responsabilità politica della CIG è affidata ai Ministri degli esteri degli Stati membri, riuniti però in sede di Consiglio «Affari generali», quindi in quanto istituzione comunitaria, ed i suoi lavori sono preceduti dalle riunioni di un gruppo "politico" formato dai rappresentanti dei governi.

Il Presidente di turno del Consiglio ha quindi il compito di convocare la CIG «allo scopo di stabilire *di comune accordo*» le modifiche da apportare alle norme costituzionali<sup>24</sup>.

La Commissione partecipa ai lavori così come pure il Parlamento europeo. In entrambi i casi si tratta di una partecipazione troppo blanda, soprattutto per il Parlamento europeo, per una revisione di portata costituzionale; troppo diplomatica e troppo poco trasparente e vicina ai cittadini, che, non va dimenticato, sono i destinatari delle future novelle disposizioni.

Una procedura più democratica e trasparente dovrebbe prevedere la possibilità per le istituzioni di contare di più: il Parlamento europeo e la Commissione con un parere conforme e, forse, sebbene i tempi non paiono ancora maturi, in prospettiva, un *referendum* confermativo popolare europeo.

Sulla opportunità di un *referendum* europeo che sul piano democratico appare necessario, stante la situazione attuale, esprimo non pochi dubbi attesa la non buona stampa di cui gode l'Unione e la insufficiente rispondenza dei cittadini al voto europeo<sup>25</sup>.

Nel rispetto di una dialettica equa e democratica tra i soggetti coinvolti, anche in seno al Consiglio potrebbe ipotizzarsi, in luogo della previsione attuale del voto unanime come si diceva inapplicabile all'Unione a 27, un voto a maggioranza qualificata «rafforzata». Il rispetto del criterio democratico sarebbe assicurato dal voto a maggioranza; ove si intenda assicurare agli Stati

<sup>24</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>25</sup> Su questo argomento mi permetto rinviare a M. FRAGOLA, *Governance dell'Unione europea e federalismo «comunitario»: si ripresenta l'enigma del paradigma?*, in *Le Corti Calabresi*, 1-2006, p. 51. Sono invece a favore di un *referendum* già in occasione delle ratifiche del Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa, i membri del Movimento Federalista Europeo (MFE). Cfr. a tal riguardo vari autori, *L'unità europea*, giugno-luglio 2004, n. 388-389.

membri supplementari garanzie, si potrebbe considerare un sistema di voto *maggiormente ponderato* rispetto alla previsione dell'art. 205 CE, il cui esito dovrebbe essere considerato in debito conto dalle altre istituzioni nell'espletamento della procedura di revisione.

Un'altra garanzia per gli Stati membri reticenti al criterio della maggioranza ponderata potrebbe giungere dal coinvolgimento attivo della Corte di giustizia con l'adozione di un parere preventivo, obbligatorio e vincolante, del tipo del parere ex art. 300, n. 6 CE che la Corte esprime in via cautelativa prima della conclusione di un accordo internazionale della Comunità con Stati terzi od organizzazioni internazionali.

La procedura ex art. 48 TUE, pertanto, rappresenta così com'è un ibrido giuridico, giacché inibisce l'azione dell'ordinamento giuridico dell'Unione a favore dell'azione diplomatica disciplinata dal diritto internazionale.

Possiamo pertanto affermare che la prima fase della procedura, in quanto prodotto della dialettica istituzionale, è prerogativa degli organi comunitari variamente coinvolti, mentre la fase successiva appare saldamente nella sfera politico-diplomatica degli Stati membri, che raggiunge l'apice con la fase terminale delle ratifiche secondo le rispettive norme costituzionali.

Nell'ottica della costituzionalizzazione della procedura di revisione è da valutare con favore il ruolo della «Convenzione», in quanto organo dell'Unione a composizione mista (persone, istituzioni e Stati), quale *forum* democratico di negoziazione delle modifiche e degli emendamenti, con un'ampia partecipazione e rappresentazione degli interessi generali.

Sarebbe pertanto auspicabile attribuire a siffatto organo costituzionale dell'Unione un vero e proprio potere positivo di revisione, da condividere tuttavia con le altre istituzioni e gli Stati membri, nel rispetto degli equilibri che da sempre regolano gli interessi comunitari<sup>26</sup>.

#### **4. *Segue*: Sulle altre forme di modifica, «piccola revisione» e poteri sussidiari**

La trattazione sui metodi e sulle procedure di revisione delle norme primarie che governano l'integrazione europea sarebbe incompleta se non si facesse riferimento anche ad altri strumenti normativi integrativi dell'art. 48 TUE.

Resta chiaro, peraltro, che si tratta di strumenti dalla portata diversa e limitata, in ogni caso circoscritti a determinate ipotesi previste dai trattati.

Occorre segnalare talune modificazioni prodotte da tecniche non previste formalmente a tal fine: *in primis* la giurisprudenza della Corte di giustizia con

<sup>26</sup> In argomento *infra*.

la sua interpretazione evolutiva che ha ampliato l'ambito effettivo delle competenze originariamente attribuite<sup>27</sup>; nonché gli *adeguamenti* prodotti dalla consuetudine e dalla prassi costituzionale che, in parziale deroga, rispettano la lettera della norma ma non la *ratio* che l'ha originata. Questo tipo di mutamento è rilevabile laddove i mutamenti sociali appaiono tali da richiedere un adeguamento non rinviabile in via interpretativa.

Un altro esempio di integrazione dei trattati è fornito dalla prassi che assegna al Consiglio, che decide all'unanimità, il compito di sostituirsi alla CIG per la revisione ordinaria ex art. 48 TUE: la particolare decisione che ne consegue – è accaduto per le risorse proprie del 1970 e per l'elezione a suffragio universale del Parlamento europeo del 1976 – deve però essere recepita negli ordinamenti giuridici degli Stati membri secondo le rispettive procedure costituzionali.

Del pari l'art. 190, n. 4 CE stabilisce la procedura che il Consiglio è tenuto a rispettare, qualora intenda adottare, come la norma prevede, una procedura elettorale uniforme in tutti gli Stati membri per le elezioni dei parlamentari europei. Anche questa decisione del Consiglio dovrà essere adottata dagli Stati membri secondo le rispettive regole costituzionali.

Così pure l'art. 269 CE in materia di bilancio e risorse proprie della Comunità.

Siffatte procedure di revisione appaiono sostanzialmente "miste", atteso il ruolo attivo del Consiglio in quanto istituzione e successivamente l'adozione dell'atto comunitario da parte degli Stati membri. Trattandosi di un atto tipico della Comunità, e non di un atto internazionale, non sembra appropriato considerare lo strumento giuridico adottato dagli Stati membri una vera e propria "ratifica" di atti (o accordi) internazionali, bensì l'espressione dell'accettazione-esecuzione nazionale di un atto comunitario che produrrà effetti giuridici all'interno dell'Unione.

In altri casi il Trattato prevede per materie specifiche, la revisione o la modifica delle norme primarie attraverso procedure semplificate o puramente comunitarie, appannaggio delle istituzioni (c.d. «piccola revisione»<sup>28</sup>). Si tratterebbe in questo caso di «revisione delegata» dagli Stati membri alle istituzioni<sup>29</sup>, esclusivamente in talune materie, che costituisce una sorta di *transfert normativo* dalla procedura intergovernativa a quella comunitaria.

Ci riferiamo agli artt. 221 e 222 CE relativi alla composizione della Corte

<sup>27</sup> G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 6, p. 98.

<sup>28</sup> «Piccola revisione» comunitaria, peraltro già prevista dall'art. 95 del Trattato CECA.

<sup>29</sup> Sul punto, parla di una sorta di «revisione delegata» G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 6, p. 95. *Contra* S. BARIATTI, *Art. 48*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 15, p. 170; anche S. ANTONINI, *Art. 48*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 78.

di giustizia; all'art. 225 CE, secondo la modifica dell'Atto unico europeo, che prefigurava l'istituzione del Tribunale di primo grado, poi istituito con decisione del Consiglio del 24 ottobre 1988.

Da ultimo il novello art. 225A del Trattato CE, introdotto dalla revisione di Nizza, ha previsto l'istituzione da parte del Consiglio di «camere giurisdizionali» del Tribunale di primo grado. Con decisione del Consiglio 2 novembre 2004 n. 2004/752/Ce, Euratom<sup>30</sup> è stato istituito il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea con il compito di conoscere in primo grado delle controversie in materia di pubblico impiego nell'Unione.

Questi ultimi esempi mostrano un esplicito potere di delega della CIG nei confronti del Consiglio in materie specifiche relative al sistema giurisdizionale regulate, come detto, da norme costituzionali dell'ordinamento.

In ultimo è da richiamare l'art. 308 CE che integra ed amplia, a talune condizioni, le competenze delle istituzioni comunitarie, colmando eventuali lacune delle norme primarie, nel rispetto di una procedura esclusivamente comunitaria. Questo strumento tuttavia, come gli altri testè menzionati, rappresenta evidentemente un *minus* rispetto alla procedura di revisione ex art. 48 TUE<sup>31</sup>.

Non troviamo nel Trattato UE alcuna norma corrispondente.

Si ritiene, tuttavia, che atteso il quadro istituzionale comune del TUE, suffragato dalle norme dei Titoli I e VIII, nonché da «passerelle» specifiche<sup>32</sup>, non può ritenersi esclusa *a priori* la possibilità di applicazione dell'art. 308 CE anche al di fuori del Titolo II, benché in limitati casi e circoscritto a materie "di confine" tra le competenze della Comunità e dell'Unione.

L'art. 308 CE, nel suo contenuto dispositivo, appare come una sorta di "booster normativo" previsto dalle norme primarie comunitarie, che va considerato come clausola generale di competenza della Comunità, qualora

<sup>30</sup> *Gu-Ue* n. L 333 del 9 novembre 2004, p. 7.

<sup>31</sup> Così L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 26.

<sup>32</sup> Intendendo non soltanto il senso dal secondo e terzo pilastro verso il primo, ma anche viceversa. Sul tema la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, consultabile in <http://curia.europa.eu>; la Corte ha affermato (punto 41) che «l'art. 1, secondo e terzo comma, del Trattato sull'Unione europea dispone che tale Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa e che il compito dell'Unione, che è fondata sulle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal detto Trattato, consiste nell'organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli». Ancora la sentenza del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in <http://curia.eu.int>, circa un ricorso di annullamento della decisione quadro n. 2003/80/GAI in materia di profili penali della protezione dell'ambiente. La Corte ha affermato che in base alle sue competenze è tenuta a vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientrare nell'ambito del primo comma dell'art. 29 UE, del Titolo VI TUE, non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità (punto 39). V. sul punto, anche la sentenza del 12 maggio 1998 in causa n. C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2763, punto 16).

un'azione sia necessaria, ancorché non prevista, per il raggiungimento degli obiettivi comunitari<sup>33</sup>.

Se da un lato la norma indica un potere generale della Comunità, dall'altro sancisce una procedura ben precisa ed alcuni limiti rigidamente previsti con riguardo alle regole: *a.* procedurali rigide (procedura di consultazione; voto all'unanimità del Consiglio); *b.* sostanziali (mancanza di altre norme nel trattato, raggiungimento degli scopi della Comunità)<sup>34</sup>. Essa configura un potere di revisione alternativo delle norme primarie ed un potere diretto di integrazione delle medesime norme.

Parliamo di revisione alternativa delle norme primarie giacché la prassi comunitaria ha proposto non pochi casi di applicazione da parte del Consiglio dell'art. 308, in materie che, successivamente, sono state "formalizzate" nel trattato dalle successive CIG (ad esempio ambiente, politica industriale, o anche dei consumatori, energia, in parte il turismo sebbene ancora senza base giuridica "piena"<sup>35</sup>).

## 5. La revisione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione europea

Da ultimo possiamo esprimere alcune considerazioni sulla procedura di revisione prevista dal Trattato sulla Costituzione per l'Europa sebbene, dopo l'abbandono, abbiamo soltanto un valore teorico.

La procedura di revisione che era originariamente prevista all'art. IV-7 nel testo prodotto dalla Convenzione, nel testo definitivo è stata inserita nell'art. IV-443 nella Parte IV «Disposizioni generali e finali»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vale la pena ricordare l'art. 308: «Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso».

<sup>34</sup> Nello stesso senso S. BARIATTI, *Art. 308*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 15, p. 1378. Cfr. anche L. FUMAGALLI, *Art. 308*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit. supra, nota 29, p. 1019.

<sup>35</sup> Sulle cui problematiche mi sia consentito rinviare a M. FRAGOLA, *Profilo comunitario del turismo*, Padova, Cedam, 1996.

<sup>36</sup> L'art. IV-443 stabilisce che: «1. Il governo di qualsiasi Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione può sottoporre al Consiglio progetti intesi a modificare il presente trattato. Tali progetti sono trasmessi dal Consiglio al Consiglio europeo e notificati ai parlamenti nazionali. 2. Qualora il Consiglio europeo, previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione, adotti a maggioranza semplice una decisione favorevole all'esame delle modifiche proposte, il presidente del Consiglio europeo convoca una Convenzione composta da rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione. In caso di modifiche istituzionali nel settore monetario, è consultata anche la Banca centrale europea. La Convenzione esamina i progetti di modifica e adotta per consenso una raccomandazione a una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri quale prevista al par.

Si è già detto che non risultano novità di rilievo con riguardo all'art. 48 TUE, salvo la formalizzazione della Convenzione.

Va tuttavia segnalato che l'intero testo adottato dalla Convenzione il 18 luglio 2003 è stato in seguito sostanzialmente modificato dalla CIG<sup>37</sup>, il che dimostra i limiti della Convenzione e la perdurante impostazione diplomatica della procedura.

I governi godono di un'ampia discrezionalità nell'accettare, modificare o emendare il testo licenziato preventivamente dalla Convenzione, aspetto questo che se, da un lato, vede positivamente la "formalizzazione" della Convenzione nella c.d. «procedura ordinaria» di revisione<sup>38</sup>, assicurando una più ampia partecipazione delle diverse istanze europee e nazionali ed una maggiore trasparenza<sup>39</sup>, dall'altro, tuttavia, rende il lavoro dei "convenzionali" praticamente debole negli effetti sostanziali (giuridici), da considerare, come ironicamente affermato dagli Stati membri in sede di Consiglio europeo, essenzialmente «una buona base da cui partire»<sup>40</sup>. Gli Stati, tuttavia, secondo autorevole dottrina, se sono senza vincoli nei confronti del testo predisposto dalla Convenzione, non lo sono sul piano politico laddove sono tenuti in ogni caso a considerarlo<sup>41</sup>.

Nella formulazione che è stata riservata all'art. IV-443 sorprende, inoltre, il perentorio richiamo alla natura del testo giuridico da modificare, «progetti intesi a modificare il presente *trattato*», laddove nell'intero testo l'espressione «Costituzione» appare prevalente, di gran lunga la più utilizzata e talvolta anche abusata.

Nell'ambito di una norma così importante, di sicuro impatto costituzionale, siffatta scelta doveva confermare la volontà degli Stati membri di mantenere

3. Il Consiglio europeo può decidere a maggioranza semplice, previa approvazione del Parlamento europeo, di non convocare una Convenzione qualora l'entità delle modifiche non lo giustifichi. In questo caso, il Consiglio europeo definisce il mandato per una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri. 3. Una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri è convocata dal presidente del Consiglio allo scopo di stabilire di comune accordo le modifiche da apportare al presente *trattato*. Le modifiche entrano in vigore dopo essere state ratificate da tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali. 4. Qualora, al termine di un periodo di due anni a decorrere dalla firma del trattato che modifica il presente *trattato*, i quattro quinti degli Stati membri abbiano ratificato detto *trattato* e uno o più Stati membri abbiano incontrato difficoltà nelle procedure di ratifica, la questione è deferita al Consiglio europeo». Corsivi aggiunti.

<sup>37</sup> The European Convention (the Secretariat): CONV 820/1/03 REV 1, CONV 847/03, CONV 848/03 Final text of the draft Treaty establishing a Constitution for Europe, as submitted to the President of the European Council in Rome on 18 July 2003. CONV 850/03 Brussels, 18 July 2003 CONV 850/03 ([www.europa.eu.int/convention.html](http://www.europa.eu.int/convention.html)).

<sup>38</sup> Il Trattato costituzionale formalizza infatti anche una «procedura di revisione semplificata» (Art. IV-444) prevista per le modifiche della sola Parte III ed una «procedura di revisione semplificata riguardante le politiche e le azioni interne dell'Unione» (Art. IV-445) per la sola Parte III, Titolo III.

<sup>39</sup> A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 6.

<sup>40</sup> Così il Consiglio europeo di Salonicco.

<sup>41</sup> Secondo A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, loc. cit., p. 11, il testo predisposto dalla Convenzione impegna gli Stati membri soltanto sul piano politico ancorché «pesantemente».

saldamente il monopolio della procedura di revisione, lasciando alla Convenzione la competenza ad adottare per consenso una mera *raccomandazione* alla CIG<sup>42</sup>.

Nessuna novità di rilievo, pertanto, stante la norma limitativa non soltanto delle competenze della Convenzione, ma anche del ruolo del Parlamento europeo, della Commissione e della stessa Banca centrale europea.

Né pare fosse elemento differenziante la previsione dell'obbligo di notifica del progetto di revisione ai parlamenti nazionali che, a ben vedere, aggravava l'intera procedura già di per sé complessa soprattutto in un'Unione a 27<sup>43</sup>.

Sembrerebbe quindi, in conclusione, da preferirsi una procedura che sia regolata interamente dall'ordinamento giuridico dell'Unione, senza "passerelle esterne" da un ordinamento giuridico all'altro, che avrebbe come risultato l'aggravamento dei tempi della procedura e la preclusione dei suoi lavori ai cittadini dell'Unione durante la fase della negoziazione.

Ma gli Stati non sembrano voler rinunciare ad essere *Herren der Verträge*.

**Massimo Fragola\*\***

<sup>42</sup> Più positivo è il giudizio di C. CURTI GIALDINO, *Introduzione*, in CIDE (a cura di), *Una Costituzione per la nuova Europa*, cit. *supra*, nota 9, p. 120.

<sup>43</sup> Appare più favorevole C. CURTI GIALDINO, *Introduzione*, loc. cit., *ibid.*

\*\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria.



## RECENSIONI

---

**Presidenza della Repubblica Italiana**, *Discorsi e Messaggi sui temi Internazionali del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi 1999-2006*, Roma, Ufficio Stampa e Informazione della Presidenza della Repubblica, 2006, p. 523

**Presidenza della Repubblica Italiana**, Giorgio Napolitano, *Per L'Europa-Discorsi e Interventi maggio 2006-febbraio 2007 raccolti in occasione del 50° anniversario dei Trattati di Roma*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2007, pp. 79, € 10,00

I due volumi qui recensiti contengono raccolte di atti ufficiali, prassi diplomatica e discorsi pubblici del settennato del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi e del primo anno di Presidenza del suo successore, Giorgio Napolitano, in una preziosa edizione dedicata al solo settore unionistico-europeo. Durante tale periodo, l'entrata in vigore della ben nota legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, ha comportato una specificazione dualistica della materia tradizionalmente definita "Internazionale" nel testo vigente, grazie ad una ripartizione tra affari esteri e rapporti con l'Unione europea, contemplata nella nuova stesura dell'art. 117. Con tale suddivisione si ridenomina lo stesso ruolo degli organi costituzionali quali Parlamento, Governo e Ministero degli Esteri, senza escludere l'Ufficio Supremo del Presidente della Repubblica, in virtù della sua generale competenza a rappresentare l'Unità nazionale, come voce interna ed esterna del Paese e del suo ordinamento giuridico. Ovviamente, il Capo di Stato, non dispone di un "potere decisorio" analogo a quello degli altri organi costituzionali centrali, ma senz'altro è rivestito di una potestà "persuasiva e monitoria", di cui è espressione la messaggistica per la manifestazione delle sue opinioni, dell'informazione che Egli rende al pubblico e della comunicazione che esprime all'ambito delle relazioni internazionali del Paese. Proprio i due volumi recentemente pubblicati,

confermano come la suprema magistratura costituzionale disponga di un generale potere opinionistico legato al suo ruolo istituzionale *super partes* di esplicitazione, grazie al quale Egli non risulta né parte né in disparte rispetto all'intero procedimento della formazione della politica estera del Paese.

Nell'iconografia ufficiale, gli atti del Presidente della Repubblica su temi internazionali, sono normalmente identificati come espressione di una facoltà largamente vincolata, in virtù della quale Egli esprime *last minute* la ratifica dei Trattati internazionali, nonché la promulgazione delle leggi e l'emanazione dei decreti su incidenti e relativi settori, attuativi o esecutivi. Ma, la profonda trasformazione della geopolitica ha messo a fuoco l'altro potere presidenziale fortemente manovrato mediante l'uso del cerimoniale diplomatico con Stati esteri e con istituzioni internazionali ed europee. Proprio il completo decorso del settennato Ciampi è venuto a confermare come il Presidente sia un *testimonial* privilegiato fin dall'inizio delle procedure internazionali, quale motore di impulso e stimolo nella formazione di una opinione pubblica qualificata, di operatori interni, diplomatici e non, agenti nei vari corpi dello Stato e, comunque, quale portavoce della memoria del Paese. Si spiega, pertanto, come anche il cerimoniale più tradizionale e consolidato delle "visite di Stato" del Presidente abbia subito una profonda trasformazione, allargandosi dagli abituali rapporti inter-istituzionali o di vertice con Capi di Stato e di Governo stranieri o con Assemblee internazionali, a più sofisticati e dettagliati contatti con tutte le sedi, pubbliche o private, espressive di una *international opinion* (Fori economici, industriali e bancari, discorsi accademici in prestigiose Università e centri di cultura, con la stampa e con i *mass media*). A parte tali modificazioni strumentali, risulta cambiata la stessa geopolitica delle visite presidenziali. E così, partendo dagli storici ambiti dei rapporti bilaterali tra gli Stati fondatori dell'Unione europea, la rete degli incontri si è estesa agli altri dell'Unione europea allargata e a quelli comunque vicini, coinvolgendo nell'ambito extraeuropeo le aree dell'Occidente ed, infine, gli stessi giganti emergenti della globalizzazione come Medioriente arabo-islamico e Cina-India.

Correlativamente, un settennato di alto profilo internazionale non autorizza facili analogie e non previsti accostamenti alle Costituzioni di Paesi a democrazia presidenziale, dove il Capo dello Stato risulta essere insieme rappresentante dell'intero Paese e Capo dell'Esecutivo. Ma, anche, in un regime parlamentare come il nostro, resta insopprimibile il ruolo presidenziale, non solo come indice rilevatore della tradizione politico-diplomatica di lungo periodo, quanto, anche, come luogo di sedimentazione di una opinione politico-istituzionale comune alle maggioranze e minoranze sostenitrici degli indirizzi del nostro Paese nelle relazioni internazionali.

Altrettanto importanti appaiono i discorsi contenuti nel secondo volume qui recensito, ciascuno dei quali meriterebbe una apposita valutazione, con particolare riguardo alla *vexata quaestio* affidata alla successiva presidenza.

Ne emerge la nota questione, legata agli sviluppi recenti della partecipazione italiana all'Unione europea, proprio nella fase delle ratifiche, date o negate, rispetto al Trattato costituzionale firmato a Roma il 29 ottobre 2004. L'*em-passe* procedurale vissuta nel triennio successivo non ha potuto, ovviamente, scalfire il consolidato principio costituzionale, in virtù del quale gli Stati membri di una Unione restano comunque pienamente sovrani nel disporre del loro fondamentale potere ad esprimere consenso o dissenso, su un tema così delicato, come quello della loro "desovranizzazione" all'interno dell'Europa comunitaria. E solo nell'anno 2007, cinquantenario dei Trattati di Roma, ha cominciato lentamente ad emergere, nel seno del Consiglio europeo, l'ipotesi di un rinegoziato del predetto Trattato costituzionale, ridotto a "Costituzione breve" o mini trattato.

Non a caso, tale linea si evidenzia progressivamente nel primo anno della presidenza-Napolitano, durante la quale i tredici discorsi ed interventi, ora appositamente raccolti, si rivolgono ugualmente e simultaneamente all'Europa degli Stati come a quella dei cittadini. Quasi a sottolineare tale nuova doppia legittimazione, i più ampi elaborati discorsi istituzionali, assumono la veste di documenti accademici tenuti nella sede di antiche e prestigiose istituzioni universitarie o di istituti come quello europeo di Firenze. Accanto a tali interventi, rivolti ai giovani cittadini dell'Unione, spesso filtrati mediante la discussione di carte e documenti formulati dagli ambienti accademici, è la stessa strategia presidenziale italiana a risultare evidente, mediante la lettura dei testi raccolti. Singolare appare, la particolare accuratezza, dedicata ai discorsi in occasione delle visite ufficiali a Paesi criticamente dissenzienti come Francia e Gran Bretagna, accanto ad altri, altrettanto criticamente consenzienti, come la Repubblica federale tedesca e il Regno di Spagna, anch'essi alieni da una visione meramente ideologica, o addirittura fideistica, dell'intero processo mirante a portare avanti una ulteriore e più impegnativa fase della costruzione dell'Europa unita. E, pertanto, la raccolta presidenziale si conchiude col discorso nella sede del Parlamento europeo di Strasburgo, dove appare pienamente sedimentata la duplice memoria dell'esperienza maturata, prima quale presidente dell'Assemblea Costituzionale di Strasburgo, così come quella più attuale del Palazzo del Quirinale.

Pubblicazioni del genere qui recensito, forse, non si inquadrano nei generi letterari propri delle raccolte dei discorsi ufficiali e della prassi diplomatica vera e propria. Ma senz'altro vanno ascritti, come titolo di merito, per i competenti Uffici della Presidenza, che ne hanno curato l'edizione e dello stesso Istituto Poligrafico dello Stato, curatore del secondo di essi. E da augurarsi che opere siffatte, possano ancora vedere la luce, quale indispensabile strumento di studio e di riflessione, ed insieme quale mezzo per suscitare interesse e simpatia degli ambienti interessati alla loro diffusione.

**Massimo Panebianco**

**Alberto Alemanno**, *Trade in Food. Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, Cambridge University Press, 2007, pp. 540, £ 125,00/US\$ 250

Com'è noto, la materia alimentare è oggi assoggettata all'applicazione di un imponente complesso di norme nazionali, comunitarie e internazionali che ne regolano gli aspetti più diversi, a volte anche nei minimi dettagli.

L'autore, studioso della materia, nel volume qui recensito, che ha intitolato «*Trade in Food. Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*», ha sottoposto tale complesso di norme ad un attento esame, approfondendo in modo sistematico i rapporti tra il diritto nazionale, il diritto comunitario e il diritto internazionale, valutandone l'impatto soprattutto sul commercio internazionale dei prodotti alimentari. I numerosi esempi tratti dalla giurisprudenza comunitaria ed internazionale, ripresi nel volume, rendono in effetti evidente come le tre dimensioni, internazionale, comunitaria e nazionale, coesistano e si compenetrino all'interno della disciplina del settore alimentare.

Nella prima parte del volume viene descritta l'evoluzione della disciplina in materia alimentare, dall'analisi della compatibilità delle differenti norme nazionali con il principio della libera circolazione delle merci di cui agli artt. 28 ss. del Trattato Ce, fino alla valutazione delle norme armonizzate che sono state adottate in materia.

L'autore procede poi ad un'analisi dei principi generali e dei requisiti propri del diritto alimentare comunitario (in particolare: analisi del rischio, principio di precauzione e responsabilità primaria degli operatori) fornendo una panoramica completa della giurisprudenza (soprattutto della Corte di giustizia di Lussemburgo) riguardante tali principi. Merita in particolare di essere segnalato l'approfondimento del principio dell'analisi del rischio e del principio di precauzione. L'autore, sottolineando come tali principi si siano sviluppati negli Stati Uniti, incorporati poi nelle norme internazionali in materia di sicurezza alimentare ed infine nella disciplina alimentare europea, mette in evidenza le difficoltà e gli ostacoli che si incontrano – sotto il profilo scientifico e giuridico – nell'applicazione di tali principi.

La prima parte del volume fornisce, inoltre, una descrizione molto dettagliata della struttura, delle competenze e delle funzioni dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA).

La seconda parte del libro è, invece, dedicata all'analisi della disciplina internazionale in materia di sicurezza alimentare contenuta negli accordi stipulati nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del Commercio (WTO) con particolare riferimento alle regole sancite dall'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS Agreement). In particolare, l'A. confronta tali regole e misure con quelle previste dalla disciplina alimentare comunitaria.

L'accurata descrizione delle misure di sicurezza alimentare applicate in ba-

se al diritto comunitario e il loro confronto sistematico con quelle previste dalle norme internazionali aggiungono all'opera un notevole interesse sotto il profilo scientifico, facendo del volume «*Trade in Food. Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*», qui recensito, un utile e valido strumento di lavoro non solo per i professionisti dei settori interessati, ma anche per gli studiosi, i tecnici e i cultori del diritto alimentare.

**Fausto Capelli e Barbara Klaus**

**Nicola Verola**, *L'Europa legittima: principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, Passigli Editori, 2006, pp. 1-309, € 22,00

Nella nota collana ASTRID, acronimo di «Associazione per gli Studi e le Ricerche sulla Riforma delle Istituzioni Democratiche e sull'innovazione nelle amministrazioni», diretta da due giuristi di rango come Bassanini ed Amato, compaiono anche numerosi titoli dedicati alle dinamiche dello spazio internazionale ed europeo; nella detta molteplicità di argomenti affrontati spicca, in particolare, il tema di vertice rivolto al Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, e già sottoposto al procedimento di ratifica da parte degli Stati membri. Nonostante le "battute di arresto" referendarie verificatesi nel 2005 in Francia e nei Paesi Bassi è, tuttavia, sicuro che il lungo processo di integrazione comunitaria si presenta ancora oggi come in costante evoluzione, e continua ad andare avanti seguendo quel metodo dei piccoli passi tanto caro ai "padri fondatori". D'altro canto è innegabile che l'esperienza ormai cinquantennale di Comunità induca ad un qualche ottimismo ed offra la prospettiva di una più stretta coesione delle singole identità nazionali nell'*unicum* rappresentato dalla realtà europea, la quale si fonda essenzialmente sul rispetto di quei valori fondamentali che danno sostanza vera alle radici e contenuto concreto ai processi storici e politici e che, soprattutto, continua a rimanere ben salda nonostante talvolta si verificano taluni inconvenienti.

In particolare, in una fase – quella attuale – in cui l'Unione sembra essere entrata in crisi, risulta significativa la riflessione critica dell'A., diplomatico di carriera in servizio alla Rappresentanza italiana di Bruxelles, il cui volume può offrire un aiuto concreto – come scrive nella sua prefazione il noto giurista Giuliano Amato – per tutti coloro che intendono adoperarsi affinché l'Europa possa uscire rafforzata e con le idee più chiare, su di sé e sulla propria missione, dalla "pausa di riflessione" in cui è entrata nel giugno 2005. Ad avviso dell'A., l'Unione europea pare, infatti, negli ultimi tempi, avere smarrito l'originaria capacità di attrazione ed inoltre si ha la netta impressione che le sue Istituzioni facciano fatica a reggere il peso dell'ulteriore allargamento. Invero, dopo il lungo periodo di "euro-ottimismo", l'Europa vive un momento estrema-

mente delicato e la situazione di difficoltà avvertibile nel suo seno è stata, in qualche modo, portata alla luce proprio dalle menzionate resistenze alla ratifica del Trattato costituzionale del 2004: resistenze, queste ultime, che costringono ad una riflessione supplementare sul criterio di legittimazione e sulla missione dell'Unione europea.

Oggetto dell'analisi dell'A. sono, appunto, le basi di legittimità o, se si preferisce, la legittimazione dell'Unione medesima, la verifica cioè dell'insieme delle ragioni che legittimano l'esercizio dei suoi poteri da parte di coloro su cui essi vengono esercitati. Con una chiave di lettura sicuramente innovativa, si individuano così tre «titoli di giustificazione dell'azione comunitaria»: la «legittimità processuale» o negoziale, la «legittimità funzionale» e la «legittimità democratica». Nel primo capitolo (pp. 19-75) del volume, si analizza innanzitutto la legittimità negoziale, che si configura come la più naturale ed ovvia per un'organizzazione sovranazionale nata da un accordo fra gli Stati aderenti, i quali, almeno nei primi anni del processo d'integrazione, avrebbero (verosimilmente) avuto potere decisionale attraverso il Consiglio dei Ministri, composto dai rappresentanti di tutti gli Stati aderenti all'Unione e scelti nell'ambito dei rispettivi Governi. Al principio della legittimità negoziale si affianca, poi, il principio di legittimità funzionale, puntualmente esaminato nel successivo secondo capitolo (pp. 77-145), dove si sottolinea che l'ulteriore aspetto caratterizzante le dinamiche europee, dopo il «negoziato permanente», è appunto quello che viene definito alla stregua di paradigma tecnocratico-funzionalista. Si discorre così dell'Europa che molti hanno definito dei tecnocrati, di quell'Europa cioè che funziona grazie ad esperti aventi il compito di assicurare vantaggi collettivi all'intera Comunità, mediante l'ottenimento di risultati ritenuti desiderabili a vario titolo. L'Unione europea ha, dunque, per lungo tempo fondato la propria legittimazione sui due summenzionati principi, ma ciò non basta: si è avvertita infatti e si avverte attualmente l'esigenza di affiancare alla legittimità di tipo negoziale ed a quella di tipo funzionale un terzo tipo di legittimità, che a ben riflettere appare irrinunciabile. Per questo motivo, l'A. si occupa nel terzo capitolo (pp. 147-221) della sua analisi del legame immediato di legittimità democratica fra il processo di unificazione ed il volere popolare, instauratosi notoriamente già nel 1979 attraverso l'elezione diretta del Parlamento europeo e, successivamente, rafforzato con l'inaugurazione della procedura di «co-decisione legislativa», finalizzata a far risalire la legislazione sovranazionale non più alla sola volontà dei Governi degli Stati membri, ma anche alla volontà degli stessi cittadini europei.

Nel prosieguo dell'indagine critica si evidenzia che nonostante il primo passo compiuto in tale direzione, la legittimità democratica si presenta ancora allo stato embrionale e richiede, pertanto, di essere ulteriormente valorizzata e potenziata. Nei complessi schemi istituzionali viene individuata, infatti, una dimensione "nazionale", che in un certo senso continua a "mortificare" e a so-

vrapporsi alla dimensione sovranazionale, rappresentata dalla Commissione, organo formato da individui e del tutto indipendente dalle influenze governative nazionali, e dal Parlamento, vero e proprio fulcro dell'esperienza democratica a livello sovra-statale. L'esistenza di un *deficit* democratico, allo stato attuale, è in effetti ampiamente dimostrata non solo dall'alta percentuale di atti normativi vincolanti emanati esclusivamente dal Consiglio, ma anche, stante la mancata determinazione del Governo dell'Europa da parte degli elettori, dall'assenza della cosiddetta *accountability*, intesa come responsabilità degli eletti circa il modo in cui l'Unione deve essere governata.

Nel quarto capitolo (pp. 223-264), viene affrontato poi il delicato argomento dell'identità collettiva europea, considerata come comune sentimento di appartenenza di popoli diversi ad un'unica grande Comunità, nella quale sia possibile valorizzare contesti estremamente diversi tra loro e favorire così l'affermazione di un *idem sentire* che non sia occasionale, ma strutturale ed ideale. Nel capitolo conclusivo (pp. 265-309), infine, si analizzano lucidamente le sfide future con cui il processo d'integrazione europea sarà chiamato a misurarsi e si prevedono, con altrettanta lucidità, i possibili sviluppi del dibattito che attualmente impegna l'Unione. In particolare, tra due scenari tra loro alternativi, vale a dire la rinuncia definitiva al Trattato e la conservazione, al più con l'apporto di talune modifiche, del medesimo, l'A. pone una soluzione intermedia, consistente nell'individuazione e nella successiva adozione di «meccanismi di ripiego» in grado di preservare alcuni dei vantaggi dell'attuale testo costituzionale.

Un lavoro, dunque, quello fin qui recensito, che appare, in ultima analisi, pienamente in grado di suscitare vivo e profondo interesse nel lettore, sia per la grande attualità del tema trattato, sia per la fluidità della considerazione critica, sempre condotta in maniera lucida ed appassionante. Ai fini di una distaccata riflessione accademica, probabilmente, avrebbe arricchito la puntuale disamina, già di per sé così interessante, un richiamo ai precedenti legati all'egualmente difficile vicenda seguita al Trattato di Maastricht sull'Unione europea firmato il 7 febbraio 1992, dai quali potrebbero ancora derivare non inutili suggestioni nella situazione attuale di *impasse* procedurale. Parimenti, un accenno alla discussione già da tempo aperta dai costituzionalisti utile a distinguere Costituzioni brevi e lunghe, ed insieme Costituzioni *stricto* e *lato sensu*, avrebbe consentito un più completo inquadramento del volume qui preso in esame. Ciò non oscura, comunque, le caratteristiche salienti dell'indagine compiuta, le quali rendono la stessa meritevole di un giudizio estremamente positivo, e confermano tutta l'importanza dell'analisi svolta come espressione di una letteratura di bilancio e di riflessione sul "periodo costituzionale" così largamente impegnativo per la struttura politico-diplomatica a cui appartiene lo stesso A., chiamato, in qualità di diplomatico di carriera, a vivere l'esperienza quotidiana delle faticose riunioni in cui si snodano le vicende del lavoro europeo.

**Miriam Immediato**





**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

VICTOR CHIMIENTI, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea / Università degli Studi di Bari; già Research Scholar presso il Center for International and Comparative Law, University of Michigan Law School, Ann Arbor (Stati Uniti); avvocato internazionalista e consulente internazionale dell'Agenzia Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (Balcani occidentali)*

MASSIMO FRAGOLA, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria*

GIACOMO GATTINARA, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea / Università di Roma "La Sapienza"*

MIRIAM IMMEDIATO, *Cultore di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

BARBARA KLAUS, *Avvocato in Milano e Monaco (Germania); docente di Diritto alimentare / Ludwig-Maximilians-Universität München*

MARIO PANEBIANCO, *Ricercatore in Diritto pubblico comparato / Università degli Studi di Salerno*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto internazionale / Università degli Studi di Salerno*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato in Torino*

CRISTINA POZZI, *Professore a contratto di Diritto comunitario dei trasporti J. M. / Università degli Studi di Parma; avvocato in Parma*

ANGELA RUSTICO, *Dottore in Giurisprudenza*

PIETRO TROIANIELLO, *Avvocato in Roma - Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi del Sannio - Benevento*



## ARTICOLI

---

### **LIBERTÀ E SICUREZZA NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO: MANDATO DI ARRESTO E "STATUTO" DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA\***

**Sommario:** *Premessa - 1. Libertà e sicurezza tra diritti e garanzie di fonte interno-internazionale - 2. Il rinvio alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea contenuto nella legge n. 69/2005 - 3. Lo "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea - 4. Segue: Gli artt. 6 e 7 del Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - 5. Segue: Lo "statuto" pseudo-costituzionale nella Carta di Nizza e il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa - 6. Segue: Nel Trattato di Lisbona - 7. Idoneità del richiamato sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'UE ad incidere quale strumento di garanzia nell'esecuzione del mandato di arresto europeo - 8. Verso una giurisprudenza comune europea in materia di diritti fondamentali?*

#### **Premessa**

La costante tendenza dell'ordinamento comunitario al perfezionamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali rinviene nuove prospettive evolutive per effetto del richiamo, operato nel novellato art. 6 del «Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea» firmato il 13 dicembre 2007, alla Carta dei diritti fondamentali<sup>1</sup>. La positivizzazione comunitaria del catalogo dei diritti fondamentali in essa conte-

\* Il presente contributo è una versione ampiamente modificata di un precedente lavoro destinato agli *Scritti in onore di Umberto Leanza*.

<sup>1</sup> Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea unitamente all'«Atto finale» sono pubblicati in *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007. La Carta, già proclamata solennemente a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dalla Commissione e dal Consiglio, è stata nuovamente proclamata dalle tre istituzioni a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e tale circostanza risulta consacrata, come si vedrà, nel modificato testo dell'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona. La Carta, nella versione modificata per il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, è pubblicata in *Gu-Ue* n. C 303 del 17 dicembre 2007.

nuti, sia pure mediante una tecnica normativa di rinvio e non già di incorporazione, fa assumere agli stessi un ruolo più ampio di quello finora esplicito (e di cui *infra*) conferendo loro una valenza positiva di tipo "promozionale" quali fattori di costruzione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» che «l'Unione offre ai suoi cittadini»<sup>2</sup>. Essa appare suscettibile di produrre effetti nell'ordinamento comunitario non solo *ab intra* ma anche *ab extra* laddove la tutela dei diritti fondamentali, in quanto tutela "multilivellare" tra sistema normativo costituzionale, comunitario e convenzionale (europeo), non può non essere condizionata dalle soluzioni normative definite nell'ordinamento dell'Unione europea. Al rapporto tra sistemi di tutela dei diritti fa da corollario il rapporto tra giurisdizioni (Corte costituzionale, Corte di giustizia delle Comunità europee, Corte europea dei diritti dell'uomo) ciascuna delle quali, sia pure nella tendenziale autonomia che non esclude la possibilità di antinomie, tende a contribuire alla realizzazione di un processo "osmotico" attraverso forme di ricezione ed interpretazione "selettivo-adequatrice" di principi e diritti consacrati in diversi ordinamenti.

In questo quadro di riferimento il presente scritto tenterà di esplorare il significato e la portata del richiamo, nel più ampio quadro delle "garanzie costituzionali", all'art. 6 ed ai contenuti dell'art. 7 del Trattato sull'Unione europea, così come previsto nell'art. 2 della legge n. 69 del 22 aprile 2005, recante «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna tra Stati membri». L'indagine non potrà non intersecarsi con la ricostruzione dei caratteri essenziali del sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea anche in ragione dell'ulteriore rinvio (indiretto o mediato), contenuto nel citato art. 2, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, segnatamente, al suo titolo VI «Giustizia».

## 1. Libertà e sicurezza tra diritti e garanzie di fonte interno-internazionale

Com'è noto, la decisione quadro n. 2002/584/GAI ha introdotto un istituto che si inquadra nel più ampio contesto degli strumenti volti a dare applicazione al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali tra gli Stati

<sup>2</sup> È appena il caso di precisare che siffatta positivizzazione è legata all'entrata in vigore del nuovo Trattato (presumibilmente al 1° gennaio 2009) ad esito del completamento delle procedure di ratifica da parte degli Stati firmatari. Il primo Paese ratificante (al 17 dicembre 2007) è stato l'Ungheria. Il nuovo art. 3 che sostituisce l'art. 2 del Trattato di Nizza, anticipando tale obiettivo rispetto alla sequenza lì contemplata, prevede al n. 2 che «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere interne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». V. le considerazioni di G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sopranazionale*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2007, n. 1, p. 69 ss., in particolare p. 77-78.

membri ai sensi dell'art. 31 lett. *b.* TUE, in virtù del quale l'azione comune, nel settore della cooperazione giudiziaria, comprende anche «la facilitazione dell'extradizione tra gli Stati membri»<sup>3</sup>. Ne discende la possibilità di trasferimento coattivo di una persona da uno Stato all'altro dell'Unione europea «ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà»<sup>4</sup>.

Se la tradizionale considerazione dell'intervento sanzionatorio penale quale espressione tipica della sovranità statale ha comportato una produzione normativa in materia (sia in senso sostanziale che processuale) a carattere prettamente nazionale, nell'attuale fase dell'integrazione europea, molteplici

<sup>3</sup> Come viene sottolineato nel *considerando* n. 6 della decisione quadro n. 2002/584/GAI (in *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002) «Il mandato di arresto europeo (...) costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria». La decisione quadro indica come proprie basi giuridiche anche l'art. 31, lett. *a.*, secondo il quale l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende «la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri» e l'art. 34, par. 2, lett. *b.*, che annovera la decisione quadro fra gli atti che il Consiglio può adottare per i fini del titolo VI TUE e ne indica le caratteristiche. Sul mandato di arresto europeo cfr. G. IUZZOLINO, (voce) *Mandato di arresto europeo* (dir. pen.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Utet, 2007, aggiornamento. Tra le sole opere monografiche in lingua italiana, cfr. N. BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, Giuffrè, 2003; M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004; E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione*, Padova, Cedam, 2004; M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005; P. BALBO, *Mandato d'arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2005; L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè, 2005; G. PANSINI - A. SCALFATI, *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, Jovene, 2005. Per la dottrina di lingua straniera v., tra tutti, R. BLEKXTON - W. VAN BALLEGOOIJ (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, T.M.C. Asser press, 2005. Sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia v., per tutti, J. DE ZWAAN - F. GOUDAPPEL (eds.), *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme*, The Hague, T.M.C. Asser, 2006 nonché L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114 ss.; P. BILANCIA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 345 ss.; S. DOUGLAS SCOTT, *The rule of law in the European Union: putting the security into the "area of freedom, security and justice"*, in *EL Rev.*, 2004, aprile, p. 225 ss.; B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, n. 10, p. 1295-1306; M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 ss.; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 974 ss.; G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi integr. eur.*, 2007, n. 2, p. 335 ss.

<sup>4</sup> È evidente che l'obiettivo della creazione di uno «spazio comune di giustizia» (art. 29 TUE), in cui i cittadini europei abbiano un comune senso di giustizia e siano tutelati contro le possibili aggressioni alla loro sicurezza e alla loro sfera di libertà, sarebbe di difficile realizzazione se non si procedesse, preliminarmente, ad un'armonizzazione dei sistemi nazionali che non può non essere favorita dalle stesse istituzioni comunitarie. Proprio in ragione di questo fine il Consiglio dell'Unione europea ha individuato nella decisione-quadro, quale fonte di produzione normativa tipica del terzo pilastro, lo strumento più importante di ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, gettando le basi per la creazione di un sistema procedurale europeo comune: il tutto nella piena consapevolezza delle difficoltà nel raggiungimento delle ratifiche per quanto riguarda le convenzioni internazionali e i relativi protocolli addizionali e non in ragione di una "una mera razionalità tecnica". Cfr., sul punto, G. IUZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo*, in *AA.VV., Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 6.

appaiono le influenze che il diritto comunitario derivato esercita sui sistemi nazionali, sia mediante la riduzione della sfera di applicazione di disposizioni incriminatrici degli Stati membri, sia attraverso l'imposizione di limiti alla tipologia e alla misura delle sanzioni penali. Siffatta *vis* espansiva del diritto comunitario non può non riposare su una "intersezione necessaria" o, *rectius*, "incidenza virtuosa" della tutela dei diritti dell'uomo sulla cooperazione giudiziaria internazionale<sup>5</sup>. Intendo alludere all'incidenza, negli ordinamenti processuali penali nazionali (ed in particolare in tema di diritto ad un processo equo, di presunzione di innocenza dell'imputato, di inviolabilità del diritto alla difesa, di divieto di *bis in idem*, ecc.), dei principi generali del diritto comunitario in materia nonché delle garanzie assicurate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da ora CEDU) e dai suoi protocolli e, sia pure nei limiti di un atto la cui vincolatività è legata all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dai contenuti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia di «Giustizia», su cui *infra*<sup>6</sup>. Come pure non possono misconoscersi le ricadute della giurisprudenza delle Corti europee (Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea di Strasburgo) le cui pronunce, sebbene generalmente sprovviste di effetti vincolanti rispetto agli Stati estranei allo specifico contenzioso, assurgono a criterio interpretativo generale e parametro di riferimento per ulteriori casi<sup>7</sup>.

Ne risultava pienamente consapevole il Programma di azione dell'Aja adottato dal Consiglio europeo il 4/5 novembre 2004 sullo spazio di libertà,

<sup>5</sup> Cfr., per tali espressioni, M. PISANI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in C. ZANGHI - L. PANELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2004, INTERCENTER, Atti del Convegno di Messina del 21-22 giugno 2002, in particolare p. 168. Sulla nozione di «spazio» e la tutela dei diritti fondamentali v., le riflessioni di B. NASCIBENE, *Costituzione europea, cooperazione giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 306 ss.

<sup>6</sup> Va da sé che, di fronte ai tempi "irragionevoli" necessari per lo svolgimento delle procedure di estradizione, sia attive che passive, la disciplina prevista per il mandato di arresto europeo, riducendo i tempi per la consegna del ricercato, si muova anche nella direzione di assicurare (là dove il mandato è stato spiccato per l'esercizio dell'azione penale), quella «ragionevole durata del processo», configurata dall'art. 111 della Costituzione italiana come una delle garanzie poste alla base del «giusto processo». Come evidenzia il secondo Rapporto di valutazione della Commissione del 11 luglio 2007 sullo stato di avanzamento dei provvedimenti di attuazione della decisione-quadro relativa al mandato di arresto europeo nella maggior parte degli Stati si è verificata una sensibile riduzione dei tempi (mediamente: meno di 6 settimane ove l'interessato non dia il proprio assenso, 11 giorni nel caso che lo presti) per le procedure di consegna rispetto a quelli relativi all'istituto estradizionale. Sia consentito di richiamare, in materia di ragionevole durata del processo A. DI STASI, *Principi giurisprudenziali e principi "costituzionali" euro-nazionali in materia di ragionevole durata del processo e del procedimento*, in questa *Rivista*, 2005, p. 215 ss. V., da ultimo, sull'equo processo, D. LIKOPOULOS, *Equo processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2007.

<sup>7</sup> Così A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, Utet giuridica, 2006, in particolare p. 12. Sull'intersecazione tra le tre Corti v. A. BARBERA, *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 89-98. Ivi anche V. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sopranazionali*, p. 105-111.

sicurezza e giustizia laddove prevedeva che «devono essere pienamente rispettati i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali» e sottolineava, altresì, che «l'Unione, comprese le sue istituzioni, sarà giuridicamente obbligata a garantire che in tutti i settori di sua competenza i diritti fondamentali non solo siano rispettati ma anche attivamente promossi». Il tutto all'interno di un sistema *in fieri* finalizzato alla prevenzione ed alla repressione dei reati su base ultranazionale ma anche alla realizzazione di un corretto bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti di libertà. Esso, con specifico riferimento ai rapporti giurisdizionali con autorità straniere, si fonda sulla coesistenza ed intersecazione tra una pluralità di fonti del diritto che si aggiungono alle fonti nazionali (per l'Italia, in particolare, il libro XI del Codice di procedura penale).

Nell'"integrazione" tra ordinamenti (quello comunitario, quello convenzionale europeo e quello italiano) e nel non sempre facile dialogo tra giurisdizioni la creazione di uno spazio europeo della giustizia – di cui l'istituto del mandato di arresto europeo costituisce significativa espressione – non può non inscrivere nel quadro di una tutela *multilevel* dei diritti fondamentali fondata sul temperamento tra garanzie e valori di fonte interno-internazionale<sup>8</sup>. Pertanto, nella piena consapevolezza che la definizione delle nuove *regulae iuris* sia l'effetto di «forme di condizionamento esegetico ed applicativo di norme di differenti ordinamenti giuridici»<sup>9</sup> e nel solco di una significativa letteratura che si è soffermata sull'individuazione dei diritti dell'uomo la cui protezione giustifica il rifiuto dell'extradizione<sup>10</sup>, il presente scritto intende soffermarsi sul significato del richiamo alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, così come contenuto nella legge n. 69 del 22 aprile 2005, recante «Di-

<sup>8</sup> Cfr. M. BARGIS, *Analisi della decisione quadro sul mandato di arresto europeo: aspetti processuali e garanzie fondamentali*, in *Studi di diritto processuale penale. II. Questioni europee e «ricadute» italiane*, Torino, Giappichelli, p. 217 ss. e B. PIATTOLI, *Mandato di arresto Ue: istanze di armonizzazione processuale, distonie applicative e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2007, n. 8, p. 1105 ss.; E. SELVAGGI, *Nell'attuale sistema multilivello giusto processo da «condividere»*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 25, p. 57 ss. Per un interessante contributo al dibattito sulle istituzioni deputate alla tutela dei diritti fondamentali in Europa v. A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, *RDUE*, 2006, 1, p. 9-21. Sulla molteplicità dei livelli di tutela dei diritti umani in Europa cfr. A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa*, Torino, Giappichelli, 2004. Ci permettiamo di richiamare inoltre A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, in particolare parte II. Per un esauriente inquadramento del tema della tutela *multilevel* dei diritti cfr. P. BILANCIA - E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, *cit. supra*, nota 7. Sull'autosufficienza di ciascun sistema di tutela dei diritti v. F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 79-98. Sul piano giurisprudenziale non mancano gli esempi di un'interpretazione "integrata" della tutela di un diritto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

<sup>9</sup> Così E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padova, Cedam, 2007, p. 13.

<sup>10</sup> Si vedano, per tutti, V. STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, *Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, 2003, Padova, Cedam, p. 97 ss. e G. GUARINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e estradizione italiana*, reperibile in <http://europeanrights.eu>.

sposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna tra Stati membri»<sup>11</sup>.

## 2. Il rinvio alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea contenuto nella legge n. 69/2005

All'interno della legge n. 69/2005 ed, in particolare, nel più ampio quadro delle "Garanzie costituzionali" (art. 2) derivanti «dai trattati internazionali e dalla Costituzione» che presiedono alle attività italiane di esecuzione del mandato di arresto europeo, compare un plurimo rinvio al sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione.

In siffatto provvedimento è contenuto, invero, (all'art. 2 n. 1) un chiaro riferimento all'obbligo di conformità «a quanto disposto dall'art. 6, par. 1 e 2, del Trattato sull'Unione europea e dal punto 12 dei *considerando* del preambolo della decisione quadro»<sup>12</sup>. Inoltre, al n. 3 dello stesso articolo, compare

<sup>11</sup> Esula dall'oggetto del presente scritto un'indagine sulla struttura della legge n. 69/2005 (in *Guri* n. 98 del 29 aprile 2005) e sulle significative differenziazioni rispetto ai contenuti della decisione quadro n. 2002/584/GAI come pure sulla discussa tipologia di atto rappresentato dalla decisione quadro, oggetto di abolizione nel Trattato di Lisbona. V., nel quadro di una smisurata letteratura, tra tutti AA. VV., *Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 19, p. 65-113; E. BRUTI LIBERATI, *Un mandato di arresto europeo che tradisce i principi comunitari*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 18, p. 11 ss.; G. DE AMICIS - G. IUZZOLINO, *Al via in Italia il mandato d'arresto Ue*, in *Diritto e giustizia*, 2005 (19), II, p. 58 ss. (inserto speciale); Id., *Mandato d'arresto Ue e legge italiana: così le disposizioni finali e transitorie*, in *Diritto e giustizia*, 2005 (21), p. 118 ss.; E. RANDAZZO, *Uno strumento di cooperazione con garanzie ancora da «ratificare»*, in *Guida al diritto*, 2005 (18), p. 13. È appena il caso di ricordare che l'obiettivo di realizzazione di un'ampia collaborazione giudiziaria internazionale appariva fortemente presente nel nostro ordinamento anche nella riforma della disciplina processual-penalistica apprestata dal Codice di procedura penale del 1988 laddove la disciplina estradizionale risultava precipuamente orientata nel senso di evitare che l'extradizione potesse divenire strumento persecutorio e discriminatorio (v., in particolare, gli artt. 698, 705, 723 c.p.p.).

<sup>12</sup> L'art. 6 TUE recita: «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Il punto 12 dei *considerando* prevede non senza qualche profilo enfatico e con una formula ispirata all'art. 3, par. 2, della Convenzione del Consiglio d'Europa del 13 dicembre 1957 relativa ai reati politici: «La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI (...)». Una diversa problematica è suggerita dai contenuti inseriti nella parte finale del *considerando* n. 12, dove si precisa che la decisione quadro «non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione». Si allude a situazioni soggettive che ricevono tutela nella CEDU, ma le modalità di disciplina considerate non sono quelle del testo pattizio, bensì quelle degli ordinamenti interni, che ben possono prevedere nelle rispettive Costituzioni profili più elevati di garanzia: se ne ricava un potenziale limite all'operatività delle previsioni della decisione quadro, che potrebbe incidere in misura consistente sulla funzionalità stessa del meccanismo del mandato d'arresto europeo. Esula dalla presente trattazione qualsiasi indagine sul ruolo esplicito dal Preambolo (e dai suoi *considerando*) in un atto quale la deci-



quale motivo di rifiuto della consegna dell'imputato o del condannato, il «caso di grave e persistente violazione da parte dello Stato richiedente, dei principi di cui al comma 1, lett. a., constatata dal Consiglio dell'Unione europea ai sensi del punto 10 dei *considerando* del preambolo della decisione quadro»<sup>13</sup>. Manca, invece, nella legge n. 69/2005, l'ulteriore richiamo, contenuto nell'art. 1, par. 3, della citata decisione quadro, all'impossibilità per la stessa di modificare «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea»: una previsione ricorrente negli atti del "III pilastro" il cui significato non appare immune da incertezze ermeneutiche con riferimento al cosiddetto effetto utile<sup>14</sup>.

Il richiamo (espresso) dell'art. 6 e della procedura prevista nell'art. 7 del Trattato sull'Unione europea e quello (mediato) «dei contenuti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI», come testimoniano gli atti parlamentari che sarebbero esitati nella legge n. 69/2005, costituisce il frutto di un prolungato dibattito che ha condotto, peraltro, alla redazione di una disposizione linguistica di contenuto identico sia nel testo n. 4246 approvato dalle Camere, sia in quello n. 2958 approvato dal Senato<sup>15</sup>. Nella proposta di legge n. 4246 mancava, invero, qualsiasi riferimento a tali norme dell'ordinamento comunitario giacché il n. 4 del suo art. 1 conteneva un mero richiamo agli artt. 31, par. 1, lett. a. e b. e 34, par. 2, lett. b., del Trattato sull'Unione europea sottolineando soltanto come le disposizioni del provvedimento costituissero l'attuazione dell'azione comune in materia di cooperazione giudiziaria penale; viceversa nella proposta di legge n. 4431 (come in quella n. 4436) compariva, all'art. 2 n. 1, il riferimento all'art. 6, par. 1 e 2, del Trattato sull'Unione europea e al punto 12 dei *considerando*

sione quadro. Si rinvia sul punto a E. BARBE, *Il Preambolo della decisione quadro istitutiva del mandato di arresto europeo*, in M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo dall'estradizione*, cap. IV, *cit. supra*, nota 3 ed a R. BLEKXTOON, *Commentary on a Article by Article Basis*, in R. BLEKXTOON - W. VAN BALLEGOIJ (eds.) *Handbook on the European Arrest Warrant*, *cit. supra*, nota 3, p. 217-278, in particolare p. 224-225.

<sup>13</sup> Il punto 10 dei *considerando*, dopo aver previsto che «Il meccanismo del mandato di arresto europeo si basa su di un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» continua stabilendo che: «L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'art. 6, par. 1 del trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'art. 7 paragrafo 1 dello stesso trattato e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo». È noto che, in occasione della conclusione dei trattati di adesione dei dieci Stati dell'Europa centro-orientale (firmati ad Atene il 16 aprile 2003, in vigore dal 1° maggio 2004), la relativa sfiducia sulla idoneità dei sistemi giudiziari alla piena garanzia dei diritti fondamentali si tradusse nell'inserimento, negli Atti di adesione, dell'art. 39 destinato ad operare «in caso di carenze gravi o di rischio imminente di carenze gravi da parte di uno Stato membro nel recepimento, nell'attuazione, o nell'applicazione delle decisioni quadro (...)» (v. in *Gu-UE* n. L 236 del 23 settembre 2003, p. 33).

<sup>14</sup> Si vedano, ad esempio, il *considerando* n. 18 della decisione quadro n. 2002/187 per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità o il *considerando* n. 8 della decisione quadro n. 2003/48 che richiamano la prima l'art. 6 par. 2 TUE, la seconda l'art. 6 *tout court*.

<sup>15</sup> V. la sintesi dei lavori parlamentari in L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo*, *cit. supra*, nota 3, p. 535-895.

del Preambolo della decisione quadro n. 2002/584/GAI quali informatori dei decreti legislativi deputati a dare attuazione a tale atto<sup>16</sup>.

La scelta adottata dal nostro legislatore non trova, peraltro, un riscontro generalizzato negli altri ordinamenti degli Stati dell'Unione europea laddove, nella legislazione relativa all'attuazione della decisione-quadro n. 2002/584/GAI, compare in maniera sporadica il richiamo all'art. 6 del TUE e, talvolta, alla CEDU<sup>17</sup>. Essa non può non iscriversi in una opzione legislativa tesa ad affiancare, nell'ambito della stessa norma (l'art. 2), alle garanzie di fonte costituzionale quelle di fonte internazionale e comunitaria fermo restando il limite generale, contenuto nell'art. 1 della legge n. 69/2005, del rispetto dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo».

Prescindendo dagli atti parlamentari e dalle soluzioni rinvenibili in altri ordinamenti la lettura sinottica del n. 1 e del n. 3 dell'art. 2 della legge n. 69/2005 e dei due punti richiamati *supra* dei *considerando* del Preambolo della decisione quadro definisce un collegamento tra le modalità attuative del nuovo istituto e il sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea.

È appena il caso di sottolineare che la riflessione sul significato e sui limiti di operatività del citato rinvio è destinata a conferire una rinnovata valenza alla ricostruzione dei connotati dello "statuto" dei diritti fondamentali

<sup>16</sup> Proposta di legge n. 4246 di iniziativa degli onorevoli Kessler, Finocchiaro, Bonito, Carboni e Ranieri presentata il 30 luglio 2003 avente ad oggetto «Norme di recepimento della decisione-quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna tra Stati membri». Invero, il titolo dedicato alle disposizioni di principio si esauriva con l'art. 1, con il quale ci si limitava ad affermare che l'Italia recepiva nell'ordinamento interno le previsioni della decisione quadro e riconosceva così efficacia ai provvedimenti giurisdizionali emessi da uno degli Stati membri dell'Unione europea in vista dell'arresto e della consegna di una persona ricercata nell'ambito di un procedimento penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, alle condizioni e secondo le modalità previste nella legge attuativa. Proposta di legge n. 4431 presentata dall'on. Buemi e altri il 28 ottobre 2003 riguardante la «Delega al Governo per il recepimento della decisione-quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna tra Stati membri» e Proposta di legge n. 4436 di iniziativa degli onorevoli Pisapia e Mascia presentata il 29 ottobre 2003 riguardante la «Delega al Governo per il recepimento della decisione-quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna tra Stati membri».

<sup>17</sup> Tra le altre contengono un riferimento all'art. 6 TUE la legge belga del 19 dicembre 2003 (cap. III, sez. I, art. 4, n. 5 quale motivo di non esecuzione) e la legge tedesca del 21 luglio 2004 di modifica della legge sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (§73). Su altre leggi di attuazione cfr.: G. DE AMICIS - G. IUZZOLINO, *Le diverse forme del mandato d'arresto europeo. L'attuazione della decisione quadro in Spagna e Inghilterra*, in *Diritto e giustizia*, 2004 (18), II, p. 62 ss. (inserto speciale); ID., *Le diverse forme del mandato d'arresto europeo. L'attuazione della decisione quadro in Francia e Belgio*, in *Diritto e giustizia*, 2004 (24), II p. 62 ss. (inserto speciale); ID., *Arresto europeo al via in Danimarca*, in *Diritto e giustizia*, 2004 (39), p. 111 ss.; ID., *Mandato d'arresto europeo in Svezia: l'attuazione è cosa fatta, anzi archiviata*, in *Diritto e giustizia*, 2004 (40), p. 107 ss.; ID., *Mandato d'arresto Ue: così in Lussemburgo*, in *Diritto e giustizia*, 2004 (44), p. 99 ss.; ID., *Mandato d'arresto Ue: in Germania è legge. Si agli atti in italiano, a patto di reciprocità*, in *Diritto e giustizia*, 2005 (10), p. 112 ss.; B. PIATTOLI, *La riforma britannica dell'estradizione con cui l'Italia dovrà fare i conti. Procedure più snelle, Internet e videoconferenze*, in *Diritto e giustizia*, 2004 (2), p. 105 ss.

nell'Unione europea alla luce delle soluzioni normative apportate dal Trattato di Lisbona. L'indagine che seguirà è finalizzata, pertanto, a definire l'attitudine del rinvio all'art. 6 ed ai contenuti dell'art. 7 del TUE a rilevare quale (ulteriore) strumento di garanzia – in senso sostanzial-procedurale – rispetto a diritti suscettibili di risultare, in qualche modo, compressi dall'applicazione del mandato di arresto europeo. Essa si propone di verificare se nel quadro di un processo continuo di "comunicazione" tra ordinamenti giuridici – che non può non esitare in una sorta di "completamento" di cataloghi di diritti e garanzie di fonte interna ed internazionale<sup>18</sup> – valori fondamentali, quali libertà e dignità nel processo penale, possano trovare un ulteriore fattore di garanzia nell'insieme di diritti e principi contenuti nel titolo VI della Carta dei diritti fondamentali dedicato, com'è noto, alla Giustizia.

In questa prospettiva l'indagine sarà preceduta da una ricognizione sulla evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea.

### 3. Lo "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea

Lo "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea costituisce il frutto di una lenta e progressiva evoluzione, sia di carattere giurisprudenziale che normativo, intercorsa nell'ordinamento comunitario: un'evoluzione che si è sviluppata nel costante rapporto con le fonti internazionali e costituzionali di tutela dei diritti umani e cui ha fatto da sfondo la *vexata quaestio* dell'adesione della Comunità/Unione europea alla CEDU<sup>19</sup>.

Com'è noto, nell'arco dell'ultimo venticinquennio – e prima che il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e di cui *infra*) avesse previsto, nell'art. I-9, che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fon-

<sup>18</sup> V. sul punto Corte cost., sentenza 22 ottobre 1999, n. 388, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1072 ss. di cui *infra*.

<sup>19</sup> V. in generale sul tema AA.VV. (eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, Nomos, 1991, vol. III; L. DUBOIS (ed.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres*, Paris, Economica, 1995; inoltre cfr. J. A. CARRILLO SALCEDO, *La protección de los derechos humanos en las Comunidades europeas*, in *Treatado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1986, p. 21 ss.; L. P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva europea*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1025 ss.; J. M. RACHET, *De la compétence de l'Union Européenne en matière de défense et de promotion des droits de l'homme*, *RMC*, 1995, p. 256-260; G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 707 ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union européenne*, in *Cah. dr. eur.*, 1996, p. 607 ss.; C. DI FELICE, *La tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nel sistema comunitario*, in *Nuova Rassegna*, 1997, n. 1, p. 1 ss.; G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 831 ss.; A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 149-165; AA.VV., *Les droits de l'homme dans l'Union Européenne. Chronique d'actualité*, in *R.D.D.C.*, 1999, n. 2, p. 110-161.

damentali» – le istituzioni comunitarie, sia pure attraverso soluzioni alquanto differenziate, si sono preoccupate di rispettare, nell'esercizio dei loro poteri, i diritti fondamentali quali risultanti, in particolare, dalle tradizioni costituzionali comuni ma, anche, di definire modalità di collegamento formale tra il sistema comunitario e quello convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> La *Convention*, convocata in occasione del Vertice di Laeken del 2001, aveva affidato al Gruppo II, cosiddetto Gruppo Carta, il compito di verificare le conseguenze di un'eventuale adesione della Comunità/Unione alla CEDU con particolare riferimento alla «forma che potrebbe assumere un'eventuale base giuridica nei Trattati che consenta l'adesione». È noto che il Parlamento europeo, la Commissione ed il Consiglio, con una Dichiarazione interistituzionale del 5 aprile 1977, affermata l'importanza da esse conferita al rispetto dei diritti fondamentali quali risultano dalle costituzioni degli Stati membri nonché dalla CEDU, dichiaravano che esse «rispettano e continueranno a rispettare tali diritti». Il punto di approdo del dibattito sviluppatosi in seguito all'adozione (il 4 aprile 1979) del *Memorandum relativo all'adesione delle Comunità europee alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (v. in *Boll. CE*, suppl. n. 2/79) presentato dalla Commissione fu consacrato dalla richiesta formale di adesione della Comunità alla CEDU, presentata dalla stessa Commissione nel 1990. Il Parlamento europeo, nell'art. 4.3 del Progetto di Trattato sull'Unione europea (14 febbraio 1984), lasciava aperte sia la possibilità di adesione formale sia quella di adozione di una Dichiarazione di diritti (con particolare riferimento a quelli sociali ed economici). Successivamente lo stesso Parlamento europeo, che nel 1988 aveva già adottato un Libro bianco sulle libertà e i diritti fondamentali (con allegata risoluzione), emanava una Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali che, esprimendo l'attaccamento delle istituzioni comunitarie ad alcuni valori fondamentali comuni, costituiva un vero e proprio "catalogo" di diritti. Anche successivamente, peraltro, il Parlamento europeo avrebbe confermato il suo *favor* per l'adesione, pur nella consapevolezza delle difficoltà di tipo politico, istituzionale e giuridico (risoluzione del 18 gennaio 1994). A questa posizione espressa dalla Commissione e dal Parlamento europeo (oltre che dal Comitato economico e sociale) corrispondeva una non assimilabile posizione da parte della Corte di giustizia. Essa, ad onta del già menzionato ruolo suppletivo di *law making* in materia di diritti fondamentali, si dimostrava contraria ad una formale adesione percepita come potenzialmente lesiva dei suoi poteri giacché comportante una sua subordinazione alla Corte europea dei diritti dell'uomo (dovendo essa applicare il diritto della CEDU, come applicato ed interpretato dalla Corte di Strasburgo). Tale posizione della Corte sarebbe stata confermata nel parere n. 2/94 del 1996 (in *Raccolta*, 1996, I, p. 1759) emesso in virtù della richiesta del Consiglio, in conformità dell'allora art. 228 (par. 6) (ora art. 300) del Trattato CE, circa la compatibilità con il Trattato di un eventuale accordo di adesione alla CEDU da parte delle Comunità. Come è noto siffatto parere è stato negativo avendo essa statuito che «allo stato attuale del diritto comunitario, la Comunità non ha competenza per aderire» giacché «le implicazioni istituzionali» di un'adesione alla CEDU rivestirebbero «rilevanza costituzionale» e (...) pertanto potrebbero essere realizzate «unicamente mediante modifica del Trattato». Cfr., fra tutti, sulla *vexata quaestio* dell'adesione della Comunità-Unione europea alla CEDU, P. UNGARI - M. P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *L'Unione europea e i diritti dell'uomo. L'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione di Roma*, Atti del convegno organizzato dal Centro di ricerca e studio sui Diritti dell'uomo della LUISS (17-18 dicembre 1993), Roma, EUroma, 1995, p. 65-85 ed inoltre L. FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, p. 347 ss.; F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 5 ss.; B. NASCIMBENE, *Le disposizioni materiali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la loro applicabilità nel quadro comunitario*, in AA. VV., *Comunicazioni e Studi*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 409 ss.; F. CHALTIEL, *L'Union Européenne doit-elle adhérer à la Convention Européenne des droits de l'homme?*, *RMC*, 1997, p. 34 ss.; C. ESCOBAR HERNANDEZ, *Comunidad europea y Convenio europeo de derechos humanos: ¿El fin de una vieja polemica?*, in *Rev. Inst. Eur.*, 1997, p. 817 ss.; S. MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté à la CEDH: un problème de compétence ou un problème de soumission?*, *RMC*, 1998, p. 32 ss.; E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 527 ss.; O. DE SCHUTTER - Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés*, in *Cah. dr. eur.*, 1996, p. 555 ss.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 842 ss.; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de*

Sotto il profilo giurisprudenziale la Corte di giustizia, sul finire degli anni Sessanta, aveva rivisto il pregresso rifiuto di pronunciarsi sulla conformità delle norme comunitarie ai diritti fondamentali procedendo alla loro sostanziale incorporazione, nel sistema delle fonti del diritto comunitario, quali «principi generali» dello stesso da utilizzare in senso integrativo, correttivo ed esplicativo di disposizioni lacunose o oscure<sup>21</sup>. Per effetto anche di una serie di "ricadute" operate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale di alcuni Stati membri (tra cui l'Italia)<sup>22</sup> la Corte, con un'attività interpretativo-creativa, aveva ampliato i limiti della categoria dei diritti tutelati al di là delle fattispecie espressamente riconosciute nel Preambolo o in norme del Trattato

*sauevgaurde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1996, p. 67 ss.; C. ZANGHÌ, *Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, cit. supra, nota 19, p. 1101 ss.; A. J. WARD, *The Opinion of the Court of Justice Regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights Within the European Union*, in *Ga.J.Int'l & Comp. L.*, 1999, n. 3, p. 635-653. V., più recentemente, J. A. CARRILLO SALCEDO, *La Adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos Tras la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea: una Cuestión Pendiente. El Futuro de la Unión Europea: Unión Política y Económica*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 83-101.

<sup>21</sup> Sul primo orientamento della Corte - che si poneva in una posizione non solo di autonomia ma addirittura di "primazia" del diritto comunitario su quello interno - v. la sentenza del 4 febbraio 1959 in causa n. 1/58, *Storck*, in *Raccolta*, 1959, p. 17 e la sentenza del 15 luglio 1960 in cause riunite n. 36, n. 37, n. 38 e n. 40/59, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, in *Raccolta*, 1960, p. 857 ss. La Corte, nell'affrontare il problema della tutela in ambito comunitario dei diritti fondamentali, previsti nelle Costituzioni degli Stati membri, escluse con forza qualsiasi possibilità di apertura a tali primarie fonti legislative. Si vedano, poi, per il secondo orientamento, le sentenze del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, *Eric Stauder c. città di Hulm-Sozialamt*, in *Raccolta*, 1960, p. 419 e del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125 e, successivamente, la sentenza del 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Hubert Wachauf c. Germania*, in *Raccolta*, 1989, p. 2609. Sulla sentenza del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Raccolta*, 1979, p. 3727, v. S. BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 318-327. Sui principi generali cfr. tra tutti: F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in questa *Rivista*, 1986, p. 541 ss. e A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 521 ss. Sul ruolo della Corte di giustizia v. G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in AA. VV., *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Universidad Carlos III, 1993; F. MANCINI, *Safeguarding Human Rights: the Role of the Court of Justice of the European Communities*, in F. CARPI - C. GIOVANNUCCI ORLANDI (ed.), *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level* (Atti del Convegno del 22-24 settembre 1988), Milano, Giuffrè, 1991, vol. II, p. 497 ss.

<sup>22</sup> Cfr., tra gli altri, E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti costituzionali italiane e tedesca*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 372 ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, p. 621 ss.; G. RECCHIA, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca: verso un "catalogo" dei diritti fondamentali?*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1991; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 426 ss.; ID., *La tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario*, in P. UNGARI - M. P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *L'Unione europea e i diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 20. Più in generale sul tema v. A. BENAZZO, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 835 ss.

istitutivo. Oltre a principi "endogeni" aveva individuato principi "esogeni" e cioè desumibili dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e vi aveva aggiunto quelli ricavabili dagli «strumenti internazionali dedicati ai diritti umani ed in particolare la CEDU»<sup>23</sup>. Quanto alle prime l'utilizzo dell'espressione ampia «tradizioni costituzionali», in luogo di quella più ristretta di «costituzioni», avrebbe consentito al giudice comunitario di avvalersi, come fonte di ispirazione, anche di principi desumibili da «costituzioni» non scritte, attraverso un procedimento di comparazione adattato, in ogni caso, alla «struttura e gli obiettivi della Comunità»<sup>24</sup>. Quanto ai secondi, la CEDU e i suoi protocolli addizionali avrebbero costituito un costante riferimento per la Corte di giustizia sia in senso materiale (con riguardo a singole disposizioni convenzionali), sia rispetto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>25</sup>.

Se le prime decisioni della Corte di giustizia avevano riguardato principalmente la validità delle disposizioni comunitarie, nella meno risalente giurisprudenza aveva trovato affermazione il principio che la violazione dei diritti umani è «*unlawful as a matter of community law*»<sup>26</sup>. La più recente giurisprudenza avrebbe consacrato, inoltre, l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali anche per gli Stati membri allorché «essi danno esecuzione alle discipline comunitarie»<sup>27</sup>.

Sotto il profilo normativo le "embrionali" situazioni giuridiche individuali e le norme per la protezione del singolo funzionali, peraltro, alla realizzazione dell'obiettivo economico principale contenute nel Trattato di Roma sarebbero state rafforzate da un vago – anche se esplicito – riferimento, nel Preambolo dell'AUE del 1985 (terzo *considerando*), ai «diritti fondamentali sanciti dalle

<sup>23</sup> L'espressione «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» ricorre a partire dalla sentenza del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold*, in *Raccolta*, 1974, p. 491. Il «particolare riferimento» conferito alla CEDU ed ai suoi protocolli rispetto agli altri strumenti convenzionali è contenuto nella sentenza del 21 settembre 1989 in cause riunite n. 46/87 e n. 222/88, *Hoechst*, in *Raccolta*, 1989, p. 2859.

<sup>24</sup> Cfr., in particolare, sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *cit. supra*, nota 21, *considerando* n. 4.

<sup>25</sup> Il riferimento compare per la prima volta nella sentenza 30 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219 nella quale la Corte di giustizia si riferisce espressamente agli artt. 8-11 della Convenzione e all'art. 2 del Protocollo n. 4 ed acquisisce una crescente rilevanza nella giurisprudenza successiva. Tra le altre v. sentenza 31 maggio 2001 in cause riunite n. C-122/99 e n. C-125/99 P, *D. e Svezia c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2001, p. 4319. Occorre osservare che non sempre è opportuno sopravvalutare l'incidenza di siffatti richiami alla CEDU. Uno dei più significativi è, senza dubbio, il riferimento all'art. 7 della CEDU contenuto nella sentenza 10 luglio 1984 in causa n. 63/83, *Kirk*, in *Raccolta*, 1975, p. 2689-2720.

<sup>26</sup> Ci riferiamo, tra le altre, alle seguenti sentenze: 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung and Forstwirtschaft*, in *Raccolta*, 1989, p. 2609; 29 maggio 1997 in causa n. C-299/95, *Kremzow c. Austria*, 1997, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2629 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 178.

<sup>27</sup> Così la sentenza 13 aprile 2000 in causa n. C-292/97, *Kjell Karlsson e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2737, punto 37, ma anche sentenza del 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf*, *loc. cit.*

Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, alla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed alla Carta sociale europea», intesi come fondamento della democrazia<sup>28</sup>.

Nel Trattato di Maastricht del 1992 lo "statuto" giurisprudenziale rinveniva una sicura base normativa nell'art. F, n. 1, con il quale l'Unione europea, allora in divenire, veniva fondata «su principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri»<sup>29</sup>. Inoltre lo stesso articolo, al n. 2, disponeva: «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». L'art. F, n. 2, si riferiva, invero, ad un obbligo dell'Unione europea e non della Comunità ma, secondo l'art. A dello stesso Trattato, l'Unione è fondata sulla Comunità e, inoltre, secondo l'art. C, essa dispone di un «quadro istituzionale unico»<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. G. M. UBERTAZZI, *Atto unico e tutela dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 296 ss. Sul passaggio dallo "statuto" giudiziale dei diritti fondamentali a quello sostanzial-procedurale sia consentito di rinviare, più ampiamente, ad A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, cit. *supra*, nota 8, parte II, cap. III.

<sup>29</sup> Sul tema, tra tutti, e con riserva delle citazioni contenute nelle note seguenti, v. J. CORCUERA ATIENZA, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002 e C. HERMIDA DEL LLANO, *Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcellona, Anthropos, 2005 nonché G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit. *supra*, nota 22; E. PEREZ VERA, *El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos*, in *Rev. instit. europeas*, 1993, n. 2, p. 459 ss.; P. M. TWOMEY, *The European Union: Three Pillars Without a Human Rights Foundation*, in D. O'KEEFE - P. M. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law publ., 1994 p. 121-132; G. GAJA, *The protection of human rights under the Maastricht treaty*, in D. CURTIN (ed.), *Essays in honour of H. G. Schermers. Institutional Dynamics of European integration*, vol. II, Dordrecht, Nijhoff, 1994; E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 163 ss.; R. GOSALBO BONO, *Reflexiones en torno el futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones*, in *Rev. Inst. Eur.*, 1997, p. 29 ss.; G. DE KERCKHOVE, *Respect de droits fondamentaux: contrainte ou condition de réalisation de l'espace pénal européen?*, in M. SORIANO CANDELA (dir.), *Les droits de l'homme dans le politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006; U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, n. 1, p. 27-42. Cfr., nell'ambito di opere più ampie, I. CARACCILO, *La codificazione dei valori democratici ed i meccanismi a garanzia del loro rispetto nel Trattato sull'Unione europea*, in ID., *La rilevanza dei valori democratici nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, p. 57-111; C. ZANGHÌ, *I diritti dell'uomo nell'Unione europea*, in ID., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2007, II ed., p. 329-348.

<sup>30</sup> Cfr., tra tutti, N. A. NEUWAHL, *The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?*, in N. A. NEUWAHL - A. ROSAS (eds.), *The European Union and Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995 p. 14 ss.; L. B. KROGSGAARD, *Fundamental Rights in the European Community after Maastricht*, in *Legal Issues European International*, 1993, p. 110 ss. La dottrina, nell'interpretare il disposto normativo dell'art. F n. 2 al fine di valutarne la portata innovativa o meramente riproduttiva dell'*acquis* giurisprudenziale, in parte ne aveva dedotto l'esistenza di un obbligo, in capo alla Comunità ed agli Stati membri, di osservanza della CEDU, in quanto espressione delle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri come interpretate nell'ordinamento comunitario; in parte, invece, ne ha ricavato l'obbligo della Comunità di osservanza

Nel Trattato di Amsterdam, le cui *guidelines* andavano molto al di là degli obiettivi economico-monetari contrassegnanti le precedenti fasi del processo di integrazione, la riproduzione testuale, nell'art. 6, della dizione dell'art. F, n. 2, non sembrerebbe *prima facie* innovare in materia<sup>31</sup>. Tuttavia l'apparente programmaticità dell'art. 6 che, al n. 1, eleva i «principi di libertà, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri» a fondamento dell'Unione si attenua nel quadro di un impianto normativo del Trattato spiccatamente favorevole alla tutela dei diritti dell'uomo<sup>32</sup> e per effetto dell'estensione della competenza della Corte di giustizia a giudicare sull'applicazione ed interpretazione dell'art. 6, n. 2, cosicché il rispetto dei diritti dell'uomo diventa a pieno titolo una condizione di legalità degli atti comunitari.

Inoltre il successivo art. 7 – con una norma ispirata ad analoghe previsioni contenute in statuti di altre organizzazioni internazionali – predispone un meccanismo sanzionatorio rispetto ad eventuali violazioni dell'art. 6 che delinea una procedura di sorveglianza multilaterale finalizzata alla constatazione «di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro» di uno o più principi indicati nel n. 1 dell'articolo precedente. Nella constatazione della sussistenza della violazione si attribuisce un ruolo centrale al Consiglio, nella composizione più elevata dei Capi di Stato e di Governo, con un *quorum* deliberativo che, nel richiedere l'unanimità (con l'ammissione delle astensioni), subordina l'efficacia della disposizione all'effettiva volontà di tutti gli Stati membri. Soggetti proponenti sono, oltre alla Commissione, un terzo degli Stati membri ed allo Stato membro in questione è conferito il diritto di «presentare osservazioni». Il carattere spiccatamente politico della procedura relativa all'accerta-

degli *standard* della Convenzione come tali.

<sup>31</sup> Sulla tutela *dei diritti fondamentali* nel Trattato di Amsterdam v., fra tutti, P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, in *Riv. trim. dir. eur.*, 1997, p. 176 ss.; F. SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Chronique d'actualité*, in *La Semaine juridique*, 29 gennaio 1998, I, Chr., n. 107; B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, cit. supra, nota 19, p. 683 ss.; L. S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, in particolare p. 340 ss. Per un commento all'art. 6 TUE v. M. PEDRAZZI, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione*, Padova, Cedam, 2001, p. 15 ss.; B. NASCIBENE - C. SANNA, *Articolo 6*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 47 ss.

<sup>32</sup> Oltre a permeare tutto il titolo VI (in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) si pensi al testo dell'art. 13 del Trattato istitutivo della CE che fa riferimento all'azione (all'unanimità) del Consiglio (su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo) «per combattere la discriminazione basata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione, le convenzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali». La tutela dei diritti fondamentali si colloca, in altri termini, in un quadro più ampio di rafforzamento del carattere democratico del processo di integrazione nonché di "costituzionalizzazione" di principi elaborati dalla Corte di giustizia comunitaria o affermati in pronunce di tribunali costituzionali interni. Cfr. J. M. FAVRET, *Le Traité d'Amsterdam: une révision a minima de la "Charte constitutionnelle" de l'Union Européenne*, in *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 579 ss. V. P. GALLAGHER, *The Treaty of Amsterdam and fundamental rights*, in *Ir.J.Eur.L.*, 1998, p. 21-35.



mento della violazione è confermato dalla previsione del parere conforme del Parlamento europeo e dall'esclusione, invece, dell'intervento della Corte di giustizia. Nel n. 2 dell'art. 7 si delinea, poi, il vero e proprio sistema sanzionatorio deputato ad assicurare l'effettività della tutela attraverso l'irrogazione della sanzione che può consistere anche nell'eventuale sospensione di alcuni dei diritti derivanti allo Stato dall'applicazione del Trattato fino all'esclusione del suo rappresentante dall'esercizio del diritto di voto in seno al Consiglio. Infatti, in caso di esito positivo dell'attività di accertamento, segue la seconda fase finalizzata alla comminazione delle misure sanzionatorie (e, successivamente, alla modifica o revoca delle stesse). Per essa, rimessa al Consiglio dei Ministri, è richiesta la maggioranza qualificata stabilita con la ponderazione dei voti prevista nel n. 2 dell'art. 205 del Trattato CE.

La citata formulazione dell'art. 7, invero, non sfugge a qualche censura di vaghezza per la mancata specificazione dei diritti sospendibili, per l'inesistenza di criteri di identificazione dei limiti temporali della sospensione, per l'omessa consacrazione espressa della possibilità di ricorso. Nondimeno non se ne può disconoscere il rilevante significato politico che, *a contrario*, conferisce una "patente" di rispettabilità agli Stati membri dell'UE per il fatto stesso di sottoporsi al rischio di una procedura sanzionatoria di tal fatta che, pure, a tutt'oggi non ha mai ricevuto applicazione. La procedura sarebbe stata perfezionata nel successivo Trattato di Nizza che avrebbe aggiunto un meccanismo di preallarme di cui nel prosieguo.

Il Trattato di Amsterdam, nel rafforzare, pur con i limiti esposti, il sistema di tutela dei diritti fondamentali, non aveva risolto la dibattuta questione dell'adesione della Comunità alla CEDU. Né, tanto meno, aveva risposto all'esigenza, più volte emersa anche in dottrina, di dotare la Comunità di un autonomo "catalogo" di diritti fondamentali, ricomprensivo dei diritti riservati ai cittadini dell'Unione, dei diritti economici e sociali enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali<sup>33</sup>. Una "carta" di diritti dell'ordinamento comunitario che, invece, permaneva di derivazione pretoria, come effetto della continua interazione tra giudici costituzionali e Corte di giustizia. Il tutto nell'ambito di una permanente "comunitarizzazione" di funzioni nazionali attraverso una cessione di competenze e poteri a beneficio delle istituzioni comunitarie e, viceversa, nella revisione di una prospettazione dogmatica della sovranità statale che funzionasse da elemento di conflitto con il diritto comunitario.

<sup>33</sup> Cfr., per tutti, R. BERNHARDT, *Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità europee*, studio eseguito su incarico della Commissione per le Comunità europee, in *Boll. CE*, suppl. n. 5/76; K. LENAERTS., *Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue?*, in *EL Rev.*, 1991, p. 367 ss.

#### 4. Segue: Gli artt. 6 e 7 del Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Il Trattato di Nizza, mentre ha riprodotto integralmente nel suo art. 6 il disposto normativo dell'analoga disposizione del Trattato di Amsterdam, ha apportato alcune modifiche nella formulazione dell'art. 7. Esso ha aggiunto, infatti, un nuovo primo comma a tale norma (comportante una ridefinizione consequenziale dell'intera disposizione linguistica) disciplinante il ricorso ad una procedura preliminare rispetto a quella definita nel Trattato di Amsterdam e legata alla constatazione non già della suddetta violazione «grave e persistente» ma del più modesto «evidente rischio di violazione grave» di uno o più principi di cui all'art. 6, par. 1<sup>34</sup>. Una procedura preventiva, assistita da adeguate garanzie per lo Stato membro interessato (proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, delibera del Consiglio a maggioranza dei quattro quinti e parere conforme del Parlamento europeo) che può includere anche il coinvolgimento di personalità indipendenti incaricate «di presentare entro un termine ragionevole un rapporto sulla situazione dello Stato membro in questione» e che si conclude non già con la previsione di una sanzione ma con il ricorso ad «appropriate raccomandazioni». Inoltre lo stesso Trattato ha previsto la competenza della Corte di giustizia, su richiesta dello Stato interessato ed entro un mese dalla constatazione citata *supra*, in merito alle sole controversie di carattere procedurale relative all'applicazione dell'art. 7 (art. 46 lett. e.) laddove la stessa norma (alla lett. d.) contiene un criterio limitativo circoscrivendo l'intervento della Corte soltanto a «quanto riguarda l'attività delle istituzioni»<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> L'inserimento del nuovo n. 1 dell'art. 7 del TUE, nel comportare una ridefinizione dell'intero articolo, è all'origine di alcune discrasie contenute, come si vedrà, nella legge n. 69/2005, adottata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Nizza. La modifica dell'art. 7 è stata suggerita dal «Comitato dei tre saggi», nominati su iniziativa della Presidenza portoghese, per trovare una soluzione nel caso Haider che fece ipotizzare un'applicazione dell'azione contemplata nella norma suddetta. Come si ricorderà nella vicenda non si era verificata una violazione dell'art. 6 par. 1 ma solo un'ipotesi di violazione legata alla partecipazione di un partito quale il FPÖ al Governo austriaco. Sull'art. 7 cfr., tra tutti, B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 192 ss.; ID., *Art. 7*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea, cit. supra*, nota 31, p. 58 ss.; H. SCHMITT VON SYDOW, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et l'Etat de droit: analyse de l'article 7 du Traité UE, RDUE*, 2001, p. 287 ss. Si veda anche, sia pure con riferimento al Trattato di Amsterdam, P. Y. MONJAL, *Le Traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l'Union, RMUE*, 1998, p. 69 ss. nonché J. BERGMANN, in J. BERGMANN - C. O. LENZ (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam-eine Kommentierung der Neuerungen des EU-und EG-Vertrages*, Köln, Bundesanzeiger, 1998, cap. 1. Il procedimento previsto nell'art. 7 è stato oggetto di richiamo nella risoluzione del Parlamento europeo del 14 febbraio 2007 relativa al presunto uso degli Stati europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegali di prigionieri con l'invito alle istituzioni europee ad assumersi le rispettive responsabilità ai sensi, fra l'altro, proprio di tale norma.

<sup>35</sup> V., nel quadro di un contributo più ampio, G. GAJA, *Caratteri del diritto dell'Unione europea concernenti il secondo e il terzo pilastro*, in P. FOIS - R. CLERICI, *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007, p. 31-43, in particolare p. 33.

Nello stesso periodo storico la "costituzionalizzazione" della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea avrebbe trovato un momento significativo nella solenne proclamazione, ad opera delle istituzioni comunitarie, il 7 dicembre 2000, nel corso del Consiglio europeo di Nizza, della già citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>36</sup>.

Com'è noto sul piano strutturale la Carta è articolata in un Preambolo e in sette capitoli dei quali l'ultimo dedicato alle Disposizioni generali. I capi da uno a sei ruotano intorno ad alcuni "valori" fondamentali: la dignità (I), la libertà (II), l'eguaglianza (III), la solidarietà (IV), la cittadinanza (V) e, con specifico riferimento all'oggetto del presente lavoro, la giustizia (VI), capo che, come si anticipava, riceve, nella legge n. 69/2005, un richiamo "mediato" attraverso il rinvio al *considerando* 12 della decisione quadro n. 2002/584. All'interno della Carta trovano collocazione 54 articoli mentre scompare, alla luce dell'acquisita consapevolezza dell'indivisibilità dei diritti umani, la pregressa bipartizione del Progetto di articolato in diritti civili, politici e del cittadino e diritti economici e sociali.

Lo "statuto" dei diritti fondamentali in essa delineato presenta un'indiscutibile natura riaffermativa, come recita il Preambolo e come testimoniano le "spiegazioni" allegate a ciascuna norma, dei diritti derivanti da cinque fonti normative e due "fonti" giurisprudenziali che vengono espressamente richiamate. Si tratta di una Carta che non assurge, come sostiene autorevole dottri-

<sup>36</sup> La Carta fu pubblicata in *Guce* n. C 364 del 18 dicembre 2000. Nella smisurata letteratura cfr. M. BOND, *A Charter of Fundamental Rights: Text and Commentaries*, London, Federal Trust for Education & Research, 2001; F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Id. (cur.), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 31; G. DE KERCHOVE - O. DE SCHUTTER - F. TULKENS, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: dialogue à trois voix*, in *Annales d'études européennes de l'Université de Louvain*, 2000, n. 4; L. FERRARI BRAVO - F. DI MAIO - A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 2001; M. E. COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, Edizioni di Comunità, 2002; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; R. TONIATTI, *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Padova, Cedam, 2002; N. WALKER, *The Charter of Fundamental Rights of the EU: Legal, Symbolic and Constitutional Implications*, in P. A. ZERVAKIS - P. J. CULLEN (eds.), *The Post Nice Process: Towards a European Constitution?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 119 ss.; M. SICLARI, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003; A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2004. In una prospettiva più ampia di «intersezione tra la tutela costituzionale e la tutela sovranazionale» dei diritti fondamentali nel dopo Nizza cfr. G. F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001. Com'è noto essa ha presentato una genesi comunitario-intergovernativa a forte connotazione democratico-assembleare. La peculiarità di un'operazione "normopoietica" quale la sua redazione è legata, invero, non già alla componente governativo-istituzionale dell'inedita assemblea da cui deriva ma, invece, a quella democratico-assembleare. La *Convention*, nominata nel Vertice di Tampere (15-16 ottobre 1999) che ha provveduto alla sua redazione, risultava composta dai rappresentanti dei Capi di Stato e di Governo, da membri del Parlamento europeo e nazionali e dal Presidente della Commissione unitamente a quattro osservatori per la Corte di giustizia comunitaria ed il Consiglio d'Europa.

na, a fonte autonoma di produzione ma di mera (ri)cognizione di diritti consacrati in altre fonti<sup>37</sup>. In tal senso opera come fonte rinforzata con un richiamo espresso al diritto giurisprudenziale mediante il ricorso ad un metodo di *common law* che, nel configurarsi non solo quale rinvio fisso ma anche mobile, le assicura una permanente evolutività.

La Carta dei diritti fondamentali si connota, altresì, per un carattere non meramente riaffermativo. Infatti, da un lato, l'attività ricognitiva, condotta sulla base di cinque fonti normative e due "fonti" giurisprudenziali, non poteva non costituire un *novum*. Inoltre sul piano formale un "legislatore" *sui generis* – quale la *Convention* – non poteva non produrre una ricettività *sui generis*: un catalogo di diritti, come abbiamo visto, riproduttivo di altri preesistenti cataloghi cui si cumula anche un "valore aggiunto" (Comunicazione della Commissione sulla natura della Carta dell'11 ottobre 2000). Infine proprio l'influenza degli sviluppi della giurisprudenza delle Corti europee e delle Corti nazionali e,

<sup>37</sup> Cfr., in particolare, A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 241 ss. ma anche A. PIZZORUSSO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le principali tappe preparatorie*, in G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 68 che rimarca la non particolare innovatività della Carta giacché essa realizza «soltanto una compilazione di principi e regole già presenti nel diritto comunitario o nelle convenzioni del Consiglio d'Europa o in altri testi di analoghe caratteristiche». Sul carattere non meramente ricognitivo della Carta v., tra tutti, M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 17 che sottolinea come «la Convenzione ha esteso l'ambito dei diritti riconosciuti rispetto ai risultati in precedenza raggiunti; in tal modo andando oltre l'*acquis* comunitario e così rappresentando una vera innovazione sul tema più che un "testo di ricognizione"». Quanto alle fonti richiamate la prima è costituita dalle tradizioni costituzionali comuni quale frutto di una rilevazione effettuata nell'ambito degli ordinamenti costituzionali - alcuni dei quali peraltro non completamente omogenei - degli Stati membri. Tradizioni costituzionali e non costituzioni per ricomprendere diritti derivanti da costituzioni scritte e non scritte, sottoposte ad un processo di comparazione adattato, in ogni caso, «alla struttura ed agli obiettivi della Comunità» e costitutive di una sorta di *ius publicum europaeum*. La seconda fonte è data dal richiamo agli obblighi internazionali comuni agli Stati membri. Obblighi internazionali prevalentemente assunti su base convenzionale (*in primis*: Patti internazionali delle Nazioni Unite del 1966 relativi ai diritti civili, politici e socio-culturali) come integrati da atti non vincolanti ma di rilevante significato politico-giuridico (Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, Atto finale di Helsinki ed in particolare il suo principio VII). La terza fonte è rappresentata dal Trattato TUE e dagli altri trattati comunitari integrativi e modificativi con riferimento a quello "statuto" normativo dei diritti fondamentali – di cui *supra* – che rafforza il preesistente "statuto" giudiziale elaborato dalla Corte di giustizia comunitaria. La quarta fonte è costituita dai diritti derivanti dalla CEDU. Si tratta, in altri termini, di quel complesso di diritti garantiti sulla base della CEDU come integrata, in particolare, dai Protocolli addizionali n. 1, 4, 6, 7, 12 e 13 che ne ampliano la tutela sostanziale. Un sistema che, com'è noto, compensa la limitatezza, sul piano numerico-contenutistico dei diritti e libertà tutelati, con la forza delle garanzie giurisdizionali apprestate assicurando, sul piano internazionale, l'adempimento degli obblighi convenzionali e, sul piano individuale, la piena protezione dei diritti dell'uomo (artt. 34 e 35 della CEDU). La quinta fonte normativa è rappresentata dalle Carte sociali comunitarie ed europee ricognitive di diritti in ambito sociale; sotto questo punto di vista è appena il caso di ricordare la Carta sociale europea di Torino del 1961, come rivista a Strasburgo nel 1996 e ratificata dall'Italia con l. n. 30 del 9 febbraio 1999. Al pentagramma delle fonti normative si aggiungono, come sottolinea il Preambolo, due "fonti" giurisprudenziali nel senso di attributive di certezza al cosiddetto catalogo non scritto dei diritti di derivazione giurisprudenziale. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea risulta, infatti, riaffermativa dei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria nella attività esplicata sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht ma anche dei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea, laddove la CEDU va considerata quale uno "strumento dell'ordine costituzionale europeo" (come ha riconosciuto la stessa Corte).

in generale, dell'*acquis comunitario*, sarebbe stata alla base dell'inclusione di alcuni diritti "nuovi" almeno con riguardo alla formulazione delle posizioni giuridiche enunciate (tutela dei dati, bioetica, buon governo, ecc.).

La non completa ricettività trova, poi, un'ulteriore conferma nel forte carattere evolutivo che, come recita il Preambolo della stessa, connota la Carta in conformità a quella cosiddetta storicità dei diritti intesa come loro mutevolezza nel tempo per effetto di una loro graduale differenziazione e specificazione «alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

Il titolo VI della Carta, dedicato alla Giustizia, non si discosta dal citato carattere ricognitivo contrassegnante molte disposizioni della Carta. Le norme in esso contenute (artt. 47 ss. in materia di «Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», «Presunzione di innocenza e diritti della difesa», «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene», «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato»,) rilevano, *prima facie*, una stretta correlazione con il modello normativo di riferimento, costituito dalla CEDU sia pure nel più ampio quadro dei modelli legislativi nazionali ed internazionali. Tale valenza descrittivo-ricognitiva subisce, tuttavia, com'è desumibile dalle "spiegazioni", un arricchimento per effetto del contributo della giurisprudenza al consolidamento e sviluppo dei principi in materia.

##### **5. Segue: Lo "statuto" pseudo-costituzionale nella Carta di Nizza e il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa**

La Carta non costituiva solo un catalogo sostanziale. Essa era il frutto del proposito della *Convention* di redigere un testo «come se dovesse essere un testo giuridicamente vincolante»<sup>38</sup>. Questo spiega l'esistenza, nel capitolo VII, delle Disposizioni generali o orizzontali che, nel rappresentare la parte più delicata della stessa, apparivano finalizzate a garantire la coesistenza della stessa nell'*acquis* nazional-comunitario-europeo-internazionale<sup>39</sup>. In particolare l'art. 51 delimita il campo di applicazione della Carta limitandolo alle istituzioni ed agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà ed agli Stati membri esclusivamente nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, così come prevede costante giurisprudenza della Corte di giustizia; viene precisata (nel n. 2) la salvaguardia delle competenze della Comunità e dell'Unione che restano invariate. L'art. 52, nello stabilire il sistema generale delle limitazioni, individua una presunzione di identità tra il diritto

<sup>38</sup> Così il Presidente della *Convention* Roman Herzog.

<sup>39</sup> Cfr. R. ALONSO GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 21 ss.

convenzionale (CEDU) e quello "unionistico" laddove essi contemplino diritti corrispondenti (con riferimento al significato ed alla portata delle rispettive disposizioni) ravvisando nella CEDU lo *standard* minimo di protezione e con la prevalenza dell'eventuale disciplina più favorevole presente nel diritto dell'Unione. Il sistema CEDU è richiamato, peraltro, anche nell'art. 53 relativo al livello di protezione che sancisce che nessuna disposizione della Carta possa recare pregiudizio ai diritti dell'uomo quali riconosciuti dalle costituzioni degli Stati membri, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali (tra cui, in particolare, la CEDU) delle quali la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti. L'art. 54 assolve, infine, alla funzione di evitare che l'interpretazione della Carta possa assumere una funzione limitativa o pregiudizievole rispetto ai diritti dell'uomo ed alle libertà fondamentali riconosciuti dai vari atti internazionali in materia (in particolare la CEDU).

La mancata entrata in vigore del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e i contenuti del mandato affidato alla Conferenza intergovernativa hanno reso di perdurante interesse l'ininterrotto dibattito sullo *status* della Carta che aveva accompagnato la sua redazione e ne aveva seguito la sua proclamazione precedendone l'inserimento nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (su cui *infra*)<sup>40</sup>. La peculiarità tecnico-giuridica di quest'ultima – *ius novum* e *ius vetus* – ne fa, in certo senso, un *unicum* che si innesta, come si è visto, sul preesistente "statuto" giurisprudenzial-normativo dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Nella Carta manca, tuttavia, la previsione normativa – pure ipotizzata – di un ricorso giurisdizionale diretto del singolo nei confronti delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri avverso la violazione dei diritti fondamentali del tipo di quello previsto nel sistema CEDU (ai sensi dell'art. 34). Tale omissione non priva, invero, il singolo di strumenti di tutela in tal senso. In primo luogo non gli preclude la possibilità di esperire un ricorso per legittimità (art. 230, comma IV Trattato CE) avverso l'atto comunitario che dovesse, in maniera diretta, determinare la violazione di un suo diritto fondamentale. In secondo luogo non esclude un'azione per responsabilità extracontrattuale nei confronti delle istituzioni comunitarie rispetto a norme giuridiche "superiori" intese a tutelare i singoli.

<sup>40</sup> Come si ricorderà il Presidente della *Convention* aveva previsto per essa un'obbligatorietà giuridica differita, intesa come obiettivo futuro: «Il testo che formuleremo non avrà sin dall'inizio la stessa dignità e lo stesso carattere vincolante del diritto europeo e comunitario» e, parimenti, la Commissione, nella Comunicazione del 10 novembre 2000, ne rinviava al futuro l'efficacia giuridica salvo a sottolineare l'impossibilità, per Consiglio e Commissione, di ignorarla quando avessero agito in sede legislativa. Il Parlamento europeo, nell'invitare la CIG ad iscrivere nel suo ordine del giorno l'inserimento della Carta nei Trattati, si era pronunciato a favore del suo inserimento nella parte I del futuro Trattato contrassegnata da un chiaro carattere di tipo costituzionale e, perciò, ricomprensiva, insieme a questa delle altre "norme fondamentali". Un'ulteriore ipotesi di richiamo era stata quella avanzata dal Presidente del Parlamento europeo e relativa alla predisposizione di un riferimento espresso alla Carta nell'art. 6 del Trattato di Nizza. Non è possibile, in questa sede, dar conto nemmeno in maniera sintetica del dibattito dottrinale sulla portata giuridica della Carta per cui si rinvia alla dottrina citata *supra*, nelle note 36 e 37.

Se appare appena il caso di sottolineare che tali citati rimedi giurisdizionali risultano subordinati alla vincolatività giuridica della Carta la sua "proclamazione" non poteva non far prefigurare il consolidamento della coesistenza di un sistema giurisdizionale fondato su due Corti autonome ed indipendenti: quella comunitaria e quella di Strasburgo. Inoltre tale sistema binario risultava ulteriormente arricchito dalla riconosciuta e riconoscibile giurisdizione delle Corti supreme nazionali che, come la Corte costituzionale italiana, continueranno ad applicare il diritto "unionistico" europeo anche con riferimento ai diritti fondamentali. Il che non rende escludibile, in senso assoluto, un'«interferenza» della Carta sulle costituzioni nazionali nel momento in cui gli Stati membri procedano all'attuazione del diritto comunitario rispetto alle ipotesi di contemporanea applicazione sia dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, sia di quelli previsti nelle Costituzioni nazionali<sup>41</sup>.

Il limite giuridico di una Carta "meramente proclamata" sarebbe stato all'origine dell'impatto che le disposizioni della stessa hanno avuto negli ordinamenti interni laddove i giudici nazionali (costituzionali ma anche ordinari)<sup>42</sup> hanno utilizzato e citato le disposizioni di tale atto spesso in senso meramente confirmatorio/interpretativo dandone, pertanto, un'applicazione "solo riflessa"<sup>43</sup>. L'assenza di vincolatività giuridica, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per effetto sia della pluralità di istanze di legittimazione (sovranazionali e nazionali) coinvolte nella sua redazione, sia dei citati contenuti ricettivi della stessa le ha assicurato, nondimeno, un richiamo crescente, come autorevole documento *ad adiuvandum*, come testo ricognitivo del patrimonio europeo comune, come parametro d'interpretazione, ecc. Se non sono mancati i riferimenti perfino ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo (v., in particolare, la sentenza *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*) nel sistema comunitario, essa, oltre ad essere stata oggetto di richiamo nelle conclusioni degli Avvocati Generali, è stata invocata, sia pure con una giurisprudenza non univoca, sia da parte della Corte di giustizia (v., in particolare, la sentenza *Par-*

<sup>41</sup> Cfr., ancora, A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les jurisdiccions constitutionnelles nationales*, cit. *supra*, nota 8.

<sup>42</sup> Non è possibile dare conto, in questa sede, dei molteplici riferimenti alla Carta contenuti nella giurisprudenza ordinaria. Per il primo richiamo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana al «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei» della Carta v. la sentenza n. 135 del 24 aprile 2002. In senso analogo v. la sentenza n. 393 del 23 novembre 2006 – che menziona, assieme ad altre fonti (di carattere internazionale), anche l'art. 49 c. 1 della Carta – e la sentenza n. 394 del 23 novembre 2006. Da ultimo v. la sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007. Tutte le sentenze sono consultabili in <http://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>43</sup> Cfr., per tale espressione, C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 676 ss. V., sul punto, tra tutti, G. CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 1899-1905; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1723 ss. e A. CELOTTO - G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale) 2001-2004*, in *Giur. it.*, 2005, p. 428 ss.

lamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea) che del Tribunale di prima istanza (v. sentenze *Pyres c. Commissione* e *Franco Campoli c. Commissione*)<sup>44</sup>. Quanto, infine, alle istituzioni comunitarie, sia la Commissione che il Parlamento hanno individuato metodi e procedure per farla assurgere a fattore di compatibilità attraverso un controllo preventivo delle proposte di atti comunitari che presentino un collegamento specifico con i diritti fondamentali<sup>45</sup>.

Il tentativo di delineare uno "statuto" pseudo-costituzionale dei diritti fondamentali, attraverso la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non poteva non riaccendere l'interesse della dottrina conferendo nuovi significati alla *querelle*, già risalente agli anni sessanta, relativa alla possibilità di configurare una "Costituzione" europea, come desumibile dai Trattati o dai principi generali di diritto correntemente osservati<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> V. in particolare, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la sentenza *Bosphorus Hava Yolları Turizm c. Irlanda*, cit. *infra*, nota 62 (tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) e, per la Corte di giustizia, la sentenza del 27 giugno 2006 in causa n. C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5769 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 526. In quest'ultima la Corte, pur confermando il carattere della Carta di strumento giuridico non vincolante, sottolinea l'utilizzo, da parte del legislatore comunitario (direttiva n. 2003/86/Ce, secondo *considerando*), di singole disposizioni della Carta. Sul punto cfr. G. BRONZINI - V. PICCONE, *La Corte di Lussemburgo "scopre" la carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2006, n. 3, p. 979-986. Per il primo "utilizzo giurisprudenziale" della Carta v. le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano dell'8 febbraio 2001 (punti 26-28) in causa n. C-173/99, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry*, ex parte *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*; la relativa sentenza è del 26 giugno 2001, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4881 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 339. Più di recente v. il punto 79 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer in causa n. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, sentenza del 3 maggio 2007, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3633 e in <http://curia.europa.eu> quando afferma che «occorre fare in modo che la Carta si affermi come strumento interpretativo di prim'ordine nella difesa delle garanzie dei cittadini appartenenti al patrimonio giuridico degli Stati membri». Cfr. G. BRONZINI - V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti, 2007; ID., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2006, p. 5 ss. Con riferimento alle pronunce del Tribunale di prima istanza, per un orientamento di maggiore cautela rispetto ad una prima fase, v. la sentenza 15 febbraio 2005 in causa n. T-256/01, *Pyres c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, FP-I-A-23, p. 99 (in cui la Carta viene considerata come una dichiarazione priva di valore giuridico vincolante) e la sentenza 29 novembre 2006 in causa n. T-135/05, *Franco Campoli c. Commissione*, inedita in *Raccolta*, (in cui la violazione della Carta non produce l'illegittimità di un regolamento approvato dal Consiglio).

<sup>45</sup> V. la Comunicazione n. 172/2005 sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione e la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2007 sullo stesso tema.

<sup>46</sup> Il termine costituzione, com'è ovvio, è suscettibile di una pluralità di significati con la *summa divisio* tra costituzione formale e costituzione materiale. Esso era stato accuratamente evitato nei Trattati comunitari e di Unione salvo ad essere richiamato in alcune fasi del processo di integrazione europea ed essere utilizzato già a partire dal 1976 dalla Corte di giustizia che, proprio nel perfezionamento della protezione dei diritti fondamentali, aveva esplicito una competenza di tipo "costituzionale". Nel parere n. 1/76, in *Raccolta*, 1977, p. 741, si parla di *costituzione della Comunità*; nella sentenza 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339, si fa riferimento alla *carta costituzionale di base* costituita dai Trattati; nel parere n. 1/91 si parla dei trattati come di *carta costituzionale di una comunità di diritto*. Come noto, esiste, a partire dagli anni '60, un ampio dibattito in dottrina sulla possibilità di configurare una "Costituzione" dell'Unione europea o derivandola dai Trattati o dai principi generali correntemente osservati. Cfr., per tutti e senza alcuna pretesa di esaustività, tra i lavori più recenti, F. SNYDER, *General course on*



Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa aveva conferito nuova linfa a tale *quaestio* laddove un "trattato-costituzione" avrebbe potuto rappresentare un passo significativo verso la definizione di una "costituzione" formale e di uno "statuto" costituzionale dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Esso avrebbe potuto comportare la ridefinizione delle fonti di legittimazione del processo di integrazione e dei valori fondanti dello stesso mentre il processo di "costituzionalizzazione" europea poteva assurgere a fattore di "giurisdizionalizzazione" dei diritti fondamentali attraverso la positivizzazione di adeguate forme di tutela giurisdizionale degli stessi diritti<sup>47</sup>. È appena il caso di sottolineare che il mancato completamento del processo di ratifica con la conseguenziale non entrata in vigore del Trattato costituzionale ma soprattutto la decisa esclusione del carattere costituzionale per il prodotto finale dei lavori della nuova Conferenza intergovernativa (sia il Trattato sull'Unione europea/TUE, sia il cosiddetto Trattato sul funzionamento dell'Unione) hanno sensibilmente ridimensionato tale *vis* propulsiva.

*European Community Law: Constitutional Law of the European Union: Principles, Processes and Culture*, in *Academy of European Law* (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law 1995*, vol. VI, n. 1, Deventer, Kluwer, 1998; J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; S. DOUGLAS SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, Longman, 2002; PH. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004; K. LENAERTS - P. NÜPPEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell Limited, 2005, 2a ed.; A. VON BOGDANDY - J. BOST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford - Portland, Hart, 2006, nonché P. HÄBERLE, *Derecho constitucional común europeo*, in *Revista de estudios políticos*, 1993, p. 11 ss.; V. CONSTANTINESCO, *L'émergence du droit constitutionnel européen*, *RUDH*, 1995, nn. 11-12, p. 445 ss.; U. PETERSMANN, *Proposal for a new Constitution for the European Union: Building-blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU*, *CMLR*, 1995, p. 1123 ss.; W. VAN GERVEN, *Toward a Coherent Constitutional System Within the European Union*, in *European Public Law*, 1996, p. 81 ss.; M. L. FERNANDES ESTEBAN, *La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di costituzione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 221 ss.; M. DE SALVIA, *L'Unione europea e la Convenzione di salvaguardia. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l'Europa?*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 451 ss.; J. C. PIRIS, *Does the European Union have a Constitution? Does it need one?*, in *EL Rev.*, 1999, dic., p. 557-585; A. BARBERA, *Esiste una "Costituzione europea"?*, in *Quad. Cost.*, 2000, n. 1, p. 59-81; L. FAVOREU - H. OBERDOFF, *Droit constitutionnel et droit communautaire. Les rapports de deux ordres juridiques*, *RMC*, 2000, p. 94-99; A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, Quaderni della Rivista «*Il diritto dell'Unione europea*», Milano, Giuffrè, 2004; A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, II, p. 575 ss.; V. RÖBEN, *Constitutionalism of the European Union after the Draft Constitutional Treaty. How much hierarchy?*, *CJEL*, 2005, p. 339.

<sup>47</sup> L'Italia l'ha ratificato con l. n. 57 del 7 aprile 2005, «Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004» (in *Guri* n. 92 del 21 aprile 2005, *suppl. ord.*). L'art. I-9, n. 2 prevede che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nella Costituzione» nonché al Protocollo relativo all'art. I-9, par. 2, della Costituzione sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. V. in Senato della Repubblica (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Roma, Ufficio delle informazioni parlamentari, dell'archivio e delle pubblicazioni del Senato, 2004. Per una raccolta della pregressa giurisprudenza e della normativa italiana di supporto sulle parti I e II del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa v. M. PANEBIANCO (sotto la direzione di), *Repertorio della Costituzione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

Nondimeno le soluzioni normative adottate nel testo del "Trattato costituzionale" del 2004, in quanto espressione di una approvazione democratico-governativa (Convenzione e Conferenza intergovernativa), sono significative dell'ulteriore evoluzione dello "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea che, a differenza del Trattato di Nizza incentrato sulla coppia normativa rappresentata dagli artt. 6 e 7, risultava delineato in più titoli e parti. La disarticolazione dello "statuto" sostanziale (art. 6) da quello "procedurale" (art. 7) si accompagnava all'inserimento delle norme-base (artt. I-9 e I-59) in contesti normativi diversi: la prima seguita dall'articolo in materia di cittadinanza dell'Unione, la seconda preceduta dall'articolo definitorio dei criteri di ammissibilità e della procedura di adesione all'Unione e seguita da quella sul recesso. Più ampiamente i diritti fondamentali nel "Trattato costituzionale" trovavano la loro disciplina, in particolare, nel titolo II relativo a «Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione» e nel IX relativo all'«Appartenenza all'Unione» ma anche nel Titolo I in materia di «Definizione e obiettivi dell'Unione». Inoltre si optava per l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali del "massimo di visibilità e di rilievo" attraverso la sua incorporazione per intero (con alcune modifiche contenute nel Preambolo e negli artt. II-111 e II-112) nella parte II del "Trattato costituzionale" consentendo così all'Unione europea di dotarsi di un catalogo di diritti fondamentali (positivizzati) vincolante le istituzioni, gli organi e le sue agenzie<sup>48</sup>. Trovava compimento nel "Trattato costituzionale" l'attribuzione, già contenuta nei Trattati precedenti (laddove l'art. 49 del Trattato di Nizza relativo all'ammissione di nuovi Stati rinvia ai principi indicati all'art. 6 par. 1), ai suddetti diritti fondamentali di un rilievo nell'Unione europea non solo sotto il profilo interno ma anche sotto quello esterno.

Più specificamente l'art. I-9, rubricato come «Diritti fondamentali», conteneva un esplicito richiamo, nel par. 1, alla citata Carta dei diritti fondamentali come definitoria dei "diritti, libertà e principi" riconosciuti dall'Unione. Rispetto alla discussa questione se tale incorporazione producesse l'effetto di rendere inutili ulteriori riferimenti ai medesimi diritti richiamati dall'art. 6 del Trattato di Nizza il par. 3 dell'art. I-9 optava per la riproduzione, con maggiore

<sup>48</sup> Cfr. G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2003, n. 3, p. 5 ss.; A. FERRARO, *Costituzione europea e diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 2004, p. 443-484; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 73 ss.; C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2005; P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 371 ss.

Sulla prevedibilità dell'opzione dell'incorporazione della Carta nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa cfr. A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 269. In una prospettiva più ampia di sintesi tra "un approccio costituzional-comparatistico" e "un approccio comunitaristico" cfr. S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit. *supra*, nota 5.

chiarezza, del disposto di quella norma specificando il rango di principi generali del diritto comunitario per i diritti fondamentali (sia quelli garantiti dalla CEDU che quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati). L'art. I-9, con riferimento alla questione di cui *supra*, prevedeva, come si è anticipato, l'adesione alla CEDU specificando che essa non modifica «le competenze dell'Unione definite nella Costituzione». Nel Protocollo n. 32 e nella Dichiarazione (relativa all'art. I-9, par. 2) allegata al "Trattato costituzionale" si precisa, poi, che tale adesione dovrà avvenire nel rispetto delle caratteristiche specifiche dell'Unione e del suo ordinamento giuridico<sup>49</sup>.

Infine l'art. I-59, rubricato come «Sospensione di taluni diritti derivanti dall'appartenenza all'Unione», ridefiniva, con alcune significative modifiche, la procedura sanzionatoria nei confronti di uno Stato membro che dovesse violare non già i principi e i diritti contenuti nell'art. I-9 ma, più ampiamente, un complesso di valori su cui si fonda l'Unione europea, quali quelli contenuti nell'art. I-2<sup>50</sup>.

## 6. Segue: Nel Trattato di Lisbona

Com'è noto tali soluzioni normative hanno subito una significativa ridefinizione in occasione del mandato conferito alla CIG, nel corso del Consiglio europeo di Bruxelles (21-22 giugno 2007). Nell'Allegato I alle Conclusioni della Presidenza intitolato «Progetto di mandato alla CIG» il testo dell'art. 6 del Trattato di Lisbona risulta, invero, già compiutamente predefinito con il consequenziale accoglimento, nel «Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità economica europea», di alcune opzioni normative che avevano animato il dibattito intergovernativo e interistituzionale<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Il Gruppo II, deputato ad occuparsi della duplice problematica relativa all'«integrazione della Carta/adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)», aveva, in merito, più volte sottolineato il carattere complementare e non alternativo dell'incorporazione della Carta nei trattati rispetto all'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Con specifico riferimento all'adesione, come si legge nella Relazione finale del Gruppo II, «(...) dopo l'adesione, la Corte di Giustizia continuerebbe ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della validità degli atti dell'Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell'uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, ma piuttosto un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU (...)». Cfr., su questi aspetti, tra gli altri, U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione" europea*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, n. 4, p. 643 ss., in particolare p. 668 ss.

<sup>50</sup> Rispettivamente: dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e rispetto dei diritti umani compresi i diritti delle persone appartenenti ad una minoranza all'interno di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne.

<sup>51</sup> Il testo del novellato art. 6 del Trattato di Lisbona prevede: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adattata il [12 dicembre 2007 a Strasburgo] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiamata nella dichiarazione n.1 allegata all'Atto finale, non viene incorporata *per extenso* nel testo del nuovo Trattato ad ulteriore conferma dell'esclusione di una dimensione "costituzionale" per la costruzione europea: una soluzione (quella del rinvio e non della incorporazione) che avrebbe potuto essere utilmente accompagnata da un articolato sistema di rinvii alla Carta che non compaiono, invece, nel testo del nuovo Trattato<sup>52</sup>.

L'Unione europea – attraverso il richiamo alla Carta contenuto nell'art. 6 par. 1 – riconosce i diritti, le libertà e i principi consacrati in essa da interpretare in conformità delle disposizioni generali del suo titolo VII che disciplinano la sua interpretazione ed applicazione e tenendo in debito conto delle "spiegazioni" cui si fa riferimento nella stessa e che contengono le fonti di tali disposizioni. Trova conferma la valorizzazione, già effettuata nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, delle "spiegazioni" che, lungi dall'essere riconducibili ai meri lavori preparatori (ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati), si connotano per un'indubbia valenza tecnico-giuridica rappresentando «un prezioso strumento d'interpretazione delle disposizioni della Carta»<sup>53</sup>.

Alla Carta, come pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 14 dicembre 2007, viene attribuito ai sensi del citato art. 6 par. 1, «lo stesso valore giuridico dei trattati» pur non costituendo né un trattato, né un protocollo. Le modalità attraverso cui quest'ultima acquisisce operatività nell'ordinamento "unionistico" (rinvio ad essa in una norma del trattato) ne confermano la validità ad inserirsi in un sistema di norme internazionali (in cui un ruolo significativo è quello esercitato dalla CEDU) applicabili anche dall'Unione europea.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». V. J. C. PIRIS, *Il processo di riforma dell'UE. Il trattato costituzionale nella prospettiva del trattato di riforma*, Roma, Cide, 2007, p. 217 ss. e J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007, in part. p. 37-38 e 49-54. V., tra i primi commenti, B. NASCIBENE- A. LANG, *Il Trattato di riforma: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giuridico - Dottrina e diritto* reperibile sul sito <http://dottrinaediritto.ipsoa.it/home.jsp>. Consulta il sito <http://www.europa.eu.int> per le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 21 e 22 giugno 2007 e per i contenuti del mandato alla CIG 2007.

<sup>52</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, loc. cit., p. 136 ss.

<sup>53</sup> Così nelle «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali» pubblicate in *Gu-UE* n. C 303 del 14 dicembre 2007. La parte dell'art. 6 che richiama le «spiegazioni», nel riprodurre sostanzialmente quanto previsto nella Carta (in particolare nel titolo VII), non manca di un certo carattere ripetitivo.

Nel Trattato di Lisbona viene precisato che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati. Trova conferma la decisione, già consacrata nel "Trattato costituzionale" (art. I-9), di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia pure nella salvaguardia delle competenze dell'Unione definite nei Trattati. Ed infine, al n. 3 del nuovo art. 6, viene ribadito con una formulazione assimilabile a quella dell'attuale art. 6, par. 2, del Trattato di Nizza, che «i diritti fondamentali, garantiti nella Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Quanto all'art. 7, in assenza di indicazioni definite in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles (21-22 giugno 2007) come mandato alla CIG 2007, è possibile, rilevare nel Trattato di Lisbona alcune modifiche rispetto alla formulazione contenuta nel Trattato di Nizza. Oltre a variazioni meramente terminologiche e/o di taglio procedurale (come la sostituzione, nell'intero articolo, della previa «approvazione» al previo «parere conforme» o il richiamo all'art. 309 del Trattato sul funzionamento dell'Unione per le modalità di voto delle istituzioni) rileva, soprattutto, l'ampliamento dell'azionabilità della procedura al complesso dei valori su cui si fonda, ai sensi del nuovo art. 1 bis, l'Unione europea. In altri termini l'inclusione, oltre alla violazione o rischio di violazione della «libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto» (come prevede l'art. 6, par. 1, del Trattato di Nizza) anche di diritti oggetto di tutela solo in via giurisprudenziale (dignità umana, uguaglianza, diritti delle minoranze).

La definizione del sistema di tutela dei diritti fondamentali – con alcune rilevanti limitazioni *ratione personae*<sup>54</sup> – e la *vexata quaestio* dell'adesione alla CEDU sono all'origine della predisposizione di due Protocolli: il primo (il n. 5) «relativo all'art. 6 par. 2 del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e il secondo (il n. 7) «sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito»<sup>55</sup>; ad essi si aggiungono la «Dichiarazione relativa all'art. 6, par. 2 del trattato sull'Unione europea», la «Di-

<sup>54</sup> Che hanno fatto parlare di una Carta a valore giuridico variabile, come afferma N. GROSVENERHEIDE, *Une Charte à valeur juridique variable*, in *Europolitique*, n. 3407, p. 13 consultabile su [www.europolitique.info](http://www.europolitique.info).

<sup>55</sup> In questo Protocollo «prendendo atto dell'auspicio della Polonia e del Regno Unito di chiarire determinati aspetti dell'applicazione della Carta» si prevede che essa non estenda la competenza della Corte di giustizia o di qualsiasi altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o le azioni amministrative della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà, ai principi fondamentali che essa riafferma. Inoltre è previsto che ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali detta disposizione si applica alla Polonia e al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche dei citati Stati.

chiarazione della Polonia relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» e la «Dichiarazione della Polonia relativa al protocollo sull'applicazione della carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito».

### **7. Idoneità del richiamato sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'UE ad incidere quale strumento di garanzia nell'esecuzione del mandato di arresto europeo**

La sintetica delineazione del sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea che si è compiuta costituisce il presupposto per svolgere qualche considerazione sull'idoneità dello stesso (allo stato attuale e, ancor più, ad esito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) ad incidere – per effetto del disposto normativo dell'art. 2 (n. 1 lett. *a.* e n. 3) della legge n. 69/2005 – quale (ulteriore) strumento di garanzia nell'esecuzione del mandato di arresto.

Il legislatore italiano, nella trasposizione della decisione quadro, come si è detto, ha riprodotto, all'interno della legge n. 69/2005 il richiamo agli artt. 6 e 7 TUE sia pure sulla base di una compiuta consapevolezza di uno "statuto" articolato dei diritti fondamentali. Più precisamente l'art. 2 della legge in esame riflette, nella sua formulazione (in particolare le lett. *a.*, *b.* e *c.*), la citata pluralità dei livelli di garanzia dei diritti dell'uomo in Europa e le intersezioni tra gli stessi: livelli di garanzia che non potevano non informare, a prescindere dai contenuti specifici dei vari provvedimenti nazionali, l'esecuzione della decisione quadro in tutti gli Stati dell'Unione europea.

In particolare la lett. *a.* dell'art. 2, n. 1, della legge n. 69/2005 attribuisce una rilevanza significativa, nell'esecuzione del mandato di arresto europeo, oltre alle garanzie di fonte costituzionale (in tema di giusto processo, di tutela della libertà personale, di diritti della difesa di principio di eguaglianza nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali) ed alla CEDU (con i suoi Protocolli addizionali), unico Trattato internazionale ivi richiamato esplicitamente, a quelle di fonte comunitaria<sup>56</sup>. Il legislatore sembra essersi mosso sulla base della corretta individuazione del rapporto tra le garanzie derivanti dall'efficacia diretta delle norme comunitarie nel nostro ordinamento e quelle di una fonte convenzionale, quale la CEDU che sebbene si muova «nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone» ... (integrando) «l'attuazione di valori e principi fondamentali

<sup>56</sup> Non ci soffermiamo sul carattere peculiare o singolare della CEDU e del sistema di garanzia da essa derivato rispetto agli altri trattati internazionali in materia di diritti umani. Utilizzando le parole della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (v. tra le altre, sentenza della Grande Camera 4 febbraio 2005, *Mamatkulov c. Turchia*) è possibile sottolineare, nel quadro di un orientamento costante, come «a differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la convenzione va oltre il quadro della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti. Oltre alla rete di obbligazioni sinallagmatiche bilaterali, essa crea delle obbligazioni oggettive, che a termine del suo preambolo beneficiano di una garanzia collettiva».

protetti dalla stessa Costituzione italiana» mantiene il rango di fonte sub-costituzionale<sup>57</sup>.

In linea generale potrebbe forse rinvenirsi una connotazione pleonastica nel citato rinvio al sistema comunitario di tutela dei diritti fondamentali in ragione del vincolo costituzionale per il legislatore italiano di esercizio della potestà legislativa «nel rispetto oltre che della Costituzione, dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dagli obblighi internazionali» (art. 117, comma 1, della Costituzione, come modificato dall'art. 3 della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001)<sup>58</sup>. Un vincolo che, benché indirizzato al legislatore, non può non essere inteso quale espressivo di un principio generale di fedeltà del nostro Paese (e di tutti i suoi organi) agli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea. Sotto questo profilo l'esecuzione del mandato di arresto europeo, indipendentemente dall'espresso richiamo contenuto nella legge n. 69/2005, non poteva non essere informata al rispetto dei diritti fondamentali, quale consacrato nel sistema comunitario e su cui *supra*.

Nell'esegesi dell'art. 2 della legge n. 69/2005 non sembra destinato ad incidere significativamente sull'applicazione del mandato di arresto europeo il riferimento all'art. 7 TUE, contenuto nel n. 3 dell'art. 2 (decimo *considerando* della decisione quadro n. 2002/584/GAI). È forse opportuno sottolineare come il citato rinvio potrebbe risultare contrassegnato da alcune incertezze esegetiche in ragione dell'entrata in vigore (al 1° novembre 2003) del Trattato di Nizza che, come abbiamo visto, ha aggiunto un nuovo comma all'art. 7 del TUE. Se, infatti, la decisione quadro n. 2002/584/GAI, adottata il 13 giugno 2002, non poteva non riferirsi alla disposizione linguistica contenuta nel Trattato di Amsterdam, viceversa, la legge n. 69/2005 avrebbe dovuto eliminare il riferimento al «punto 10 dei *considerando* del preambolo della decisione quadro» che richiama il par. 1 dell'art. 7, divenuto successivamente par. 2 nel Trattato di Nizza. Nel n. 3 dell'art. 2 deve intendersi richiamata, evidentemente, non già l'ipotesi prevista nell'art. 7, n. 1, TUE (nella versione del Trattato di Nizza) e consistente, com'è noto, nell'«evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro di uno o più principi di cui all'art. 6 par. 1», ma quella configurata nel n. 2 dello stesso articolo e cioè «l'esistenza di una violazione grave e persistente» non già di uno ma di più principi.

È evidente che la *ratio* sottesa al richiamo – di cui *supra* – riposa nella condizione di Stato rispettoso dei diritti fondamentali quale presupposto per l'appartenenza ad una comunità di diritto che, per il corretto funzionamento del mandato di arresto europeo, necessita di «un elevato livello di fiducia re-

<sup>57</sup> V., da ultimo, sentenza Corte costituzionale n. 348/2007, *cit. supra*, nota 42.

<sup>58</sup> Non è possibile, in ragione dei limiti del presente scritto, soffermarsi sull'interpretazione dell'art. 117, comma 1, nella dottrina e nella giurisprudenza. Cfr., per tutti, tra i primi commenti, B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, c. 229-233.

ciproca» tra gli Stati europei. Tuttavia l'azionabilità del rimedio previsto trova un limite, innanzitutto, nel già sottolineato carattere essenzialmente politico della procedura in esso delineata con la consequenziale inidoneità ad operare in risposta a singole violazioni di diritti fondamentali<sup>59</sup>. In altri termini, la necessità che debba sussistere, ai sensi della fattispecie indicata nell'art. 7, una situazione generale di violazione qualificata dei diritti umani nello Stato membro e non già una violazione reale o potenziale dei diritti dell'accusato e che la sospensione dell'applicazione del meccanismo del mandato di arresto dipenda dal Consiglio (e non dal singolo Stato membro) rendono teorica la sua idoneità ad operare come strumento di garanzia nell'ambito dell'esecuzione del mandato di arresto europeo. Non si può non sottolineare, infine, che anche l'esistenza della succitata situazione generale di violazione qualificata dei diritti umani non compare tra i motivi di non esecuzione del mandato di arresto europeo nella decisione quadro n. 2002/584/GAI (artt. 3 e 4) e, di conseguenza, non è prevista tra le ipotesi di rifiuto della consegna (ai sensi dell'art. 18 della legge n. 69/2005 che contempla invece la violazione dei «diritti minimi dell'accusato» previsti dalla CEDU e dall'art. 2 Prot. 7).

Merita, infine, qualche breve considerazione il richiamo – mediato – contenuto sempre nell'art. 2 della legge n. 69/2005 alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, al suo titolo VII<sup>60</sup>. L'attitudine delle norme previste in siffatto titolo a presiedere all'esecuzione del mandato di arresto europeo, non sfugge ai limiti di tipo genetico (*vis* eminentemente ricognitiva delle stesse norme) e di carattere redazionale (essenzialità e stringatezza nell'enunciazione dei diritti e delle libertà), ma anche a quelli relativi allo stesso ambito di applicazione delle disposizioni della Carta (istituzioni, organi e organismi dell'Unione nonché gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione). Nondimeno tale *corpus* normativo, di matrice prevalentemente penalistica, potrà esercitare un ruolo crescente nel quadro di una Carta dotata di efficacia giuridica vincolante, per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Allo stato attuale e nei limiti di un'indagine inevitabilmente parziale la valutazione dell'efficacia che potrà rivestire l'intero sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'UE – pure richiamato in una *sedes* così significativa quale l'art. 2 – ad incidere quale garanzia suppletiva può rinvenire qualche utile elemento di riflessione nella consistente prassi giurisprudenziale italiana relativa al mandato di arresto europeo<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. E. BRIBOSIA - A. WEYMBERGH, *Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen?*, in *RBDI*, 1997, p. 69 ss., in particolare p. 93 ss.

<sup>60</sup> Sull'analisi delle norme contenute nel titolo VI della Carta v. C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione europea*, cit. *supra*, nota 48, p. 344 ss. e la bibliografia ivi indicata.

<sup>61</sup> L'intervento della Suprema Corte di cassazione è stato particolarmente significativo anche rispetto ad aspetti non specificamente contemplati nella legge n. 69/2005. Si veda, ad esempio,



In particolare nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale, 30 gennaio 2007, n. 4614, depositata il 5 febbraio 2007, la Suprema Corte opera uno stretto collegamento tra la circostanza che il mandato di arresto europeo «si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» e la sospensione della sua attuazione solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'art. 7, par. 1, dello stesso Trattato» (*considerando* n. 10). La Corte si sofferma sull'atto di diritto comunitario derivato (e sul provvedimento italiano di trasposizione) nel più ampio quadro di una considerazione complessiva del sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea di fonte convenzionale (in particolare l'art. 6 del TUE) e non convenzionale (la Carta dei diritti fondamentali, capo 6°)<sup>62</sup>.

Non si effettua, invece, un esplicito riferimento al sistema "unionistico" di tutela dei diritti fondamentali nella sentenza n. 17632, emessa dalle Sezioni Unite della Cassazione il 3 maggio 2007, depositata l'8 maggio 2007<sup>63</sup>. La Su-

Cass. Pen., Sez. VI, 24 ottobre 2007 (dep. 5 novembre 2007), n. 40526 che si pronuncia su di una delicata fattispecie di diritto intertemporale relativa al successivo ingresso di un Paese nell'Unione europea, quale la Romania. Alcune perplessità sull'efficacia del rinvio alla tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea erano state già segnalate da A. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 27-54 e da E. BARBE, *Il Preambolo della decisione quadro*, *cit. supra*, nota 12. Sul punto v. anche I. VIARENGO, *Mandato di arresto e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, *cit. supra*, nota 3, p. 137-159. Nella dottrina straniera si vedano le riflessioni di T. KONSTADINIDES, *The perils of the "Europeanisation" of extradition procedures in the EU: mutuality, fundamental rights and constitutional guarantees*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, n. 2, p. 179-200.

<sup>62</sup> Si tratta di una articolatissima decisione (v. in *Iuris data on line*, Cass. Pen., Milano) che, oltre che risolvere il problema dell'interpretazione dell'art. 18, lett. e., della legge n. 69/2005, con una scelta idonea ad ancorare il controllo del giudice italiano (nel procedimento di consegna) al rispetto dei valori costituzionali fondamentali e di quelli di cui alla CEDU e al sistema comunitario, apre la strada ad una piena applicazione della decisione quadro e costituisce una *summa* delle linee di interpretazione della Corte di cassazione. Nella sentenza si sottolinea: «A fondamento di siffatta reciproca fiducia sta l'asseverazione che la decisione-quadro, esplicitamente, rispetta "i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo 6°" (*Considerando* n. 12; quasi alla lettera ribadito dall'art. 1, par. 3). A sua volta, l'art. 6 del TUE si richiama ai "principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri" (par. 1), nonché ai "diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario" (par. 2); mentre il Capo 6° della Carta dei diritti fondamentali (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), si compone degli artt. 47-50, rispettivamente, "Diritto a un ricorso effettivo a un giudice imparziale", "Presunzione di innocenza e diritti della difesa", "Principi della legalità e proporzionalità dei reati e delle pene", "Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto"».

<sup>63</sup> L'aspetto più indicativo della sentenza (v. in [www.altalex.it](http://www.altalex.it)) è rappresentato dalle motivazioni che indussero il cittadino Melina, per mezzo del suo difensore, a ricorrere in Cassazione per violazione degli artt. 6, comma 1, lett. c. e 4, lett. a., della legge n. 69 del 2005; per inosservanza dell'art. 2, comma 1, lett. b., della legge n. 69 del 2005; per erronea applicazione dell'art. 19, comma 1, lett. c., della legge n. 69 del 2005 in ragione della mancanza di motivazione del provvedimento; per inosservanza dell'art. 16 della legge n. 69 del 2005 mancando una traduzione in lingua italiana ed infine per superamento dei termini di custodia in carcere previsti dall'art. 17, com-

prema Corte, infatti, nell'affermare che «i principi e le regole, contenuti nella Costituzione della Repubblica italiana, attinenti al "giusto processo", il cui rispetto è condizione (imposta dall'art. 2, comma 1, lett. b. della legge n. 69 del 2005) per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, sono quelli definiti dalle Carte sopranazionali ed in particolare dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, al quale si richiama l'art. 111 della Costituzione italiana» non ha operato alcun richiamo al citato art. 6 del TUE.

Più di recente, nella sentenza n. 46845, adottata dalla sesta sezione penale della Corte di cassazione il 10 dicembre 2007 e depositata il 17 dicembre 2007, compare un breve riferimento all'art. 6 della CEDU, come definitorio dei "diritti minimi dell'accusato" con il richiamo all'art. 18, comma 1, lett. g. della legge n. 69/2005<sup>64</sup>.

Il limitato riferimento, nella giurisprudenza della Corte di cassazione al sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea (pure annoverato tra le "garanzie costituzionali") e quello più frequente, quale ulteriore garanzia nell'esecuzione del mandato di arresto europeo, alla CEDU sono suscettibili di essere interpretati, senza dubbio, alla luce del già citato crescente ruolo esercitato dalla stessa nel nostro ordinamento in ragione del vincolo derivante all'Italia dalla ratifica, con legge n. 848 del 4 agosto 1955, della stessa. Sia pure nel diverso rango delle disposizioni della CEDU rispetto alle fonti comunitarie la Convenzione annovera, com'è noto, tra "i diritti e le libertà" che gli Stati contraenti si sono impegnati a riconoscere ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione una serie di diritti che presentano una rilevanza diretta o indiretta sullo svolgimento del processo penale<sup>65</sup>. Siffatto vincolo, intercorrente tra tutti gli Stati dell'Unione europea, è reso effettivo da una significativa giurisprudenza della Corte europea (in particolare relativa agli artt. 5 e 6 della CEDU richiamati specificamente nella lett. a. dell'art. 2, n. 1, della legge n. 69/2005) produttiva, con riferimento all'ordinamento italiano, di una crescente incidenza sulle garanzie del processo penale e, più in generale, sul-

ma 2, della legge n. 69 del 2005. La Corte ha ritenuto insussistente la violazione dei principi di oralità e rispetto del contraddittorio da parte dell'autorità tedesca.

<sup>64</sup> Nella sentenza ( reperibile su <http://www.cortedicassazione.it>) compare un singolare passaggio (al punto 3 in riferimento alla fondatezza del quinto motivo) in cui la Corte, al fine di rimarcare le peculiarità del mandato di arresto europeo rispetto alla procedura di "riconoscimento" nello Stato di una sentenza straniera, ai sensi dell'art. 731 c.p.c., afferma che «nell'ambito della disciplina interna del MAE, conformata alla (...) decisione quadro, che è vincolante per gli Stati membri dell'Unione europea e che *sconta il mutuo riconoscimento delle decisioni penali* (v., in particolare i Considerando n. 2 e 6), l'esecuzione della sentenza trova una regolamentazione del tutto peculiare» (corsivo aggiunto).

<sup>65</sup> Dal diritto alla vita (art. 2), al diritto alla libertà e sicurezza personale (art. 5), al diritto ad un processo equo e ragionevolmente breve davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale (art. 6), al diritto ad un ricorso effettivo innanzi ad un'autorità giudiziaria (art. 13), al diritto al doppio grado di giurisdizione penale ed a quello a non essere giudicato o punito due volte (Protocollo n. 7). Non è possibile in questa sede soffermarsi sulla problematica del rango della CEDU nell'ordinamento italiano che si è tradotta nell'adozione di soluzioni alquanto differenziate da parte della giurisprudenza ordinaria italiana in merito alle norme convenzionali.

l'assetto legislativo italiano in materia<sup>66</sup>. Lo testimoniano, da ultimo, una serie di provvedimenti quali la ratifica, con legge n. 280 del 15 dicembre 2005 (in vigore dal 6 gennaio 2006) del Protocollo 14 alla CEDU che prevede la nuova disciplina sulla forza vincolante e sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea; la legge n. 12 del 9 gennaio 2006 contenente «Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo» ed infine il disegno di legge, approvato il 3 agosto 2007 dal Consiglio dei Ministri, in materia di «Disposizioni in materia di revisione a seguito di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo» che introduce, nel Codice di procedura penale, la possibilità di revisione delle sentenze di condanna che, secondo la Corte europea, abbiano violato le fondamentali garanzie di difesa o il principio del contraddittorio<sup>67</sup>.

La rilevata "residualità" del rinvio, nella giurisprudenza italiana in materia di mandato di arresto europeo, al sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'UE non può non essere valutata anche alla luce del più volte evidenziato crescente ruolo (sia sul piano normativo che giurisprudenziale) esercitato dalla CEDU nell'ordinamento comunitario che ha fatto ipotizzare addirittura una "comunitarizzazione" della stessa<sup>68</sup>; nondimeno essa va considerata anche sulla base di una sorta di "generale equivalenza" tra sistema convenzionale e sistema comunitario, rimarcata nella recente giurisprudenza della Corte di Stra-

<sup>66</sup> Sull'incidenza della giurisprudenza della Corte europea cfr., tra tutti, E. APRILE, *Diritto processuale penale*, cit. *supra*, nota 9, cap. III. Si pensi, per tutte, all'incidenza della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sejdovic c. Italia*, sentenza del 10 novembre 2004, in *Guida al diritto*, n. 5, p. 92 ss. che ha portato alla modifica della precedente normativa italiana in tema di contumacia con l'adozione della legge n. 60 del 22 aprile 2005, che, intervenendo sull'istituto della «restituzione nel termine», assicura più adeguatamente l'esercizio del diritto di difesa. Sulla necessità di far riferimento alle norme CEDU nell'interpretazione fornite dalla Corte europea v., da ultimo, sentenza Corte costituzionale n. 348/2007, cit. *supra*, nota 42.

<sup>67</sup> Con riferimento alla legge n. 280 del 15 dicembre 2005, è appena il caso di sottolineare l'importante volontà sottesa alla ratifica da parte italiana di un Protocollo che, sebbene non ancora in vigore, è rivolto, tra l'altro, alla definizione dei ricorsi individuali in termini appropriati con l'introduzione di un nuovo "meccanismo di filtro" che conferisce al giudice unico, sostenuto da relatori, la competenza di decidere sui ricorsi chiaramente inammissibili nonché all'introduzione di un nuovo criterio di ammissibilità che permetterà alla Corte di dichiarare inammissibili i ricorsi individuali qualora il ricorrente non abbia subito un danno rilevante. La legge n. 12 del 9 gennaio 2006 contenente «Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo», integrando l'art. 5 comma 3 della legge n. 400/88, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di promuovere «gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano», di comunicare «tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti» e di presentare «annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce». Le «Disposizioni in materia di revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», approvate dal Consiglio dei Ministri il 3 agosto 2007, introducono nel codice di procedura penale la possibilità di revisione delle sentenze di condanna che, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, abbiano violato le fondamentali garanzie di difesa o il principio del contraddittorio previsto dal nostro ordinamento (art. 6, par. 3, della CEDU).

<sup>68</sup> Sulla non comunitarizzazione della CEDU per effetto dell'art. 6, n. 2, v., da ultimo, sentenza Corte costituzionale n. 348/2007, cit. *supra*, nota 42.

sburgo (sentenza *Bosphorus* del 30 giugno 2005)<sup>69</sup>. In tale pronuncia, con il ricorso ad una tecnica argomentativa di carattere "sostanzialista", viene sottolineato come giacché «è pacifico che l'organizzazione interessata [la Comunità] accorda ai diritti fondamentali (nozione questa che copre sia le garanzie sostanziali fornite, sia i meccanismi preposti a controllarne l'osservanza) una protezione almeno equivalente a quella assicurata dalla [CEDU] (...) si deve ritenere che uno Stato rispetti quanto richiesto dalla CEDU quando si limita a dare esecuzione agli obblighi giuridici che derivano dalla sua adesione all'Unione europea»<sup>70</sup>.

### 8. Verso una giurisprudenza comune europea in materia di diritti fondamentali?

La riflessione sul significato del richiamo, contenuto nella legge n. 69/2005, al sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea non può non inquadrarsi nel delicatissimo e fluido rapporto – di cui questo lavoro non si occupa – tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali cui è sottesa anche la questione dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Così sentenza *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*, punti 155 e 156, riportata in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 778 ss. In essa si aggiunge poi che «siffatta presunzione può tuttavia essere superata nell'ambito di una causa specifica se si ritenga che la protezione dei diritti garantiti dalla CEDU era manifestamente insufficiente. In tal caso il ruolo della CEDU quale "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" prevarrebbe sull'interesse alla cooperazione internazionale». In dottrina, tra tutti, v. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, *RDI*, 2005, p. 762 ss. e C. LEBECK, *The European Court of Human Rights on the Relation between ECHR and EC-Law: The Limits of Constitutionalisation of Public International Law*, in *ZaöRV*, 2007, p. 195 ss. L'inestricabilità del rapporto tra Comunità europea e CEDU era già da tempo emerso nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo. Nel noto caso *Matthews c. Regno Unito* (sentenza del 18 febbraio 1999) la Corte di Strasburgo, nel riconoscere la propria incompetenza a valutare ricorsi contro atti comunitari in quanto tali (non essendo la Comunità parte contraente della CEDU), aveva, al tempo stesso, rimarcato la propria competenza in ragione della responsabilità *ratione materiae* per atti convenzionali (quali gli atti dell'ordinamento convenzionale) ed anche per le conseguenze derivanti da tali trattati. Per un commento v. E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 527-537. In dottrina v., da ultimo, A. BERRAMDANE, *La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne*, *RDUE*, 2006, n. 2, p. 243-272. Per una raccolta della giurisprudenza delle due Corti – cui è sottesa una visione tendenzialmente unitaria del dialogo tra di esse – v. M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I (1960-1990).

<sup>70</sup> La soluzione della Corte europea nel caso *Bosphorus* è oggetto di perplessità da parte di E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale*, *loc. cit.*, che la confronta con una pregressa pronuncia di inammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo (decisione del 9 febbraio 1990, *M § Co c. Germania*, ricorso n. 13258/87, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 392 con commento di G. GAJA) sottolineando il carattere "processualista" dell'accertamento – ivi effettuato – dell'equivalenza della protezione assicurata ai diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario.

<sup>71</sup> Sull'identità dell'obiettivo perseguito (tutela dei diritti fondamentali dell'uomo) sia pure nella diversità del ruolo esplicato dalle due Corti (Corte costituzionale e Corte di Strasburgo) v., da ultimo, sentenza Corte costituzionale 22 ottobre 2007, n. 349/2007 (reperibile in <http://www.cortecostituzionale.it>).

Se autorevole dottrina ha sottolineato lo sviluppo, da parte della Corte di giustizia, quale organo giurisdizionale di una Unione europea «*human rights organization*»<sup>72</sup>, di una «*its own human rights jurisdiction*» – che potrebbe risultare rafforzata dopo la citata sentenza *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea* – una consistente giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha affermato che il rispetto, da parte del giudice di Strasburgo e di quello costituzionale, dello stesso sindacato di legittimità sugli atti comunitari esplicito dalla Corte di giustizia si fonda sul presupposto che il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello comunitario sia "equivalente" a quello apprestato dalla CEDU: equivalenza, alla luce della citata sentenza *Bosphorus*, affermata con forza anche nella giurisprudenza recente.

Quanto alla Corte di Strasburgo – istanza giurisdizionale specializzata in materia di diritti umani – è appena il caso di precisare che in ragione della «natura sussidiaria del congegno internazionale di tutela collettiva previsto dalla Convenzione» (sentenza della Corte europea del 29 giugno 1968), essa non può assurgere a giudice di "quarta istanza" sostituendo «la sua valutazione a quella dei tribunali nazionali (sentenza 16 dicembre 1992)»<sup>73</sup>. Al tempo stesso la corretta applicazione dell'art. 53 (*Salvaguardia dei diritti riconosciuti*) della CEDU e dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali rende il sistema convenzionale definitivo di uno *standard* minimo in materia di diritti fondamentali che può essere superato per effetto «delle leggi di ogni Parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

Con specifico riferimento al mandato di arresto europeo se, da un lato, l'esigenza di garanzia dei diritti fondamentali del cittadino europeo rinviene una diretta esplicazione nell'azione comunitaria in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia, dall'altro, non sono mancati pressanti richiami agli Stati, da parte della Corte di giustizia, affinché adottassero nei loro ordinamenti precise disposizioni penali idonee al contrasto di fenomeni criminosi limitativi dell'esercizio di alcuni diritti fondamentali. Inoltre alla stessa Corte di giustizia è stato chiesto di pronunciarsi, in sede di interpretazione pregiudiziale, in merito alla validità della decisione quadro n. 2002/584/GAI laddove una delle questioni di cui era stata investita, da parte dell'Alta Autorità giurisdizionale belga, atteneva alla compatibilità dell'art. 2, par. 2, con l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e, più in particolare, con il principio di legalità in materia penale e di uguaglianza e non discriminazione<sup>74</sup>. Com'è noto la

<sup>72</sup> Cfr., per la prima citazione, A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organisation? Human Rights and the Core of the European Union*, CMLR, 2000, p. 1309 ss.; per la seconda v. S. DOUGLAS SCOTT, *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, CMLR, 2006, p. 3.

<sup>73</sup> La prima è la sentenza nel *Caso linguistico belga*, serie A n. 6, par. 10 e la seconda è quella relativa al caso *Edward c. Regno Unito*, serie A n. 247, par. 34.

<sup>74</sup> Nella sentenza *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, cit. supra, nota 44, l'altra questione pregiudiziale di validità atteneva alla correttezza della base giuridica scelta

Corte di giustizia, nel confermare la validità della decisione-quadro, ne ha sottolineato la funzione di atto finalizzato al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri e non già rivolto all'armonizzazione dei loro sistemi penali.

Nel quadro della circolazione dei modelli in materia giudiziaria l'adeguamento degli istituti del diritto processuale interno agli strumenti di fonte sovranazionale non potrà non tradursi in una tendenziale omologazione del diritto interno dei vari stati con il passaggio dal mutuo riconoscimento al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari dei singoli paesi. In questo senso la creazione di regole comunitarie – che siano in grado di offrire adeguata tutela al cittadino europeo – costituirà un passo avanti rispetto alla più generale definizione di un percorso finalizzato all'unificazione del diritto penale a livello comunitario.

L'obiettivo fissato nella decisione del Consiglio dell'Unione europea del 12 febbraio 2007 «che istituisce per il periodo 2007-2013 il programma specifico Giustizia penale quale parte del programma generale su diritti fondamentali e giustizia» di «assicurare che gli strumenti dell'Unione nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale trovino regolare attuazione, siano concretamente e correttamente applicati nonché valutati» non può non postulare un'ampia applicazione della decisione quadro, come trasposta negli ordinamenti interni. Il tutto nel pieno rispetto degli elementi essenziali della sovranità nazionale – come hanno immediatamente testimoniato le pronunce del Tribunale costituzionale polacco, della Corte costituzionale tedesca, della Corte suprema della Repubblica di Cipro e poi della Corte costituzionale ceca e della Corte di cassazione italiana – ma anche nella piena osservanza di quella particolare fonte del diritto internazionale costituita dai trattati comunitari e di Unione nonché del diritto comunitario derivato<sup>75</sup>.

dal legislatore comunitario. Sul ruolo della Corte di giustizia cfr., per tutti, A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions*, cit. supra, nota 8 e L. SCHEECK, *The relationship between the European Courts and integration through human rights*, in *ZaöRV*, 2005, n. 4, p. 837-885.

<sup>75</sup> Il 27 aprile 2005 il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato che l'art. 607 *t* §1 del Codice di procedura penale del 1997 è in contrasto con l'art. 55, comma 1 della Costituzione nella parte in cui non consente la consegna del cittadino polacco ad un diverso Stato membro sulla base di un mandato di arresto europeo. Il 18 luglio 2005 la Corte costituzionale tedesca, consolidando l'indirizzo interpretativo inaugurato dal Tribunale costituzionale polacco, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge federale del 21 luglio 2004, entrata in vigore il 23 agosto 2004 contenente modifiche alla legge sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale per violazione dell'art. 16, commi 2 e 4 del Grundgesetz. Il 7 novembre 2005 la Corte suprema della Repubblica di Cipro ha dichiarato l'incostituzionalità della legge nazionale nella parte in cui consente l'arresto e la consegna dei cittadini ciprioti ad un altro Stato in esecuzione di un mandato di arresto europeo. Sono seguite le pronunce della Corte di cassazione italiana (sentenza del 30 gennaio 2006) e della Corte costituzionale ceca (sentenza dell'8 maggio 2006). Sulle implicazioni costituzionali dell'applicazione del mandato di arresto europeo cfr., da ultimo, J. KOMAREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of "contrapunctual principles"*, *CMLR*, 2007, n. 44, p. 9-40. Sulla necessità di applicare il mandato di arresto europeo interpretando le disposizioni interne (nel caso di specie l'*Extradiction Act* del 2003) in maniera

Il mandato di arresto europeo segna non solo la fine, nello spazio giudiziario europeo, del tradizionale istituto dell'extradizione, spesso concessa o negata in modo discrezionale per finalità politiche giacché, da sempre, espressione della potestà sovrana dei singoli Stati. Esso si configura, invero, come un qualcosa in più di una forma avanzata di cooperazione giudiziaria. Infatti, per darvi esecuzione i giudici e gli avvocati dello Stato richiesto saranno chiamati ad interpretare e ad applicare norme di un altro Paese e, con il tempo, l'interpretazione di una fattispecie nel "diritto vivente" di altri ordinamenti giuridici finirà con l'essere il frutto anche delle decisioni prese dai giudici di un altro Stato che della stessa si sono occupati per decidere sull'esecuzione del mandato di arresto. In questo senso, nel più ampio processo di circolazione delle giurisprudenze, l'applicazione del mandato di arresto europeo potrà favorire la nascita di una *giurisprudenza comune europea* e potrà stimolare le istituzioni comunitarie a proseguire il lavoro di armonizzazione delle legislazioni nazionali entro quella cornice di garanzie previste – come abbiamo visto – dalla CEDU, dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza e dalle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea<sup>76</sup>.

Siffatta giurisprudenza comune europea troverà nuova linfa nella «forza trainante delle decisioni sopranazionali su quelle interne»<sup>77</sup>. Lo testimonia un recente orientamento della nostra Corte di cassazione tendente ad una "messa in discussione" del principio dell'intangibilità del giudicato penale in seguito alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo laddove dalla forza delle pronunce di tale Corte discende un gravoso obbligo positivo in capo al giudice di dare piena attuazione ai diritti garantiti dalla CEDU<sup>78</sup>. Ma non potrà non inscri-

conforme ai contenuti della decisione quadro n. 2002/584/GAI v. *House of Lord*, 28 febbraio 2007, *Dabas v. High Court of Justice in Madrid, Spain*, in <http://www.publications.parliament.uk>.

<sup>76</sup> Alcune di queste costituzioni, negli ultimi decenni, hanno subito uno sviluppo in certo senso parallelo a quello verificatosi nell'ambito della CEDU con una forte «dinamica dei diritti fondamentali costituzionali» come sottolinea L. FAVOREAU, *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 3-24, in particolare p. 5. Sulla comunanza dei sistemi giuridici all'interno dei quali risultano garantiti i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU e dalla Carta di Nizza, presupposto per un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, cfr., fra tutti, L. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2002, p. 1043 ss. Sul processo osmotico che investe le giurisprudenze nazionali e sovranazionali v. le osservazioni di V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, in *Il Mulino*, 2006, n. 3, p. 414 laddove sottolinea la: «spinta poderosa (...) nel senso di una sempre maggiore osmosi e armonizzazione fra giurisprudenze nazionali (anche costituzionali) e giurisprudenze sopranazionali nel campo dei diritti fondamentali e il significato culturale che essa assume».

<sup>77</sup> Cfr. F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, cit. supra, nota 7, p. 27.

<sup>78</sup> V., in particolare, Cass. Pen. Sez. I, 1° dicembre 2006 (dep. 25 gennaio 2007), *Dorigo*, su [http://www.foroeuropa.it/altre\\_giurisdizioni](http://www.foroeuropa.it/altre_giurisdizioni); precedentemente v. Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 2006, (dep. 3 ottobre 2006), *Somogyi*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 48, p. 51, con nota di G. UBERTIS; Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, *Cat Berro*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 43, p. 84. V., sia pure con una soluzione diversa (la rimessione in termini del condannato per la proposizione dell'appello) anche Cass. Pen., Sez. V, 15 novembre 2006 (depositata 2 febbraio 2007), *Cat Berro* (2), in *Corriere giuridico*, 2007, n. 5 con commento di R. CONTI.

versi nel quadro di riferimento segnato dalla Corte costituzionale italiana già nella sentenza n. 388/1999, in cui nella definizione dello «stato della cultura e del diritto in materia» si affermava: «I diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali, sottoscritte dall'Italia, trovano espressione e garanzia nella Costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost. ma anche, perché al di là dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione»<sup>79</sup>.

In questo contesto ed alla luce di un rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione europea, presupposto ineludibile per l'applicazione del mandato di arresto europeo, si potrà realizzare il *fair balance* tra libertà e sicurezza anche attraverso l'eventuale compressione di interessi individuali per effetto di interessi collettivi ma si potrà operare anche il corretto bilanciamento tra diritti fondamentali consacrati in fonti interne ed internazionali.

**Angela Di Stasi\*\***

<sup>79</sup> Sentenza 22 ottobre 1999, n. 388, *cit. supra*, nota 18. Non possono non condividersi le perplessità manifestate da V. ZAGREBELSKY, in *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, n. 11, c. 353-365 sulla genericità della formula adottata nella motivazione della sentenza.

\*\* Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno.



# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

### **RIPETIZIONE DELL'INDEBITO E DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO: ALCUNE RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN CAUSA N. C-446/04**

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza della Corte del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04\***

Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 56 CE - Direttiva n. 90/435/Cee, artt. 4, n. 1, e 6 - Imposte sulle società - Distribuzione di dividendi - Imposizione a catena o doppia imposizione - Parità di trattamento tra società residenti in uno Stato membro e società non residenti - Rimborso delle imposte indebitamente riscosse - Diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.**

*In mancanza di normativa comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e disciplinare le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali volti a garantire la salvaguardia dei diritti conferiti alle persone dall'ordinamento comunitario, compresa la qualificazione delle azioni promosse dalle persone lese dinanzi ai giudici nazionali. Questi ultimi devono garantire che le persone dispongano di un mezzo di ricorso effettivo, che consenta loro di ottenere il rimborso dell'imposta indebitamente riscossa e degli importi, pagati a tale Stato membro o tratte-*

\* In *Raccolta*, 2006, I, p. 11753 ss. In argomento v. *infra*, p. 701 ss., il commento di ALESSANDRA COMPASSI.

*nuti da quest'ultimo, che siano in relazione diretta con tale imposta. Con riferimento ad altri danni che una persona avrebbe subito a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile a uno Stato membro, quest'ultimo è tenuto a risarcire i danni causati alle persone alle condizioni enunciate nel punto 51 della sentenza 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame, senza che ciò escluda che, in base al diritto nazionale, la responsabilità dello Stato possa essere invocata a condizioni meno restrittive.*

*(Omissis)* **In diritto**

### **La causa principale e le questioni pregiudiziali**

**27.** La causa principale si riferisce ad una causa del tipo «group litigation», relativa al reddito d'investimento esonerato («Franked Investment Income Group Litigation»)

*(Omissis)*

**29.** Tali cause riguardano, in primo luogo, dividendi versati da tali società non residenti a favore delle ricorrenti nella causa principale a decorrere dall'esercizio finanziario chiuso il 30 settembre 1973 e, secondo la decisione di rinvio, almeno sino alla data di quest'ultima; in secondo luogo, dividendi versati dalla società controllante del gruppo BAT ai suoi azionisti a partire dal medesimo esercizio finanziario sino al 31 marzo 1999; in terzo luogo, versamenti di ACT effettuati dalle ricorrenti nella causa principale a decorrere dal detto esercizio sino al 14 aprile 1999 e, in quarto luogo, dividendi qualificati come FID versati tra il 30 settembre 1994 il 30 settembre 1997.

**30.** Le ricorrenti nella causa principale chiedono la restituzione e/o la compensazione delle perdite conseguenti all'applicazione nei loro confronti della normativa in vigore nel Regno Unito

*(Omissis)*

**31.** Pertanto, la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«*(Omissis)*

6. Nell'eventualità in cui uno dei provvedimenti indicati nelle questioni sub 1.-5. risulti in contrasto con una delle disposizioni comunitarie sopra menzionate, qualora la società residente o altre società facenti parte del medesimo gruppo propongano le seguenti domande in connessione con gli inadempimenti di cui trattasi:

*a.* una domanda di ripetizione dell'imposta sulle società illegittimamente riscossa nelle circostanze cui si riferisce la prima questione;

*b.* una domanda di ripristino (o di risarcimento per le perdite subite) degli sgravi dall'imposta sulle società illegittimamente riscossa nelle circostanze di cui alla prima questione;

*c.* una domanda di ripetizione (o di risarcimento) dell'ACT che non abbia potuto essere dedotta in compensazione con l'imposta sulle società – o che sarebbe stata in

altro modo soggetta a sgravio – e che non sarebbe stata versata (o sarebbe stata soggetta a sgravio) se non si fosse verificata la violazione del diritto comunitario;

*d.* una domanda di risarcimento per il mancato godimento di liquidità, qualora l'ACT sia stata portata in compensazione con l'imposta sulle società, tra la data del pagamento dell'ACT e tale compensazione;

*e.* una domanda di ripetizione dell'imposta sulle società versata dalla società o da un'altra società del gruppo, qualora per una di tali società sia sorto un debito a titolo di imposta sulle società a seguito della rinuncia ad altri sgravi al fine di consentire che il proprio debito di imposta ACT venisse portato in compensazione con il proprio debito a titolo di imposta sulle società (ove i limiti imposti alla compensazione dell'ACT abbiano dato luogo a un debito residuale a titolo di imposta sulle società);

*f.* una domanda di risarcimento per il mancato godimento di liquidità dovuto al fatto che l'imposta sulle società sia stata pagata prima della data prevista per tale adempimento o per la successiva perdita di sgravi nelle circostanze descritte supra, sub *e.*;

*g.* una domanda, proposta dalla società residente, di pagamento (o di risarcimento) del *surplus* di ACT che la società abbia ceduto a un'altra consociata e che non abbia potuto dar luogo a sgravi nel momento in cui tale consociata sia stata ceduta, scissa o posta in liquidazione;

*h.* qualora l'ACT sia stata versata, ma abbia successivamente costituito oggetto di ripetizione ai sensi delle disposizioni descritte nell'ambito della quarta questione, una domanda di risarcimento per il mancato godimento di liquidità relativo al periodo compreso tra la data del pagamento dell'ACT e la data in cui ne sia stata chiesta la ripetizione;

*i.* una domanda di risarcimento, qualora la società residente abbia scelto di chiedere il rimborso dell'ACT ai sensi delle disposizioni descritte in seno alla quarta questione e risarcito i suoi azionisti a fronte dell'impossibilità di ottenere un credito d'imposta maggiorando l'importo del dividendo,

se debba ritenersi che ciascuna delle domande sopra indicate costituisca:

- una domanda di ripetizione di somme indebitamente riscosse che sia conseguente e complementare alla violazione delle suesposte disposizioni del diritto comunitario, ovvero

- una domanda di risarcimento dei danni, ragion per cui debbano sussistere le condizioni indicate nella sentenza [5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, Raccolta, I, p. 1029], in materia di risarcimento, ovvero

- una domanda diretta a ottenere un importo equivalente al beneficio indebitamente negato.

7. Nel caso in cui la risposta a uno dei sub-quesiti in cui si articola la sesta questione sia nel senso che la domanda costituisce una domanda diretta a ottenere un importo equivalente al beneficio indebitamente negato:

*a.* se tale domanda sia conseguente o complementare al diritto conferito dalle suesposte disposizioni di diritto comunitario, o

*b.* se debbano essere soddisfatte le condizioni per il risarcimento sancite nella sentenza [*Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *cit.*], o

*c.* se debbano ricorrere altri requisiti.

8. Se ai fini della soluzione della sesta o della settima questione rilevi il fatto che, ai sensi della normativa nazionale, le istanze menzionate nella sesta questione

siano azionate a titolo di ripetizione o siano proposte, o debbano esserlo, a titolo di risarcimento dei danni.

9. Quale orientamento, se del caso, la Corte di giustizia ritenga adeguato fornire, nella fattispecie, in merito alle circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione al momento di valutare se sussista una violazione sufficientemente qualificata nell'accezione data dalla sentenza [*Brasserie du Pêcheur e Factortame, cit.*], e in particolare se, tenendo conto dello stato della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione delle disposizioni comunitarie pertinenti, la violazione fosse giustificabile o se, in un caso specifico, vi sia un nesso causale sufficiente per costituire un "nesso causale diretto" nell'accezione della suddetta sentenza».

(*Omissis*)

#### **Sulle questioni pregiudiziali (*Omissis*)**

##### *Sulle questioni dalla sesta alla nona*

**197.** Con le questioni dalla sesta alla nona, che conviene esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza, nel caso in cui i provvedimenti nazionali oggetto delle precedenti questioni risultino incompatibili con il diritto comunitario, se domande quali quelle presentate dalle ricorrenti nella causa principale al fine di porre rimedio ad una siffatta incompatibilità debbano essere qualificate quali domande di ripetizione di somme illegittimamente riscosse o domande di risarcimento per benefici illegittimamente negati o per danni subiti. In quest'ultimo caso, esso si chiede se debbano essere soddisfatte le condizioni enunciate nelle sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame, cit.*, e se al riguardo si debba tener conto della forma in cui tali domande debbano essere presentate in forza del diritto nazionale.

**198.** Quanto all'applicazione delle condizioni in base alle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da una violazione del diritto comunitario, il giudice del rinvio chiede se la Corte possa fornire orientamenti sul requisito di una violazione sufficientemente qualificata del detto diritto nonché su quello relativo al nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo che incombe allo Stato membro e il danno subito dalle persone lese.

(*Omissis*)

**202.** È comunque certo che, secondo la giurisprudenza consolidata, il diritto di ottenere il rimborso dei tributi riscossi da uno Stato membro in violazione di norme del diritto comunitario costituisce la conseguenza e il complemento dei diritti attribuiti ai singoli dalle disposizioni comunitarie nell'interpretazione loro data dalla Corte (v., in particolare, sentenze 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio, Raccolta*, p. 3595, punto 12, e *Metallgesellschaft e a., cit.*, punto 84). Lo Stato membro è quindi tenuto, in via di principio, a rimborsare i tributi riscossi in violazione del diritto comunitario (sentenze 14 gennaio 1997 in cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, *Comateb e a., Raccolta*, I, p. 165, punto 20, e *Metallgesellschaft e a., cit.*, punto 84).

(*Omissis*)

**209.** Senza comunque escludere che la responsabilità dello Stato membro possa essere chiamata in causa a condizioni meno restrittive in base al diritto nazionale, la Corte ha dichiarato che uno Stato membro ha l'obbligo di risarcire i danni causati ai singoli attraverso violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti alle persone, che si tratti di violazione sufficientemente qualificata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punti 51 e 66, nonché 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, Raccolta, I, p. 10239, punti 51 e 57).

**210.** L'applicazione dei criteri che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario deve, in linea di principio, essere operata dai giudici nazionali (sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punto 58, e *Köbler*, cit., punto 100), in conformità agli orientamenti forniti dalla Corte per procedere a tale applicazione (sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punti 55-57; 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *British Telecommunications*, Raccolta, I, p. 1631, punto 41; *Denkavit e a.*, cit., punto 49, e *Konle*, cit., punto 58).

**211.** Nella causa principale la prima condizione è manifestamente soddisfatta con riferimento agli artt. 43 CE e 56 CE. Infatti, tali disposizioni hanno l'effetto di conferire diritti ai singoli (v., rispettivamente, sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punti 23 e 54, nonché 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, Raccolta, I, p. 4821, punto 43).

**212.** Per quanto riguarda la seconda condizione, si deve ricordare, da un lato, che una violazione del diritto comunitario è sufficientemente qualificata quando uno Stato membro, nell'esercizio del suo potere normativo, ha violato in maniera grave e manifesta i limiti che sono imposti all'esercizio dei suoi poteri (v. sentenze *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punto 55; *British Telecommunications*, cit., punto 42, e 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, Raccolta, I, p. 5123, punto 38). Dall'altro, nell'ipotesi in cui lo Stato membro in argomento, nel momento in cui ha commesso la trasgressione, disponesse soltanto di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata (v. sentenze 23 maggio 1996 in causa n. C-5/94, *Hedley Lomas*, in Raccolta, I, p. 2553, punto 28, e *Haim*, cit., punto 38).

(*Omissis*)

**215.** Nel caso di specie il giudice nazionale, per valutare se una violazione dell'art. 43 CE commessa dallo Stato membro interessato fosse sufficientemente qualificata, si deve prendere in considerazione il fatto che, in un settore quale quello della tassazione diretta, le conseguenze derivanti dalle libertà di circolazione garantite dal Trattato vengono soltanto progressivamente rivelate, in particolare, attraverso i principi sanciti dalla Corte a partire dalla citata sentenza 28 gennaio 1986, *Commissione c. Francia*. Inoltre, in materia di imposizione di dividendi percepiti da società residenti da parte di società non residenti, soltanto nelle citate sentenze *Verkooijen*, *Lenz e Manninen* la Corte ha avuto l'occasione di specificare le condizioni derivanti dalle dette libertà di circolazione, in particolare con riguardo alla libera circolazione dei capitali.

(*Omissis*)

**218.** Quanto alla terza condizione, vale a dire all'esigenza di un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo che incombe allo Stato e il danno subito dalle persone lese, spetta al giudice del rinvio verificare se il danno invocato consegua in modo sufficientemente diretto alla violazione del diritto comunitario al fine di chiamare lo Stato a risarcirlo (v., in tal senso, in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità, sentenza 4 ottobre 1979 in cause riunite n. 64/76, n. 113/76, n. 167/78, n. 239/78, n. 27/79, n. 28/79 e n. 45/79, *Dumortier frères e a. c. Consiglio*, in *Raccolta*, p. 3091, punto 21).

**219.** Fatto salvo il diritto al risarcimento, che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario, qualora siano soddisfatte tali condizioni, lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato applicando le norme del diritto nazionale relative alla responsabilità, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenze 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francoovich e a.*, in *Raccolta*, I, p.5357, punti 41-43; *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *cit.*, punto 67, nonché *Köbler*, *cit.*, punto 58).

**220.** Si deve pertanto rispondere alle questioni dalla sesta alla nona che, in mancanza di normativa comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e disciplinare le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali volti a garantire la salvaguardia dei diritti conferiti alle persone dall'ordinamento comunitario, compresa la qualificazione delle azioni promosse dalle persone lese dinanzi ai giudici nazionali. Questi ultimi devono garantire che le persone dispongano di un mezzo di ricorso effettivo, che consenta loro di ottenere il rimborso dell'imposta indebitamente riscossa e degli importi, pagati a tale Stato membro o tratti da quest'ultimo, che siano in relazione diretta con tale imposta. Con riferimento ad altri danni che una persona avrebbe subito a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile a uno Stato membro, quest'ultimo è tenuto a risarcire i danni causati alle persone alle condizioni enunciate nel punto 51 della citata sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, senza che ciò escluda che, in base al diritto nazionale, la responsabilità dello Stato possa essere invocata a condizioni meno restrittive.

(*Omissis*)

## **L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO IN MATERIA DI RIPETIZIONE DI TRIBUTI INDEBITAMENTE VERSATI E DOMANDA PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO**

**Sommario:** *Introduzione - 1. Il caso - 2. La ripetizione dell'indebito ed i principi elaborati dalla Corte di giustizia - 3. I precedenti - 4. Cenni alla tematica del risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri - 5. Ripetizione di tributi indebitamente versati e risarcimento del danno subito - 6. Conclusioni.*

### **Introduzione**

La sentenza della Corte in causa n. C-446/04<sup>1</sup>, sopra riportata, affronta due problematiche specifiche: imposizione diretta dei redditi di partecipazione (assoggettamento all'imposta sulle società dei dividendi distribuiti nel Regno Unito) (primo profilo) e diritto al rimborso di imposte indebitamente versate, in quanto incompatibili con il diritto comunitario, unitamente al tema del diritto al risarcimento del danno (secondo profilo). Oggetto di attenzione del presente scritto sarà il secondo dei profili ricordati.

Dopo aver brevemente tracciato i contorni del caso sottoposto alla Corte di giustizia, l'attenzione verrà dapprima dedicata alla ricostruzione dei principi elaborati dalla stessa Corte di giustizia in merito alla ripetizione dell'indebito e, successivamente e per cenni, alla tematica del diritto degli amministratori al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri, per concludere, infine, sul rapporto tra le due forme di tutela riconosciute dall'ordinamento comunitario.

### **1. Il caso**

Le questioni sottoposte alla Corte vertono sull'interpretazione degli artt. 43 e 56 del Trattato, nonché degli artt. 4, n. 1 e 6 della direttiva del Consiglio

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11753 ss.

del 23 luglio 1990 n. 90/435/Cee<sup>2</sup>, relativa al regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi<sup>3</sup>.

La principale questione controversa è relativa all'esenzione dall'imposizione che viene concessa in uno Stato membro ad una società residente che abbia percepito dividendi versati da società residenti nello stesso Stato membro ed alla mancata concessione della stessa esenzione in riferimento ai dividendi corrisposti da una società non residente (quesito n. 1). A questa sono collegate le questioni da 2 a 5 che riguardano meccanismi particolari di versamento dell'imposta sulle società in relazione ai dividendi pagati da società non residenti, riconoscimento di un credito di imposta e della possibilità di compensare l'imposta sulle società pagata (rispetto a quanto previsto per i dividendi distribuiti da società residenti). Si tratta di questioni tutte legate al principio secondo cui gli Stati membri devono disporre di un sistema di prevenzione o di attenuazione dell'imposizione a catena o della doppia imposizione economica nel caso di dividendi versati a residenti da parte di società ugualmente residenti e che deve essere accordato, quale trattamento equivalente, ai dividendi versati a residenti da parte di società non residenti.

Relativamente ai profili di incompatibilità presunta che vengono sottoposti alla Corte, il giudice del rinvio si chiede se le domande che le ricorrenti presentano a seguito di una declaratoria di incompatibilità dei provvedimenti dello Stato assumano la forma della domanda di rimborso, e quindi ricadono nella tematica della ripetizione dell'indebitato, ovvero possano assumere anche la forma di domande di risarcimento del danno subito, con la conseguente applicazione dei principi elaborati in materia di responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario (quesiti da 6 a 9).

La Corte risponde soltanto ai primi cinque quesiti (relativi all'imposizione diretta dei dividendi). Riguardo alle questioni inerenti la domanda di rimborso per le imposte versate allo Stato membro e dichiarate incompatibili con il diritto comunitario ed alle domande di risarcimento dei danni subiti, detta i principi ricorrenti nella propria giurisprudenza e rinvia al giudice nazionale sia per la qualificazione giuridica della domanda prodotta dalle parti, che per la soluzione da adottare nel caso concreto<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Pubblicata in *Guce* n. L 225 del 20 agosto 1990, p. 6.

<sup>3</sup> La causa riguardava il regime del Regno Unito relativo all'imposta sulle società, c.d. *advance corporation tax*, vigente dal 1973 al 1999. Specificatamente l'oggetto di analisi è stato il trattamento fiscale dei dividendi percepiti da società con sede nel Regno Unito distribuiti da società partecipate aventi sede in Stati membri diversi e, con riguardo ad un aspetto del regime del Regno Unito sollevato dal giudice del rinvio, Paesi terzi. L'analisi della Corte riguarda l'incidenza della norma nazionale in rapporto agli artt. 43 e 56 del Trattato.

<sup>4</sup> Conclude, in modo articolato, stabilendo che, a date condizioni, una normativa come quella del Regno Unito può costituire violazione delle norme suddette, secondo i profili tracciati nella sentenza (si veda, in particolare, le conclusioni dei giudici a sintesi del ragionamento svolto), con la conseguenza che le somme indebitamente versate allo Stato dovranno da quest'ultimo essere rese (e a seconda dei casi, stabilita la natura e tipologia della domanda presentata al giudice nazio-



## 2. La ripetizione dell'indebito ed i principi elaborati dalla Corte di giustizia

La Corte di giustizia ha affrontato a più riprese la problematica della ripetizione dell'indebito. Le ipotesi sono varie. Si possono ricordare i tributi o le forme di imposizione adottate dai singoli Stati membri in violazione al diritto comunitario od ai principi fondamentali, come nel caso concreto relativo alla tassazione dei redditi di partecipazione, ed i prelievi imposti in forma di corrispettivo per la prestazione di servizi specifici che non presentano i caratteri richiesti dalla normativa comunitaria (tra i casi maggiormente clamorosi che riguardano il nostro ordinamento si può ricordare la serie di cause relative alla tassa di concessione governativa per l'iscrizione di atti societari nel registro delle imprese, ovvero dei tributi pagati al nostro erario al momento dell'importazione di merci da altri Paesi membri<sup>5</sup>)<sup>6</sup>.

Assunto imprescindibile è la constatazione che la Corte di giustizia ha sempre riconosciuto ai singoli un diritto alla tutela delle proprie posizioni soggettive in rapporto agli obblighi discendenti dal Trattato e dal diritto comunitario derivato<sup>7</sup>. Il diritto al rimborso delle somme indebitamente versate costituisce conseguenza e completamento dei diritti attribuiti agli amministrati dalle disposizioni comunitarie nell'interpretazione loro data dalla Corte<sup>8</sup>. Di conseguenza, incombe sullo Stato membro, in via di principio, l'obbligo (nell'accezione che si vedrà) di rimborsare i tributi riscossi in violazione del diritto comunitario<sup>9</sup>.

nale, si tratterà di domanda di rimborso di somme versate, ovvero di domanda di risarcimento del danno subito a causa della violazione del diritto comunitario) (sul punto si veda il par. 5 del presente lavoro).

<sup>5</sup> Su cui si rinvia a M. VALCADA, *Il recupero di importi percepiti dallo Stato in violazione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2004, p. 305 ss.

<sup>6</sup> Originariamente, il dibattito, soprattutto grazie all'intervento della Corte di giustizia, aveva ad oggetto la *natura di tassa ad effetto equivalente* che poteva essere attribuita ad un determinato tributo. Oggi, ormai da decenni, il problema si pone sulla *ripetibilità* delle somme pagate. In proposito può richiamarsi la sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001 in cause riunite n. C-397/98 e n. C-410/98, *Metallgesellschaft*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1727, peraltro relativa all'alternativa azione di ripetizione e risarcimento del danno.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3.

<sup>8</sup> Sentenza della Corte del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *cit. supra*, nota 1, punto 202, nonché sentenze dell'8 marzo 2001 in cause riunite n. C-397/98 e n. C-410/98, *Metallgesellschaft*, *loc. cit.*, punto 84; del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595, punto 12 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con commento di S. ZARRILLI; *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505; del 2 febbraio 1988 in causa n. 309/85, *Barra e a.*, in *Raccolta*, 1988, p. 355; del 9 febbraio 1999 in causa n. C-343/96, *Dilexport*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 579, punto 23 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 475; del 21 settembre 2000 in cause riunite n. C-441/98 e C-422/98, *Michailidis*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7145, punto 30.

<sup>9</sup> Sentenza della Corte del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *loc. cit.*, punto 202; cfr., inoltre, sentenze dell'8 marzo 2001 in cause riunite n. C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*, *loc. cit.*, punto 84; dell'11 luglio 2002 in causa n. C-62/00, *Marks & Spencer*, in *Raccolta*, 2002, I,

Ciò che preliminarmente è necessario verificare è la definizione dei confini tra l'ambito comunitario e quello delle legislazioni nazionali per quanto riguarda la disciplina applicabile alle azioni di ripetizione fondate sul diritto comunitario piuttosto che sul diritto interno.

L'ordinamento comunitario, in proposito, non prevede una disciplina uniforme applicabile negli Stati membri talché spetterà all'ordinamento giuridico interno di ciascun Paese designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario. La giurisprudenza della Corte di giustizia è stata costante nell'affermare che ciascun ordinamento, tenuto a stabilire modalità e procedure, dovrà elaborare meccanismi tali per cui le stesse modalità non potranno essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna – sulla base del c.d. *principio di equivalenza* – e che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario – sulla base del c.d. *principio di effettività*<sup>10</sup>.

Altra argomentazione di massimo interesse è legata al rapporto tra i diversi ordinamenti, ovvero quello comunitario e quelli nazionali. Dato costante: la Corte è intervenuta in molteplici occasioni avendo a riferimento l'azione di ripetizione dell'indebito *comunitario*. Vanno distinte, riguardo a questo punto, le azioni di ripetizione fondate sul diritto interno da quelle fondate sul diritto comunitario. La nota che distingue le azioni fondate sul diritto comunitario è rappresentata dalla diretta applicabilità delle norme violate appartenenti a tale ordinamento, anche se oggi questo dato deve fare i conti con l'estensione dei principi fondamentali del diritto comunitario che soli consentono, a volte ed a certe condizioni, piena tutela ai singoli<sup>11</sup>.

p. 6325; del 9 dicembre 2003 in causa n. n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637, punto 25 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 534; del 14 gennaio 1997 in cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, *Comateb e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 165, punto 20 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 483; del 9 febbraio 1999 in causa n. C-343/96, *Dilexport*, *cit. supra*, nota 8, punto 23; del 21 settembre 2000 in cause riunite n. C-441/98 e n. C-422/98, *Michailidis*, *cit. supra*, nota 8, punto 30).

<sup>10</sup> Cfr. le sentenze in cause riunite dell'8 marzo 2001 n. C-397/98 e n. C-410/98, *Metallgesellschaft*, *cit. supra*, nota 6, punto 84; del 13 dicembre 2005 in causa n. C-446/03, *Marks & Spencer*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10837; del 15 settembre 1998 in causa n. C-231/96, *Edis*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951, punti 19 e 34; del 15 settembre 1998 in causa n. C-260/96, *Spac*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4997, punto 18; del 17 novembre 1998 in causa n. C-228/96, *Fallimento Aprile*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7141, punto 18; del 9 febbraio 1999 in causa n. C-343/96, *Dilexport*, *loc. cit.*, punto 25; del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989, punto 5; del 16 dicembre 1976 in causa n. 45/76, *Comet*, in *Raccolta*, 1976, p. 2043, punti 13 e 16 e in questa *Rivista*, 1977, p. 123 con commento di P. CIMOLINO, *Decadenza al rimborso delle tasse di effetto equivalente*, p. 126; nello stesso senso sentenza del 20 settembre 1991 in causa n. C-453/99, *Courage c. Crehan*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6297 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 698.

<sup>11</sup> Sull'aspetto della integrazione tra ordinamenti si rinvia a M. MARESCA, *Le "Tasse di Effetto Equivalente"*, Padova, Cedam, 1984, p. 179. Dello stesso autore si veda *Ancora in tema di ripetizione dell'indebito comunitario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1989, p. 860 ss., in particolare p. 863 (in commento a Tribunale di Trento - pres. est. Latorre - dell'11 aprile 1986, *Priante c. Ministero delle Finanze*). Sul concetto ed estensione della nozione delle disposizioni direttamente effi-

### 3. I precedenti

Alla domanda se esiste un obbligo giuridico, a carico degli Stati membri, di provvedere alla restituzione di tributi indebitamente percepiti (in applicazione di norme interne configgenti con il diritto sopranazionale), la Corte ha risposto in senso affermativo.

In particolare, ciò che ha definito è il contenuto del diritto del singolo al rimborso delle somme versate (e non dovute perché previste da norme interne in contrasto con il diritto comunitario): si tratta di un diritto in certo senso secondario, indiretto, in quanto costituisce *conseguenza e completamento* dei diritti attribuiti agli amministrati (soprattutto, come accennato, nell'interpretazione loro data dalla Corte stessa)<sup>12</sup>. Siffatta lettura è antecedente logico a due distinte premesse di fondo. Da un lato la qualificazione giuridica della necessaria contropartita al diritto che sorge in capo al singolo, dall'altro il fondamento di tale contropartita.

Sotto il primo aspetto diventa rilevante il concetto di *obbligo*, poiché al diritto di un soggetto non può non conseguire l'*obbligo* in capo ad un altro soggetto (nella sequenzialità paritetica propria della ricostruzione dei rapporti giuridici all'interno di ciascun ordinamento).

La Corte ha sviluppato e risolto il problema legato al *fondamento* di tale obbligo sulla base di quanto previsto dallo stesso Trattato all'art. 10: i singoli ordinamenti nazionali sono tenuti a dare attuazione al diritto comunitario sulla base, appunto, del c.d. principio di leale collaborazione.

Ci si deve tuttavia interrogare riguardo a quale sia il *diritto comunitario* cui gli Stati sarebbero tenuti, in via di principio, a dare attuazione<sup>13</sup>. Infatti, non è secondario osservare come le somme versate dal singolo costituiscono adempimento di una obbligazione (spesso di natura tributaria) contenuta in una disposizione nazionale. Il diritto cui gli Stati membri sono tenuti a dare attuazione è di contenuto diverso e non corrispondente al diritto del singolo ad ottenere il rimborso delle somme ingiustamente versate. Sulla base della

caci si veda L. DANIELE, *Tendenze attuali della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norme direttamente efficaci*, in questa *Rivista*, 1995, p. 219 ss.

<sup>12</sup> Si veda la giurisprudenza *cit. supra*, nota 8. Tuttavia tale ricostruzione potrebbe scontrarsi con la constatazione che se la *diretta applicabilità* delle norme del Trattato o dei principi invocati a fondamento di una azione di ripetizione giustifica l'esistenza di un c.d. *indebito comunitario*, allora sostenere che il diritto del singolo è un diritto secondario od indiretto può non essere corretto dal punto di vista logico e giuridico (soprattutto se si considera il risarcimento del danno come fonte di ripristino della situazione di fatto che la corretta applicazione o il rispetto del diritto comunitario avrebbe garantito).

<sup>13</sup> Precisamente il principio di leale cooperazione è ricollegato all'art. 10 del Trattato, al generale obbligo degli Stati membri di assicurare l'esecuzione degli obblighi sanciti dal diritto comunitario, rendendo possibile l'assolvimento dei compiti della Comunità ed astenendosi dal porre in essere misure idonee a compromettere la realizzazione degli scopi che lo stesso Trattato persegue. In punto si rinvia, più estesamente, a G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2006, p. 109 ss.

giurisprudenza della Corte in materia di indebito, gli Stati sono chiamati solo secondariamente ad attuare la/e disposizione/i dell'ordinamento comunitario che sono state violate dallo Stato membro imponendo l'onere stesso<sup>14</sup>, mentre primariamente sono tenuti a rimborsare l'indebito al *solvens* (per converso, sulla base di quanto previsto dal Trattato all'art. 10, si può affermare che il diritto del singolo a vedersi rimborsate le somme versate, cioè il diritto ad ottenere tutela, è secondario, mentre il correlativo obbligo che incombe sugli Stati membri costituisce autonomo mezzo o modalità di attuazione del generale obbligo di leale cooperazione di cui allo stesso art. 10)<sup>15</sup>. Ciò è in linea, peraltro, con l'assenza di norme comuni in materia (primo punto) e con la funzione o ruolo di cui gli Stati membri sono investiti, ovvero l'integrazione-implementation del diritto comunitario (secondo punto)<sup>16</sup>.

Chiarita la posizione della giurisprudenza della Corte nell'interpretazione del contorno e contenuto del *diritto al rimborso riconosciuto al singolo/obbligo dello Stato membro di attuare il diritto comunitario* (ponendo rimedio per l'appunto ad una violazione dello stesso), si esamineranno gli sviluppi cui la Corte è pervenuta nel corso degli anni.

Non si può tuttavia prescindere dal riferimento ad una premessa di fondo: l'ampiezza (intesa quale non determinatezza) della *materia* oggetto di analisi. La Corte si è mossa con significativa cautela nello sviluppo della giurisprudenza in materia di ripetizione dell'indebito, soprattutto nel caso di misure fiscali. La conseguenza è stata una prudente ricostruzione dei confini del possi-

<sup>14</sup> Il termine *onere* è da intendersi in senso tecnico, quale tributo, dazio, imposta, etc.

<sup>15</sup> La precisazione non è secondaria. Infatti, la giurisprudenza della Corte ha riempito di contenuto, nel corso degli anni, anche il principio di leale collaborazione. Esso è identificato, in linea di principio in triplice accezione – come dovere di leale cooperazione degli organi nazionali verso le istituzioni comunitarie, come dovere di leale cooperazione reciproca nei rapporti tra istituzioni e Stati membri e, infine, come dovere di collaborazione leale delle istituzioni comunitarie verso gli Stati membri ed i loro organi (cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit. *supra*, nota 13, in particolare p. 115). Orbene, la Corte ha tradotto il principio nel dovere di garantire la portata ed effettività del sistema giuridico comunitario e quindi di garantire la piena efficacia dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie; in tale accezione rientra anche l'obbligo di attivare rimedi giurisdizionali adeguati. In materia di ripetizione dell'indebito la Corte ha stabilito che spetta agli ordinamenti nazionali designare organi competenti (giudici) e modalità procedurali ed ha fondato tale obbligo sull'art. 10 del Trattato affermando che «è compito dei giudici nazionali di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta» (in particolare si veda la sentenza del 27 marzo 1980 in causa n. 61/79, *Denkavit*, in *Raccolta*, 1980, p. 1205, punto 23, a richiamo dei precedenti *Comet* e *Rewe*, in causa n. 45/76 e in causa n. 33/76, entrambe cit. *supra*, nota 10). A sostegno si citano le conclusioni dell'Avvocato Generale REISCHL nel caso *Denkavit*, in causa n. 61/79, *loc. cit.*, dove si legge: «l'efficacia diretta del diritto comunitario implica che le prestazioni rimosse ingiustamente vanno in linea di massima rimborsate, giacché altrimenti l'efficacia pratica del diritto comunitario potrebbe essere ostacolata dal fatto che uno stato membro riscuota tributi trasgredendo le disposizioni comunitarie». Parte della dottrina non ha esitato ad equiparare il fondamento di tale obbligo degli Stati come riflesso del meccanismo di attuazione delle disposizioni comunitarie violate in chiave sanzionatoria (prendendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'efficacia delle direttive). In proposito cfr. anche M. MARESCA, *Le "Tasse di Effetto Equivalente"*, cit. *supra*, nota 11, p. 172-173.

<sup>16</sup> Di nuovo si rinvia, *ex multis*, a M. MARESCA, *Le "Tasse di Effetto Equivalente"*, cit. *supra*, nota 11, p. 162.

bile oggetto di censura da parte della Corte stessa, ponendo attenzione a non invadere la sfera di competenza degli Stati membri (in particolare nel campo fiscale, connotato da ampi margini di autonomia ed indipendenza stante la conservazione di una sovranità in materia). Il concetto di sovranità non deve trarre in inganno. Quando infatti si parla di fiscalità comunitaria, ci si riferisce ad un alcunché di diverso rispetto alla connotazione nel diritto nazionale. La prima persegue finalità *non* fiscali, nel senso che non è diretta a procurare entrate o risorse finanziarie al bilancio della Comunità (garantite per mezzo delle c.d. *risorse proprie*), bensì a garantire il raggiungimento delle finalità del Trattato<sup>17</sup>. La sovranità nazionale in materia fiscale, invero, riguarda il finanziamento dello Stato ponendo la definizione degli elementi dell'obbligazione tributaria<sup>18</sup>. Conferma di questo si ritrae dallo studio dei principi che regolano i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale in materia: supremazia del diritto comunitario, effetto diretto delle disposizioni di diritto comunitario e, infine, leale collaborazione tra istituzioni comunitarie e Stati membri<sup>19</sup>. La *sovranità* cui ci si riferisce in materia di ripetizione dell'indebito, utilizzando impropriamente il termine, è quella strettamente legata all'attuazione concreta del diritto del singolo: come si vedrà, in assenza di disciplina comune agli Stati membri rispetto a procedure e competenze per la restituzione dell'indebito, saranno proprio questi ultimi a dover approntare i meccanismi di tutela adeguati<sup>20</sup>.

L'ampiezza-non determinatezza dell'ambito in cui operano i principi sulla ripetizione dell'indebito assume rilievo se considerata unitamente all'ambito applicativo della c.d. fiscalità comunitaria, da un lato, ed alla sovranità degli Stati membri dall'altro. Se in origine oggetto di intervento della Corte di giustizia erano i provvedimenti o misure fiscali interne contrastanti con le principali disposizioni in materia di libertà di circolazione delle merci (si ve-

<sup>17</sup> Sul tema della fiscalità comunitaria si rinvia a E. TRAVERSA, *La fiscalità comunitaria*, in M. COLUCCI - S. SICA (a cura di), *L'Unione Europea Principi - Istituzioni - Politiche - Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 403.

<sup>18</sup> Anche se, tuttavia, oggi risulta alquanto complesso poter affermare un principio di sovranità assoluta in materia fiscale da parte degli Stati membri. Si ricorda, in merito, il ruolo fondamentale degli atti normativi comunitari relativamente alla tassazione dei dividendi (c.d. direttiva madrefiglia), all'imposta sul valore aggiunto ed alla sua disciplina in continuo movimento anche grazie agli interventi della Corte di giustizia, l'imposizione sui redditi delle società, etc.

<sup>19</sup> E. TRAVERSA, *La fiscalità comunitaria*, *loc. cit.*, p. 405.

<sup>20</sup> Si potrebbe tracciare una distinzione tra sovranità intesa in accezione pubblicistica, come potestà di imperio da parte di chi *superiorem non recognoscat*, e sovranità più strettamente tecnica, come nel caso concreto. Infatti, se è vero che l'obiettivo della fiscalità comunitaria si pone in chiave garantistica per il raggiungimento degli scopi del Trattato (quindi riduzione degli ostacoli alla libertà di circolazione, ad esempio cercando di porre rimedio alle doppie imposizioni, ovvero di evitare che i meccanismi concorrenziali tra operatori economici siano distorti, ad esempio vietando o considerando non compatibili con il diritto comunitario le misure fiscali interne discriminatorie, etc.), allora il concetto di sovranità, considerato secondo i canonici significati, risulterà certamente mitigato. Rispetto al ruolo del principio di leale collaborazione ex art. 10 del Trattato ed ai rapporti tra diritto comunitario e nazionale, si richiamano le parole di E. TRAVERSA, *loc. cit.*, p. 405.

da, ad esempio, i casi *Rewe* e *Comet*<sup>21</sup>), successivamente l'intervento della Corte si è esteso anche alle misure fiscali interne discriminatorie, quindi adottate in violazione all'art. 95 del Trattato.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte si è mossa dall'elaborazione e successiva applicazione di principi generali.

La Corte ha affermato che *in assenza di norme comunitarie* compete agli Stati membri designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali per le azioni di ripetizione dell'indebito nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (cfr. i casi *Comet* e *Rewe*, citati). Tali prime pronunce sono dedicate alla ripetizione dell'indebito in rapporto a termini processuali nazionali (modalità procedurali *tout court*) e l'affermazione di principio è tesa a garantire la tutela che i singoli traggono dall'*efficacia diretta della normativa comunitaria* in applicazione dei principi suddetti<sup>22</sup>.

Recentemente la Corte ha "tentato" una sorta di rielaborazione di tali principi (il riferimento è alla causa *Sante Pasquini*<sup>23</sup>). Viene osservato come il diritto nazionale debba rispettare il principio di equivalenza (in base al quale le modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria non possono essere meno favorevoli di quelle aventi ad oggetto il trattamento di situazioni puramente interne), nonché il principio di effettività (che esige che dette modalità procedurali non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti risultanti dalla situazione di origine comunitaria). I giudici osservano che gli stessi principi vanno applicati anche all'insieme delle modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria, indipendentemente dal fatto che le dette modalità siano di natura ammini-

<sup>21</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 45/76, *Comet*, e in pari data in causa n. n. 33/76, *cit. supra*, nota 10.

<sup>22</sup> Nei casi citati venne affermato in generale che termini processuali nazionali spirati non potevano costituire ostacolo alla applicabilità del diritto comunitario purché nel rispetto del principio di effettività della tutela dei singoli, tutela che i singoli amministrati potevano vedersi garantita dagli effetti diretti delle disposizioni di diritto comunitario (nel caso quelle sulla libertà di circolazione delle merci). La Corte, in particolare, nel caso *Comet* enuncia: «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» (principio di equivalenza) (punto 13). Nello stesso senso si veda il punto 5 della sentenza pronunciata nel caso *Rewe*. Allo stesso modo viene applicato il principio di effettività: « (...) a condizione che le modalità procedurali dell'azione giudiziale non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» (punto 19 sentenza *Comet* e punto 6 sentenza *Rewe*). In entrambi i casi si afferma che il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di opporre a coloro che impugnano, dinanzi a giudici nazionali, un provvedimento perché incompatibile con il diritto comunitario stesso, il mancato rispetto di un termine contemplato dalle norme interne (a condizione del rispetto, come detto sopra, del principio di effettività della tutela) (punto 19 sentenza *Comet* e punto 6 sentenza *Rewe*).

<sup>23</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2003 in causa n. C-34/02, *Sante Pasquini*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6515 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 561.

strativa o giudiziaria, con riferimento in particolare alle «(...) norme nazionali in materia di prescrizione e di ripetizione dell'indebito (...)»<sup>24</sup>.

Nel caso *Just*<sup>25</sup>, la Corte riafferma i principi di effettività e di equivalenza che gli Stati membri sono tenuti a rispettare nella definizione delle modalità procedurali e delle competenze soggettive ma questa volta in materia di *restituzione di tributi nazionali riscossi in violazione dell'art. 95 Trattato* (ora art. 90), quindi costituenti misure fiscali discriminatorie, pur sempre *in assenza di norme comunitarie* in materia (punto 20 della sentenza). Passo ulteriore è stato quello di considerare i summenzionati principi anche in relazione alle azioni per la *contestazione di tributi nazionali pretesi illegittimamente* (caso *Denkavit*<sup>26</sup>, punto 25).

Il primo dei due casi da ultimi citati è rilevante anche perché ha offerto la possibilità di considerare, con notevole anticipo sui tempi, la possibilità di valutare il *danno* subito da un importatore per effetto di misure fiscali discriminatorie (e tra poco si vedranno il perché ed il come).

Va preliminarmente osservato come con questi primi passaggi la Corte non abbia dimenticato di considerare anche l'ipotesi di indebito arricchimento per il caso di traslazione su terzi dell'onere. L'*arricchimento senza giusta causa*, che conseguirebbe alla restituzione del tributo, costituisce una delle eccezioni per cui lo Stato membro può stabilire che non sussiste diritto alcuno ad ottenere il rimborso del pagato da parte dell'avente diritto. In sostanza se l'operatore economico ha traslato o riversato il "prezzo" del tributo su terzi, in altri termini ha incorporato l'onere nel prezzo dovuto dal consumatore finale, se ne avrà che l'eventuale rimborso del tributo stesso costituirà indebito arricchimento in capo al soggetto obbligato al pagamento stesso (il quale non avrà subito alcuna decurtazione patrimoniale proprio perché ha trasferito l'onere sul prezzo di vendita)<sup>27</sup>. Ebbene, in questi casi potrà escludersi il diritto al rimborso proprio in applicazione di un principio generale. Si tratta di argomentazioni originatesi da tesi difensive adottate dagli Stati membri<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Sentenza della Corte di giustizia del in causa n. C-34/02, *Sante Pasquini*, *cit. supra*, nota 23, in particolare punti 52-54, 56-58, 62, 63 e 73.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 1980 in causa n. 68/79, *Just*, in *Raccolta*, 1980, p. 501.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1980 in causa n. 61/79, *Denkavit*, *cit. supra*, nota 15.

<sup>27</sup> Si citano ad esempio le sentenze *Just* e *Denkavit*, *entrambe loc. cit.*: «È necessario precisare in proposito che la tutela dei diritti garantiti in materia dall'ordinamento giuridico comunitario non esige che si conceda la restituzione di tasse indebitamente percepite a condizioni tali da causare un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto. Nulla impedisce quindi, dal punto di vista del diritto comunitario, che i giudici nazionali tengano conto, conformemente al proprio diritto interno, della possibilità che tasse indebitamente percepite siano state incorporate nei prezzi dell'impresa assoggettata alla tassa e trasferite sugli acquirenti» (punto 26 di entrambe le sentenze).

<sup>28</sup> Sul punto si rinvia a M. MARESCA, *Le "Tasse di Effetto Equivalente"*, *cit. supra*, nota 11, p. 174. Secondo la teoria avanzata dagli Stati membri a difesa della propria posizione, l'operatore economico usualmente trasferiva l'onere sul prezzo di vendita sicché non subiva alcuna diminuzione

Cercando di trarre un primo bilancio, si può osservare che nel corso degli anni la giurisprudenza della Corte ha definito una tutela progressivamente sempre più pregnante passando dall'affermazione di un obbligo generico di tutela delle posizioni che i singoli ritraggono dall'efficacia diretta di disposizioni comunitarie, meglio dall'affermazione di *principi*, appunto *equivalenza* ed *effettività*, tesi a garantire la tutela dei singoli amministrati, ad un obbligo, cioè quello di garantire la restituzione di tributi indebitamente percepiti da parte dello Stato membro (sulla base del *principio di leale collaborazione*) (e finanche a considerare le ipotesi di disciplina delle modalità di contestazione di tributi illegittimamente pretesi da un ordinamento nazionale in forma di limiti che le giurisdizioni nazionali sono tenute a rispettare – quest'ultimo indirizzo soprattutto in materia di prove e modalità restitutorie<sup>29</sup>).

Numerose sono le pronunce che sviluppano ed approfondiscono queste tematiche arricchendole di particolari osservazioni *a latere*: si consideri in materia di tutela della concorrenza, ad esempio, il caso *Ariete*, causa n. 811/79<sup>30</sup>, o più estesamente il caso *Mireco*, causa n. 826/79<sup>31</sup>. Il problema di fondo è rappresentato dalla diversità delle legislazioni nazionali a disciplina delle azioni di ripetizione dell'indebito e dei profili di eventuale incompatibilità con le regole comunitarie di concorrenza. La Corte ha affermato che tale diversità non determina incompatibilità con le disposizioni comunitarie poste a presidio della concorrenza. In particolare i giudici sostenevano che le garanzie che riconoscono ai singoli la tutela delle posizioni ritratte dall'efficacia diretta del diritto comunitario, combinata con le particolarità delle legislazioni nazionali a disciplina delle condizioni di forma e di sostanza relative al recupero di tributi nazionali riscossi in violazione del diritto comunitario, non è incompatibile con le norme comunitarie relative alla creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune. Soprattutto è stato escluso il profilo di incompatibilità con le disposizioni ed i principi posti a tutela della libertà di circolazione delle merci e della concorrenza<sup>32</sup>.

patrimoniale. Ne conseguiva che ammettendo il rimborso del pagato l'operatore economico beneficiava di un doppio rimborso: per effetto dell'azione di ripetizione andata a buon fine e come incremento del prezzo di vendita. Per un breve *excursus* sulla ripetizione dei tributi con particolare riferimento alla traslazione dell'onere si veda V. MERCURIO, *La ripetizione dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario tra "diritto vivente" e principio di effettività*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 5, p. 85. Inoltre, sul punto, cfr. L. DANIELE, *Restituzione dell'indebito comunitario e giurisprudenza italiana: chi è nel giusto?*, in questa *Rivista*, 1987, p. 139 ss.

<sup>29</sup> In proposito cfr. L. DANIELE, *Restituzione dell'indebito comunitario*, *loc. cit.*; in generale, dello stesso autore, si veda *La restituzione dell'indebito in diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 425 ss. Ancora: S. ZARILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 8.

<sup>30</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1980 in causa n. 811/79, *Ariete*, in *Raccolta*, 1980, p. 2545.

<sup>31</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1980 in causa n. 826/79, *Mireco*, in *Raccolta*, 1980, p. 2559.

<sup>32</sup> Sentenza del 10 luglio 1980 in causa n. 811/79, *Ariete*, *loc. cit.*, punti 14-16 e sentenza in pa-



Si assiste, ancora una volta, all'affermazione di principi generali in merito alle condizioni di forma e sostanza relative all'esperimento delle azioni per la ripetizione<sup>33</sup>, affinando, con il passare del tempo, gli strumenti per incidere su quelle stesse condizioni di forma e di sostanza che gli Stati membri avevano stabilito per il *caso concreto*: così si giunge alla pronuncia resa nel caso *San Giorgio*<sup>34</sup> ed alla fissazione di un principio generale in merito alle *modalità di prova*. Nel caso citato la norma nazionale imponeva all'istante la dimostrazione di *non aver traslato* su terzi l'onere di cui chiedeva il rimborso – una forma di *prova negativa* posta a carico di chi chiedeva il rimborso e di cui la Corte si è occupata anche successivamente nel senso di stabilire un obbligo a carico del giudice nazionale (il quale sarebbe soggetto competente a verificare se l'onere del tributo fosse stato posto interamente a carico di un altro soggetto e quindi il rimborso all'istante non farebbe altro che rappresentare un indebito arricchimento in capo a quest'ultimo)<sup>35</sup>. Lo Stato membro non potrà stabilire modalità di prova a carico dell'istante tali da costituire, nella sostanza, violazione del principio di effettività.

ri data in causa n. 826/79, *Mireco*, cit. supra, nota 31, punto 15. In particolare, nella sentenza resa nel caso *Ariete*, i Giudici hanno affermato: « (...) 15. Dette disposizioni [quelle poste a tutela della concorrenza – (n.d.A.)] si concretano essenzialmente, da un lato, nelle norme applicabili alle imprese (artt. 85-90 del Trattato) e, dall'altro, in quelle relative agli aiuti concessi dagli Stati (artt. 92-94). Le prime non possono trovare applicazione nei rapporti fra le imprese e le autorità fiscali degli Stati membri, nell'esercizio da parte di queste ultime del loro potere di istituire tributi. Per quanto riguarda le seconde, la Corte ha dichiarato, nella sentenza 27 marzo 1980 (causa n. 61/79, *Denkavit*), che l'obbligo a carico dell'amministrazione di uno Stato membro di restituire ai contribuenti che ne facciano domanda tasse od oneri non dovuti poiché incompatibili con diritto comunitario non costituisce aiuto ai sensi dell'art. 92 del Trattato Cee. 16. Si deve inoltre notare che in ciascuno Stato membro, tutti gli operatori economici che abbiano indebitamente corrisposto tasse nazionali incompatibili col diritto comunitario si trovano in una situazione di parità rispetto alla possibilità di far valere i propri diritti, cosicché non si può parlare, a questo riguardo, di distorsioni della concorrenza. È per contro esatto che tali possibilità differiscono da uno Stato membro all'altro a seconda delle particolarità delle legislazioni nazionali. Differenze del genere, soprattutto quando si tratta delle norme relative alla contestazione di imposizioni nazionali, non possono essere considerate discriminatorie, né, a fortiori, tali da falsare la concorrenza, se, come è stato sopra precisato, la legislazione nazionale è applicata in modo non discriminatorio riguardo alle procedure tendenti alla soluzione delle controversie dello stesso genere, ma puramente nazionali, e se, a causa delle modalità procedurali, l'esercizio dei diritti attribuiti dalle norme comunitarie non diviene praticamente impossibile».

<sup>33</sup> Si vedano le motivazioni dei Giudici appena esposte nella nota sovrastante.

<sup>34</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, cit. supra, nota 8.

<sup>35</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 1997 in cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, *Comateb e a.*, cit. supra, nota 9. Nelle motivazioni si legge: « (...) 23. Rientra nella competenza dei giudici nazionali valutare, alla luce delle circostanze di ciascun caso di specie, se l'onere del tributo sia stato traslato, in tutto o in parte, dall'operatore su altri soggetti, e se, eventualmente, il rimborso all'operatore costituirebbe un indebito arricchimento». Il caso citato riguardava un tributo indiretto (il dazio di mare). La causa è interessante sotto molteplici profili, soprattutto riguardo alla chiara esposizione di tutti i principi espressi dalla Corte in merito al problema della traslazione dell'onere su terzi e dell'indebito arricchimento (finanche nel caso in cui la traslazione sia imposta dalla legislazione nazionale – caso *Comateb* citato).

Nello stesso senso anche varie pronunce successive fra cui quella resa nel caso *Barra e a.*<sup>36</sup>, ma anche nel caso *Deville*<sup>37</sup>, dove si afferma un obbligo, in capo al giudice nazionale, di *disapplicazione della norma processuale interna* la quale vanifichi il predetto principio di effettività della tutela subordinando il diritto del singolo ad ottenere il rimborso di un tributo dichiarato incompatibile con il diritto comunitario alla previa presentazione di una istanza di rimborso antecedente alla pronuncia del giudice comunitario diretta a stabilire tale incompatibilità (così pure, di rimando, la disapplicazione delle norme procedurali e processuali interne idonee a ridurre le possibilità di azione per la ripetizione dell'indebito<sup>38</sup>).

Le modalità procedurali che divengono oggetto di attenzione da parte dei giudici di Lussemburgo iniziano ad interessare anche aspetti delle fattispecie *singolarmente nazionali* se in grado di incidere sull'effettività della tutela: così ad esempio rispetto ai *termini processuali* (numerosi sono i casi in cui la Corte si è occupata di termini processuali, tra i primi il caso *Palmisani*<sup>39</sup>). Quello dei termini è un problema sempre aperto che viene, sino ad oggi, periodicamente sottoposto alla Corte di giustizia. Il confronto delle argomentazioni è fatto con riferimento ai principi di effettività e di equivalenza, ma soprattutto rispetto al primo<sup>40</sup>.

Sono indubbi i riflessi sulla giurisprudenza citata del principio di certezza del diritto poiché consentendo modalità di prova o l'introduzione di cavilli procedurali tali da mettere a repentaglio la tutela dei singoli, si compromette anche l'equilibrio favorito dal quadro normativo costituito dai principi gene-

<sup>36</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1988 in causa n. 309/85, *Barra e a.*, *cit. supra*, nota 8.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1988 in causa n. 240/87, *Deville*, in *Raccolta*, 1988, p. 3513.

<sup>38</sup> Nel caso *Deville* viene affermato che il legislatore nazionale, dopo una sentenza della Corte di giustizia la quale stabilisca che una determinata normativa nazionale è incompatibile con il Trattato, non può adottare alcuna norma processuale che riduca specificamente le possibilità di agire per la ripetizione dei tributi che sono stati indebitamente riscossi in forza di detta normativa, spettando al giudice nazionale accertare se la norma criticata restringa le possibilità (di agire per la ripetizione) che sarebbero esistite se essa non fosse stata adottata (punto 18).

<sup>39</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4095. Il caso riguardava la censura di termini di ricorso posti a pena di decadenza. La Corte non ha esitato ad affermare, per quanto riguarda la compatibilità di una condizione relativa ai termini con il principio di effettività del diritto comunitario, che l'apposizione di termini *ragionevoli* di ricorso, posti a pena di decadenza, risponde, in linea di principio, a tale esigenza in quanto costituisce applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (punto 28) (si vedano anche sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1998 in causa n. C-228/96, *Fallimento Aprile S.r.l. c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, *cit. supra*, nota 10, nonché punto 5 della sentenza resa nel caso *Rewe*, *cit. supra*, nota 10). Il caso *Palmisani* è interessante anche per l'estensione dei principi di effettività, soprattutto, ma anche di equivalenza nel caso di azioni per il risarcimento del danno (si veda *infra* par. 5 del presente lavoro).

<sup>40</sup> Per un esempio applicativo delle predette considerazioni, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 2004 in causa n. C-30/02, *Recheio Cash and Carry Sa*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6051. In particolare i punti 17-18, 21-22 e 26.

rali affermati nell'ambito dell'ordinamento comunitario, grazie alle pronunce rese dalla Corte in materia, unitamente al sistema di garanzie predisposto dagli Stati membri singolarmente.

Rilevanti anche le affermazioni della Corte al diritto agli interessi e l'estensione dei principi di equivalenza ed effettività a tale ambito. Nel caso *Ansaldo Energia* la Corte estende l'applicazione dei principi anche alla domanda degli interessi: per converso sarà incompatibile con il diritto comunitario una disposizione nazionale che preveda modalità di calcolo degli interessi la quale non garantisca la stessa intensità di tutela, in termini finanziari, alle domande fondate sul diritto comunitario rispetto a quelle fondate sul diritto interno<sup>41</sup>.

Se, in linea di massima, sino ai primi anni Novanta, la Corte ha progressivamente sviluppato un coacervo di principi in materia di azione per la ripetizione dell'indebito, successivamente ha continuato ad applicare i suoi precedenti senza esitazione alcuna e senza apportare significative innovazioni alla giurisprudenza delineata, almeno per i profili trattati. Invero, la Corte ha scandagliato le legislazioni nazionali a verifica della compatibilità con il diritto comunitario di termini nazionali e delle modalità procedurali per la restituzione dei tributi, oltre che per le azioni dei contribuenti e per gli interessi. I casi *Aprile*<sup>42</sup>, *Dilexport*<sup>43</sup>, *Michailidis*<sup>44</sup>, *Metallgesellschaft*<sup>45</sup>, *Mark & Spencer*<sup>46</sup>, *Riccardo Prisco*<sup>47</sup>, *Grundig Italiana S.p.A.*<sup>48</sup>, etc. sono solo alcuni a testimonianza di questa tendenza.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 1998 in cause riunite da n. C-279/96 a n. C-281/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5025. L'obiettivo dei giudici comunitari è quello di garantire parità di tutela rispetto alle questioni interne, in termini di risultato finale, a coloro che fondano azioni di ripetizioni sul diritto comunitario. Al punto 30 delle motivazioni si legge: « (...) ne discende che il diritto comunitario non osta a che la normativa di uno Stato membro preveda in materia di interessi per la restituzione di imposte indebitamente riscosse, modalità di calcolo meno favorevoli di quelle vigenti per la ripetizione dell'indebito tra privati, purché le modalità di cui trattasi si applichino indifferentemente alle azioni fondate sul diritto interno e a quelle fondate sul diritto comunitario». Inoltre, risultano interessanti le argomentazioni utilizzate nel caso *Metallgesellschaft*, cit. *supra*, nota 6.

<sup>42</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1998 in causa n. C-228/96, *Fallimento Aprile S.r.l.*, cit. *supra*, nota 10.

<sup>43</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 1999 in causa n. C-343/96, *Dilexport* cit. *supra*, nota 8.

<sup>44</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 2000 in cause riunite n. C-441/98 e n. C-442/98, cit. *supra*, nota 8.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001 in cause riunite nn. C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*, cit. *supra*, nota 6.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002 in causa n. C-62/00, *Marks & Spencer*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6325.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2002 in cause riunite n. C-216/99 e n. C-222/99, *Riccardo Prisco*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6761 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 61.

<sup>48</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig Italiana S.p.A.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8003.

Per concludere soltanto a citazione, si richiama il caso *Commissione c. Italia*<sup>49</sup> dove la Corte ha ripercorso la sua giurisprudenza in materia di termini nazionali (punto 16), diritto agli interessi (punto 17, ma cfr. anche il punto 45) e, infine, modalità di rimborso e compatibilità con i principi di effettività e di equivalenza (punti 43 e 44).

#### **4. Cenni alla tematica del risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri**

Il diritto del singolo al risarcimento del danno per il caso di violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro di appartenenza è di creazione giurisprudenziale.

La tematica è certamente connessa a quella delle sanzioni, ma in modo ancor più stretto, alle istanze di uniforme applicazione del diritto comunitario: il Trattato non prevede sanzione alcuna per l'ipotesi di violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri. Nel corso degli anni tale vuoto normativo ha causato non pochi disagi: prima fra tutte ne ha risentito l'uniforme applicazione del diritto comunitario con conseguente generarsi di discriminazioni, mentre i meccanismi giurisdizionali messi a punto dal legislatore comunitario non erano, direttamente, in grado di dare adeguata soluzione al problema<sup>50</sup>. Il Trattato disciplina tutt'oggi esclusivamente la responsabilità della Comunità<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-197/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 60. Il caso è uno di quelli appartenenti alla nota diatriba in ordine alla legittimità della tassa di concessione governativa per l'iscrizione dei principali atti societari nel registro delle imprese e della tassa annuale.

<sup>50</sup> Tuttavia sono stati lo strumento che ha consentito di cogliere le occasioni offerte dalle giurisdizioni nazionali, soprattutto con riferimento ai rinvii pregiudiziali. Discorso a parte va fatto per il procedimento di infrazione e la condanna, ex art. 228 Trattato (con la limitata applicazione che può esserne fatta rispetto alla vastità della materia). In ordine a questi profili interessante G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit. supra, nota 13, p. 341 ss., ma, in particolare, pp. 341-345. Si rinvia, inoltre, sugli aspetti generali della tematica oggetto di esame a L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000; per una rapida visione d'insieme si cfr. A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 3, p. 223.

<sup>51</sup> La competenza in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità, e del conseguente risarcimento dei danni, è del giudice comunitario. Si tratta di un aspetto collegato al controllo di legittimità degli atti comunitari, alla stregua del rinvio pregiudiziale. Il sistema del Trattato, agli artt. 235 e 288 secondo comma, impone alla Comunità di risarcire i danni causati dalle sue istituzioni o dagli agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. Si rinvia a G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit. supra, nota 13, p. 250 ss. Sull'autonomia dell'azione ex art. 235 e la collaterale responsabilità degli Stati, anche nel caso di esecuzione nazionale di misura comunitaria illegittima, si veda anche M. CONDINANZI, *La responsabilità dello Stato membro*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1116.

Da notare che non solo vanno distinte la responsabilità della Comunità e delle sue istituzioni da quella degli Stati membri, ma anche il profilo risarcitorio<sup>52</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato che, pur in assenza di disciplina comune, il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato (su cui *infra*)<sup>53</sup>.

Per quanto riguarda le condizioni alle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, emerge dalla stessa giurisprudenza della Corte che sono tre le condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi<sup>54</sup>.

Gli Stati membri non possono sottrarsi a tale responsabilità né invocando la ripartizione interna delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel loro ordinamento giuridico interno, né facendo valere che l'autorità pubblica autrice della violazione del diritto comunitario non disponeva delle competenze, cognizioni o dei mezzi necessari<sup>55</sup>. È stato con le sentenze rese nei casi *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur e Factortame*<sup>56</sup> che la Corte ha cominciato a delineare il principio ed il suo contenuto.

<sup>52</sup> La responsabilità della Comunità è quella prevista dal Trattato; quella degli Stati membri sorge a seguito di declaratoria da parte del giudice nazionale per il caso di esecuzione di provvedimenti che abbiano in qualche modo causato un danno (patrimoniale) (può trattarsi di misura nazionale illegittima adottata in esecuzione di obblighi comunitari, oppure di misura nazionale di esecuzione di misura comunitaria illegittima già in origine). Distinto il profilo risarcitorio che consegue al positivo esperimento del rimedio (davanti al giudice nazionale) e che può vedere, quale soggetto obbligato al risarcimento sia la Comunità che lo Stato membro interessato (si ha a riferimento il soggetto tenuto ad adempiere all'obbligo risarcitorio, ovvero l'imputabilità del danno lamentato).

<sup>53</sup> Tra le tante, sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357, punto 35 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempienti*, p. 91 s.; del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029, punto 31; del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123, punto 26). Di recente cfr. le sentenze del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. in liquidazione c. Italia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741 nonché del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55.

<sup>54</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *loc. cit.*, punto 39 e del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325, punto 27 e in questa *Rivista*, 1994, p. 361 con commento di F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, p. 367.

<sup>55</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, *loc. cit.*, punto 26.

<sup>56</sup> Rispettivamente sentenze del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.* e del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, entrambe *loc. cit.*, su cui estesamente si veda F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie* (nota a sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93), in questa *Rivista*, 1997, p. 52 ss.

Come noto, nel caso *Francovich e a.* i giudici di Lussemburgo hanno affermato il principio in un'ipotesi particolare caratterizzata dalla mancata trasposizione di una direttiva priva di efficacia diretta, con la conseguenza che ai singoli era negata la possibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali diritti loro conferiti dalla stessa direttiva. Nonostante la specificità della situazione controversa la Corte si è espressa in termini molto generali: «il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili»<sup>57</sup>.

Questa conclusione si basa su un'analisi la cui portata è anch'essa molto generale. Infatti, secondo la Corte, «il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato»<sup>58</sup>. Ciò significa che tale principio è in qualche modo consustanziale al sistema del Trattato e necessariamente collegato ad esso. Siffatto vincolo, tra il principio della responsabilità dello Stato e il sistema del Trattato, dipende dalla specificità dell'ordinamento giuridico comunitario. I Giudici hanno osservato che «il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie»<sup>59</sup>. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali, incaricati di applicare nell'ambito delle loro competenze le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di

<sup>57</sup> Sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.*, cit. *supra*, nota 53, punto 37. Nessuna precisazione, in tale occasione, è stata fornita circa l'organo statale all'origine del danno.

<sup>58</sup> Sentenza *Francovich e a.*, loc. cit., punto 35. Questa formula è stata ripresa dalla Corte in numerose occasioni, in particolare nelle citate sentenze del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit. *supra*, nota 53, punto 31; del 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *British Telecommunications*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631, punto 38; dell'8 ottobre 1996 in cause riunite n. C-178/94, n. C-179/94, da n. C-188/94 a n. C-190/94, *Dillenkofer e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845, punto 20; del 17 ottobre 1996 in cause riunite n. C-283/94, n. C-291/94 e n. C-292/94, *Denkavit e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5063, punto 47; del 2 aprile 1998 in causa n. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1531, punto 106; del 24 settembre 1998 in causa n. C-319/96, *Brinkmann*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5255, punto 24 e in questa *Rivista*, 1999, p. 241 con commento di M. VALCADA, *Una sentenza particolare in materia di responsabilità extracontrattuale dello Stato*, p. 249; del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, cit. *supra*, nota 53, punto 26; del 18 gennaio 2001 in causa n. C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 493, punto 36 nonché del 28 giugno 2001 in causa n. C-118/00, *Larsy*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5063, punto 34, entrambe massimate in questa *Rivista*, 2002, rispettivamente, p. 687 e p. 688 con commento di S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, p. 689 ss.

<sup>59</sup> Sentenza *Francovich e a.*, loc. ult. cit., punto 31.

tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli<sup>60</sup>.

Da queste due premesse la Corte deduce che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro»<sup>61</sup>. In subordine, la Corte indicava che, in forza dell'art. 10 del Trattato, gli Stati membri sono tenuti ad eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario<sup>62</sup>.

Con tale affermazione la Corte non si è limitata a lasciare al diritto nazionale di trarre *tutte* le conseguenze giuridiche della violazione della norma comunitaria, ma ha ritenuto che lo stesso diritto comunitario imponesse allo Stato un obbligo risarcitorio nei confronti del singolo<sup>63</sup>. Inoltre, questo obbligo risarcitorio costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, alla stregua di quello del primato del diritto comunitario o dell'efficacia diretta. Infatti, così come questi due principi, l'obbligo per lo Stato di risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario contribuisce a garantire la piena efficacia del diritto comunitario mediante una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario<sup>64</sup>.

Nella citata sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, la Corte ha dedotto, dalla giurisprudenza *Francovich e a.*, che il principio della responsabilità dello Stato, proprio perchè inerente al sistema del Trattato, ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario, qualunque sia l'organo dello Stato la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione<sup>65</sup>. Con questa affermazione la Corte non si basa più solo sul siste-

<sup>60</sup> Sentenza *Francovich e a.*, *loc. cit.*, punto 32. Ma si veda anche le sentenze del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629, punto 16 e in questa *Rivista*, 1978, p. 285, con commento di F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte Costituzionale italiana*, p. 289 e del 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factortame e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433, punto 19. Inoltre sono già state segnalate ampiamente le esigenze di tutela fatte proprie dal giudice comunitario nelle cause aventi ad oggetto la ripetizione dell'indebitato ed i profili connessi (per cui si rinvia al precedente paragrafo del presente lavoro).

<sup>61</sup> Sentenza *Francovich e a.*, *cit. supra*, nota 53, punto 33.

<sup>62</sup> Sentenza *Francovich e a.*, *loc. cit.*, punto 36.

<sup>63</sup> Sentenza *Francovich e a.*, *loc. ult. cit.*, punto 22.

<sup>64</sup> Inoltre, il principio della responsabilità dello Stato costituisce il necessario prolungamento del principio generale della tutela giurisdizionale effettiva, o del *diritto al giudice*, la cui rilevanza è stata sottolineata dalla Corte nel corso di tutta la sua giurisprudenza in materia. Estesamente cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale LÉGER presentate l'8 aprile 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*.

<sup>65</sup> Sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *cit. supra*, nota 53, punto 32, da leggere in relazione con il punto 31. Questa formula è stata riportata ed estesa dalla Corte nelle sentenze del 1° giugno 1999 in causa n. C-302/97, *Konle*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3099, punto 62; del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, *cit. supra*, nota 53, punto 27, e del 28 giugno 2001 in causa n. C-118/00, *Larsy*, *cit. supra*, nota 58, punto 35. La Corte ha utilizzato i termini seguenti: «Spetta a ciascuno degli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella cui,

ma del Trattato, ma anche sulla necessità di applicazione uniforme del diritto comunitario e *sull'utile ravvicinamento* con la responsabilità dello Stato nell'ordinamento giuridico internazionale<sup>66</sup>.

Per quanto riguarda l'applicazione uniforme del diritto comunitario, la Corte ha dichiarato che «avuto riguardo alla fondamentale esigenza dell'ordinamento giuridico comunitario costituita dall'uniforme applicazione del diritto comunitario (...), l'obbligo di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario non può dipendere da norme interne sulla ripartizione delle competenze tra i poteri costituzionali»<sup>67</sup>.

Rispetto alla responsabilità dello Stato in diritto internazionale, la Corte ha dichiarato che «nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato, la cui responsabilità sorgerebbe in caso di violazione di un impegno internazionale, viene del pari considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo» e questo deve valere a maggior ragione nell'ordinamento giuridico comunitario in quanto un maggior interesse è prestato alla situazione giuridica dei singoli<sup>68</sup>. La Corte ha inteso far riferimento al principio dell'unità dello Stato dal quale si possono trarre le debite conseguenze in tema di responsabilità dello Stato<sup>69</sup>. Considerazioni sull'unità dello

in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento». La precisazione è rivolta in particolare agli Stati membri a struttura federale.

<sup>66</sup> Si vedano, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale LÉGER in causa n. C-224/01, *loc. cit.*, punto 41 e seguenti.

<sup>67</sup> Sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *cit. supra*, nota 53, punto 33; si veda anche sentenza del 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 415, punto 26 e in questa *Rivista*, 1993, p. 580 con commento di A. VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, p. 581.

<sup>68</sup> Sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *loc. cit.*, punto 34. Rispetto alla portata del principio in diritto comunitario, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale LÉGER, in causa n. C-224/01, *cit. supra*, nota 64, punto 44. In particolare si legge: «In diritto comunitario la responsabilità dello Stato può essere messa in causa – direttamente – dai singoli. Questo non avviene nel diritto internazionale, poiché la presa in considerazione degli interessi dei singoli è assicurata dallo Stato a titolo della protezione diplomatica dei suoi cittadini. La responsabilità dello Stato viene quindi messa in causa solo indirettamente dai singoli».

<sup>69</sup> È comunemente ammesso in diritto internazionale che questo principio, di natura consuetudinaria, riveste un doppio significato. In primo luogo, statale che ne è l'autore. Infatti, solo lo Stato ha la qualità di soggetto di diritto internazionale, ad questo principio significa che un fatto illecito è necessariamente attribuito allo Stato e non all'organo esclusione dei suoi organi. A tale titolo, solo la sua responsabilità può essere implicata. Questo principio non è estraneo al diritto comunitario né del resto al diritto nazionale. Infatti, «il diritto comunitario riconosce un solo responsabile (lo Stato), così come il ricorso per inadempimento conosce un solo convenuto (lo Stato)» quindi «il soggetto tenuto al risarcimento non è un organo determinato dello Stato, bensì lo Stato membro in quanto tale» (conformi le conclusioni dell'Avvocato Generale LÉGER nel caso *Hedley Lomas*, in causa n. C-5/94). In secondo luogo, la regola dell'unità dello Stato comporta che quest'ultimo è responsabile per i danni da esso causati mediante qualsiasi azione od omissione incompatibile con i suoi obblighi internazionali, qualunque sia l'autorità statale da cui tale azione od omissione deriva. Questo principio è chiaramente messo in evidenza dall'art. 4, n. 1, del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, che è stato elaborato dalla Commissione di diritto internazionale e che è stato approvato, il 28 gennaio 2002, con una risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni



Stato in diritto internazionale sono senz'altro contenute nel diritto comunitario. In tal senso s'inserisce il principio, che figura al punto 34 della citata sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, secondo cui «nell'ordinamento giuridico comunitario (...) tutti gli organi dello Stato, ivi compreso il potere legislativo, sono tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario». In applicazione di questo principio la Corte, al punto 35 della detta sentenza, ha precisato: «la circostanza che, per effetto delle norme interne, l'inadempimento contestato sia imputabile al legislatore nazionale non può compromettere le esigenze relative alla tutela dei diritti dei singoli che fanno valere il diritto comunitario e, nel caso di specie, il diritto di ottenere dinanzi ai giudici nazionali la riparazione del danno originato dal detto inadempimento».

Il medesimo ragionamento seguito dalla Corte nel caso *Francovich e a.* è stato poi utilizzato per affermare la responsabilità dello Stato membro conseguente ad un comportamento di un organo giurisdizionale supremo<sup>70</sup>.

I presupposti per l'affermazione sono i medesimi: la piena efficacia delle norme comunitarie verrebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento allorché i loro diritti fossero lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale supremo<sup>71</sup>. Infatti, non è sufficiente che i singoli siano legittimati a far valere il diritto comunitario dinanzi ad un organo giurisdizionale supremo al fine di ottenere una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ad essi derivano dall'ordinamento giuridico comunitario, né è sufficiente che questo giudice sia tenuto ad applicare correttamente il diritto comunitario. Occorre infatti che, nel caso in cui un organo giurisdizionale supremo adotti una decisione incompatibile con il diritto comunitario, i singoli possano ottenere un risarcimento, quantomeno allorché

Unite. Questo articolo stabilisce che «il comportamento di qualsiasi organo dello Stato è considerato come un atto dello Stato secondo il diritto internazionale, indipendentemente dalle funzioni (legislative, esecutive, giudiziarie o altre) che esso esercita, qualunque sia la posizione che esso occupa nell'organizzazione dello Stato e qualunque sia la sua natura in quanto organo del governo centrale o di una collettività territoriale dello Stato». A questo proposito, è interessante osservare che la responsabilità internazionale di uno Stato è già stata riconosciuta nel caso in cui il contenuto di una decisione giudiziaria definitiva non tenesse conto di obblighi internazionali dello Stato di cui trattasi. Si veda Tribunale italo-venezuelano, sentenza del 3 maggio 1930, causa *Martini*, R.S.A. vol. II, p. 978, dove lo Stato venezuelano è stato considerato responsabile a causa di una decisione della Corte federale e di cassazione (Venezuela) giudicata parzialmente incompatibile con una sentenza arbitrale internazionale pronunciata in conformità a un accordo internazionale di cui tale Stato è parte. In diritto internazionale un tale caso è considerato un diniego di giustizia, ossia un inadempimento dell'obbligo consuetudinario – e sempre più convenzionale – di tutela giurisdizionale da parte dello Stato dei cittadini stranieri.

<sup>70</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, cit. *supra*, nota 53; più di recente la già ricordata sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Italia*, cit. *supra*, nota 53.

<sup>71</sup> Sentenze *Köbler*, loc. cit., punto 33 (estesamente 33-36 sui principi) e *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Italia*, loc. cit., punto 31.

talune condizioni siano soddisfatte. È vero che in assenza di possibilità di ricorso contro una decisione emessa da un organo giurisdizionale supremo, solo un'azione per responsabilità consente, in ultima *ratio*, di garantire il ripristino del diritto leso e di assicurare un livello adeguato di/alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario. Eppure occorre tener presente che, nonostante i considerevoli benefici che può rappresentare per i singoli il coinvolgimento della responsabilità dello Stato, «il ripristino del contenuto patrimoniale è un *minus*, un rimedio minimo rispetto all'ipotesi di completo ripristino sostanziale, che resta il mezzo ottimale di tutela», nulla vale infatti quanto la tutela sostanziale, diretta ed immediata dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario<sup>72</sup>.

Peraltro, il sistema istituito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali apporta un chiarimento interessante alla questione della responsabilità dello Stato per atti di un organo giurisdizionale supremo. Infatti, i singoli possono mettere in causa, direttamente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la responsabilità dello Stato per atti di un giudice nazionale, a causa di un inadempimento ai requisiti dell'equo processo – *in procedendo* –, ma anche a causa della violazione di una norma sostanziale – *in iudicando* – tale da incidere sul contenuto stesso della decisione giudiziaria. Avvalendosi di un tale procedimento i singoli possono beneficiare di un indennizzo sotto forma di una «*equa soddisfazione*». È opportuno ricordare che la regola dell'esaurimento dei mezzi d'impugnazione nazionali comporta che la decisione giudiziaria controversa provenga da un organo giurisdizionale supremo<sup>73</sup>.

Nello stesso filone si inserisce la recente pronuncia della Corte nel caso *A.G.M.-COS.MET S.r.l. c. Stato finlandese e a.*<sup>74</sup> La vicenda sottoposta alla Corte è relativa all'obbligo di risarcimento del danno per il caso di violazione del diritto comunitario con condotta imputabile ad un funzionario statale<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale LÉGER, in causa n. C-224/01, *cit. supra*, nota 64, punto 39. Conformi le conclusioni dell'Avvocato Generale TESAURO nelle cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *cit. supra*, nota 53, punto 34.

<sup>73</sup> Tuttavia non è dato riscontrare che l'art. 13 della CEDU imponga agli Stati contraenti l'obbligo di mettere a disposizione dei singoli un diritto di ricorso interno contro una decisione giudiziaria, quindi nemmeno un ricorso per responsabilità.

<sup>74</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2749 ss.

<sup>75</sup> La A.G.M.-COS.MET, impresa italiana, produce ponti elevatori per veicoli. Alcuni modelli dei ponti prodotti dall'impresa italiana erano stati assoggettati a verifica rispetto alla conformità dei requisiti di sicurezza di cui alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 n. 98/37/Ce, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle macchine (pubblicata in *Guce* n. L 207, p. 1). Il signor Lehtinen, funzionario coinvolto nel procedimento di controllo, aveva espresso pubblicamente la propria opinione sostenendo che tali macchine non erano rispondenti ai requisiti di sicurezza di cui alla direttiva. Le sue dichiarazioni sono state amplificate successivamente mediante diffusione alla stampa ed utilizzate dalle associazioni

Sulle *condizioni necessarie per l'accertamento della responsabilità dello Stato finlandese* la Corte non esita a riproporre la sua giurisprudenza<sup>76</sup>. Tali condizioni sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli il diritto al risarcimento del danno, senza escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata, a condizioni meno restrittive, sulla base della normativa nazionale dello Stato<sup>77</sup>. I giudici, nel corpo della motivazione, analizzano la sus-

di categoria. Sulla base di tali elementi, l'A.G.M.-COS.MET. ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado di Tampere al fine di ottenere la condanna dello Stato finlandese e del signor Lehtinen a risarcirle in solido il danno corrispondente ad una perdita di fatturato, che essa avrebbe subito in Finlandia ed in altri Paesi d'Europa. Il tribunale di Tampere ha deciso di sospendere il giudizio e di rinviare alla Corte la causa formulando sei questioni pregiudiziali di cui alcune relative alla possibile qualificazione del comportamento del funzionario quale violazione del diritto comunitario perché integrante una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative ai sensi dell'art. 28 CE oppure una misura dalla cui applicazione ci si deve astenere ai sensi dell'art. 10, n. 2, CE, perché possono creare una pubblicità negativa per le macchine e pregiudicarne le vendite. In merito al risarcimento del danno, il giudice *a quo* sottopone la seguente questione: « (...) 5.a. Qualora il comportamento del funzionario, quale descritto nella questione sub *l.*, risulti incompatibile con gli artt. 28 CE e 30 CE o con l'art. 10 CE, se la violazione sia così grave e manifesta da far sì che lo Stato, se sussistono gli altri presupposti per il risarcimento del danno, sia tenuto, in forza del diritto comunitario, a risarcire il danno che da questo comportamento sia potuto derivare all'impresa che commercializza i prodotti. *b.* Se la violazione menzionata alla lett. *a.* sia grave e manifesta anche nel caso in cui non si possa rimproverare all'autorità o al funzionario competente a prendere una decisione alcuna colpa o alcuna omissione, quando la predetta autorità o il predetto funzionario non abbiano mai approvato i comportamenti censurati né abbiano fatto in modo che essi producessero effetti concreti. *c.* Se l'art. 10 CE, e in particolare il suo n. 2, possa creare diritti in capo ai singoli nelle circostanze menzionate alla questione sub *l.* *d.* Se, accanto alla responsabilità dello Stato, possa sussistere alle stesse condizioni, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di un funzionario per il comportamento menzionato nella questione sub *l.*, qualora questo risulti incompatibile con il diritto comunitario. (...) 6.a. Qualora si riconosca il risarcimento del danno, sulla base della legge nazionale, per violazione, anche colposa, delle regole in materia di circolazione delle merci, se il diritto comunitario esiga che il risarcimento da effettuare sia una sanzione efficace ed atta a dissuadere dal compiere la violazione e se sia incompatibile con le norme comunitarie concernenti la responsabilità il fatto che, secondo la legge nazionale, il funzionario che si sia reso colpevole di una trasgressione o di un'omissione risponde soltanto in misura ragionevole ma non necessariamente per l'intero importo del danno e non è affatto tenuto a risarcire il danno se la colpa ascrittagli è soltanto colpa lieve, o il fatto che il funzionario, e lo Stato che risponde per la trasgressione o per l'omissione del funzionario, possono essere obbligati a risarcire gli altri danni pecuniari, diversi dai danni alle persone o alle cose, soltanto quando il danno deriva da un fatto penalmente perseguibile o è stato causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o se ragioni particolarmente importanti militano per il suo risarcimento. *b.* Qualora una delle limitazioni di responsabilità menzionate alla lett. *a.* risulti incompatibile con il diritto comunitario, se, nel determinare il risarcimento sulla base del diritto nazionale, tale limitazione non debba essere presa in considerazione riguardo al funzionario interessato, sebbene in tal modo la responsabilità di quest'ultimo finisca per risultare più severa e più ampia di quanto preveda la legge nazionale (...)» (punto 40).

<sup>76</sup> Sentenza del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, *A.G.M. COS-MET. S.r.l.*, *cit. supra*, nota 74, punto 78 dove si legge: « (...) sono tre le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi. La valutazione di tali condizioni dipende da ciascun tipo di situazione (...)». La Corte richiama le sentenze del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *cit. supra*, nota 53, punto 51; del 2 aprile 1998 in causa n. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, *cit. supra*, nota 58, punto 107 e del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, *cit. supra*, nota 53, punto 36.

<sup>77</sup> Conforme l'orientamento della Corte nel percorso giurisprudenziale, nel caso in particolare punto 85. Soprattutto, sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *loc. cit.*, punto 66.

sistenza delle indicate condizioni e giungono alla seguente conclusione: «(...) l'art. 4, n. 1, della direttiva deve essere interpretato nel senso che, da un lato, esso conferisce diritti ai singoli e, dall'altro, che non lascia agli Stati membri alcun margine di discrezionalità, nella fattispecie, per quanto riguarda le macchine conformi alla detta direttiva o presunte tali. L'inosservanza di tale disposizione dovuta alle dichiarazioni del funzionario di uno Stato membro, se e in quanto imputabili a tale Stato, costituisce una violazione del diritto comunitario sufficientemente qualificata perché possa dichiararsi accertata la responsabilità del detto Stato»<sup>78</sup>.

Nuovamente la Corte precisa i confini della responsabilità dello Stato con riferimento ad una ipotesi ulteriore: la condotta di un funzionario statale.

Come d'uso nella prassi dello *jus dicere* della Corte si è passati dall'affermazione di un principio della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario alla definizione di ipotesi particolari della stessa responsabilità: collegata all'esercizio della funzione giurisdizionale (nei casi *Köbler e Traghetti del Mediterraneo S.p.a.*) ed alla condotta di un funzionario statale (caso *A.G.M. COS.MET. S.r.l.*).

I giudici ricordano ancora che «(...) la responsabilità dello Stato membro sulla base del diritto comunitario è preordinata non già alla dissuasione o all'applicazione di una sanzione, bensì al risarcimento dei danni subiti dai privati in conseguenza delle violazioni del diritto comunitario poste in essere dagli Stati membri. Da giurisprudenza costante si evince che, quando le condizioni cui è soggetto il diritto al risarcimento sono soddisfatte, spetta allo Stato membro riparare il danno provocato, nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità. (...) Il diritto comunitario pretende quindi un risarcimento effettivo e non ammette alcuna condizione aggiuntiva proveniente dal diritto dello Stato membro che possa rendere eccessivamente difficile ottenere il risarcimento dei danni o altre modalità risarcitorie»<sup>79</sup>.

## 5. Ripetizione di tributi indebitamente versati e risarcimento del danno subito

Da quanto visto sino ad ora, emerge che sia la giurisprudenza in materia

<sup>78</sup> Sentenza del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, *A.G.M. COS-MET. S.r.l.*, *cit. supra*, nota 74, punto 86.

<sup>79</sup> Sentenza del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, *A.G.M. COS-MET. S.r.l.*, *loc. cit.*, punti 88-90. Rileva, inoltre, che «(...) le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli in tale contesto rispetto a quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (v., in questo senso, sentenze del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.*, in *Raccolta*, I, p. 5357, punti 42 e 43, e *Norbrook Laboratories*, *cit.*, punto 111)».

di ripetizione dell'indebito che quella sulla responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario inducono a ritenere che una tutela effettiva ed efficace dei singoli individui sia direttamente che indirettamente (come uniforme ed esatta applicazione del diritto comunitario), non può prescindere dal *riconoscimento* del diritto al ristoro dei danni eventualmente subiti quale momento secondario di *completamento* della tutela stessa.

Si è già messo in luce il *dictum* della Corte: «il ripristino del contenuto patrimoniale è un *minus*, un rimedio minimo rispetto all'ipotesi di completo ripristino sostanziale, che resta il mezzo ottimale di tutela». Ne consegue l'affermazione secondo cui il diritto comunitario riconosce un diritto alla riparazione di una lesione che presenta un contenuto patrimoniale (senza specificare se nella forma del lucro cessante o del danno emergente). Dipenderà dagli ordinamenti nazionali il concreto contenuto del risarcimento riconoscibile, ma non potranno non essere rispettati i principi di equivalenza e di effettività. La Corte, infatti, ha sollecitato in merito che «(...) il diritto comunitario non osta a che il diritto interno di uno Stato membro preveda condizioni specifiche in materia di risarcimento di danni diversi da quelli causati a persone o a beni, purché esse siano tali da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento di un danno conseguente a una violazione del diritto comunitario»<sup>80</sup>: il diritto comunitario esige, in definitiva, tutela effettiva a favore dei singoli.

Recentemente la Corte ha riproposto il principio seguendo l'intero ragionamento elaborato negli anni<sup>81</sup>. Il punto di partenza, già ricordato, attiene alla finalità perseguita, nel senso che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario non è concepita in chiave sanzionatoria, bensì quale ripristino del diritto leso. Inoltre, secondo costante giurisprudenza se le condizioni cui è soggetto il diritto al risarcimento sono soddisfatte, sullo Stato membro incombe l'obbligo di riparare il danno provocato, (sulla base delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità). Va anche ricordato che le condizioni, formali e sostanziali, che variano a seconda delle legislazioni nazionali «non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento»<sup>82</sup> a significare che il diritto comunitario pretende quindi un risarcimento effettivo e non ammette alcuna condizione aggiuntiva proveniente dal diritto dello Stato membro che possa rendere eccessivamente difficile ot-

<sup>80</sup> Sentenza del 17 aprile 2007 in causa n. C-470/03, *A.G.M. COS-MET. S.r.l.*, *cit. supra*, nota 74, punto 96.

<sup>81</sup> Sentenza *A.G.M. COS-MET. S.r.l.*, *loc. cit.*, punti 89-96.

<sup>82</sup> In questo senso, sentenze del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Franovich e a.*, *cit. supra*, nota 53, punti 42 e 43 e del 2 aprile 1998 in causa n. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, *cit. supra*, nota 58, punto 111.

tenere il risarcimento dei danni o altre modalità risarcitorie<sup>83</sup>. Già in precedenza la Corte aveva affermato l'esigenza del rispetto della effettività della tutela del singolo<sup>84</sup>.

Infine i giudici hanno ribadito il principio secondo cui il risarcimento, a carico degli Stati membri, dei danni deve essere adeguato al danno subito, con la conseguenza che in assenza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento (fermo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività). In tale occasione la Corte ha anche ribadito che non è conforme al diritto comunitario la disciplina nazionale che «(...) limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli»<sup>85</sup>.

La ricostruzione in termini generali del diritto al risarcimento del danno e del correlativo obbligo incombente sullo Stato membro cui è imputabile la violazione del diritto comunitario potrebbe senz'altro trovare applicazione anche nel caso di ripetizione dell'indebito.

In realtà già dal 1980 la Corte ha sostenuto che «(...) sarebbe pure conforme ai principi del diritto comunitario il fatto che il giudice adito con domande di rimborso tenga conto, in base al diritto nazionale, del danno che l'importatore può aver subito in ragione della diminuzione del volume delle

<sup>83</sup> La Corte, nel citato caso *A.G.M. COS.MET. S.r.l.* ha dedotto che «(...) Sotto questo profilo gli elementi forniti dal giudice del rinvio indicano che le disposizioni del diritto finlandese sulla responsabilità, applicabili nella causa principale, assoggettano il diritto al risarcimento dei danni diversi da quelli provocati alle persone o ai beni alla condizione che il danno derivi da un atto penalmente sanzionabile o dall'esercizio dei pubblici poteri, ovvero che vi siano ragioni particolarmente gravi per disporre tale risarcimento. Ora, secondo il giudice del rinvio, il comportamento del signor Lehtinen non rientrerebbe in alcuna di queste tipologie, il che renderebbe difficile il risarcimento del danno subito dall'A.G.M. In tale ipotesi, il diritto al risarcimento sorgerà non appena sarà stato accertato che la norma giuridica violata ha per oggetto il conferimento di diritti ai singoli e che esiste un nesso di causalità diretto tra la violazione sufficientemente grave e manifesta invocata e il danno subito dall'interessato, in quanto tali condizioni sono in effetti necessarie e sufficienti per far sorgere in capo ai privati un diritto al risarcimento (...). Nel caso di specie, non si può escludere che una violazione grave e manifesta del diritto comunitario, tale da far sorgere la responsabilità dello Stato finlandese, derivi da un comportamento ad esso imputabile e rientrante in una casistica diversa da quella limitativamente indicata dal diritto nazionale di cui si tratta» (punti 91-93).

<sup>84</sup> In proposito cfr. la sentenza del 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, cit. *supra*, nota 39, dove, dopo aver sostenuto che spetta al giudice nazionale stabilire se l'ordinamento interno consente di far valere la responsabilità dello Stato per illecito ad esso imputabile, viene chiaramente sostenuto che nel caso in cui il regime nazionale di diritto comune in materia di responsabilità extracontrattuale applicabile (nel caso si trattava di ipotizzare la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano ex art. 2043 c.c.) non possa servire di base ad un'azione contro i pubblici poteri per un comportamento illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio ed in cui i giudici nazionali non potessero procedere ad alcun altro pertinente raffronto tra la controversa condizione relativa ai termini e le condizioni relative a reclami analoghi di natura interna, si dovrebbe concludere che né il principio dell'equivalenza né quello dell'effettività del diritto comunitario ostano al termine di decadenza controverso (punto 39). Quindi sono ammesse condizioni aggiuntive, ma a patto che vengano rispettati i principi di equivalenza ed effettività.

<sup>85</sup> In particolare punto 94 sentenza citata. Si veda anche la sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit. *supra*, nota 53, punto 90.

importazioni di prodotti provenienti da altri Stati membri provocata da provvedimenti fiscali discriminatori o protezionistici»<sup>86</sup>.

Nel caso *Comateb e a.*<sup>87</sup> la Corte giunge, nella sostanza, alla stessa conclusione, peraltro forte dei principi già sanciti con le sentenze *Francovich e a.* e *Brasserie du pêcheur e Factortame*. La Corte ha dedotto che il giudice nazionale può tener conto del danno subito in forma di riduzione delle vendite che sia dovuta a provvedimenti fiscali discriminatori o protezionistici – l'operatore potrebbe subire un pregiudizio per il fatto stesso di ripercuotere a valle il tributo nel senso che l'aumento del prezzo del prodotto ha provocato una diminuzione del volume delle vendite. «Ciò considerato l'operatore potrebbe legittimamente far valere che, nonostante la traslazione del tributo sull'acquirente, l'inclusione del detto tributo nel prezzo di costo, provocando una maggiorazione del prezzo dei prodotti e una diminuzione del volume delle vendite, ha comportato un pregiudizio che esclude, in tutto o in parte, l'arricchimento senza causa al quale, altrimenti, il rimborso darebbe luogo (...). Del resto non si può impedire agli operatori di domandare dinanzi ai giudici competenti, secondo le appropriate procedure previste dal diritto nazionale e nelle condizioni contemplate nella sentenza 5 marzo 1996, cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (...), il risarcimento dei danni subiti a causa della riscossione di un tributo non dovuto, a prescindere dalla questione della traslazione del detto tributo»<sup>88</sup>.

Con tali pronunce la Corte ha lasciato spazio ad una ipotetica domanda di risarcimento del danno. Successivamente, sempre con riguardo ad azioni di ripetizione dell'indebito, i giudici del Lussemburgo hanno fatto un passo ulteriore nel senso di affermare un diritto degli operatori economici ad ottenere la ripetizione di tasse riscosse in violazione del diritto comunitario o per il risarcimento di un danno causato dalla violazione del diritto comunitario, ivi comprese le questioni accessorie, come l'eventuale corresponsione di interessi<sup>89</sup>. La Corte, premesso che spetta al giudice nazionale qualificare la domanda proposta dalle parti – se di ripetizione o di risarcimento –, pone alcune fondamentali osservazioni riguardo all'oggetto della domanda, a prescindere dalla natura della stessa: se si trattasse di azione di rimborso, come in linea di principio apparirebbe, allora il *petitum* sarebbe rappresentato dalla domanda di rimborso di una somma pari agli interessi maturati dal momento del versamento a quello in

<sup>86</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 1980 in causa n. 68/79, *Just, cit. supra*, nota 25, punto 26.

<sup>87</sup> Sentenza del 14 gennaio 1997 in cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, *Comateb e a., cit. supra*, nota 9.

<sup>88</sup> Sentenza del 14 gennaio 1997 in cause riunite da n. C-192/95 a n. C-218/95, *Comateb e a., loc. cit.*, punti 32-34.

<sup>89</sup> Cfr. sentenza della Corte dell'8 marzo 2001 in cause riunite n. C-397/98 e n. C-410/98, *Metallgesellschaft, cit. supra*, nota 6.

cui l'imposta avrebbe dovuto essere effettivamente versata<sup>90</sup>.

Simili affermazioni farebbero pensare ad una sorta di ripensamento da parte della Corte perché da una affermazione di principio, secondo cui l'operatore potrebbe esperire anche azione per danni stante l'esistenza dei presupposti di cui al caso *Brasserie du pêcheur e Factortame*, sembra che con le pronunce più recenti ponga una alternativa tra ripetizione e risarcimento (posto, tuttavia, che comunque resta ferma l'ipotesi di responsabilità dello Stato se ne sussistono le condizioni secondo i singoli ordinamenti). Da altro punto di vista, va rilevato che le pronunce messe a confronto affrontano questioni sensibilmente diverse. Nei casi *Just e Comateb e a.*, infatti, si discute riguardo alla ripetizione dell'indebito *tout court* e si pone un principio in termini di responsabilità e di azioni per il risarcimento del danno, ma solo in via incidentale, quale *dictum incidenter tantum*. Nel caso *Metallgesellschaft Ltd e a.*, così come nella sentenza oggetto di annotazione, si tratta di distinto argomento che pone l'accento sull'alternativa, come visto, azione di ripetizione e risarcimento del danno (per violazione del diritto comunitario).

In particolare, nel caso da cui prendono spunto le riflessioni contenute nel presente scritto, la Corte non si è propriamente interrogata sulla natura attribuibile alle due distinte domande (ripetizione dei tributi – risarcimento del danno), bensì ha tracciato i principi elaborati negli anni concludendo che spetta alle parti qualificare la domanda, sotto il controllo del giudice nazionale<sup>91</sup>. Tuttavia ampio margine è stato dedicato alla tematica del risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario nella ricostruzione e verifica delle condizioni alle quali può essere fatta valere la responsabilità dello Stato membro<sup>92</sup>.

A conclusione delle sue osservazioni la Corte ha dedicato un inciso particolare rispetto agli «altri danni che una persona avrebbe subito a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile a uno Stato membro» disponendo che spetterà allo Stato membro rimborsare il danno cagionato, senza tutta-

<sup>90</sup> Sentenza della Corte dell'8 marzo 2001, *Metallgesellschaft*, *loc. cit.* I giudici osservano: «(...) Nelle cause principali, (...) la domanda di pagamento degli interessi (...) non è accessoria e costituisce anzi l'oggetto stesso dei reclami delle ricorrenti. (...) la violazione del diritto comunitario risulta non già dal pagamento dell'imposta stessa bensì dalla sua esigibilità anticipata, la concessione di interessi rappresenta il rimborso di ciò che è stato indebitamente versato (...). Nell'ambito di un'azione di restituzione, il capitale dovuto corrisponde esattamente all'importo degli interessi che la somma divenuta indisponibile a causa della scadenza anticipata dell'imposta avrebbe fruttato. Conseguentemente, l'art. 52 [ora 43] del trattato attribuisce (...) il diritto di ottenere gli interessi maturati (...). Tale somma può essere reclamata mediante un'azione di restituzione (...)» (punti 87-90).

<sup>91</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *cit. supra*, nota 1, punto 201: «(...) Al riguardo occorre precisare che non spetta alla Corte dare una qualificazione giuridica delle domande presentate dalle ricorrenti nelle cause principali innanzi al giudice di rinvio. Nella fattispecie, spetta a queste ultime precisare la natura e il fondamento della loro azione (domanda di ripetizione o domanda di risarcimento danni), sotto il controllo del giudice del rinvio».

<sup>92</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *loc. cit.*, punti 209-219.



via specificare quali possono essere le occasioni in cui verrebbe ad integrarsi simile fattispecie<sup>93</sup>.

## 6. Conclusioni

A conclusione dell'analisi effettuata si può osservare come in materia di azioni di ripetizione dell'indebito non sia configurabile anche una autonoma azione di responsabilità nei confronti dello Stato membro (cui fosse imputabile la violazione del diritto comunitario che ha indotto all'indebito). Infatti, se il diritto del singolo al rimborso è stato soddisfatto, allora non sorgerà alcuna pretesa per danni cagionati allo stesso: almeno questo è il principio guida emerso dalle sentenze della Corte.

Tuttavia, si sta lentamente insinuando una sorta di ipotetica cumulabilità dei rimedi come, peraltro, è giusto che sia. Infatti la Corte nel caso che si annota non ha esitato a concludere che riguardo agli «(...) altri danni che una persona avrebbe subito a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile a uno Stato membro, quest'ultimo è tenuto a risarcire i danni causati alle persone alle condizioni enunciate nel punto 51 della citata sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, senza che ciò escluda che, in base al diritto nazionale, la responsabilità dello Stato possa essere invocata a condizioni meno restrittive»<sup>94</sup>.

Questa conclusione consente di superare parzialmente (e indirettamente) quello che è il *limite* con riguardo ai profili di responsabilità dello Stato membro: infatti il fine perseguito dal diritto comunitario nel riconoscere la tutela effettiva al singolo consentendogli l'esperienza di azione per il risarcimento del danno non è quella di sanzionare lo Stato, bensì quella di ripristinare il diritto leso, ma lo stesso oggetto caratterizza anche l'azione di ripetizione dell'indebito comunitario. Per questa ragione sarà possibile avanzare pretesa per il risarcimento del danno, invocando la responsabilità dello Stato membro, soltanto qualora si sia in presenza di un danno effettivo e diverso, ma pur sempre legato all'ingiustamente versato.

**Alessandra Compassi\***

<sup>93</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *cit. supra*, nota 1, punto 220.

<sup>94</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *loc. cit.*, punto 220.

\* Dottoranda di Ricerca in Diritto dell'Unione Europea / Università degli Studi di Udine.



**AIUTO DI STATO DICHIARATO INCOMPATIBILE  
CON IL MERCATO COMUNE: RESPONSABILITÀ DELLO STATO  
MEMBRO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO  
DERIVANTE DA PROVVEDIMENTO GIURISDIZIONALE  
PASSATO IN GIUDICATO**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05\***

Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA,  
già Lucchini Siderurgica SpA

**Aiuti di Stato all'industria siderurgica - Aiuto di Stato erogato in viola-  
zione del diritto comunitario - Incompatibilità con il mercato comune -  
Recupero - Principio dell'intangibilità del giudicato - Responsabilità del-  
lo Stato.**

*Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva.*

*(Omissis)* **In diritto**

**Sulle questioni pregiudiziali**

**48.** Con le questioni sollevate, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice *a quo* domanda in sostanza se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applica-

\* In argomento v. *infra*, p. 733 ss., il commento *MARIA TERESA STILE*.

zione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

**49.** In tale contesto va ricordato anzitutto che, nell'ordinamento giuridico comunitario, le competenze dei giudici nazionali sono limitate sia per quanto riguarda il settore degli aiuti di Stato sia relativamente alla dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari.

*Sulle competenze dei giudici nazionali in materia di aiuti di Stato*

**50.** In materia di aiuti di Stato, ai giudici nazionali possono essere sottoposte controversie nelle quali essi siano tenuti ad interpretare e ad applicare la nozione di aiuto di cui all'art. 87, n. 1, CE, segnatamente al fine di valutare se un provvedimento statale, adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 88, n. 3, CE, debba o meno esservi soggetto (sentenze 22 marzo 1977 in causa n. 78/76, *Steinike & Weinlig*, *Raccolta*, p. 595, punto 14, e 21 novembre 1991 in causa n. C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, *Raccolta*, I, p. 5505, punto 10). Analogamente, al fine di poter determinare se una misura statale attuata senza tener conto della procedura di esame preliminare prevista dall'art. 6 del terzo codice dovesse esservi o meno assoggettata, un giudice nazionale può essere indotto a interpretare la nozione di aiuto di cui all'art. 4, lett. c., del Trattato CECA e all'art. 1 del terzo codice (v., per analogia, sentenza 20 settembre 2001 in causa n. C-390/98, *Banks*, *Raccolta*, I, p. 6117, punto 71).

**51.** Per contro, i giudici nazionali non sono competenti a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune.

**52.** Emerge infatti da una giurisprudenza costante che la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario (v. sentenze *Steinike & Weinlig*, *cit.*, punto 9; *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, *cit.*, punto 14, nonché 11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *SFEI e a.*, *Raccolta*, I, p. 3547, punto 42).

*Sulle competenze dei giudici nazionali per quanto riguarda la dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari*

**53.** Sebbene in linea di principio i giudici nazionali possano trovarsi ad esaminare la validità di un atto comunitario, non sono però competenti a dichiarare essi stessi l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie (sentenza 22 ottobre 1987 in causa n. 314/85, *Foto-Frost*, *Raccolta*, p. 4199, punto 20). La Corte è quindi la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario (sentenze 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, *Raccolta*, I, p. 415, punto 17, nonché 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, *Raccolta*, I, p. 403, punto 27). Del resto, tale competenza esclusiva risultava altresì esplicitamente dall'art. 41 del Trattato CECA.

54. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito dall'art. 230, quinto comma, CE diviene definitiva nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1994 in causa n. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Raccolta, I, p. 833, punto 13, e 22 ottobre 2002 in causa n. C-241/01, *National Farmers' Union*, Raccolta, I, p. 9079, punto 34).

55. La Corte ha altresì escluso la possibilità che il beneficiario di un aiuto di Stato oggetto di una decisione della Commissione direttamente indirizzata soltanto allo Stato membro in cui era residente questo beneficiario, che avrebbe potuto senza alcun dubbio impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine perentorio all'uopo prescritto dall'art. 230, quinto comma, CE, possa utilmente contestare la legittimità della decisione dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di tale decisione (citare sentenze *TWD Textilwerke Deggendorf*, punti 17 e 20, nonché *National Farmers' Union*, punto 35). Gli stessi principi si applicano necessariamente, *mutatis mutandis*, nell'ambito d'applicazione del Trattato CECA.

56. Se ne deve pertanto concludere che correttamente il giudice *a quo* ha deciso di non sottoporre alla Corte una questione concernente la validità della decisione n. 90/555, decisione che la Lucchini avrebbe potuto impugnare nel termine di un mese dalla pubblicazione in forza dell'art. 33 del Trattato CECA, cosa che si è astenuta dal fare. Per gli stessi motivi non può essere accolto il suggerimento della Lucchini che chiede alla Corte, in subordine, di esaminare eventualmente d'ufficio la validità della medesima decisione.

#### *Sulla competenza dei giudici nazionali nella causa principale*

57. Dalle considerazioni sin qui svolte emerge che né il Tribunale civile e penale di Roma né la Corte d'appello di Roma erano competenti a pronunciarsi sulla compatibilità degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini con il mercato comune e che né l'uno né l'altro di questi organi giurisdizionali avrebbe potuto constatare l'invalidità della decisione n. 90/555, che aveva dichiarato tali aiuti incompatibili con il detto mercato.

58. A questo proposito, si può del resto rilevare che né la sentenza della Corte d'appello di Roma, di cui si fa valere l'autorità di cosa giudicata, né la sentenza del Tribunale civile e penale di Roma si pronunciano esplicitamente sulla compatibilità con il diritto comunitario degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini e tantomeno sulla validità della decisione n. 90/555.

#### *Sull'applicazione dell'art. 2909 del codice civile italiano*

59. Stando al giudice nazionale, l'art. 2909 del codice civile italiano osta non solo alla possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche alla disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto. Da siffatta interpretazione della norma potrebbe conseguire, in particolare, che a una decisione di un giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti della competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario. Come ha osservato il giu-

dice *a quo*, è chiaro che l'applicazione di tale norma, così interpretata, impedirebbe nel caso di specie l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario.

**60.** In tale contesto va ricordato che spetta ai giudici nazionali interpretare le disposizioni del diritto nazionale quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario.

**61.** Risulta inoltre da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, *Raccolta*, p. 629, punti 21-24; 8 marzo 1979 in causa n. 130/78, *Salumificio di Cornuda*, *Raccolta*, p. 867, punti 23-27, e 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factor-tame e a.*, *Raccolta*, I, p. 2433, punti 19-21).

**62.** Come dichiarato al punto 52 della presente sentenza, la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario.

**63.** Le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

(*Omissis*)

## LA SENTENZA *LUCCHINI* SUI LIMITI DEL GIUDICATO: UN TRAGUARDO INASPETTATO?

**Sommario:** 1. *I precedenti della Corte di giustizia in tema di "giudicato" ed il principio della sua intangibilità* - 2. *Il caso Lucchini e l'esigenza del ripristino dello status quo ante nonostante il "giudicato"* - 3. *L'art. 2909 c.c. e la questione dei limiti della sua operatività* - 4. *Il superamento del principio della intangibilità del "giudicato" nella sentenza Lucchini in relazione alla peculiarità della fattispecie* - 5. *Considerazioni conclusive.*

### 1. I precedenti della Corte di giustizia in tema di "giudicato" ed il principio della sua intangibilità

Quando nel 2003 la Corte di giustizia emise il suo verdetto sull'ormai famoso caso *Köbler*<sup>1</sup>, gli studiosi espressero il loro consenso senza eccessiva meraviglia sulla soluzione adottata. Con tale sentenza, infatti, la Corte, coerentemente con i suoi precedenti in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario<sup>2</sup>, affermò che se una Corte suprema nazio-

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, I, p. 55.

<sup>2</sup> Invero, già a partire dalle sentenze sul caso *Francovich* (sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *A. Francovich e D. Bonifaci e altri. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un "pungolo" per i Paesi inadempienti*, p. 91 ss.) e *Brasserie du pêcheur e Factortame* (sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 54 ss.) si affermò il principio della responsabilità dello Stato membro, inteso nella sua unità, per violazione del diritto comunitario. Nella sentenza *Francovich* si trattava, in particolare, di illecito del legislatore per mancata trasposizione di una direttiva comunitaria in materia di lavoro, che attribuiva specifici diritti in capo ai singoli, non escludendosi, tuttavia, in tale sede, che potesse riscontrarsi egualmente responsabilità allorché la violazione degli obblighi comunitari incombesse sullo Stato nell'esercizio della sua funzione amministrativa od anche giurisdizionale.

Per ulteriori commenti in dottrina, cfr. M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1997, p. 669 ss.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, *RMUE*, 1996, n. 3, p. 15-34; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13 ss; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario: il caso Gabrielli*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 617 ss.

nale emana una sentenza in manifesto contrasto con il diritto comunitario e vi sono le ulteriori condizioni della preordinazione della norma violata a conferire diritti ai singoli e dell'esistenza di un nesso causale diretto tra violazione e danno, sussiste responsabilità dello Stato che è obbligato a risarcire il danno, secondo i criteri comuni utilizzati in tema di responsabilità.

La decisione ebbe, ciò nonostante, ampia ed immediata risonanza per avere, per la prima volta, con riferimento ad un caso determinato, sancito la responsabilità – fino a quel momento solo astrattamente ipotizzata – di uno Stato membro per fatto imputabile ad organo giurisdizionale. L'applicazione al caso concreto di un principio ormai pacifico e come tale da attuarsi *de plano*, infatti, si mostrò subito non priva di aspetti problematici sia con riguardo alla individuazione, nello specifico, delle condizioni per il riconoscimento della responsabilità dello Stato membro sia con riferimento ai confini entro i quali il singolo poteva esercitare il diritto a far valere detta responsabilità.

Ma la difficoltà più consistente per l'affermazione di una responsabilità statale derivante dalla violazione delle prescrizioni comunitarie ad opera di un provvedimento giurisdizionale si mostrò subito essere costituita dal principio di intangibilità del giudicato non facilmente conciliabile con il diritto del singolo ad ottenere adeguata riparazione<sup>3</sup>.

La difficoltà venne, tuttavia, abilmente superata nella sentenza non solo mantenendo fermo il principio, ma fondando addirittura il diritto del danneggiato proprio su quel principio, che da ostacolo alla sua realizzazione ne divenne il presupposto<sup>4</sup>.

Ed invero, nella prospettiva dei Giudici di Lussemburgo è proprio la perdurante forza cogente del giudicato a porsi come premessa della responsabilità dello Stato sul piano comunitario con il conseguente diritto del singolo ad agire per la sua reintegrazione. Non si tratta, cioè, in questa prospettiva, di mettere in discussione la validità dell'atto di diritto interno emanato dal singolo organo e pretenderne la rimozione degli effetti, ma solo di sancirne la sua illiceità dal punto di vista del diritto comunitario, attribuendone la responsabilità allo Stato considerato nella sua unità.

Più in generale, per una ricostruzione dei principi in tema di responsabilità degli Stati membri, cfr. L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>3</sup> In argomento, v. R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 376.

<sup>4</sup> Cfr. E. SCODITTI, "Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 4 ss.; v., anche, P. J. WATTEL, Köbler, Cifit and Welthgrove: we can't go on meeting like this, *CMLR*, 2004, p. 177 ss.; P. PIVA, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della "köblerizzazione" del diritto comunitario e del diritto degli Stati membri*, in *Il diritto della Regione*, 2004, p. 809 ss.; S. BASTIANON, *Giudici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 57; P. D. SIMON, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une jurisdiction suprême*, in *Juris Classeur*, Europe, 2003, p. 3.



Emerge così dalla decisione non solo come l'affermazione del principio generale della responsabilità dello Stato membro risulti sensibilmente attenuato da limitazioni legate alle circostanze del caso concreto, ma anche come l'esistenza di un giudicato, che in un Paese membro ha leso i diritti attribuiti al singolo dall'ordinamento comunitario, non sia di ostacolo a detta responsabilità, anche se imputabile ad un organo giurisdizionale<sup>5</sup>.

Non dissimile linea argomentativa è data cogliere in altra vicenda<sup>6</sup>, nella quale la Commissione ha diretto i suoi strali contro lo Stato italiano per non avere modificato l'art. 29, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, interpretato in sede amministrativa e giudiziaria in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi, in violazione dell'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)<sup>7</sup>.

La Corte di giustizia ha, infatti, riaffermato il principio, secondo cui, anche ove sia in gioco solo l'interpretazione della normativa interna in termini incompatibili con il diritto comunitario, deve essere affermata la responsabilità dello Stato allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado<sup>8</sup>.

Anche nella successiva sentenza, *Kühne & Heitz NV. c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, del 13 gennaio 2004<sup>9</sup>, la Corte di giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale del giudice nazionale, affronta il problema della immodificabilità di provvedimenti divenuti ormai definitivi<sup>10</sup>. Nell'occasione, la decisione, pur ribadendo il dovere di tutte le autorità degli Stati membri di garantire la piena attuazione del diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze<sup>11</sup>, si mostra nondimeno rispettosa del principio della intangibilità del

<sup>5</sup> Cfr. M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in questa *Rivista*, 2007, p. 253.

<sup>6</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 534.

Per un commento alla sentenza, cfr. L. S. ROSSI - G. DI FEDERICO, *Case C-129, Commissione c. Repubblica Italiana*, *CMLR*, 2005, p. 829; O. PALLOTTA, *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 253 ss.

<sup>7</sup> In ordine al principio di effettività, richiamato nella sentenza, v. sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1989, punto 5, nonché del 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig Italiana*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8003, punto 33.

<sup>8</sup> Cfr. sentenza *Commissione c. Italia*, *loc. cit.*, punto 41.

<sup>9</sup> Causa n. C-453/00, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837; in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489 e in *Urbanistica e appalti*, 2004, 10, p. 1151, con nota di R. CARANTA.

<sup>10</sup> La domanda pregiudiziale era stata sollevata dal College van Beroep voor het bedrijfsleven (Paesi Bassi), nell'ambito di una controversia riguardante la classificazione tariffaria di carni di pollame nonché la determinazione dell'importo delle restituzioni all'esportazione che ne risulterebbero a vantaggio dell'esportatore.

Dall'ordinanza di rinvio emerge che la preoccupazione del College van Beroep è fondata essenzialmente sulla necessità di stabilire se sussista l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa, dotata, nel diritto olandese, dei connotati della discrezionalità.

<sup>11</sup> V., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1972 in causa n. C-48/71,

giudicato, ancorché nei termini non assoluti – comunemente accolti, del resto, dai moderni ordinamenti –, stante la possibilità di una sua rivisitazione sempre che il diritto interno lo consenta.

E la necessità del rispetto del principio in questi termini è espressamente confermata nella decisione *Kapferer* del 2006<sup>12</sup>, con cui la Corte di giustizia ha sostenuto con vigore la prevalenza delle sentenze interne passate in giudicato sul principio di leale collaborazione stabilito dall'art. 10 del Trattato, facendo proprie così le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, che, richiamando la sentenza *Köbler*, aveva rimarcato la presenza di un orientamento ormai consolidato in tal senso.

La riprova della fondatezza di tale constatazione emerge dall'ancor più recente caso esaminato dalla Corte di giustizia e riguardante l'Italia<sup>13</sup>, ove il rispetto del principio dell'intangibilità del "giudicato", formatosi nell'ordinamento interno non forma più oggetto di discussione, polarizzandosi l'attenzione della Corte sulla questione riguardante la compatibilità della normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori dei giudici con i principi di diritto comunitario.

Rimettere in discussione una pronuncia giudiziaria divenuta definitiva costituisce, dunque, alla luce di siffatta consolidata giurisprudenza, una grave violazione del principio della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici, tale da compromettere anche l'autorità del potere giudiziario, potendo una decisione divenuta irrevocabile essere impugnata per incompatibilità con il diritto comunitario solo se le regole procedurali nazionali lo consentano.

## 2. Il caso *Lucchini* e l'esigenza del ripristino dello *status quo ante* nonostante il "giudicato"

L'orientamento sin qui descritto, che sembrava aver ormai trovato punti fermi di ancoraggio, subisce con il caso *Lucchini* una improvvisa e, sotto certi aspetti, inaspettata svolta<sup>14</sup>.

*Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1972, 529, punto 7, e del 19 gennaio 1993 in causa n. C-101/91, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 191, punto 24.

<sup>12</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 ss., massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 82.

<sup>13</sup> Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741; in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss., con nota di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, c. 418 ss.; di A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, c. 420 ss. e di T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, c. 23 ss.

<sup>14</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.A.*, riportata *supra*, p. 729.

In realtà, sia pure in linea astratta, non era difficile prevedere la possibilità di casi in cui il meccanismo risarcitorio potesse mostrarsi inadeguato. Gli esempi intercettabili in innumerevoli decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, nei quali il pieno soddisfacimento dell'interesse leso non poteva avvenire sotto il profilo patrimoniale occorrendo altresì il ripristino dello *status quo ante*<sup>15</sup>, lasciavano intravedere la possibilità che tali esigenze prima o poi si presentassero anche al cospetto dei giudici di Lussemburgo.

Il caso *Lucchini* rappresenta un primo e significativo esempio.

La questione è stata sottoposta all'attenzione della Corte comunitaria, ai sensi dell'art. 234 CE, in seguito all'ordinanza del febbraio 2005 del Consiglio di Stato, emessa nel corso di un procedimento che vedeva come parti, da un lato, la società Lucchini – destinataria di sovvenzioni per l'ammodernamento degli impianti siderurgici – e, dall'altro, il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato che ne tentava il recupero dopo la pronuncia della Commissione europea. Questa, infatti, nel 1990, aveva dichiarato gli aiuti incompatibili con il mercato comune. Poco prima la Lucchini aveva instaurato un giudizio per ottenere la totalità dell'importo assegnato dalle autorità amministrative, che si era concluso, con sentenza passata in giudicato, a suo completo favore.

Trattandosi, secondo la Commissione europea, di una palese violazione del diritto comunitario, il Ministero, in ottemperanza alla relativa pronuncia, aveva revocato il decreto di concessione degli aiuti, disponendo il recupero della somma già erogata. Il provvedimento era stato impugnato dalla Lucchini dinanzi al Tar del Lazio, che aveva ritenuto fondata la pretesa della società in considerazione del passaggio in giudicato della sentenza interna, confermando così l'obbligo dell'Amministrazione di corrispondere gli importi.

Diversa la valutazione della Corte di giustizia, cui il Consiglio di Stato – dinanzi al quale il Ministero aveva proposto ricorso – si era rivolto chiedendo di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla revocabilità di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario, adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale passata in giudicato.

Secondo la Corte i giudici nazionali ben possono trovarsi ad esaminare la validità degli atti comunitari, ma non sono tuttavia competenti a constatare essi stessi l'invalidità di tali atti. La detta competenza è rimessa al giudice comunitario<sup>16</sup> e tali atti diventano definitivi se non vengono impugnati dai destinatari nel termine stabilito dall'art. 230, quinto comma, CE. Il beneficiario di un aiuto di Stato oggetto di una decisione negativa non può contestarne la

<sup>15</sup> L'inadeguatezza della riparazione monetaria si è, ad esempio, manifestata nelle note decisioni *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000 e *Lucà* del 27 febbraio 2001, entrambe riportate sul sito [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it), ove, chi si è visto riconoscere dai giudici di Strasburgo la illegittimità della procedura nazionale che lo ha riguardato, si trovava ancora in prigione o in affidamento minorile.

<sup>16</sup> Punto 53 della sentenza in commento.

legittimità proponendo ricorso avverso i provvedimenti nazionali emanati in esecuzione di tale decisione<sup>17</sup>.

La Corte rileva che né il Tribunale (nel 1991) né la Corte d'appello di Roma (nel 1994) erano competenti a pronunciarsi sulla compatibilità con il mercato comune degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini e che né l'uno né l'altro di tali organi giurisdizionali avrebbero potuto constatare l'invalidità della decisione della Commissione del 1990, competente in via esclusiva a valutare detta compatibilità sotto il controllo del giudice comunitario<sup>18</sup>.

### 3. L'art. 2909 c.c. e la questione dei limiti della sua operatività

La pronuncia in esame, dopo il richiamo alla ripartizione dei poteri tra diritto interno e diritto comunitario, entra nel vivo della questione dando atto che, stando al giudice nazionale, l'art. 2909 del codice civile italiano osta non solo alla possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche alla disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto. Mostra, quindi, di essere consapevole di come da siffatta interpretazione della norma possa conseguire, in particolare, che ad una decisione del giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti di competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario. Ma questa interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata – osserva la Corte – impedirebbe l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe impossibile il recupero

<sup>17</sup> Punto 55.

<sup>18</sup> Punti 57 e 52, ove si richiamano, a sostegno dell'assunto, le sentenze 22 marzo 1977 in causa n. 78/76, *Steinike & Weing*, in *Raccolta*, 1977, p. 595, punto 9; 21 novembre 1991 in causa n. 354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5505, punto 14, nonché 11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *SFEI e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3547, punto 42.

Va rammentato che la Commissione europea è competente in via esclusiva ad esaminare tutti i regimi di aiuto inclusi nella sfera di applicazione dell'art. 87, n. 1 CE. Ai sensi del successivo art. 88 gli Stati membri hanno il dovere di notificare alla Commissione i progetti di aiuti che intendono erogare, senza dare esecuzione alle misure progettate sino all'esito favorevole del giudizio della Commissione. Con riferimento al controllo comunitario sugli aiuti di Stato, v. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, parte speciale, Torino, Giappichelli, 2005, p. 382 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, p. 399. Cfr., inoltre, A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, Utet, 1996; I. VAN BAELE - J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, Giappichelli, 1995; F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle decisioni della Commissione Cee adottate in materia di aiuti*, in questa *Rivista*, 1989, p. 691 ss.; E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 1989. Sul problema del recupero degli aiuti illegittimamente erogati, v., in part., R. ADAM, *In capo a chi il recupero degli aiuti illegittimi? L'ultima puntata dei casi IRI-Alfa Romeo e Eni-Lanerossi*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 255; R. CAFARI PANICO, *Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 47.

di un aiuto di Stato concesso in violazione di detto diritto<sup>19</sup>.

La decisione rammenta, infine, richiamando copiosa giurisprudenza a conforto, che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le disposizioni di diritto nazionale quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione con esso contrastante.

Conclude, quindi, nel senso che la disposizione contenuta nell'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, va disapplicata nei limiti in cui la sua applicazione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva<sup>20</sup>.

Dunque, la pronuncia, pur dando atto che l'art. 2909 del codice civile fissa il principio dell'intangibilità del giudicato, ritiene che esso debba retrocedere nel caso di contrasto con il diritto comunitario, ed, in particolare, quando il contrasto si manifesta nell'ambito del regime degli aiuti di Stato, ove vige la competenza esclusiva della Commissione. Pertanto, se la disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, è di ostacolo alla corretta applicazione delle norme comunitarie, impedendo il recupero di un aiuto erogato in contrasto con il diritto comunitario, essa va disapplicata.

Secondo la pronuncia in parola, quindi, una sentenza passata in giudicato non è di per sé impeditiva all'applicazione del diritto comunitario, sicché le autorità nazionali non possono sottrarsi all'obbligo di recuperare quegli aiuti concessi a un'impresa ancorché sulla base di una sentenza definitiva, ove siano stati dichiarati illegittimi dalla Commissione europea: la situazione di contrasto fra un provvedimento definitivo di carattere giurisdizionale e le regole comunitarie va rimossa in ogni caso, dando prevalenza a queste ultime come diretta conseguenza del primato del diritto comunitario.

#### **4. Il superamento del principio della intangibilità del "giudicato" nella sentenza *Lucchini* in relazione alla peculiarità della fattispecie**

Queste conclusioni, che, senza dubbio, si pongono in conflitto con le precedenti decisioni – conflitto che la Corte ha inteso superare facendo, in buona parte, leva sulla peculiarità della fattispecie svoltasi in un settore, quale quello

<sup>19</sup> Punto 59.

<sup>20</sup> Per una valutazione critica delle questioni prospettatesi nel Trattato Costituzionale con riguardo sia al sistema di riparto di competenze tra Unione e Stati membri, sia alle modalità del concreto esercizio di dette competenze, cfr. R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 390 ss.

degli aiuti di Stato, fondamentale nell'ordinamento comunitario –, sono precedute da una dura presa di posizione verso lo Stato italiano nel suo complesso, al punto da fare adombrare il sospetto che la soluzione offerta sia non priva di una componente di tipo sanzionatorio.

Già l'opinione espressa dall'Avvocato Generale<sup>21</sup> contiene critiche estremamente aspre non solo nei confronti dei giudici nazionali, ma anche dell'apparato amministrativo dello Stato italiano.

I primi, investiti della causa – afferma l'Avvocato Generale –, «o per ignoranza o per incuria, hanno compiuto gravi errori, sia in primo grado che in sede di appello»: in primo grado, hanno ignorato se fossero soddisfatti gli obblighi derivanti dall'art. 88, n. 3, CE (regola di «*standstill*»), o dal suo equivalente nel relativo codice degli aiuti CECA, e se esistessero decisioni della Commissione ostative all'erogazione dell'aiuto; in secondo grado, «cosa ancora più grave, la Corte d'appello non ha voluto rispettare la decisione negativa nel frattempo resa dalla Commissione». Inoltre – prosegue l'Avvocato Generale – anche le autorità italiane hanno commesso errori omettendo di comunicare che la Commissione, nel corso del giudizio, aveva già adottato una decisione, in cui l'aiuto richiesto veniva espressamente dichiarato incompatibile con il mercato comune. Infine, la stessa Lucchini, quale attrice nel procedimento dinanzi al giudice civile italiano, pur essendo a conoscenza che il Governo italiano poteva erogare l'aiuto ad essa promesso soltanto dopo avere ricevuto l'approvazione della Commissione, allorché questa adottò la sua decisione negativa, non aveva voluto avvalersi delle possibilità di ricorso offerte dal diritto comunitario. Di qui la conclusione – formulata espressamente dall'Avvocato Generale – di non potersi sottrarre «all'impressione che nella fattispecie la Lucchini abbia cercato il punto debole della catena giurisdizionale che può essere invocata per giudicare della legittimità della concessione degli aiuti di Stato».

Non diversa nella sostanza, anche se – come si è visto – più edulcorata nella forma, è la motivazione adottata dalla Corte nella sentenza, ove si sottolinea, tra l'altro, la presenza nel sistema di un principio, vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario, in forza del quale la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. le conclusioni alla sentenza *Lucchini* presentate il 14 settembre 2006 dall'Avvocato Generale Geelhoed, specie al punto 87.

<sup>22</sup> Punto 62.

## 5. Considerazioni conclusive

Di fronte a questo argomentare, vi è da chiedersi allora se, in mancanza di alcuni dei connotati negativi evidenziati nelle conclusioni dell'Avvocato Generale e nella sentenza, e posti in premessa del *decisum*, la soluzione della controversia sarebbe stata la stessa.

Certo è che l'impostazione delle decisioni dei giudici comunitari, attenti al caso per caso, si da ritenere a volte insuperabile il principio della intangibilità del giudicato ed altre volte soggetto a possibili deroghe, suggerisce un'adeguata modifica della nostra legislazione che eventualmente includa, tra i motivi di revocazione o di revisione previsti dai codici di rito, anche quello del giudicato contrario al diritto comunitario. In tal modo si eviterebbero scontri frontali fra i due ordinamenti, potendo la rimozione del giudicato interno, contrastante con il diritto comunitario, avvenire in virtù di un meccanismo contemplato dall'ordinamento dello stesso Stato membro, che consentirebbe, almeno in talune evenienze, di accorciare i tempi di giustizia.

D'altro canto, su di un fronte, sia pure solo in parte, parallelo, si sta procedendo in tale direzione.

Vari disegni di legge, infatti, sono stati presentati al fine di introdurre sia in sede penale sia in sede civile la possibilità di chiedere, rispettivamente, la revisione o la revocazione di una sentenza definitiva pronunciata in violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, qualora abbia prodotto conseguenze di natura e gravità tali da non poter essere interamente sanate dal riconoscimento dell'equo indennizzo<sup>23</sup>.

**Maria Teresa Stile\***

<sup>23</sup> Si allude ai ddl n. 3354, presentato il 22 marzo 2005; n. 5872 del 25 maggio 2005; n. 3362 del 28 aprile 2005, nessuno dei quali ha sortito l'effetto auspicato. Più di recente, il Consiglio dei Ministri ha approvato le «Disposizioni in materia di revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», dirette ad introdurre nel codice di procedura penale la possibilità di revisione delle sentenze di condanna che abbiano violato le garanzie di difesa o il principio del contraddittorio previsto dal nostro ordinamento (art. 6, par. 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo). In una nota del Ministero della Giustizia si legge: «Il sistema processuale italiano attuale non prevede (...) specifici meccanismi di adeguamento alle indicate decisioni della Corte europea» mentre la Corte di cassazione (sentenza *Dorigo* del 1° dicembre 2006) ha affermato che «la prolungata inerzia dell'Italia corrisponde alla trasgressione dell'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea e, quindi, costituisce una condotta dello Stato italiano qualificabile come flagrante diniego di giustizia».

Si pensi pure agli interventi legislativi già avvenuti in tale direzione, come quello *ex lege* n. 60/2005, con cui si è inteso rimediare al "difetto strutturale" del sistema processual-penalistico italiano, individuato dalla Corte di Strasburgo nell'assenza di un meccanismo volto a concretizzare il diritto delle persone condannate in contumacia, che non siano state effettivamente informate del procedimento a loro carico di ottenere un nuovo giudizio nel rispetto dei principi sul giusto processo di cui all'art. 6 Cedu, cfr. M. T. STILE, *Sistema processual-penalistico italiano e restituzione in termini: primi passi verso una tutela sostanziale del diritto di difesa*, in *Città in movimento*, n. 2/2007, p. 5.

\* Dottore di ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE / Università degli Studi di Napoli «Federico II»; assegnista di ricerca presso la medesima Università.





## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA I CRITERI PER IL PAGAMENTO DEI TRIBUTI NEI TRASFERIMENTI DI BENI PRIVATI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 26 aprile 2007 in causa n. C-392/05**

Georgios Alevizos c. Ypourgos Oikonomikon

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 39 CE - Libera circolazione dei lavoratori - Art. 6, n. 1, direttiva n. 83/183/Cee - Franchigie fiscali sulle importazioni definitive in uno Stato membro di un veicolo ad uso privato proveniente da un altro Stato membro - Membro delle forze armate di uno Stato membro temporaneamente assegnato ad un altro Stato membro per ragioni di servizio - Nozione di «residenza normale».**

*Accise quali quelle di cui alla causa principale rientrano nell'ambito di applicazione della franchigia fiscale prevista dall'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio del 28 marzo 1983, n. 83/183/Cee, relativa alle franchigie fiscali applicabili alle importazioni definitive di beni personali di privati provenienti da uno Stato membro, come modificata dalla direttiva del Consiglio 23 novembre 1989, n. 89/604/Cee, qualora risulti che sono normalmente esigibili all'atto dell'importazione definitiva, da parte di un privato, di un veicolo ad uso privato proveniente da un altro Stato membro, il che andrà accertato dal giudice del rinvio. Tale art. 1, n. 1, è parimenti applicabile ad una tassa speciale aggiuntiva unica d'immatricolazione quale quella di cui alla causa principale, qualora risulti che essa è connessa all'operazione d'importazione stessa del veicolo, il che dovrà essere verificato dal giudice del rinvio<sup>1</sup>.*

\* A cura di ENRICA ADOBATI.

*L'art. 6, n. 1, della direttiva n. 83/183/Cee dev'essere interpretato nel senso che un membro del personale della pubblica amministrazione, delle forze armate, delle forze dell'ordine o della polizia portuale di uno Stato membro che dimori almeno centoottantacinque giorni all'anno in un altro Stato membro con i suoi familiari al fine di svolgervi una missione di servizio di una durata determinata ha, per la durata di tale missione, la sua residenza normale, ai sensi di detto art. 6, n. 1, in tale altro Stato membro<sup>2</sup>.*

*Qualora, al termine degli accertamenti operati dal giudice del rinvio, risulti che i tributi di cui alla causa principale non rientrano nell'ambito di applicazione della franchigia fiscale prevista dall'art. 1, n. 1, della direttiva n. 83/183/Cee, spetterà a tale giudice, sulla base dei requisiti sanciti dall'art. 39 Ce, verificare se l'applicazione della normativa nazionale che disciplina tali tributi sia tale da garantire che, in relazione agli stessi, la persona che procede, nell'ambito di un trasferimento di residenza, all'importazione di un veicolo nello Stato membro d'origine non sia posta in una situazione meno favorevole di quella in cui si trovano le persone che hanno risieduto permanentemente in tale Stato membro e, eventualmente, se una tale disparità di trattamento sia giustificata da considerazioni oggettive, indipendenti dalla residenza delle persone interessate e proporzionate allo scopo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> La Corte di giustizia è stata invitata dal Consiglio di Stato ellenico a chiarire la nozione di residenza normale di un privato. La questione pregiudiziale si è posta nell'ambito di una controversia tra il signor Alevizos e l'amministrazione fiscale ellenica per la concessione di determinate franchigie fiscali in occasione dell'importazione di un autoveicolo privato dall'Italia in Grecia. Il signor Alevizos, membro delle forze armate greche, aveva acquistato il veicolo in questione nei due anni di servizio prestato presso il quartier generale per l'Europa del sud della Nato a Napoli e, al suo ritorno in Grecia nel 1997, l'aveva importato in territorio greco.

La direttiva n. 83/183/Cee (in *Guce* n. L 105 del 1983, p. 64), quale modificata dalla direttiva n. 89/604/Cee (in *Guce* n. L 348 del 1989, p. 28), prevede determinate franchigie dalle accise e dalle altre imposte sui consumi all'importazione di beni personali di un privato qualora l'importazione avvenga insieme al trasferimento della residenza normale dell'interessato da un altro Stato membro nello Stato membro di importazione.

Al signor Alevizos, dopo aver depositato presso la dogana greca la dichiarazione di trasporto relativa al proprio veicolo, veniva chiesto il versamento di una somma a titolo di diritti di accisa e a titolo di tassa speciale di immatricolazione. Successivamente, il signor Alevizos presentava un ricorso contro la decisione di riscossione dinanzi al Tribunale amministrativo di primo grado di Atene che riformava parzialmente tale decisione aumentando la percentuale di deduzione per usura del veicolo derivante da un uso normale. Il ricorrente, dopo aver esaurito tutti i gradi di giudizio, impugnava la sentenza della Corte amministrativa d'appello di Atene dinanzi al Consiglio di Stato ellenico che sospendeva il giudizio e si rivolgeva alla Corte di giustizia affinché si pronunciasse sull'interpretazione dell'art. 6, n. 1, della direttiva n. 83/183/Cee nella quale viene definita la nozione di «residenza normale» per stabilire con certezza dove il ricorrente doveva essere considerato residente. Ai sensi dell'art. 6, n. 1, «(...) si intende per "residenza normale" il luogo in cui una persona dimora abitualmente, ossia durante almeno centoottantacinque giorni all'anno, a motivo di legami personali e professionali oppure, nel caso di una persona senza legami professionali, a motivo di legami personali che rivelano l'esistenza di una stretta correlazione tra la persona in questione e il luogo in cui abita. (...) nel caso di una persona i cui legami professionali siano

risultati in un luogo diverso da quello dei suoi legami personali e che pertanto sia indotta a soggiornare alternativamente in luoghi diversi situati in due o più Stati membri, si presume che la residenza normale sia quella del luogo dei legami personali, purché tale persona vi ritorni regolarmente. Questa condizione non è richiesta allorché la persona effettua un soggiorno in uno Stato membro per l'esecuzione di una missione di durata determinata. (...)».

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, alla Corte di giustizia se l'art. 6, n. 1, della direttiva n. 83/183/Cee vada interpretato nel senso che un soggetto membro del personale della pubblica amministrazione, delle forze armate, delle forze dell'ordine o della polizia portuale di uno Stato membro che dimori almeno centoottantacinque giorni all'anno in un altro Stato membro con i propri familiari al fine svolgere in quest'ultimo Stato una missione di servizio di durata determinata abbia, per la durata di tale missione, la sua residenza normale, ai sensi dell'art. 6, n. 1, in tale Stato membro o se mantenga, invece, la residenza nel primo Paese.

La Corte di giustizia, dopo aver chiarito che la situazione del signor Alevizos rientra pienamente nell'ambito di applicazione "personale" della direttiva n. 83/183/Cee, ha precisato che per residenza normale si intende il luogo in cui l'interessato ha stabilito il centro permanente dei propri interessi (cfr. le sentenze del 12 luglio 2001 in causa n. C-262/99, *Louloudakis*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5547 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 520 e del 23 aprile 1991 in causa n. C-297/89, *Ryborg*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1943) e il criterio della permanenza rinvia alla condizione secondo la quale l'interessato deve dimorarvi per almeno centoottantacinque giorni all'anno. Nel caso di specie, tale condizione risulta soddisfatta.

Secondo la Corte di giustizia l'art. 6, n. 1, della direttiva deve essere interpretato nel senso di prendere in considerazione i legami sia professionali che personali e qualora una valutazione globale di questi ultimi, essendo localizzati in Paesi differenti, non sia sufficiente per l'individuazione del centro principale degli interessi di un cittadino comunitario, occorre dare la preminenza ai legami personali.

Ne consegue che il ricorrente, per la durata della propria missione di servizio ha mantenuto la propria residenza normale in Italia, presso la sede della Nato a Napoli.

Infine, la Corte di giustizia ha esaminato l'incidenza dell'applicazione dei tributi di cui alla causa principale sulla libera circolazione delle persone garantita dal Trattato CE ex art. 39.

La Corte, in proposito, ha precisato che il signor Alevizos è soggetto ai tributi in quanto persona che trasferisce la propria residenza da uno Stato membro ad un altro. Secondo la Corte, un cittadino comunitario che lavori in uno Stato membro diverso dal proprio Stato d'origine non perde la qualità di «lavoratore», ai sensi dell'art. 39, n. 1, CE, per il fatto di occupare un impiego all'interno di un'organizzazione internazionale (cfr. sentenze del 15 marzo 1989 in cause riunite n. 389/87 e n. 390/87, *Echternach e Moritz*, in *Raccolta*, 1989, p. 723; del 13 novembre 2003 in causa n. C-209/01, *Schilling e Fleck-Schilling*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3389 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 65; del 16 dicembre 2004 in causa n. C-293/03, *My*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 12013 e del 6 febbraio 2006 in causa n. C-185/04, *Öberg*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1453). Ne consegue che il ricorrente della causa principale deve poter godere di tutti i benefici accordati dal diritto comunitario ai lavoratori (cfr., sentenze del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921, in questa *Rivista*, 1996, p. 311, con nota di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.; del 26 gennaio 1999 in causa n. C-18/95, *Terhoeve*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 345 e del 27 gennaio 2000 in causa n. C-190/98, *Graf*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 493 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 623).

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che il diritto comunitario non garantisce al lavoratore la neutralità fiscale dei trasferimenti delle proprie attività in un altro Stato membro. La compatibilità dei tributi previsti dalla normativa ellenica con l'art. 39 Trattato CE dipenderà dalle aliquote dei tributi stessi e dalle relative modalità di applicazione. Sarà il giudice del rinvio, nel caso di specie, che dovrà valutare se le disposizioni greche si fondano su criteri obiettivi tali da evitare al ricorrente di trovarsi in una situazione meno favorevole di quella di un lavoratore che abbia risieduto sempre in Grecia.

**IN CASO DI CONSEGNA DI BENI MOBILI IN PIÙ LUOGHI  
DI UNO STESSO STATO MEMBRO È COMPETENTE  
A DIRIMERE LE CONTROVERSIE IL GIUDICE DEL LUOGO  
DELLA CONSEGNA PRINCIPALE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 3 maggio 2007 in causa n. C-386/05**

Color Drack GmbH e Lexx International Vertriebs GmbH

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenze speciali - Art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino - Giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta - Vendita di beni mobili - Beni consegnati in più luoghi di un unico Stato membro - Circondario in cui si trova il luogo della consegna principale.**

*L'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino, del regolamento (Ce) del Consiglio del 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che tale disposizione è applicabile in caso di pluralità di luoghi di consegna in un unico Stato membro. In ipotesi del genere il giudice competente a conoscere di tutte le domande fondate sul contratto di compravendita di beni è quello nel cui circondario si trova il luogo della consegna principale, la quale dovrà essere determinata in ragione di criteri economici. In mancanza di elementi decisivi per stabilire il luogo della consegna principale, l'attore può citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo di consegna di sua scelta<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Nella causa di cui alla sentenza qui massimata, la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare l'art. 5, punto 1, del regolamento (Ce) del Consiglio n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) sulle regole di competenza speciali in materia contrattuale, in deroga al principio della competenza del giudice del domicilio del convenuto. Tale disposizione prevede, alla lett. b., che, quando la controversia riguarda un contratto internazionale di compravendita di beni, l'attore può citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo in cui, in base al contratto, i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati.

Nella caso di specie, si è trattato di chiarire se la disposizione oggetto di interpretazione sia applicabile nell'ipotesi in cui la domanda abbia per oggetto beni che sono stati consegnati in più luoghi nel territorio di uno Stato membro.

La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la società austriaca Color Drack GmbH e la società tedesca Lexx International Vertriebs GmbH, in merito all'esecuzione di un contratto di compravendita di beni mobili in base al quale la Lexx aveva l'obbligo di consegnare i propri prodotti a diversi rivenditori della Color Drack in Austria, in particolare nel circondario in cui quest'ultima aveva la sede, e la Color Drack, da parte sua, ne pagava il prezzo.

La Color Drack citava in giudizio la Lexx dinanzi al giudice austriaco – che si dichiarava territorialmente competente ai sensi del regolamento (Ce) n. 44/2001 – per l'inadempimento dell'obbligo contrattuale della Lexx di ritirare le merci invendute e di rimborsarne il relativo

prezzo all'attore. La Lexx interponeva appello avverso la sentenza del giudice di primo grado dinanzi al Tribunale di Salisburgo che annullava la sentenza di primo grado per incompetenza territoriale. La Corte di cassazione austriaca, adita successivamente dalla Color Drack, ha sollevato la questione pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento Ce n. 44/2001 e ha, pertanto, sospeso il procedimento nazionale per rivolgersi alla Corte di giustizia.

In sostanza, il giudice *a quo* vuole sapere se l'art. 5, punto 1, lett. b. del regolamento (Ce) n. 44/2001 trovi applicazione nell'ipotesi di vendita di beni mobili caratterizzata da una pluralità di luoghi di consegna in un unico Stato membro e, se, quando la domanda riguarda tutte le consegne, l'attore può citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo di consegna di sua scelta.

Secondo la Corte di giustizia, l'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato in conformità degli obiettivi e del sistema del regolamento in questione (cfr., al riguardo, sentenze del 13 luglio 2006 in causa n. C-103/05, *Reisch Montage*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6827 e del 14 dicembre 2006 in causa n. C-283/05, *ASML*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 12041). Infatti, l'obiettivo principale del regolamento (Ce) n. 44/2001 è quello di unificare le norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale attraverso norme sulla competenza.

La norma della competenza del giudice del domicilio del convenuto contemplata all'art. 2 del regolamento è completata all'art. 5, punto 1, da una norma di competenza speciale in materia contrattuale che si fonda principalmente sull'esistenza di uno stretto rapporto tra il contratto e il giudice chiamato ad applicarlo. Per la compravendita di beni mobili è stato previsto un criterio di competenza autonoma (cfr. art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino).

A parere della Corte di giustizia, l'art. 5, punto 1, lett. b., primo trattino trova applicazione sia nell'ipotesi di unicità che di pluralità di luoghi di consegna. Esso, infatti, mira ad unificare le norme sui conflitti di competenza e, pertanto, a designare direttamente il foro competente senza operare nessun rinvio alle disposizioni nazionali dei singoli ordinamenti.

Applicare l'articolo in questione in caso di pluralità di luoghi di consegna in un unico Stato membro consente alle parti contrattuali, secondo la Corte, di prevedere dinanzi ai giudici di quale Stato membro saranno chiamati, nonché di sapere con certezza qual'è il giudice competente a conoscere della controversia. Infine, la Corte di giustizia ha precisato che, in caso di pluralità di luoghi di consegna bisogna avere riguardo alla consegna principale che sarà individuata sulla base di criteri puramente economici.

Qualora tale individuazione non sia possibile, l'attore potrà citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo di consegna di sua scelta. Il convenuto, peraltro, in caso di pluralità di luoghi di adempimento in un unico Stato membro, potrà essere citato solamente dinanzi ai giudici dello Stato nel cui circondario è stata effettuata la consegna (si ricorda che l'Avvocato Generale Yves Bot, nelle proprie conclusioni presentate in data 15 febbraio 2007, è giunto ad una diversa conclusione affidando l'individuazione del giudice competente al diritto nazionale: «se la domanda riguarda tutte le consegne, per decidere se l'attore possa citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo di consegna di sua scelta o unicamente dinanzi al giudice di uno di tali luoghi occorre applicare la legge dello Stato membro nel cui territorio sono state consegnate le merci. Qualora l'ordinamento di tale Stato non preveda norme di competenza speciale, l'attore può citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo di consegna di sua scelta»).

## **LA NORMATIVA SVEDESE CHE VIETA DI IMPORTARE ALCOLICI DA PARTE DI PRIVATI IN SVEZIA CONTRASTA CON LE REGOLE DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 5 giugno 2007 in causa n. C-170/04**

Klas Rosengren, Bengt Morelli e altri c. Riksåklagaren

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle merci – Artt. 28 , 30 e 31 CE - Normativa nazionale recante divieto per i privati di importare bevande alcoliche - Norma relativa all'esistenza e al funzionamento del monopolio svedese sul commercio delle bevande alcoliche - Valutazione - Misura contrastante con l'art. 28 CE - Giustificazione in base alla tutela della salute e della vita delle persone - Controllo della proporzionalità - Sussistenza del contrasto.**

*Una disposizione nazionale che vieti ai privati di importare bevande alcoliche, come quella risultante dal capitolo 4, art. 2, primo comma, della legge del 16 dicembre 1994 sulle bevande alcoliche (alkohollagen), deve essere valutata alla luce dell'art. 28 CE e non dell'art. 31 CE<sup>1</sup>.*

*Una misura che vieti ai privati di importare bevande alcoliche, come quella risultante dal capitolo 4, art. 2, primo comma, della legge sulle bevande alcoliche, costituisce una restrizione quantitativa alle importazioni ai sensi dell'art. 28 CE anche se la detta legge incarica il titolare del monopolio di vendita al dettaglio di fornire le bevande di cui trattasi e dunque, se necessario, di importarle su richiesta<sup>2</sup>.*

*Una misura che vieti ai privati di importare bevande alcoliche, come quella derivante dal capitolo 4, art. 2, primo comma, della legge sulle bevande alcoliche, in quanto inadatta a conseguire l'obiettivo di limitare in via generale il consumo di alcol e sproporzionata ai fini del conseguimento dell'obiettivo di proteggere i più giovani contro le conseguenze nocive del detto consumo, non può essere considerata giustificata, in forza dell'art. 30 CE, da motivi di tutela della salute e della vita delle persone<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> La Corte suprema svedese ha sottoposto alla Corte di giustizia quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli artt. 28, 30 e 31 CE. Il giudice del rinvio, in sostanza, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se le disposizioni contenute nella legge svedese sull'alcol (legge del 16 dicembre 1994 sulle bevande alcoliche, SFS 1994, n. 1738), che vietano l'importazione da parte di privati di bevande alcoliche la cui vendita al dettaglio è soggetta in Svezia a un regime di monopolio, debbano essere esaminate alla luce dell'art. 31 CE, relativo al riordinamento dei monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale, oppure alla luce dell'art. 28 CE, che vieta le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente (prima questione) e se, a seconda dei casi, tali disposizioni siano incompatibili con l'uno o l'altro di tali disposizioni (seconda, terza e quarta questione).

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra undici cittadini e il Riksåklagaren (procuratore del Regno) in merito a un provvedimento di confisca di casse di vino importate per corrispondenza, ordinate in parte sul sito *Internet* di un distributore danese e, in parte, direttamente presso un produttore spagnolo, in violazione della legge svedese sull'alcol sopra citata.

La legge nazionale sull'alcol, nella parte dedicata alla vendita al dettaglio, conferisce un incarico ad una società pubblica, appositamente costituita, di provvedere alla vendita al minuto in Svezia di bevande alcoliche, vino e birra. La società designata a tale scopo è la Systembolaget, una società per azioni interamente posseduta dallo Stato svedese. L'attività, la gestione e le modalità di controllo di tale società sono stabilite mediante una convenzione stipu-

lata con lo Stato. Le importazioni illecite di bevande alcoliche sono sanzionate in conformità alla legge svedese sul contrabbando, la quale prevede che il vino importato in maniera ingannevole sia confiscato a meno che tale misura non sia palesemente sproporzionata.

Come sopra precisato, i ricorrenti hanno ordinato, per corrispondenza dalla Svezia, casse di vino prodotto in Spagna. Il vino, introdotto in Svezia senza nessuna dichiarazione doganale, è stato confiscato in quanto oggetto di un'importazione illecita ai sensi della legge nazionale sull'alcol.

Il Tribunale di primo grado di Göteborg ha convalidato la confisca delle merci e la Corte d'appello della Svezia occidentale ha respinto l'appello proposto dai ricorrenti contro tale sentenza. La Corte suprema, dinanzi alla quale i ricorrenti hanno proposto ricorso in cassazione, ritenendo sussistere una questione di compatibilità della normativa svedese con il Trattato CE, in quanto si trattava del divieto, imposto ad ogni residente, di importare direttamente bevande alcoliche sul territorio svedese, senza procedere personalmente al loro trasporto, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio ha chiesto in sostanza alla Corte di giustizia se una misura nazionale, quale quella controversa nella causa principale, che vieti ai privati di importare bevande alcoliche, costituisca una restrizione quantitativa alle importazioni ai sensi dell'art. 28 CE, anche se la normativa in questione incarichi il titolare del monopolio sulla vendita al dettaglio di fornire, e dunque, se necessario, di importare, su richiesta dei soggetti, le bevande di cui trattasi. Secondo la Corte di giustizia, il divieto delle misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative, contenuto nell'art. 28 CE, riguarda qualsiasi normativa degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari (cfr. le sentenze dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837, in questa *Rivista*, 1974, p. 429; del 23 settembre 2003 in causa n. C-192/01, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9693 e del 2 dicembre 2004 in causa n. C-41/02, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11375). A parere della Corte di giustizia, nel caso di specie, costituisce una restrizione quantitativa alle importazioni il divieto per i privati contenuto nella normativa svedese di importare direttamente in Svezia le bevande alcoliche, senza provvedere personalmente al loro trasporto, divieto non compensato da un obbligo, incombente in ogni caso al monopolio Systembolaget, di importarle qualora gli interessati le richiedano. Infatti, i consumatori che si rivolgono alla Systembolaget per procurarsi bevande alcoliche da importare, si trovano ad affrontare molti disagi che non si presenterebbero qualora dovessero procedere personalmente a tale operazione.

Infine, la Corte si è trovata ad affrontare la questione se la normativa nazionale in questione possa essere giustificata ex art. 30 CE da motivi di tutela della salute e della vita delle persone (cfr. sentenza dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887; cfr. altresì, sentenza del 28 settembre 2006 in causa n. C-434/04, *Ahokainen e Leppik*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 9171). Secondo la Corte, la misura in questione può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria e una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri che può essere giustificata solamente per garantire un'efficace tutela della salute e della vita delle persone.

Nel caso di specie, la Systembolaget, che ha l'obbligo di fornire le bevande alcoliche, ma nello stesso tempo la facoltà di opporsi a tale ordinazione, non si è rifiutata di fornire ai ricorrenti le bevande. Il divieto nei confronti dei privati di importare direttamente bevande alcoliche per limitare il consumo di alcol in una prospettiva di tutela della salute e della vita delle persone, è inidoneo al conseguimento di tale obiettivo.

Anche l'argomentazione sostenuta dal Governo svedese – nel senso che la misura controversa sarebbe volta a proteggere i più giovani contro le conseguenze nocive del consumo di alcol – non è stata accolta dalla Corte di giustizia per il fatto che il divieto di importazione viene applicato nei confronti di tutti i soggetti indistintamente, a prescindere dall'età del richiedente.

Infine, la Corte di giustizia, si è soffermata ad osservare se possano sussistere altri strumenti di distribuzione dei prodotti, nonché di controllo dell'età degli acquirenti volti alla tutela della salute dei più giovani, meno pregiudizievoli per il principio della libera circolazione delle merci. La Commissione delle Comunità europee ha osservato come la verifica dell'età potrebbe essere realizzata tramite una dichiarazione con la quale il destinatario delle bevande importate attestasse, sulla bolla di accompagnamento delle merci acclusa al mo-

mento della loro importazione, di avere più di venti anni. La Corte di giustizia ha concluso, pertanto, nel senso che il divieto contenuto nella normativa nazionale svedese non è proporzionato al conseguimento dell'obiettivo di proteggere i più giovani contro le conseguenze nocive del consumo di alcol e non può essere giustificata ex art. 30 CE da motivi di tutela della salute e della vita delle persone.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO IN MATERIA PENSIONISTICA**

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 21 giugno 2007 in causa n. C-231/06**

Office national des pensions c. Emilienne Jonkman (C-231/06), Hélène Vercheval (C-232/06), e Noëlle Permesaen (C-233/06) c. Office national des pensions

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Parità di trattamento tra uomini e donne - Discriminazione fondata sul sesso - Politica sociale - Regime legale di pensione - Direttiva n. 79/7/CEE - Hostess di volo - Concessione di una pensione uguale a quella degli *steward* di volo - Pagamento di contributi di regolarizzazione in un unico versamento - Pagamento di interessi - Principio dell'effettività - Obblighi di uno Stato membro derivanti da una sentenza pregiudiziale.**

*La direttiva del Consiglio del 19 dicembre 1978, n. 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, qualora uno Stato membro adotti una normativa che consente a persone di un determinato sesso, in origine discriminate, di beneficiare, per tutta la durata della loro pensione, del regime di pensione applicabile alle persone dell'altro sesso,*

*- non osta a che il detto Stato membro faccia dipendere tale iscrizione dal pagamento di contributi di regolarizzazione costituiti dalla differenza tra i contributi pagati dalle persone in origine discriminate nel periodo durante il quale la discriminazione è avvenuta e i contributi più elevati pagati dall'altra categoria di persone nello stesso periodo, maggiorati di interessi che compensano la svalutazione monetaria;*

*- osta, invece, a che il detto Stato membro esiga che il detto pagamento dei contributi di regolarizzazione sia maggiorato di interessi diversi da quelli diretti a compensare la svalutazione monetaria;*

*- osta parimenti a che si esiga che tale pagamento avvenga in un'unica soluzione, qualora tale condizione renda praticamente impossibile o eccessi-*



vamente difficile la regolarizzazione perseguita. Ciò avviene, in particolare, laddove la somma da pagare superi la pensione annuale dell'interessato<sup>1</sup>.

*A seguito di una sentenza emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale da cui risulti l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, è compito delle autorità dello Stato membro interessato adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto comunitario sul loro territorio, vigilando in particolare affinché il diritto nazionale sia rapidamente adeguato al diritto comunitario e affinché sia data piena attuazione ai diritti che sono attribuiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.*

*Nei casi in cui è stata constatata una discriminazione incompatibile col diritto comunitario, finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> Negli anni settanta, la Corte di giustizia con le tre sentenze *Defrenne* (cfr. sentenze del 25 maggio 1971 in causa n. 80/70, *Defrenne I*, in *Raccolta*, 1971, p. 445; dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne II*, in *Raccolta*, 1976, p. 455 e del 15 giugno 1978 in causa n. 149/77, *Defrenne III*, in *Raccolta*, 1978, p. 1365) aveva già affrontato la situazione giuridica delle assistenti di volo belghe rispetto ai loro colleghi di sesso maschile. Con la sentenza, sopra massimata, la Corte torna nuovamente sulla questione della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di regime pensionistico delle *hostess* di volo.

Si precisa che dal 1964 al 1980 in Belgio vigeva, per gli assistenti di volo di sesso maschile, un regime speciale di copertura pensionistica obbligatoria che prevedeva pensioni di vecchiaia più elevate rispetto al sistema generale applicabile ai lavoratori dipendenti di sesso femminile.

Siffatto regime speciale è stato aperto alle assistenti di volo di sesso femminile solamente a partire dal 1981. Per i periodi di assicurazione precedenti al 1981, le assistenti di volo, qualora avessero richiesto la copertura di un'assicurazione retroattiva, potevano avvalersi retroattivamente del regime speciale più favorevole. A tale scopo, nel 1997 è stata introdotta una procedura di conguaglio atta a consentire un'equiparazione, solo a fronte, però, di costosi adempimenti per i soggetti interessati.

La controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale è insorta tra le signore Jonkman, Vercheval e Permesaen, che avevano lavorato come *hostess* di volo presso la Sabena SA, società per azioni belga di aeronavigazione, e l'Office national des pensions (di seguito denominato ONP) dopo che le ricorrenti avevano presentato una domanda di pensione di vecchiaia in qualità di personale di bordo nel settore dell'aviazione civile. Nonostante l'accoglimento della loro domanda, le signore Jonkman, Vercheval e Permesaen lamentavano il fatto che il calcolo delle loro pensioni si fondava su disposizioni discriminatorie.

La Corte di giustizia, investita della questione dalla Cour du travail di Bruxelles è stata chiamata a verificare se le modalità di applicazione dell'assicurazione retroattiva, così come inserite nel diritto belga per le *ex* assistenti di volo, non privino di effetto utile il principio della parità di trattamento tra uomini e donne. Le questioni sottoposte alla Corte hanno riguardato l'interpretazione della direttiva n. 79/7/Cee, sulla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (in *Guce* n. L 6 del 1979, p. 24). L'art. 4, n. 1, della direttiva vieta «qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso (...), in particolare per quanto riguarda (...) il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione (...), l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi [nonché] il calcolo delle prestazioni». Secondo la Corte, tale disposi-

zione può essere invocata dai privati dinanzi ai giudici nazionali al fine di indurli a disapplicare qualsiasi normativa nazionale incompatibile (cfr. sentenze del 13 dicembre 1989 in causa n. C-102/88, *Ruzius-Wilbrink*, in *Raccolta*, 1989, p. 4311 e del 27 ottobre 1993 in causa n. C-337/91, *van Gemert-Derks*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5435).

Il giudice del rinvio ha chiesto in sostanza alla Corte di giustizia se la direttiva, oggetto di interpretazione, contrasti con una normativa nazionale contenente una procedura particolare che impone alle interessate, per poter beneficiare del regime di pensione applicabile alle persone dell'altro sesso, di corrispondere contributi a titolo di conguaglio nella forma di un versamento forfetario complessivo, oltre a interessi al tasso annuo del 10% dalla fine del corrispondente anno assicurativo. Al riguardo, la Corte ha precisato che nel caso in cui sia stata posta in essere una discriminazione, il ristabilimento della parità di trattamento deve mettere nuovamente il lavoratore discriminato in una situazione identica a quella dei lavoratori dell'altro sesso.

La Corte ha osservato che uno Stato membro, nell'adottare una normativa che consente a una categoria di persone di un determinato sesso, in origine discriminata, di beneficiare del regime di pensione applicabile alla categoria di persone dell'altro sesso, può scegliere di ristabilire la parità di trattamento esigendo il pagamento di una somma costituita dalla differenza tra i contributi pagati dalle persone in origine discriminate nel periodo durante il quale la discriminazione è avvenuta e i contributi più elevati pagati dall'altra categoria di persone nello stesso periodo (cfr. sentenze del 28 settembre 1994 in causa n. C-128/93, *Fischer*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 458; del 24 ottobre 1996 in causa n. C-435/93, *Dietz*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5223, massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 755, e del 16 maggio 2000 in causa n. C-78/98, *Preston e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3201). Inoltre, per evitare qualsiasi discriminazione alla rovescia, i contributi di regolarizzazione possono essere maggiorati di interessi diretti a compensare la svalutazione monetaria.

Sulle modalità di pagamento dei contributi di regolarizzazione la Corte di giustizia ha precisato che esse hanno avuto l'effetto di rendere eccessivamente difficile la regolarizzazione dei diritti delle *hostess* di volo e che spetta al giudice del rinvio determinare se il tasso d'interesse del 10% annuo, previsto dal diritto nazionale, possa comprendere una percentuale di interessi mirata a compensare la svalutazione monetaria.

Infine, sugli obblighi di uno Stato membro derivanti da una sentenza pronunciata a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte ha considerato che se dalla sentenza risulta l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, è compito delle autorità dello Stato membro interessato adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto comunitario (cfr. sentenza del 7 gennaio 2004 in causa n. C-201/02, *Wells*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 723 e sentenza del 25 marzo 2004 in causa n. C-495/00, *Azienda Agricola Giorgio, Giovanni e Luciano Visentin e a.*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2993).

La Corte ha sottolineato, inoltre, che in presenza di discriminazioni incompatibili con il diritto comunitario, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione, alle persone appartenenti alla categoria sfavorita, degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Nel caso di specie, pertanto, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria (cfr., al riguardo, sentenze del 28 settembre 1994 in causa n. C-408/92, *Avdel Systems*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4435; del 12 dicembre 2002 in causa n. C-442/00, *Rodríguez Caballero*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11915 e del 7 settembre 2006 in causa n. C-81/05, *Cordero Alonso*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7569).

**SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA È LEGITTIMA  
L'IMPOSIZIONE AGLI AVVOCATI DEGLI OBBLIGHI  
DI COMUNICARE LE INFORMAZIONI ALLE AUTORITÀ  
RESPONSABILI DELLA LOTTA CONTRO IL RICICLAGGIO**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 26 giugno 2007 in causa n. C-305/05**

Ordine degli avvocati francofoni e germanofoni, Ordine francese degli avvocati del foro di Bruxelles, Ordine degli avvocati fiamminghi, Ordine olandese degli avvocati del foro di Bruxelles c. Consiglio dei ministri, intervenienti: Consiglio degli ordini degli avvocati dell'Unione europea, Ordine degli avvocati del foro di Liegi

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 91/308/Cee - Prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio - Obbligo imposto agli avvocati di informare le autorità competenti di ogni fatto che possa costituire indizio di un riciclaggio - Diritto a un equo processo - Segreto professionale ed indipendenza degli avvocati - Compatibilità.**

*Gli obblighi di informazione e di collaborazione con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio previsti all'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio del 10 giugno 1991, n. 91/308/Cee, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 dicembre 2001, n. 2001/97/Ce, e imposti agli avvocati dall'art. 2 bis, punto 5, di tale direttiva, tenuto conto dell'art. 6, n. 3, secondo comma, di questa, non violano il diritto ad un equo processo, come garantito dagli artt. 6 della Cedu e 6, n. 2, TUE<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Con la sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia si è pronunciata sul segreto professionale degli avvocati, in particolare sulla conformità al diritto comunitario e ai principi fondamentali da esso tutelati dell'imposizione agli avvocati, come previsto dalla direttiva n. 2001/97/Ce (in *Guce* n. L 344 del 2001, p. 76), recante modifica della direttiva n. 91/308/Cee (in *Guce* n. L 166 del 1991, p. 77), dell'obbligo di informare le autorità competenti di ogni fatto ad essi noto che potrebbe essere indice di un riciclaggio di capitali.

La disposizione nazionale contestata è il risultato di una modifica apportata alla direttiva n. 91/308/Cee. Infatti, nella direttiva n. 2001/97/Ce è stata prevista l'estensione della sfera di applicazione dell'obbligo di informare le autorità responsabili di eventuali sospetti in tema di riciclaggio di capitali, previsto dall'art. 6 della direttiva n. 91/308/Cee, ai «notai e altri liberi professionisti legali» nell'esercizio di alcune loro attività.

La questione pregiudiziale, che è stata portata all'esame della Corte di giustizia, trae origine nell'ambito di alcuni ricorsi presentati dinanzi alla Cour d'arbitrage (Corte costituzionale del Belgio) dall'Ordine degli avvocati francofoni e germanofoni, dall'Ordine francese degli avvocati del foro di Bruxelles, dall'Ordine degli avvocati fiamminghi e dall'Ordine olandese degli avvocati del foro di Bruxelles per ottenere l'annullamento di alcune disposizioni nazionali che hanno recepito la direttiva n. 2001/97/Ce.

Secondo i ricorrenti, l'estensione agli avvocati dell'obbligo di informare le autorità competenti, in caso di constatazione di fatti sospettati di avere connessione con il riciclaggio di capitali, nonché l'obbligo di trasmettere a tali autorità tutte le informazioni utili, contrastano con i principi del segreto professionale e dell'indipendenza dell'avvocato, elementi indispensabili per garantire un equo processo e il rispetto del diritto alla difesa. Tali articoli violerebbero così gli artt. 10 e 11 della Costituzione belga, in combinato disposto con l'art. 6 della Cedu, i principi generali del diritto in materia di diritto alla difesa, l'art. 6, n. 2, UE, nonché gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000.

Il giudice del rinvio ha ritenuto di sospendere il giudizio nazionale e di rivolgersi alla Corte per ottenere chiarimenti sulla validità della direttiva in esame con riferimento al diritto ad un equo processo, come garantito dagli artt. 6 della Cedu, nonché dall'art. 6, n. 2 del Trattato Ue.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha osservato che per un avvocato sussiste l'obbligo di collaborare con le autorità competenti nell'ambito della lotta contro il riciclaggio ai sensi dell'art. 6, n. 1 della direttiva n. 91/308/Cee solamente nei limiti in cui assistono i loro clienti nella progettazione o nella realizzazione di operazioni aventi carattere finanziario e immobiliare (cfr. art. 2, lett. a.), o qualora agiscano in nome e per conto del loro cliente in una qualsiasi operazione finanziaria o immobiliare. Ai sensi dell'art. 6, n. 3 gli avvocati sono esonerati dagli obblighi previsti al n. 1 dell'art. 6: «Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare gli obblighi di cui al par. 1 ai notai, ai professionisti legali indipendenti, ai revisori, ai contabili esterni e ai consulenti tributari con riferimento alle informazioni che essi ricevono da, o ottengono su, un loro cliente, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale provvedimento compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso». Viene così rispettato, secondo la Corte di giustizia, il diritto ad un equo processo. Tale diritto è rispettato anche per l'esercizio delle attività elencate all'art. 2 *bis* punto 5 della direttiva n. 91/308/Cee (l'acquisto e la vendita di beni immobili o imprese commerciali; la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni dei clienti; l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli; l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società; la costituzione, la gestione o l'amministrazione di *trust*, società o strutture analoghe) in quanto tali obblighi sono giustificati dalla necessità di lottare efficacemente contro il riciclaggio.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che gli obblighi di informazione a cui sono sottoposti gli avvocati nei confronti delle autorità competenti, non violano i diritti fondamentali contenuti all'art. 6 Cedu e all'art. 6, n. 2 TUE (sulla rilevanza della Cedu nell'ordinamento comunitario, cfr. sentenze del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, *Stauder*, in *Raccolta*, 1969, p. 419; del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 P, *Connolly c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611 e del 14 dicembre 2006 in causa n. C-283/05, *ASML*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 12041), sempreché tali obblighi non siano collegati con un procedimento giudiziario.

Si ricorda che il principio della riservatezza della corrispondenza tra avvocato e cliente era già stato sancito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 18 maggio 1982 in causa n. 155/79, *AM & S*, in *Raccolta*, 1982, p. 1575 e la Corte aveva, altresì, riconosciuto la peculiarità della professione forense, nonché delle regole, alle quali gli avvocati sono sottoposti, nella sentenza *Wouters* (sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 97).

## **LA CAPARRA TRATTENUTA IN CASO DI DISDETTA DELLA PRENOTAZIONE ALBERGHIERA DA PARTE DEL CLIENTE NON È SOGGETTA AD IMPOSTA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-277/05**

Société thermale d'Eugénie-les-Bains c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione dell'art. 2, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 77/388/Cee, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme - Campo d'applicazione - Caparra versata nell'ambito di contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi assoggettate all'imposta sul valore aggiunto e trattenuta dal beneficiario in caso di disdetta - Qualificazione come remunerazione di una prestazione di prenotazione o come indennità di risoluzione.**

*Gli artt. 2, n. 1, e 6, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 77/388/Cee, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari - Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, devono essere interpretati nel senso che le somme versate a titolo di caparra nell'ambito di contratti relativi a prestazioni alberghiere soggette ad IVA devono essere considerate, qualora il cliente si avvalga della facoltà di disdetta consentitagli e le somme stesse siano trattenute dall'albergatore, quali indennità forfetarie di recesso versate ai fini del risarcimento del danno subito per effetto della rinuncia del cliente, senza che sussista un nesso diretto con un qualsivoglia servizio reso a titolo oneroso, ragion per cui tali somme non sono soggette all'IVA<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Le somme versate a titolo di caparra da un cliente ad un albergatore devono considerarsi il corrispettivo di una prestazione di prenotazione soggetta ad IVA ovvero un'indennità forfetaria di recesso esente da imposta? A questo interrogativo ha risposto la Corte di giustizia nella sentenza, sopra massimata, statuendo che la caparra versata dal cliente al momento della prenotazione della camera e successivamente trattenuta dall'albergatore come risarcimento a seguito della disdetta non è imponibile ai fini IVA, in quanto la somma trattenuta non costituisce il corrispettivo di una prestazione resa dall'albergatore ai propri clienti, bensì un importo forfetario a titolo di risarcimento per inadempimento contrattuale.

La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia sorta tra il Ministero francese dell'economia, delle finanze e dell'industria e una società che esercita attività alberghiera.

La Société thermale di Eugénie-les-Bains con sede in Francia, è attiva nella gestione di stabilimenti termali, che comporta anche attività alberghiere e di ristorazione. La ricorrente percepisce gli importi/acconti versati in anticipo (a titolo di caparra) al momento della prenotazione dei soggiorni effettuata dai clienti e tali acconti vengono poi dedotti dal pagamento finale di tutto il soggiorno, ovvero trattenuti dalla società nell'ipotesi in cui il cliente rinunci al soggiorno.

Nel corso dell'anno 1992, la ricorrente veniva sottoposta a un accertamento contabile a seguito del quale l'amministrazione tributaria riteneva che le caparre percepite dalla Société thermale al momento della prenotazione dei soggiorni e da essa trattenute dopo la disdetta dovessero essere assoggettate ad IVA. Sia il reclamo presentato dalla ricorrente all'amministrazione tributaria, sia il ricorso dinanzi al Tribunal administratif di Pau, nonché l'appello interposto dinanzi alla Cour administrative d'appel di Bordeaux, venivano respinti. La So-

ciété thermale, sostenendo che tale caparra dovesse essere considerata un'indennità versata a titolo di risarcimento del danno da essa subito per l'inadempimento dei clienti e come tale non assoggettabile ad IVA, ha adito il Conseil d'État, che ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Il Conseil d'État francese ha sollevato alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 2, n. 1, della sesta direttiva n. 77/388/Cee (in *Guce* n. L 145 del 1977, p. 1) ai sensi del quale sono soggette ad IVA «le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, effettuate a titolo oneroso all'interno del Paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale».

La Corte di giustizia, in primo luogo, ha precisato che la conclusione del contratto e la sussistenza del rapporto giuridico tra le parti non sono subordinati al versamento di una caparra non rappresentando questa un elemento costitutivo del contratto alberghiero, bensì una facoltà rientrante nell'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti.

A parere della Corte, in considerazione del fatto che l'obbligo di prenotazione risulta dal contratto alberghiero stesso e non dalla caparra versata, non sussiste un nesso diretto tra il servizio prestato e il corrispettivo ricevuto (cfr., in tal senso, le sentenze dell'8 marzo 1988 in causa n. 102/86, *Apple and Pear Development Council*, in *Raccolta*, 1988, p. 1443; del 3 marzo 1994 in causa n. C-16/93, *Tolsma*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 743; del 21 marzo 2002 in causa n. C-174/00, *Kennemer Golf*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3293 e del 23 marzo 2006 in causa n. C-210/04, *FCE Bank*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2803). Infatti, nel caso in cui la prenotazione vada a buon fine, l'importo della caparra viene imputato al prezzo complessivo da pagare: ciò conferma la circostanza che la caparra non può costituire il corrispettivo di una prestazione autonoma e distinta.

In secondo luogo, la Corte di giustizia si è pronunciata sul problema se le caparre in questione costituiscono indennità di recesso versate a titolo di risarcimento del danno subito a seguito della disdetta da parte del cliente. Sul punto, la Corte ha precisato che la caparra, nel settore alberghiero, è diretta a stimolare le parti a dare esecuzione al contratto e a determinare l'eventuale risarcimento forfetario.

Se al contratto alberghiero viene data regolare esecuzione, la somma versata a titolo di caparra viene, come già precisato, imputata al prezzo del servizio offerto dall'albergatore e, quindi, assoggettata ad IVA. Di contro, se la caparra viene trattenuta dall'albergatore, nell'ipotesi di disdetta da parte del cliente, a titolo di risarcimento danni per la mancata esecuzione del contratto, tale caparra, rappresentando un risarcimento, non costituisce il corrispettivo di una prestazione e non fa parte della base imponibile IVA. Inoltre, se a recedere dal contratto è l'albergatore, al cliente sarà restituito un importo pari al doppio della caparra versata. Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che la caparra versata non costituisce la remunerazione per un servizio autonomo e distinto fornito dall'albergatore al cliente: il versamento, la trattenuta, nonché la restituzione del doppio della caparra ricevuta non rientrano pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 1, della direttiva n. 77/388/Cee.

La Corte di giustizia, in sentenza, ha ribaltato quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Poiras Maduro nelle sue conclusioni depositate in data 13 settembre 2006, nelle quali ha precisato che se il cliente rinuncia al soggiorno in albergo, la somma versata a titolo di caparra deve essere assoggettata a IVA in quanto rappresenta il corrispettivo di una specifica prestazione, consistente nella prenotazione del servizio.

## DISPARITÀ DI TRATTAMENTO IN BASE ALL'ETÀ

### Corte di giustizia

Sentenza del 16 ottobre 2007 in causa n. C-411/05

Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Portata - Contratto collettivo che prevede la cessazione *ex lege* del rapporto di lavoro quando il lavoratore abbia raggiunto l'età di sessantacinque anni e abbia diritto ad una pensione di vecchiaia - Art. 6 CE - Discriminazione in base all'età - Giustificazione.**

*Il divieto di qualsiasi discriminazione basata sull'età, come realizzato dalla direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, quale quella in esame nella causa principale, in forza della quale sono considerate valide le clausole di pensionamento obbligatorio stabilite nei contratti collettivi le quali richiedano, come unici requisiti, che il lavoratore abbia raggiunto il limite di età, fissato a 65 anni dalla normativa nazionale, per accedere al pensionamento e soddisfi gli altri criteri in materia di previdenza sociale per avere diritto ad una pensione di vecchiaia di tipo contributivo, purché la misura in parola, benché fondata sull'età, sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima relativa alla politica del lavoro e al mercato del lavoro, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità d'interesse generale non appaiano inappropriati e non necessari a tale scopo<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Il Tribunale per la legislazione in materia sociale n. 33 di Madrid si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se il divieto di discriminazione in base all'età contenuto, in particolare, nell'art. 2, n. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16) contrasti con una normativa nazionale che consente l'inserimento di clausole di pensionamento obbligatorio nei contratti collettivi.

La direttiva n. 2000/78/Ce mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento (art. 1 direttiva n. 2000/78/Ce). Tuttavia, ai sensi dell'art. 6 è previsto che gli Stati membri possano prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da uno scopo legittimo, inclusi obiettivi di politica e mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari.

La normativa spagnola prevede (legge del 1° luglio 2005, n. 14 sulle clausole dei contratti collettivi relative al compimento dell'età pensionabile ordinaria) che nei contratti collettivi possano essere stabilite clausole che rendano possibile la cessazione del contratto di lavoro per il compimento, da parte del lavoratore, dell'età pensionabile ordinaria fissata nella normativa di previdenza sociale, purché il soggetto abbia raggiunto i sessantacinque anni e siano stati soddisfatti gli altri requisiti richiesti dalla normativa di previdenza sociale per aver diritto alla pensione di vecchiaia di tipo contributivo.

Le questioni pregiudiziali sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra il signor Palacios de la Villa e la società Cortefiel Servicios Sa presso la quale il ricorrente è

stato impiegato.

Il signor Palacios ha sostenuto l'illegittimità del proprio licenziamento motivato dal raggiungimento dell'età della pensione obbligatoria prevista da un contratto collettivo. Il signor Palacios ha presentato così un ricorso dinanzi al giudice spagnolo il quale ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la normativa controversa contrasti con la direttiva n. 2000/78/Ce che si propone di fissare un quadro generale per garantire la parità di trattamento a tutti i soggetti «in materia di occupazione e di condizioni di lavoro», proponendo una valida protezione contro le discriminazioni fondate anche sull'età.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha precisato che la normativa nazionale che ritiene valida la cessazione *ex lege* del rapporto di lavoro fra il datore di lavoro e il lavoratore quando questi raggiunge l'età pensionabile di sessantacinque anni incide, da un lato, sulla durata del rapporto di lavoro che vincola le parti e, dall'altro lato, sull'esercizio, da parte del lavoratore interessato, della propria attività professionale. Ne consegue che la direttiva in questione si applica alla situazione del signor Palacios.

Sull'interpretazione degli artt. 2 e 6 della direttiva n. 2000/78/Ce la Corte di giustizia ha osservato come la normativa spagnola imponendo un trattamento meno favorevole ai lavoratori che abbiano compiuto l'età pensionabile rispetto agli altri soggetti che sono in attività determini una disparità di trattamento fondata sull'età ai sensi dell'art. 2 della direttiva.

Sull'eventuale giustificazione di tale disparità di trattamento, la Corte ha richiamato le conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák, presentate in data 15 febbraio 2007, per sottolineare come l'inserimento di clausole di pensionamento obbligatorio nei contratti collettivi è stato effettuato, su pressione delle parti sociali, nell'ambito di una politica nazionale diretta a promuovere l'accesso all'impiego per mezzo di una migliore distribuzione di quest'ultimo sotto il profilo intergenerazionale.

A parere della Corte di giustizia, le clausole di pensionamento obbligatorio previste nei contratti collettivi si propongono di disciplinare il mercato nazionale del lavoro, promuovendo le assunzioni per contrastare la disoccupazione. Ne consegue che tale finalità giustifica oggettivamente e ragionevolmente una disparità di trattamento in ragione dell'età stabilita dagli Stati membri.

Infine, la Corte ha affermato la compatibilità della normativa spagnola con la direttiva n. 2000/78/Ce ritenendo che i mezzi adottati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (cfr. sentenza del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, *Mangold*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981) per raggiungere la finalità legittima richiamata nell'ambito della politica nazionale del lavoro consistente nella promozione della piena occupazione, favorendo l'accesso al mercato del lavoro.



# GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

---

## ESCLUSIONE DELLA TUTELA COME MARCHIO DI IMPRESA INDIVIDUALE DI UN SEGNO INTERAMENTE COSTITUITO DA UNA INDICAZIONE GEOGRAFICA PRECISA

**Tribunale di Bari**  
**Ordinanza del 18 maggio 2006\***

*Pres. ed est. Di Paola*

Soc. Botromagno c. Cantina Cooperativa Acli

**Dlgo 10 febbraio 2005, n. 30, art. 13 - Direttiva n. 89/104/Cee - Tutela della proprietà industriale - Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa - Impedimento alla registrazione di un determinato segno - Indicazioni che, in commercio, designano la provenienza geografica del prodotto - Esclusione della registrazione.**

*A fronte di un marchio successivo identico non è tutelabile, nemmeno in via cautelare, un marchio rappresentato esclusivamente da un'espressione che designa la provenienza geografica del prodotto che dovrebbe contraddistinguere.*

*(Omissis)*

Rilevato che con ricorso depositato il 4 aprile 2006 la società Botromagno s.r.l. ha esposto:

\* In argomento v. *infra*, p. 763 ss., il commento di GIUSEPPINA DI SALVATORE.

- di essere titolare del marchio nazionale «Le terre di Federico», registrato con domanda del 13 dicembre 1994, rinnovata nell'anno 2004, ed utilizzato per contraddistinguere vini, ottenuti da uve del tipo Malvasia;

- di aver appreso del deposito della domanda di registrazione del marchio «Le terre di Federico» in data 8 settembre 2003, ad opera della cantina cooperativa della riforma fondiaria Acli, per contraddistinguere vini;

- di ritenere nullo il marchio per cui è stata richiesta la registrazione, in quanto carente del profilo della novità, essendo evidentemente anticipato dal marchio «Le terre di Federico», attesa la pressoché totale imitazione del segno precedente, l'identità dei prodotti destinati ad essere contraddistinti dai marchi in questione (vini), la comunanza della zona geografica di produzione dei vini da parte delle società in conflitto;

- di temere che, in attesa dei tempi ordinari per conseguire la tutela del proprio diritto alla tutela del marchio registrato, si potessero realizzare pregiudizi di natura irreparabile, in ragione della difficoltà di quantificazione dei danni derivanti dall'illecito uso di fatto dell'altrui marchio in attesa di registrazione;

- ha richiesto, quindi, la pronuncia di provvedimenti di inibitoria di ogni attività di produzione e commercializzazione dei prodotti recanti il marchio «Le terre di Federico» e di sequestro di tutti i materiali costituenti violazione del marchio, oltre che la pubblicazione dell'emanando provvedimento cautelare;

considerato che la società resistente, costituendosi in giudizio, ha eccepito l'invalidità del marchio per cui è stata chiesta la tutela cautelare, in quanto costituito esclusivamente dall'indicazione della provenienza geografica dei prodotti contraddistinti da quel segno, poiché l'espressione «Le terre di Federico» indicherebbe una zona geografica nella quale viene prodotto il vino commercializzato dalla ricorrente, come sostenuto da quest'ultima nel ricorso introduttivo, in cui affermava che quella indicazione «notoriamente equivale a identificare la zona che Federico II di Svevia occupava quale propria dimora fra il XII e XIII secolo»; ha, inoltre, rilevato l'insussistenza del *periculum in mora*, deducendo di non aver ancora immesso sul mercato il prodotto da contraddistinguere con il marchio per cui è stata richiesta la registrazione;

rilevato che all'udienza di comparizione è stato ascoltato il legale rappresentante della cooperativa resistente, il quale ha dichiarato che la sua società si è sinora limitata a presentare il prodotto recante il marchio «Terre di Federico» nell'ambito di alcune manifestazioni fieristiche; che non era a conoscenza dell'esistenza del marchio della ricorrente e che non ha effettuato alcuna indagine per verificare l'esistenza di anteriorità invalidanti; ha aggiunto che in quelle manifestazioni fieristiche ove la cooperativa ha esposto i propri prodotti, gli *stand* degli espositori pugliesi, produttori di vini compresi nel territorio della provincia barese settentrionale, esponevano come indicazione quella riportante l'espressione «Terre di Federico».

preso atto che è risultato vano un tentativo di bonario componimento della lite e che le parti hanno ribadito le rispettive posizioni, documentando la resistente le proprie deduzioni relative all'uso della denominazione «Terre di Federico»;

considerato che va preliminarmente esaminata l'eccezione sollevata dalla cooperativa Acli;

ritenuto che l'espressione costituente il marchio per cui è stata richiesta la tutela cautelare, pur non facendo riferimento ad un ambito geografico emergente dalla realtà amministrativa attuale, certamente trae la sua origine dall'individuazione di uno

specifico ambito territoriale, desunto da elementi storici noti alla generalità dei consociati e richiamati dalla stessa ricorrente; non a caso nel ricorso cautelare si legge che il marchio registrato dalla Botromagno s.r.l. è costituito da un nome di fantasia che non descrive il prodotto o servizio contraddistinto: nel segno distintivo manca, infatti, qualunque riferimento al prodotto vinicolo, descrivendo soltanto una zona geografica nella quale viene prodotto il vino in questione e che, notoriamente, equivale a identificare la zona che Federico II di Svevia occupava quale propria dimora fra il X e XIII secolo»;

considerato, per altro verso, che non può condividersi l'affermazione della ricorrente, secondo la quale nel marchio in questione il riferimento all'area territoriale entro la quale viene prodotto il vino è posta in secondo piano rispetto al significato evocativo dello stesso significato che dovrebbe identificarsi nella suggestione prevalente di tipo storico e non geografico (al contrario, proprio il riferimento al termine «terre» implica inevitabilmente un diretto riferimento spaziale, e non già temporale, collegato alla figura dell'imperatore Federico II di Svevia);

considerato, inoltre, che il collegamento tra l'espressione che costituisce il marchio della ricorrente ed un determinato ambito geografico è attestata dalla documentazione prodotta dalla parte resistente, in cui si apprezza l'uso comune e generalizzato da parte di enti istituzionali e di operatori economici dell'espressione Terre di Federico per indicare il territorio compreso tra il Gargano e la zona della Murgia barese quale luogo di produzione di specifiche qualità di vini (v. la pubblicazione *Itinerari lungo le strade del vino e dell'olio di Puglia* che indica con l'espressione «Terre di Federico» uno dei tre territori caratterizzanti la produzione vitivinicola pugliese, ed al suo interno segnala tra i produttori di quella zona anche la società resistente; analogamente la *brochure* predisposta dalla Regione Puglia per presentare i vini pugliesi esposti nella nota manifestazione «Vinitaly» nel corrente anno, raggruppa sotto la dizione «Terre di Federico» le denominazioni di origine controllata prodotte nel contesto territoriale su ricordato; denominazione riportata in altri *depliant* illustrativi delle manifestazioni svoltesi in quella stessa manifestazione);

ritenuto che un siffatto collegamento pone in evidenza la necessità di salvaguardare la medesima esigenza considerata dal legislatore, quando ha ritenuto di impedire il riconoscimento della tutela dei marchi c.d. geografici: assicurare che tutti gli imprenditori di un determinato settore operativo potessero fare uso di termini evocativi della provenienza geografica dei propri prodotti al solo fine di indicarne l'origine, senza consentire che potesse darsi luogo alla costituzione di monopoli in favore del singolo (salvo che il riferimento al termine geografico non fosse di pura fantasia, in quanto privo di qualsivoglia collegamento con il prodotto contraddistinto da quel segno);

rilevato che il collegamento rilevante tra indicazione geografica e prodotto identificato dal marchio geografico non deve necessariamente essere già attuale, come specificato dalla giurisprudenza comunitaria, essendo rilevante anche un legame in via di formazione e accreditamento nell'ambito degli operatori economici di un determinato settore [v. chiaramente sul punto Corte di giustizia 4 maggio 1999, in cause riunite n. C-108 e n. C-109/97, *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Unione europea*, n. 1240: «L'art. 3, n. 1, lett. c., della prima direttiva del Consiglio Cee 21 dicembre 1988, n. 104, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, dev'essere interpretato nel senso che: a. tale norma non si limita a vietare la registra-

zione dei nomi geografici in quanto marchi nei soli casi in cui essi indichino i luoghi che presentano attualmente, agli occhi degli ambienti interessati, un nesso con la categoria di prodotti di cui si tratta, bensì si applica anche ai nomi geografici utilizzabili in futuro dalle imprese interessate in quanto indicazione di provenienza geografica della categoria di prodotti di cui si tratta; *b.* nei casi in cui il nome geografico non presenti attualmente, agli occhi degli ambienti interessati, alcun nesso con la categoria di prodotti di cui si tratta, l'autorità competente deve valutare se sia ragionevole presumere che un tale nome, agli occhi degli ambienti interessati, possa designare la provenienza geografica di tale categoria di prodotti; *c.* nell'effettuare tale valutazione occorre prendere in considerazione, in particolare, la conoscenza più o meno ampia che gli ambienti interessati hanno del nome geografico nonché le caratteristiche del luogo designato da quest'ultimo e della categoria di prodotti di cui si tratta; *d.* il nesso tra il prodotto di cui trattasi e il luogo geografico non dipende necessariamente dalla fabbricazione del prodotto in tale luogo»; che tale ipotesi coincide con la situazione di fatto documentata dalla parte resistente;

ritenuto, pertanto, che alla stregua della cognizione sommaria propria del presente procedimento, deve ritenersi che il marchio della ricorrente è rappresentato esclusivamente da un'espressione che designa la provenienza geografica dei prodotti che dovrebbe contraddistinguere (non risultando dai documenti relativi alla registrazione del segno alcun altro elemento diverso dalla mera denominazione adottata), così ponendosi in contrasto con il disposto dell'art. 13, comma 1, codice della proprietà industriale;

ritenuto, in conseguenza, carente il profilo del *fumus boni iuris* e inevitabilmente infondata la domanda cautelare proposta.

(*Omissis*)

## SUI LIMITI POSTI ALLA TUTELA DEL NOME GEOGRAFICO COME MARCHIO DI IMPRESA

**Sommario:** *Premessa - 1. I fatti all'origine della controversia - 2. Conformità della ordinanza sul rigetto della tutela cautelare del marchio «Le terre di Federico», pronunciata dal Tribunale di Bari, alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria - 3. Segue: ... ed alla normativa e giurisprudenza italiana - 4. Considerazioni conclusive.*

### Premessa

L'ordinanza<sup>1</sup> in commento concerne una tipica questione di tutelabilità, come marchio di impresa individuale, di un segno interamente costituito da una indicazione geografica specifica: *id est* «Le terre di Federico».

Più che in ragione della peculiarità del caso affrontato, siffatta pronuncia si lascia apprezzare soprattutto per il fatto di aver reso, in qualche modo, giustizia di tutta una serie di errori di valutazione succedutisi in decisioni precedenti, specie a livello comunitario<sup>2</sup>, consentendo in tal modo di trarre da essa, sia pure indirettamente, talune direttrici sul cui solco dare soluzione a tutta una serie di problematiche che di volta in volta hanno accompagnato, e tuttora accompagnano, l'attività dei vari operatori in ordine alle peculiari facoltà ad

<sup>1</sup> Ordinanza del tribunale di Bari del 18 maggio 2006, in *Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2007, p. 62, con commento (n. 5) di A. GERMANÒ, *Del latte e del vino: breve commento a cinque sentenze di giudici diversi*, p. 5.

<sup>2</sup> V. ad esempio la causa n. T-373/03, *Parmitalia*, in *Gu-UE* n. C 21 del 24 gennaio 2004, p. 38, in relazione alla quale è stata emessa la sentenza pubblicata in *Raccolta*, 2005, II, p. 1881 e la nota di F. CAPELLI, *L'utilizzo indebito di un nome geografico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 173 ss.; Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04, in questa *Rivista*, 2006, p. 467, con commento di G. DI SALVATORE, *Nome geografico e tutela del consumatore negli orientamenti recenti del Tribunale di primo grado*, cui si rimanda e per le riflessioni in ordine al marchio geografico e per i richiami ivi effettuati.

Decisione pregevole in relazione sempre al marchio geografico è invece quella assunta in data 25 ottobre 2005 in causa n. T-379/03, *Peek & Cloppenburg c. OHMI*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 4633 ss.

essi riservate nello specifico settore commerciale di appartenenza<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> V. in argomento P. BORGHI, *Il "Made in Italy" nella disciplina italiana e comunitaria, con particolare riferimento agli alimenti*, in <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/22044.html>.

È peraltro preoccupante constatare che sempre più spesso gli organi giudiziari comunitari sono chiamati a sentenziare in ordine a situazioni concernenti il conflitto (e quindi pure la possibile coesistenza) tra marchi di impresa individuale registrati, oppure tra un marchio di impresa registrato ed uno non registrato, oppure tra un marchio di impresa, registrato o meno, ed uno collettivo ..., recanti una medesima indicazione di provenienza geografica, prescindendo tuttavia da ogni rilievo, anche solo incidentale, relativo alla impossibilità di detti segni di assurgere alla dignità di marchio e legittimando così, sia pure indirettamente, una prassi contrastante non solo con le più importanti disposizioni normative europee, ma pure con la giurisprudenza più significativa in argomento, e determinando così una incomprensibile, subdola contraddizione fra giudicati, almeno sul piano squisitamente sostanziale. Significativa in tal senso è una vicenda portata sì all'attenzione della Corte, ma unicamente al fine di provocare una pronuncia su una questione pregiudiziale afferente alla corretta interpretazione da dare all'art. 4 della direttiva n. 89/104 Cee in relazione alla espressione di «marchio notoriamente conosciuto» ed alla estensione geografica di detta notorietà. Si tratta della causa n. C-328/06, *Nieto Nuño*, conclusasi con la sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2007, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi rappresentano un interessantissimo esempio di lucida interpretazione sistematica di norme internazionali e comunitarie idonea a guidare una più puntuale riflessione in ordine al significato da attribuirsi all'espressione «marchio notoriamente conosciuto», e all'ambito spaziale della sua tutela; in altri termini la questione si poneva sul se un certo marchio, al fine di potersi ritenere notoriamente conosciuto, doveva essere tale in tutto il territorio dello Stato, oppure anche solo in una parte non significativa di esso. Queste le norme rilevanti: sul piano internazionale, l'art. 6 *bis* della Convenzione d'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, l'art. 16, n. 1 e n. 2, dell'Accordo TRIPS e l'art. 2 della raccomandazione OMPI del 1999; su quello comunitario l'art. 4, n. 2 e n. 4, della direttiva n. 89/104/Cee. L'Avvocato Generale aveva occasione di precisare quali fattori dovevano necessariamente concorrere al fine di determinare se un dato segno fosse o meno notoriamente conosciuto, operando di volta in volta distinzioni in relazione al caso. Quanto alla normativa comunitaria, l'art. 4, n. 1, disponeva che un marchio di impresa era escluso dalla registrazione, o se registrato poteva essere dichiarato nullo, quando esso fosse identico a un marchio di impresa anteriore e se i prodotti o servizi per cui il marchio di impresa era stato richiesto o era stato registrato fossero identici a quelli per cui il marchio di impresa anteriore era tutelato; ed ancora quando l'identità o somiglianza tra i segni e/o i prodotti e servizi era tale da dar adito ad un rischio di confusione per il pubblico comportante pure un rischio di associazione. Per marchi anteriori (n. 2, art. 4) si intendevano i marchi che alla data di presentazione della domanda di registrazione del marchio o della priorità vantata, erano «notoriamente conosciuti» nello Stato membro ai sensi dell'art. 6 *bis* citato. Il n. 4 del medesimo articolo, lett. *b.*, prevedeva che ciascuno Stato membro poteva disporre che un certo marchio di impresa fosse escluso dalla registrazione o se registrato essere dichiarato nullo, nel momento in cui fossero stati acquisiti diritti ad un marchio di impresa non registrato o ad un altro segno usato in commercio prima della data di presentazione della domanda di registrazione di altro segno successivo quando il marchio di impresa non registrato avesse attribuito al suo titolare il diritto di vietarne l'uso altrui. Questo brevemente il fatto. Tale Nieto Nuño, in qualità di ricorrente nella causa principale, assumeva di essere titolare del marchio denominativo spagnolo Fincas Tarragona, registrato per i servizi di cui all'art. 36 dell'Accordo di Nizza. Per contro, Leonci Monlleò Franquet, a sua volta, asseriva di essere titolare fin dal 1978 di una agenzia immobiliare avente sede a Tarragona, e di utilizzare il segno distintivo Fincas Tarragona (in castigliano), o Finques Tarragona (in catalano). Veniva allora convenuto nanti il giudice del rinvio al fine di ottenere una pronuncia che decretasse la cessazione dell'uso dei segni ultimi menzionati, sul presupposto che quell'uso costituisse palese violazione dei diritti collegati al marchio registrato del ricorrente. Di conseguenza Monlleò Franquet spiegava domanda riconvenzionale chiedendo la cancellazione della registrazione del ricorrente, la cessazione di qualsiasi uso del segno registrato, nonché il risarcimento del danno. Nell'ambito del procedimento conclusosi con la decisione di rinvio risultava accertato che il marchio del Monlleò Franquet era stato utilizzato nella città di Tarragona ed immediati dintorni, quindi tutto sommato in un ambito territoriale alquanto ristretto: con ciò significando che rispetto a detta area, quel segno, avrebbe raggiunto una certa notorietà in conseguenza dell'uso. Il giudice del rinvio pertanto riteneva che la giusta risoluzione della questione andasse ricercata sollecitando la Corte a dare risposta ad un quesito pregiudiziale relativo al primo motivo di nullità invocato dal convenuto stesso ed attinente all'interpretazione dell'art. 4 della direttiva n. 89/104/Cee. Quesito e relativa interpretazione che per vero, ritiene la scrivente, sono utili solo a dare l'impressione di una decisione ma, a prescindere dalla soluzione che la Corte medesima vorrà offrire in concreto, non colgono il nocciolo del problema. L'Avvocato Ge-

In tal modo riuscirebbe soddisfatta la necessità di porre in essere meccanismi di tutela volti a proteggere il consumatore contro chiunque tenti di trarre indebito profitto dalla nomea di talune località (nel caso di specie italiane) rispetto a prodotti particolari e/o tipici.

## 1. I fatti all'origine della controversia

Il 13 dicembre 1994 la società Botromagno s.r.l. provvedeva a richiedere la registrazione del marchio nazionale «Le terre di Federico» per contrassegnare vini ottenuti dall'impiego di uve del tipo Malvasia; richiesta accolta e rinnovata nell'anno 2004.

In data 8 settembre 2003 la Cantina Cooperativa della riforma fondiaria Acli depositava presso l'organismo competente una domanda di registrazione avente ad oggetto il marchio «Terre di Federico» per indicare vini.

Avendone avuto notizia la Botromagno s.r.l., nell'aprile del 2006, prontamente depositava un ricorso presso il Tribunale di Bari lamentando e conte-

nerale Mengozzi suggeriva precisamente alla Corte di rispondere al quesito formulato nei termini seguenti: «L'art. 4, n. 2, lett. d., della prima direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che l'impedimento alla registrazione di un marchio e il motivo di nullità della stessa in esso contemplati trovino applicazione anche qualora il marchio anteriore di cui trattasi, usato ma non registrato in uno Stato membro, sia notoriamente conosciuto non sull'intero territorio di detto Stato o in una sua parte sostanziale, ma in un ambito territoriale più ristretto». (v. punto 52 delle conclusioni dell'Avvocato Generale). L'analitico ragionamento condotto dall'Avvocato Generale nel caso *de quo*, volto alla formulazione delle su indicate conclusioni, vale a legittimare, tutto sommato, l'utilizzo indebito di un nome geografico come marchio di impresa, in piena disarmonia con le disposizioni comunitarie in argomento e con la giurisprudenza medesima. Una trattazione maggiormente esaustiva della questione sottopostagli avrebbe dovuto tenere in considerazione, anche se non richiesta per vero (ma pur sempre doverosa trattandosi di segni recanti una indicazione geografica), una attenta valutazione relativa alla circostanza che, nonostante il diritto scaturente dal preuso del segno, il signor Monlleò Franquet, non poteva esercitare sullo stesso una esclusiva per il fatto di contenere una indicazione geografica (nota o meno per la categoria dei servizi offerti poco importa: v. in questo senso la sentenza sul caso *Cloppenburg*, marchio quest'ultimo concernente genericamente servizi di un commercio al minuto di cui alla classe 35 dell'Accordo di Nizza) che deve essere lasciata alla libera disponibilità di chi voglia avvalersene; del pari, il ricorrente nella causa principale non aveva diritto alla registrazione del marchio per la stessa ragione. Si tratta in entrambi i casi di marchi individuali laddove l'uso di una reale indicazione geografica è consentito solo nell'ipotesi di marchio collettivo ai sensi dell'art. 64 ss. del regolamento n. 40/94/Ce: nel caso di marchio di impresa individuale, infatti, l'utilizzo di un nome geografico è possibile solo quando si tratti di nome di fantasia. La questione relativa all'interpretazione dell'espressione «marchio notoriamente conosciuto» avrebbe semmai dovuto porsi solo in un secondo momento, una volta cioè superata l'obiezione relativa alla presenza del nome geografico nei marchi in considerazione; e, tutt'al più, svolgendo un ragionamento *ad hoc* sulla base del disposto dell'art. 3, n. 1 lett. a., c. e d. Ma poiché comunque nessuna delle parti in causa, per vero, avrebbe diritto all'utilizzo di quell'indicazione, la questione pregiudiziale in realtà non sarebbe mai stata sollevata. Inoltre, malgrado l'art. 6 della legge sui marchi spagnola ricordata dall'Avvocato Generale, nell'indicare in quali circostanze un segno non possa essere registrato come marchio, non faccia esplicito riferimento ai segni costituiti da una indicazione geografica, tuttavia, stante le disposizioni comunitarie in materia cui anche la legislazione spagnola deve evidentemente conformarsi, la domanda di registrazione del segno del ricorrente non avrebbe dovuto essere nemmeno accolta dall'organismo competente. Pertanto se la Corte prestasse il fianco al ragionamento seguito dall'Avvocato Generale, per quanto corretto in ordine al problema di cui è stato interessato, tuttavia legittimerebbe, con la propria decisione, un utilizzo proprio di nome geografico.

stando il comportamento della Cooperativa summenzionata: entrambi i marchi in considerazione erano simili, per non voler dire identici, di fatto diretti a contraddistinguere il medesimo prodotto proveniente peraltro dalla stessa zona geografica. Gioco forza, la ricorrente Botromagno s.r.l. veniva a trovarsi nella condizione di dover porre in essere un procedimento per la tutela del proprio diritto risolvendosi, all'uopo, nel senso di richiedere una pronuncia di nullità del marchio «Terre di Federico», carente del carattere della novità, data l'esistenza del proprio marchio anteriore («Le terre di Federico»).

Chiedeva altresì una pronuncia tendente ad ottenere l'emissione dei provvedimenti di inibitoria di ogni attività volta alla produzione e/o commercializzazione dei prodotti recanti il marchio «Terre di Federico», nonché il sequestro di tutti i materiali costituenti violazione del marchio medesimo, oltre naturalmente alla pubblicazione dell'emanando provvedimento cautelare: l'esigenza di un intervento tempestivo lasciava infatti trapelare il timore che il decorso dei tempi, fisiologici e/o patologici, occorrenti per conseguire in via ordinaria la tutela del diritto potesse realizzare pregiudizi di entità tale da non riuscire ad essere adeguatamente compensati in ragione della difficoltà di procedere alla effettiva quantificazione di tutti gli eventuali danni derivanti dall'illecito uso di fatto dell'altrui marchio in via di registrazione.

Radicatasi la causa, si costituiva in giudizio la Cantina Cooperativa Acli eccependo, per tutta risposta, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, l'invalidità del marchio vantato dalla controparte per la insuperabile considerazione che esso era costituito unicamente dalla indicazione di provenienza geografica del vino; quanto al *periculum in mora*, ne sottolineava l'insussistenza deducendo di non aver ancora immesso nel mercato il proprio prodotto. Fino a quel momento l'attività posta in essere era consistita nella mera presentazione di un certo vino recante il marchio «Terre di Federico» in occasione di talune manifestazioni fieristiche ove peraltro gli *stand* stessi degli espositori pugliesi recavano proprio quella stessa indicazione.

Asseriva nel contempo di non aver avuto conoscenza alcuna dell'esistenza del marchio della ricorrente significando, in aggiunta, di non aver avuto cura di effettuare indagini di sorta. Vano ogni tentativo di composizione bonaria della controversia.

Il Tribunale di Bari, esaminati gli assunti delle parti, si pronunciava nel senso del rigetto della tutela cautelare richiesta.

## **2. Conformità della ordinanza sul rigetto della tutela cautelare del marchio «Le terre di Federico», pronunciata dal Tribunale di Bari, alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria**

È il tenore delle motivazioni addotte dalla Botromagno s.r.l. a tutela del proprio diritto a stimolare una succinta ma acuta riflessione da parte del Tri-



bunale adito confermativa, nell'argomento trattato, dei principi sostenuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggiormente accreditata, in completa conformità al senso ed alle finalità della normativa vigente: nel tentativo di illustrare al giudicante la situazione legittimante l'impiego del marchio «Le terre di Federico», la ricorrente si premurava di specificare che il proprio marchio era «costituito da un nome di fantasia che non descrive[va] il prodotto o servizio contraddistinto: nel segno distintivo manca[va], infatti, qualunque riferimento al prodotto vinicolo, descrivendo soltanto una zona geografica nella quale v[eniva] prodotto il vino (...) e che, notoriamente, equivale[va] a identificare la zona che Federico II di Svevia occupava quale propria dimora fra il XII ed il XIII secolo»<sup>4</sup>.

Lungi dal sortire l'effetto sperato siffatte argomentazioni prestavano in realtà elementi utili alle ragioni della Cooperativa, offrendo pertanto al Tribunale stesso la possibilità di osservare e puntualizzare che «l'espressione costituente il marchio per cui e[ra] stata richiesta la tutela cautelare, pur non facendo riferimento ad un ambito geografico emergente dalla realtà amministrativa attuale, certamente trae[va] la sua origine dall'indicazione di uno specifico ambito territoriale desunto da elementi storici noti alla generalità dei consociati»<sup>5</sup>.

Il Tribunale di Bari decideva sulla base di due differenti parametri normativi: l'uno di carattere squisitamente comunitario (giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>6</sup> e quindi direttiva n. 89/104/Cee<sup>7</sup>); l'altro prettamente nazionale (dlgvo n. 30/2005, noto come Codice della proprietà industriale<sup>8</sup>: nello specifico l'art. 13), ma chiaramente ispirato dal primo.

Nel solco tracciato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>9</sup>, lo stesso Tribunale

<sup>4</sup> Così nel ricorso introduttivo del 4 aprile 2006.

<sup>5</sup> Così nell'ordinanza in commento, *cit. supra*, nota 1.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108 e n. C-109/97, *Chiemsee*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2779 e in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Unione Europea*, n. 1240.

<sup>7</sup> Prima direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989.

<sup>8</sup> Dlgvo n. 30 del 10 febbraio 2005, in *Guri* n. 52 del 4 marzo 2005, *suppl. ord.* e in *Il diritto industriale*, n. 1/2005, p. 69 ss.

Numerosi i commenti in argomento: v. G. FLORIDIA, *Il Codice: perplessità e scadenze*, in *Il diritto industriale*, n. 1/2005, p. 5 ss.; L. AGRÒ, *Prime riflessioni sulle novità introdotte dal Codice della proprietà industriale*, *ivi*, p. 9 ss.; G. FLORIDIA, *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, *ivi*, p. 11 ss.; S. SANDRI, *Marchi, indicazioni geografiche, disegni e modelli nel capo II del nuovo Codice*, *ivi*, p. 18 ss.; G. GHIDINI - M. PANUCCI, *La disciplina dei brevetti per invenzione nel nuovo codice della proprietà industriale*, *ivi*, p. 23 ss.; M. GRANIERI, *La disciplina delle invenzioni accademiche nel Codice della proprietà industriale*, *ivi*, p. 29 ss.; P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, *ivi*, p. 37 ss.; F. DE BENEDETTI, *Acquisto e mantenimento dei diritti e relative procedure*, *ivi*, p. 45 ss.; V. DI CATALDO, *La tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 51 ss.; G. CASABURI, *Il Codice e il processo industrialistico: frammenti per un primo commento*, *ivi*, p. 57 ss.

<sup>9</sup> V. sul punto la sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1999, *Chiemsee*, *cit. supra*, nota 6, ove in sede di interpretazione dell'art. 3, n. 1, lett. C., della direttiva n. 89/104/Cee si puntualiz-

correttamente affermava che il collegamento tra l'indicazione geografica ed un determinato prodotto (nel caso di specie il collegamento tra il territorio ricompreso tra il Gargano e la Murgia Barese con il vino tipo «Malvasia»), non necessariamente doveva presentare il carattere dell'attualità, ben potendo assumere rilievo anche un collegamento temporalmente non immediato seppur direttamente e prontamente evocativo dei luoghi interessati. L'art. 3 della direttiva n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa, nell'enunciare gli impedimenti alla registrazione di un dato segno, prevedeva appunto (e tuttora prevede) che sono esclusi dalla registrazione o nel caso in cui vengano registrati possono essere dichiarati nulli, tutti i marchi di impresa che risultino composti da indicazioni che in commercio sono idonee, tra l'altro, a designare la provenienza geografica del prodotto o servizio.

Inoltre, benché non menzionato nell'ordinanza che in questa sede si esamina, pare doveroso rammentare che il regolamento sul marchio comunitario n. 40/94/Ce, all'art. 7, par. 1, lett. *c.* – per vero ripropositivo dei parametri indicati nel menzionato art. 3 –, nell'individuare puntualmente gli impedimenti assoluti alla registrazione, dispone che sono esclusi dalla registrazione medesima: «*a.* (...); *b.* (...); *c.* i marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio».

Lo stesso regolamento sul marchio comunitario, tuttavia, contempla una deroga al rigore di tale disposto: deroga contenuta nell'art. 64, dedicato alla disciplina del marchio comunitario collettivo, in relazione al quale prevede espressamente che «(...) , possono costituire marchi comunitari collettivi, ai sensi del par. 1, segni o indicazioni che in commercio possono servire a designare la provenienza geografica dei prodotti o dei servizi». Il che, retamente considerando la situazione delle parti in causa, induce chiaramente a ritenere che non la Botromagno s.r.l., malgrado l'antiorità vantata in relazione alla registrazione del segno, quanto piuttosto la Cooperativa Acli sarebbe l'unica

zava che la menzionata norma non esauriva il proprio contenuto nel vietare apoditticamente la registrazione dei nomi geografici come marchi nella sola eventualità che gli stessi fossero indicativi di luoghi idonei a suscitare negli ambienti interessati la percezione attuale di un legame con la categoria di prodotti di volta in volta considerati; al contrario, sottolineava come il divieto posto dalla norma estendesse il proprio ambito di operatività anche a quei nomi geografici suscettibili di essere impiegati dalle imprese interessate in un futuro non meglio precisato «in quanto indicazione di provenienza geografica della categoria di prodotti di cui si tratta». Si proseguiva con l'affermare che nell'ipotesi in cui il nome geografico non avesse presentato alcun nesso con una data categoria di prodotti che potesse essere sentito come attuale negli ambienti interessati, l'Autorità competente avrebbe dovuto procedere ad una valutazione di carattere più intenso sulla ragionevolezza della presunzione che tale nome potesse essere potenzialmente idoneo a designare la provenienza geografica di tale categoria di prodotti.

legittimata a fregiarsi dell'impiego del marchio «Terre di Federico» per contraddistinguere i suoi vini, trattandosi per l'appunto di un soggetto collettivo.

Ciò in quanto il legislatore ha inteso dare preminenza ad una esigenza generale a che detti nomi geografici fossero lasciati alla libera disponibilità di quanti legittimamente potessero o volessero avvalersene, di modo tale da non divenire monopolio dei singoli<sup>10</sup>: eccezion fatta per il caso dei nomi geografici frutto di fantasia, la cui titolarità ben può competere ad un'impresa singola con funzione individualizzante del proprio prodotto.

Finalità perfettamente in linea con il rilievo per cui la qualità essenziale affinché un marchio possa essere ritenuto tale, consiste proprio nella sua attitudine a distinguere il prodotto o il servizio di un'impresa da quello delle altre concorrenti secondo la funzione che gli è propria: è dunque nella capacità distintiva<sup>11</sup> che risiede il nucleo e la misura della forza della tutela accordata ai segni distintivi.

Scopo della norma di cui all'art. 7 sopra richiamato, il quale per vero contiene una elencazione di carattere esemplificativo non certamente esaustivo, è dunque quello di impedire che possano registrarsi nomi che indichino o facciano puntuale e/o reale riferimento a località geografiche già note e apprezzate per la categoria di prodotti di volta in volta considerati<sup>12</sup>.

Può proporsi tuttavia, a onor del vero, una ulteriore riflessione e sottolineare che anche un marchio (geografico) di impresa individuale, da principio privo di capacità distintiva, è suscettibile di acquisirla in determinate circostanze: 1. per via dell'impiego che di tale segno distintivo il titolare dello stesso abbia posto in essere nel tempo, considerata la lettera dell'art. 13, secondo comma, del codice della proprietà industriale<sup>13</sup>; 2. quando (secondo ta-

<sup>10</sup> Sulla registrabilità dei nomi geografici, v. tra gli altri P. MONTUSCHI, *Marchio comunitario e nomi geografici*, in *Il diritto industriale*, n. 1/2004, p. 50 ss.

<sup>11</sup> Si tratta, a ben considerare, di una caratteristica talmente importante dei segni distintivi da essere stata fatta oggetto, di recente, di un importante Convegno della S.I.S.P.I. tra il 15 ed il 16 settembre 2006, tenutosi a Milano, avente il seguente oggetto: Marchi: capacità distintiva e confondibilità, caratterizzato da numerosi ed interessanti interventi. Si considerino: A. VANZETTI, *Capacità distintiva e confondibilità: segni registrati e non registrati*, in *Il diritto industriale*, n. 1/2007, p. 7 ss.; G. FLORIDIA, *Segni e confondibilità nel Codice della proprietà industriale*, *ivi*, p. 13 ss.; L. MANSANI, *La capacità distintiva come concetto dinamico*, *ivi*, p. 19 ss.; V. DI CATALDO, *Capacità distintiva ed estensione merceologica della tutela*, *ivi*, p. 27 ss.; M. LIBERTINI, *La perdita di capacità distintiva*, *ivi*, p. 33 ss.; G. E. SIRONI, *La "percezione" del pubblico interessato*, *ivi*, n. 2/2007; M. S. POLIDORO, *La capacità distintiva nei marchi c.d. "deboli"*, *ivi*, n. 1/2007, p. 39 ss.; D. SARTI, *Capacità distintiva e confondibilità: marchi generali e marchi speciali*, *ivi*, p. 53 ss.; G. SENA, *Confondibilità in astratto e in concreto*, *ivi*, p. 58 ss.; P. A. E. FRASSI, *Capacità distintiva e confondibilità nei marchi complessi*, *ivi*, p. 62 ss.; M. RICOLFI, *Il punto sulla situazione relativa ad usi distintivi e non distintivi del marchio ai fini della contraffazione*, *ivi*, p. 69 ss.; C. GALLI, *Rinomanza del marchio e tutela oltre il limite del pericolo di confusione*, *ivi*, p. 83 ss.; P. L. RONCAGLIA, *Capacità distintiva e confondibilità ai fini della tutela penale*, *ivi*, p. 97.

<sup>12</sup> Sulla capacità distintiva e sulla tutela come marchi dei toponimi v. pure G. CORTESI, *Marchio commerciale e società di calcio: idiosincrasia e mal celata passione*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, n. 3/2006, p. 61 ss.

<sup>13</sup> La deroga specifica all'art. 13, comma 1 del Codice della proprietà industriale è difatti con-

luni, ma si tratta di ipotesi sommessamente non condivisa dalla scrivente<sup>14</sup>) si

tenuta, per ciò che concerne i marchi geografici nel comma 4 dell'art. 11 dello stesso dlgo n. 30/2005, *cit. supra*, nota 8 il quale recita appunto che: «In deroga all'art. 13, comma 1, un marchio collettivo può consistere in segni o indicazioni che nel commercio possono servire per designare la provenienza geografica dei prodotti o servizi. In tal caso, peraltro, l'Ufficio italiano brevetti e marchi può rifiutare, con provvedimento motivato, la registrazione quando i marchi richiesti possano creare situazioni di ingiustificato privilegio o comunque recare pregiudizio allo sviluppo di altre analoghe iniziative nella regione. L'Ufficio italiano brevetti e marchi ha facoltà di chiedere al riguardo l'avviso delle amministrazioni pubbliche, categorie e organi interessati o competenti. L'avvenuta registrazione del marchio collettivo costituito da nome geografico non autorizza il titolare a vietare a terzi l'uso nel commercio del nome stesso, purchè quest'ultimo sia conforme ai principi della correttezza professionale e quindi limitato alla funzione di indicazione di provenienza».

<sup>14</sup> V. a questo riguardo, volendo, il commento alla sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04, "*Limoncello della Costiera Amalfitana*", di G. DI SALVATORE, *Nome geografico e tutela del consumatore negli orientamenti recenti del Tribunale di primo grado*, in questa *Rivista*, 2006, p. 473 ss.; sullo stesso caso si è di recente espressa la Corte di giustizia delle Comunità europee che con sentenza del 12 giugno 2007 in causa n. C-334/05 P ha annullato la sentenza del Tribunale di primo grado del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04, rinviando la causa stessa al Tribunale di primo grado. Precisamente, pur senza niente osservare in ordine alla presenza, nel marchio in considerazione, di un nome geografico accoglieva le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, il quale aveva modo di osservare che solo nel momento in cui, nei marchi complessi, tutte le altre componenti del marchio in considerazione risultavano trascurabili, si poteva procedere, nel corso di un giudizio di confusione, alla valutazione della sola somiglianza dell'elemento dominante. La Corte, pertanto, in sede di definitiva precisazione, osservava che: «(...), nel verificare l'esistenza di un rischio di confusione, la valutazione della somiglianza tra due marchi non può limitarsi a prendere in considerazione solo una componente di un marchio complesso e paragonarla con un altro marchio. Occorre invece operare il confronto esaminando i marchi in questione considerati ciascuno nel suo complesso, il che non esclude che l'impressione complessiva prodotta nella memoria del pubblico pertinente da un marchio complesso possa, in determinate circostanze, essere dominata da una o più delle sue componenti (...))» (punto 41).

In questione attinente alle indicazioni geografiche, in data 12 giugno 2007, il Tribunale di primo grado ha emesso una sentenza estremamente interessante: si tratta dei segni «Budweiser» e «Bud»: negli anni compresi tra il 1996 ed il 1998 una società americana chiedeva all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno la registrazione dei segni denominativi su indicati e di un segno figurativo pure comprensivo del termine «Budweiser», per prodotti di cartoleria, pulizia, abbigliamento, pasticceria e dolciumi; la domanda di registrazione del segno figurativo riguardava inoltre birra, ale, porter, bevande di malto alcoliche ed analcoliche. Altra società ceca presentava opposizione avverso la registrazione dei detti marchi comunitari per tutti i prodotti richiesti, facendo valere le denominazioni d'origine preesistenti registrate per la birra in conformità all'Accordo di Lisbona, e un marchio internazionale denominativo Budweiser registrato per ogni tipo di birra. I Paesi aderenti all'Accordo di Lisbona assumevano l'impegno di tutelare nel loro territorio le denominazioni di origine dei prodotti degli altri paesi dell'Accordo, purchè riconosciuti e tutelati in tal senso nel Paese di origine e debitamente registrati presso l'Ufficio internazionale dell'Organizzazione mondiale della Proprietà Intellettuale: Sia la Francia che la Repubblica ceca aderirono all'Accordo di Lisbona.

Per ciò che concerneva la Francia, un nome geografico costituente denominazione d'origine non poteva essere usato per alcun prodotto simile né per prodotti diversi se da tale uso potesse derivare un indebolimento della notorietà della denominazione stessa. L'UAMI, per un verso respingeva le opposizioni della società ceca per tutti i prodotti diversi dalla birra; accoglieva invece l'opposizione fondata sul marchio internazionale denominativo Budweiser per i prodotti relativi alla birra, ale, porter, bevande di malto alcoliche e analcoliche.

Contro tale decisione, la società americana presentava ricorso dinanzi al Tribunale. Quest'ultimo dichiarava che le denominazioni d'origine rivendicate dalla società ceca erano tutelate dall'Accordo di Lisbona solo per ciò che concerneva la birra e bevande simili osservando nel contempo che il diritto francese riconosceva una tutela più ampia quando i prodotti in contestazione fossero differenti. Tutela di cui tuttavia la società ceca non sembrava poter beneficiare per il fatto di non aver fornito la prova che l'impiego, da parte della società americana, dei segni controversi fosse in grado di indebolire o deviare la notorietà, in Francia, di dette denominazioni d'origine. Venivano quindi confermate le decisioni dell'UAMI.

tratti di marchio complesso. La prima ipotesi si verificherebbe nel momento in cui un determinato segno, in ragione dell'uso che ne sia stato fatto dal titolare abbia, per così dire, penetrato a tal punto la sfera conoscitivo-percettiva dei consumatori da essere da questi associato inconfutabilmente all'impresa di origine; la seconda ipotesi, invece, quando il marchio costituito unicamente dal nome geografico venga arricchito da altri elementi di tipo grafico-figurativo tali da lasciar passare l'indicazione geografica in secondo piano<sup>15</sup>.

Di fatto il Tribunale di Bari, probabilmente inconsciamente, nel pronunciare il contrasto del marchio «Le terre di Federico» con la normativa in materia, attribuiva gran peso a quest'ultima ipotesi negando al contempo, e per

<sup>15</sup> In senso cautamente critico in ordine alla valutazione degli elementi costitutivi di un marchio complesso si è espresso di recente l'Avvocato Generale Kokott nell'ambito delle conclusioni presentate l'8 marzo 2007 alla Corte di giustizia nel caso "*Limoncello della Costiera Amalfitana*": muovendo da un confronto teso a valutare il rischio di confusione tra il marchio «Limoncello della Costiera Amalfitana» e il marchio spagnolo «Limonchelo», osservava preliminarmente che la confondibilità tra due segni poteva dipendere da diversi fattori, quali ad esempio la notorietà del marchio di impresa sul mercato, l'associazione che può instaurarsi tra il marchio di impresa ed il segno registrato, il grado di somiglianza tra il marchio di impresa, il segno ed i prodotti contrassegnati. Pertanto il rischio di confusione sarebbe dovuto risultare effettivamente da una analisi complessiva, derivante dalla considerazione di tutti i fattori concorrenti. Nel caso esaminato, il Tribunale di primo grado, ribadendo quanto espresso nella nota sentenza *Matratzen*, sosteneva che «un marchio complesso [oteva] essere considerato simile ad un altro marchio, identico o simile ad una delle componenti del marchio complesso, solo se tale componente costitui[va] l'elemento dominante nell'impressione complessiva prodotta dal marchio complesso» (punto 50, causa n. T-7/04). In seguito, osserva l'Avvocato Generale, lo stesso Tribunale ha fatto applicazione di tale premessa in tante altre decisioni, senza preoccuparsi in realtà di specificare quale avrebbe dovuto essere la linea da seguire nell'ipotesi in cui non fosse stato possibile individuare, per un certo marchio, una componente dominante o addirittura vi si potessero al contrario individuare più elementi altrettanto idonei ad influire in maniera considerevole. Il Tribunale si sarebbe insomma limitato a relativizzare un principio incurante delle conseguenze che un siffatto *modus procedendi* avrebbe recato con sé: aggiunge la scrivente, nel caso *Limoncello* ha indirettamente condotto a legittimare l'impiego di un nome geografico da parte di una impresa individuale, laddove più pregnanti considerazioni di ordine generale avrebbero dovuto suggerire un differente approccio al caso.

L'Avvocato Generale Kokott sottolineava ancora che non era possibile stabilire se il Tribunale avesse o meno proceduto nel senso di identificare, sulla scorta della propria generale premessa, un qualche elemento dominante del marchio richiesto (*Limoncello della Costiera Amalfitana*), in relazione al quale tutte le altre componenti sarebbero risultate trascurabili: di fatto tale indagine non è stata compiuta in modo significativo: al punto 57 della sentenza impugnata il Tribunale descriveva il piatto come elemento di spicco rispetto agli altri, ed al punto seguente, precisava che esso occupava i due terzi inferiori del marchio stesso, laddove invece il termine limoncello copriva solo una gran parte del terzo superiore. In seguito il Tribunale, senza meglio precisare, sentenziava che nessuna altra componente del marchio occupava una posizione dominante. Ma tale accertamento non poteva condurre a ritenere, né il Tribunale si esprimeva in tal senso, che malgrado la posizione dominante del piatto tondo ornato di limoni, le altre componenti del marchio medesimo, fossero comunque trascurabili. Kokott ne deduceva che l'accertamento compiuto era incompleto e la sentenza del Tribunale andava annullata.

Nonostante non si possa che concordare con l'impostazione offerta dall'Avvocato Generale Kokott quanto all'esigenza di procedere ad una valutazione necessariamente globale in relazione all'accertamento dell'esistenza del rischio di confusione, tuttavia stupisce che nessuna considerazione, anche solo marginale, lo stesso abbia presentato in relazione alla presenza di un nome geografico direttamente e realmente indicativo dell'origine del prodotto in un marchio, sia pure complesso, di impresa individuale. Nome geografico che non poteva in nessun caso, si ripete, esservi inserito a prescindere da qualsiasi altra valutazione relativa alla posizione dominante o meno di tale indicazione nell'ambito dello stesso segno: vale a dire, sia che siffatta indicazione geografica avesse ricoperto una parte importante del marchio sia che fosse stata relegata in un punto insignificante dello stesso, essa non aveva ragione di esservi inserita, tanto meno di essere comparata.

ciò stesso, la tutela cautelare, «non risulta[ndo]»<sup>16</sup>, appunto, «dai documenti relativi alla registrazione del segno alcun altro elemento diverso dalla mera denominazione adottata»<sup>17</sup>.

### 3. Segue: ... ed alla normativa e giurisprudenza italiana.

Per ciò che concerne l'ambito normativo e giurisprudenziale italiano il Tribunale di Bari, nel ritenere che «il marchio della ricorrente[fosse] rappresentato esclusivamente da un'espressione che designa[va] la provenienza geografica dei prodotti che [avrebbe] dov[uto] contraddistinguere (non risultando dai documenti relativi alla registrazione del segno alcun altro elemento diverso dalla mera denominazione adottata)»<sup>18</sup>, concludeva nel senso che esso si poneva «in contrasto con il disposto dell'art. 13, comma 1, codice della proprietà industriale»<sup>19</sup>.

Un marchio quale quello registrato dalla società Botromagno s.r.l., «Le terre di Federico», di per sé considerato, presenterebbe sia una fortissima capacità distintiva<sup>20</sup>, sia un'altrettanto forte capacità attrattiva<sup>21</sup>, ma non potrebbe competere in via esclusiva ad una sola impresa, quale appunto la ricorrente, per la insuperabile considerazione che esso è costituito unicamente da un nome geografico. L'art. 13, comma 1, richiamato dal Tribunale, prevede appunto che non possano costituire oggetto di registrazione come marchio di

<sup>16</sup> Ordinanza in commento, *cit. supra*, nota 1.

<sup>17</sup> *Ivi.*

<sup>18</sup> *Ivi.*

<sup>19</sup> *Ivi.*

L'introduzione del Codice della proprietà industriale ha determinato l'abrogazione del r.d. 21 giugno 1942, n. 929, meglio noto come la c.d. legge marchi. In linea generale pare utile sottolineare che l'intera normativa italiana sui marchi di impresa deriva dall'attuazione della prima direttiva del Consiglio n. 89/104/Cee sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri. Vi è quindi il vero e proprio sistema comunitario dei marchi tracciato dal regolamento n. 40/94/Ce che consente la registrazione presso un apposito ufficio di un marchio valido in tutti i Paesi dell'Unione europea.

Ne discende logicamente che la normativa comunitaria e conseguentemente la giurisprudenza formatasi in seno ai tribunali europei sono della massima importanza al fine di interpretare la attuale disciplina nazionale dei marchi, i cui dettami pertanto non potranno in alcun modo porsi in contrasto con essa: le norme comunitarie sono infatti sovraordinate e non si spogliano di tale loro caratteristica per il solo fatto di essere recepite in un particolare contesto legislativo nazionale. In siffatto contesto assumono importanza primaria i principi enunciati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee sia in relazione all'interpretazione della direttiva n. 89/104/Cee che a quella del regolamento n. 40/94/Ce, cui l'interprete italiano è tenuto a conformarsi.

Il codice civile italiano contiene la disciplina del marchio negli artt. 2569 ss.; tradizionalmente la dottrina e la giurisprudenza offrivano una tutela ispirata alla funzione distintiva del prodotto: a seguito della recente riforma pure la funzione attrattiva si ritiene possa trovare tutela in via autonoma.

<sup>20</sup> In quanto esso non è costituito esclusivamente dalla denominazione generica del prodotto o descrittiva dello stesso. Per denominazione generica si intende il nome comune del prodotto (App. Milano 24 giugno 1969, *Rass. Prop. i. l. a.*, 1969, p. 116); per indicazione descrittiva, si intende quell'espressione che allude al carattere essenziale dello stesso, vale a dire alla sua destinazione.

<sup>21</sup> Dato dal carattere innegabilmente suggestivo che il riferimento storico alle proprietà di Federico II di Svevia è idoneo a suscitare.

impresa i segni che siano privi di capacità distintiva, con particolare riferimento a quelli costituiti esclusivamente dalle denominazioni generiche dei prodotti o da indicazioni descrittive dei medesimi: il riferimento è pure ai segni che nel commercio valgono ad identificare la provenienza geografica. La *ratio* che sottende siffatta impostazione è dettata dalla preoccupazione che possa crearsi un diritto di esclusiva su parole, figure o segni che nel linguaggio comune sono immediatamente riconducibili ad una certa categoria di prodotti e che devono pertanto rimanere, secondo quanto più volte sottolineato, nella disponibilità di quanti vogliano avvalersene.

Ulteriore riflessione va fatta con riferimento alla circostanza che si tratta di un nome geografico, il quale può assurgere alla dignità di marchio di impresa solo quando rispetti determinate condizioni: in particolare, il marchio geografico, vale a dire quello che corrisponde al nome di una località, può considerarsi valido nel momento in cui venga adoperato in senso fantastico e con funzione individualizzante del prodotto<sup>22</sup> in considerazione dell'uso protratto nel tempo che il suo titolare abbia esercitato. Per converso esso è nullo quando abbia per oggetto il nome del luogo di produzione dei beni che da tale particolare origine traggano il loro pregio.

In questo senso, in linea di principio, merita piena approvazione la considerazione del Tribunale di Bari per la quale «non può condividersi l'affermazione della ricorrente, secondo la quale "nel marchio in questione il riferimento all'area territoriale entro la quale viene prodotto il vino sarebbe posta in secondo piano rispetto al significato evocativo dello stesso", significato che dovrebbe identificarsi nella suggestione prevalente di tipo storico e non geografico (al contrario proprio il riferimento al termine "terre" implica inevitabilmente un diretto riferimento spaziale, e non già temporale, collegato alla figura dell'imperatore Federico II di Svevia)»<sup>23</sup>.

In buona sostanza, approfondendo l'argomentazione, un marchio di tal fatta troverebbe piena tutela solo laddove venisse registrato come marchio collettivo, perché facendo esso riferimento ad un luogo determinato, nonché rinomato in relazione alla categoria del prodotto che va a contrassegnare, dovrebbe essere lasciato alla libera disponibilità di tutti i produttori interessati.

Questo in quanto il marchio collettivo è un segno espressivo che serve a garantire l'origine, la natura, la qualità stessa dei prodotti o servizi che è chiamato a contraddistinguere<sup>24</sup>: viene normalmente concesso a Consorzi di

<sup>22</sup> V. in questo senso, la sentenza della Cassazione, n. 5462 del 1982.

<sup>23</sup> Così nell'ordinanza in commento, *cit. supra*, nota 1.

<sup>24</sup> V. in questo senso Tribunale di Roma, 21 marzo 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1994, p. 699, ove si afferma che: «Il marchio collettivo si differenzia dal marchio d'impresa in quanto non svolge una funzione distintiva dell'origine del prodotto da una determinata impresa, ma funzione di garanzia delle caratteristiche e qualità del prodotto; inoltre il titolare del marchio collettivo abitualmente non lo usa, ma si obbliga a verificare con appositi controlli le merci dei produttori e commercianti ai quali è stato concesso l'uso del marchio stesso».

imprese (quindi soggetti collettivi quale è per vero la Cooperativa Acli), i quali assumono una funzione di garanzia in merito alla provenienza o alla qualità dei prodotti o dei servizi, conformemente a quanto stabilito da apposito regolamento che ne prevede le modalità d'uso. A differenza di quello individuale, il marchio collettivo è idoneo a contenere anche indicazioni relative alla provenienza geografica: ciò in considerazione del fatto che esso deve garantire un complesso di qualità connesse a fattori storici e/o ambientali, fermo restando che tuttavia siffatta facoltà non deve contribuire a determinare, lo ripetiamo, situazioni di ingiustificato privilegio.

Il marchio geografico dunque ha il pregio di rendere prontamente agevole al consumatore l'instaurazione di un collegamento diretto tra un prodotto, nel caso di specie una qualità di vino, e una certa realtà territoriale quale, nella vicenda portata all'attenzione del Tribunale, il territorio compreso tra il Gargano e la zona della Murgia barese. Si è osservato, in epigrafe al paragrafo, che l'ordinanza fa espresso riferimento al codice della proprietà industriale, in particolare all'art. 13, il quale, al comma 1, fa divieto di registrare quei segni costituiti esclusivamente da indicazioni descrittive che in commercio possono servire a designare la provenienza geografica del prodotto<sup>25</sup>.

È oltremodo doveroso soffermare l'attenzione sul fatto che tale divieto, per vero, non è da intendersi in senso assoluto<sup>26</sup>. Al secondo comma dispone infatti che in deroga a quanto stabilito dall'art. 12, comma 1, lett. a.<sup>27</sup>, possano costituire oggetto di registrazione come marchio di impresa quei segni che in un momento anteriore alla presentazione della domanda di registrazione

Pare utile puntualizzare che antecedentemente alla riforma introdotta con l'adozione del dlgo n. 480/92, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel conferire al marchio collettivo la stessa tipica funzione conferita al marchio di impresa individuale: vale a dire identificarne i prodotti o servizi, senza alcun riferimento alla funzione di garanzia e qualità.

V. in questo senso *Comm. Ricorsi materia brevetti*, 13 aprile 1985, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, p. 334, per cui: «Il marchio collettivo non ha come scopo quello di garantire l'origine, la natura e la qualità di determinati prodotti o merci: tale fine è invece assegnato non al marchio, ma agli enti e alle associazioni che ne sono titolari (art. 2, r.d. n. 929/1942); il marchio collettivo, pertanto, solo mediamente informa il consumatore sulla origine, sulla natura e sulla qualità del prodotto; immediatamente, invece, svolge la consueta funzione di indicatore di provenienza, ancorché da imprenditori in quanto appartenenti ad un gruppo organizzato».

Per questi riferimenti ed altre interessanti osservazioni v. F. ALBISINNI e E. CARRETTA, *La qualificazione commerciale dei prodotti attraverso l'utilizzo dei marchi collettivi*, 2003, in <http://www.unioncamere.it/Unioncamere.gestione/allegati/studio.pdf>.

<sup>25</sup> V. in proposito, App. Bologna, 23 marzo 2002, in *Dir. ind.*, 2002, p. 243, ove si decideva una questione relativa al segno costituito da un quadrato nel quale era iscritto un cerchio di colore azzurro con la scritta «mortadella di Bologna» raffigurante le due famose Torri Garisenda e Asinelli riconoscibili sul fondo ed in relazione al quale si è affermato che non possedeva, in sé considerato, la capacità distintiva necessaria per costituire un valido marchio, indicando esso, nel contempo, la provenienza del prodotto e la sua qualità.

<sup>26</sup> Per tali considerazioni v. P. BORGHI, *Il "Made in Italy" nella disciplina italiana e comunitaria*, cit. *supra*, nota 3.

<sup>27</sup> Il quale dispone che non sono nuovi i segni che al momento del deposito della domanda consistono esclusivamente in segni che siano divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o negli usi costanti del commercio.



abbiano acquisito carattere distintivo a seguito dell'uso che ne sia stato fatto; ed ancora al terzo comma precisa che non si possa dichiarare o considerare nullo quel marchio che prima della proposizione della domanda o dell'eccezione di nullità abbia acquisito carattere distintivo a seguito dell'uso.

Si deve ancora rammentare che l'introduzione del divieto di cui al primo comma del Codice della proprietà industriale nel nostro ordinamento è piuttosto recente<sup>28</sup>, sicché all'epoca in cui venne introdotto vi erano non solo marchi di quel tipo già registrati, ma anche molti marchi utilizzati in via di fatto, oramai indissolubilmente associati dal consumatore al prodotto di determinate aziende (si potrebbe essere indotti a ritenere, traendo spunto dalla lettera di tale disposizione, che tale eventualità si sia verificata – ma tale ipotesi ha solo un mero rilievo argomentativo in quanto la norma in considerazione va letta in maniera sistematica e rapportata ad altre disposizioni di natura comunitaria come si dirà nel prosieguo - anche nel caso della società ricorrente): il che rende ragione del perché il Codice consenta la registrazione come marchio di quel segno geografico che – seppure esclusivamente costituito da una indicazione di tipo descrittivo – prima della domanda di registrazione, a seguito dell'uso che ne sia stato fatto in concreto, abbia comunque acquistato sul mercato un carattere distintivo.

Una tale possibilità, tuttavia, rimane subordinata alla circostanza che esso rimandi alla vera zona di origine del prodotto<sup>29</sup>; il titolare di un marchio geografico, per vero, conosce dei limiti maggiori rispetto al titolare di un marchio puro e semplice, poiché la legge prevede che egli non possa impedire ad altri imprenditori l'uso dell'elemento geografico, che magari costituisce proprio il cuore del marchio, come semplice indicazione di provenienza del prodotto stesso: la possibilità di "far proprio" il nome di un luogo, di una città o di una regione, quale elemento caratterizzante di un marchio non è cioè mai totale, nel senso che non garantisce quell'esclusiva così estesa che invece, per gli altri marchi, è garantita dalla registrazione<sup>30</sup>.

È allora interessante riflettere sulle conclusioni cui si perviene nel momento in cui si applichino i rilievi di cui sopra alla situazione giudiziaria della società pugliese, non senza richiamare talune decisive disposizioni comunitarie in considerazione delle quali è possibile comprendere ancor meglio la bontà delle motivazioni adottate dal Tribunale nel formulare la decisione finale.

<sup>28</sup> Il riferimento è al dlgo n. 480/92.

<sup>29</sup> V. in questo senso T.A.R. Lazio, sez. I, 17 settembre 1999, n. 2077, in *I TAR*, 1999, I, p. 3762, ove si legge che «ai sensi delle disposizioni contenute negli artt. 18 lett. E. e 47 r.d. 21 giugno 1942, n. 929, nel testo integrato a seguito del recepimento della direttiva Cee n. 89/104, la non ingannevolezza dell'etichetta e del messaggio sulla provenienza del prodotto è richiesta non solo alle denominazioni di origine protetta, ma anche ai marchi, a pena di nullità, con la conseguenza che le indicazioni di carattere geografico contenute nel marchio acquistano una rilevanza essenziale nella valutazione del consumatore per la peculiare importanza che viene ad assumere l'origine della materia prima».

<sup>30</sup> Per tali riflessioni v. ancora P. BORGHI, *Il "Made in Italy" nella disciplina italiana e comunitaria*, cit. *supra*, nota 3.

La Botromagno s.r.l. ha provveduto solo nel 1994 a registrare il marchio «Le terre di Federico» per contraddistinguere vini ottenuti da uve del tipo Malvasia indicando appunto nel segno di carattere esclusivamente geografico il luogo di origine del prodotto stesso: il Tribunale di Bari sottolineava infatti che «il collegamento tra l'espressione che costitui[va] il marchio della ricorrente ed un determinato ambito geografico è[ra] attestata dalla documentazione prodotta dalla parte resistente, in cui si apprezza[va] l'uso comune e generalizzato da parte di enti istituzionali e di operatori economici dell'espressione «Terre di Federico», per indicare il territorio compreso tra il Gargano e la zona della Murgia barese quale luogo di produzione di specifiche qualità di vini»<sup>31</sup>. Tuttavia, si precisa, la società ricorrente non avrebbe potuto ottenere ragione in ordine alle proprie pretese neppure con argomentazioni fondate sull'uso del segno, quali quelle sopra riportate, per la insuperabile considerazione che pur sempre di marchio impresa si trattava e non invece di marchio collettivo il quale solo, si ritiene, pure in situazioni quale quella ipotizzata, può legittimamente contenere indicazioni di provenienza geografica; salva l'ipotesi di un nome (geografico) frutto di fantasia.

Il Tribunale proseguiva richiamando una serie di produzioni documentali attestanti l'uso generalizzato del nome in contestazione: il riferimento è alla «pubblicazione di Itinerari lungo le strade del vino e dell'olio di Puglia che indica[vano] con l'espressione «Terre di Federico» uno dei tre territori caratterizzanti la produzione vitivinicola pugliese, ed al suo interno segnala[vano] tra i produttori di quella zona anche la Cooperativa resistente; analogamente la *Brochure* predisposta dalla Regione Puglia per presentare i vini pugliesi esposti nella nota manifestazione "Vinitaly" nel corrente anno, raggruppa[va] sotto la dizione «Terre di Federico» le denominazioni di origine controllata prodotte nel contesto territoriale su ricordato (...)»<sup>32</sup>.

Ma anche a voler insistere nel tentativo di trovare un qualche spiraglio di difesa, proprio in considerazione di quanto poco sopra enunciato in ordine alla possibilità offerta dallo stesso Codice della proprietà industriale di procedere alla registrazione, come marchi di impresa (all'uopo volutamente ignorando che si tratta comunque di marchio di impresa), di segni costituiti esclusivamente da un nome geografico quando tale segno fosse stato all'epoca in cui il divieto venne introdotto nel nostro ordinamento di fatto utilizzato dalla società stessa in maniera tale da essere inconfondibilmente associato dai consumatori al suo prodotto, ci si scontrerebbe con la circostanza che il prodotto in questione è un vino, in relazione al quale esiste una disciplina di origine comunitaria specifica estremamente rigorosa<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Così nell'ordinanza in commento, *cit. supra*, nota 1.

<sup>32</sup> *Ivi*.

<sup>33</sup> Significativa la questione relativa alla tutela del Tocai Friulano, in relazione al quale il 10

Si apprezzi in tal senso quanto segue: si è detto che, nel ricorso introduttivo, la ricorrente Botromagno s.r.l. affermava di essere titolare del marchio nazionale «Le terre di Federico», registrato con domanda presentata nel dicembre 1994, quindi, aggiunge la scrivente, dopo l'introduzione del divieto, e rinnovata nel 2004. Allo scopo di avvalersi efficacemente dell'argomentazione relativa all'importanza dell'uso precedentemente all'introduzione del divieto medesimo, la società avrebbe dovuto necessariamente dimostrare di aver di fatto utilizzato siffatto marchio negli anni addietro alla registrazione in maniera talmente intensa da aver creato nella mente del consumatore un collegamento tra tale nome ed il suo prodotto. Situazione questa, lo ripetiamo, contemplata dal Codice il quale sottolinea che possa essere registrato come marchio di impresa quel segno geografico che benché costituito esclusivamente da una indicazione di tipo descrittivo, prima della domanda di registrazione, a seguito dell'uso che ne sia stato fatto in concreto, abbia comunque già acquistato sul mercato un carattere distintivo del prodotto.

Propriamente in considerazione di ciò troverebbe una ragione logica la domanda volta ad ottenerne la tutela in via cautelare, avendo appreso che altra Cooperativa aveva inoltrato una domanda volta ad ottenere la registrazione del marchio analogo «Terre di Federico». La legge prevede unicamente a questo riguardo che l'interessato – nel nostro caso si intenda la società Bo-

marzo 2007 si è svolto un Convegno a Udine su: «Tocai: ultimo atto?», con intervento del Prof. F. CAPELLI, *Strategia a difesa del «Tocai friulano»*, in questa *Rivista*, 2007, p. 391 ss., il quale ha acutamente sottolineato le contraddizioni in cui è incorso il Governo italiano che, per un verso, assume la difesa dei produttori del famoso vino dinanzi alle Corti europee mentre curiosamente li attacca dinanzi ai Tribunali italiani. Notevoli ed incisivi gli argomenti a difesa del «Tocai friulano», fondati sul diritto comunitario da discutere dinanzi alla Corte di giustizia. In particolare, il relatore sottolinea la circostanza che l'Accordo sui vini concluso tra la Comunità europea e l'Ungheria nel 1993, che aveva previsto la cessazione dell'impiego del nome «Tocai friulano» a far data dal 31 marzo 2007, in realtà ha perso efficacia il 1° maggio 2004 in conseguenza del nuovo Trattato di adesione per il quale l'Ungheria è entrata a far parte dell'Unione europea; precisa che nello stesso Trattato di adesione non è contenuta menzione alcuna del Tocai friulano, laddove gli unici provvedimenti che concernono il noto vino sono i regolamenti della commissione n. 753/2002 e n. 1429/2004, che hanno invece conservato la data di utilizzo del nome Tocai friulano; al momento della firma del Trattato di adesione, l'Italia formulava una riserva ponendo in rilievo la necessità di ridiscutere l'impiego del nome «Tocai friulano» prima del termine del 31 marzo 2007, previsto per la cessazione del medesimo; inoltre i regolamenti sopra indicati, prosegue il relatore, i quali hanno fissato il termine di scadenza di cui si è detto, contemplano nell'allegato un corposo elenco di 122 nomi di vini contenenti riferimenti geografici al pari del «Tocai friulano».

La Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi anche su altri punti specifici, relativi alla circostanza che sarebbe da considerarsi contraria al principio di non discriminazione una disposizione comunitaria che non consentisse ai soli produttori del Tocai l'uso del nome contenente l'indicazione geografica, laddove invece una tale opportunità venga di fatto offerta ai produttori di altri vini con le medesime caratteristiche («Chardonnay»); il principio appena ricordato sarebbe violato anche in relazione ai produttori ungheresi che fanno leva sui regolamenti della Commissione per continuare ad usare il nome di un vino, «Tokaji», il quale in considerazione del disposto di cui all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's deve ritenersi omonimo del «Tocai» nostrano, che pertanto deve poter convivere sul mercato con quello ungherese.

Altre argomentazioni a difesa del «Tocai» si fondano sul diritto internazionale.

Certo l'interesse suscitato dall'argomento merita una trattazione a sé e non può certo dirsi soddisfatto attraverso tali brevi cenni, comunque utili, nel caso di specie, a sottolineare la complessità, la varietà e la particolarità della disciplina esistente nel campo vinicolo.

tromagno - non possa impedire ad altri imprenditori l'uso dell'elemento geografico che pure costituisce il cuore del proprio segno, come semplice indicazione di provenienza del prodotto: e di fatto nessuna azione essa, a quanto risulta, aveva mai intentato nei confronti degli altri produttori della zona che pure si avvalevano semplicemente di siffatta indicazione geografica, come testimoniato per vero dalla stessa *Brochure* presentata dalla resistente e predisposta dalla Regione Puglia per presentare i vini pugliesi esposti nella manifestazione "Vinitaly", che raggruppa sotto la dizione «Terre di Federico», le denominazioni di origine controllata prodotte nel contesto territoriale *de quo*. Il che rientra perfettamente nel limite alla tutela di un marchio geografico del tenore di quello vantato dalla Botromagno: si sarebbe stati allora propensi a ritenere che, del tutto legittimamente (ma si tratta di ipotesi avente un significato argomentativo preciso nel caso in esame e volto a dimostrare che in ogni caso, nonostante qualsivoglia positivo sforzo interpretativo, il marchio «Le terre di Federico» non sarebbe tutelabile), ed in conformità alle disposizioni normative introdotte dopo il 1992, tale società avrebbe potuto agire per la tutela del proprio segno nei confronti di chiunque avesse voluto procedere alla registrazione di un segno analogo, nel caso di specie la resistente Cooperativa Acli, dovendo invece tollerare, come di fatto aveva fino ad allora tollerato, l'impiego, quale semplice indicazione geografica, di quell'elemento che pure costituiva il nucleo centrale ed esclusivo del proprio marchio da parte di altri imprenditori. Ma il prodotto in questione, lo ripetiamo, è un vino, in relazione al quale la normativa comunitaria, cui l'ordinamento italiano è ispirato ed alla quale deve conformarsi, (risultando per ciò stesso superato il disposto dell'art. 13, secondo comma del Codice della proprietà industriale che pure conformemente a tale normativa sopranazionale è stato introdotto) prevede disposizioni specifiche. L'Allegato VII – Punto F – regolamento n. 1493/1999<sup>34</sup> dispone espressamente che nell'ipotesi in cui la designazione, presentazione e la pubblicità dei prodotti, nel caso in questione, vini, fossero completate da marchi registrati, il titolare degli stessi in deroga a quanto previsto dalle disposizioni del comma 1 avrebbe potuto continuare ad usare tale marchio fino al 31 dicembre 2002 a condizione che il marchio in questione fosse stato registrato al più tardi il 31 dicembre 1985 dall'autorità competente di uno Stato membro conformemente al diritto vigente al momento di quella registrazione; ed inoltre fosse stato effettivamente utilizzato fino al 31 dicembre 1986 senza interruzione dopo la sua registrazione, o se quest'ultima era anteriore al 1° gennaio 1984, almeno dopo tale data. Allo stesso punto F si legge inoltre che «il titolare di un marchio conosciuto e registrato per un vino o un mosto di uve che contenga termini identici al nome di una regione determinata o al nome di un'unità geografica più piccola di una regione determinata può, an-

<sup>34</sup> In *Guce* n. L 170 del 14 luglio 1999, p. 1 ss.

che se non ha diritto a questo nome a norma del punto 1, continuare ad usare tale marchio se corrisponde all'identità del suo titolare originario o del prestatore originario, purchè la registrazione del marchio sia stata fatta almeno venticinque anni prima del riconoscimento ufficiale del nome geografico in questione da parte dello Stato membro produttore (...) e il marchio sia stato effettivamente utilizzato senza interruzione»<sup>35</sup>.

Niente di tutto ciò si è verificato nel caso portato all'attenzione del Tribunale di Bari dalla società Botromagno s.r.l.

Inoltre, a voler assecondare l'esigenza di completezza del ragionamento finora condotto, pare doveroso ricordare che l'art. 14 (rubricato «Relazioni tra marchi, denominazioni d'origine e indicazioni geografiche») del regolamento n. 510/2006<sup>36</sup>, al punto 2 giustifica l'uso di un marchio depositato o registrato, in quei casi in cui sia previsto dalla normativa pertinente, che sia stato acquisito con l'uso in buona fede sul territorio comunitario in un tempo antecedente alla data di protezione della denominazione d'origine o dell'indicazione geografica nel Paese d'origine, o ancor prima del 1° gennaio 1996 ed esso può proseguire malgrado la registrazione di una denominazione d'origine o di una indicazione geografica, qualora il marchio medesimo «non incorra nella nullità o decadenza per i motivi previsti dalla prima direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa o dal regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario»<sup>37</sup>.

Anche in relazione a siffatta disposizione il marchio «Le terre di Federico» risulta illegittimo perché, essendone comunque titolare una singola società, contrasta con il disposto dell'art. 64 del regolamento n. 40/94/Ce che consente l'utilizzo di un nome geografico come segno distintivo solo quando si tratti di marchio collettivo, definitivamente superando pertanto l'eccezione di cui al secondo comma dell'art. 13 del dlgs n. 30 del 2005.

#### 4. Considerazioni conclusive

Malgrado le valutazioni che precedono, l'analisi operata dal Tribunale di Bari in merito alla tutelabilità in via cautelare del marchio geografico costituito dall'espressione «Le terre di Federico» è meritevole di considerazione per due ordini di ragioni: 1. da un lato per aver riconfermato un principio cardine in materia di marchi d'impresa; 2. dall'altro per aver offerto l'occasione, sia pure nell'ambito del principio di cui al punto 1., ed in linea con esso, di con-

<sup>35</sup> Così, in Allegato VII, punto F del regolamento n. 1493/1999, *cit. supra*, nota 34.

<sup>36</sup> In *Gu-Us* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12.

<sup>37</sup> Art. 14, punto 2 del regolamento n. 510/2006, *loc. cit.*

durre una analisi più specifica e/o peculiare delle possibilità che la normativa in materia offre agli operatori commerciali<sup>38</sup>.

Quanto al primo aspetto, difatti, nell'ordinanza in commento viene lucidamente confermato l'assunto per cui non possa in alcun modo riservarsi l'impiego di una indicazione di provenienza geografica a tutto vantaggio di una singola impresa laddove più pregnanti considerazioni ispirate all'interesse generale suggeriscono, ed anzi impongono, di lasciarne l'utilizzo alla libera disponibilità di tutte le imprese ad essa interessate: nel caso *de quo*, il Tribunale nega alla società ricorrente la tutela cautelare – carente il presupposto del c.d. *fumus boni iuris*, in quanto essendo il marchio costituito unicamente da un nome geografico («Le terre di Federico»), esso si pone in contrasto con la disposizione di cui all'art. 13, comma 1, del dlgs n. 30 del 2005, meglio noto come Codice della proprietà industriale, per il quale «non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni privi di carattere distintivo e in particolare quelli costituiti esclusivamente dalle denominazioni generiche di prodotti o servizi o da indicazioni descrittive che ad essi si riferiscono, come i segni che in commercio possono servire a designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o della prestazione del servizio».

Contrasta ancora con la normativa comunitaria in argomento, sia di carattere generale quale la direttiva n. 89/104/Cee (art. 3), il regolamento n. 40/94/Ce (art. 7) ed il regolamento n. 510/2006 (art. 14), sia con quella specifica concernente i vini: si considerino le osservazioni offerte in ordine al disposto dell'Allegato VII, punto F del regolamento n. 1493/1999. Il marchio geografico «Le terre di Federico», infine, non è tutelabile come marchio di impresa anche in considerazione delle decisioni più rappresentative dei tribunali europei: si pensi al caso deciso dalla Corte di giustizia in data 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108 e n. C-109/97<sup>39</sup> richiamato dallo stesso Tribu-

<sup>38</sup> Sono molteplici infatti nella prassi commerciale le modalità sfruttate dalle imprese per avvantaggiarsi indebitamente o ingannevolmente del prestigio di una certa indicazione geografica: indicativo il caso c.d. «filù e ferru». La società LSM, produttrice di acquavite di vinaccia e con sede di produzione nella Repubblica di San Marino, si avvaleva di una etichetta con figure caratteristiche della storia e del folklore sardo, quali lo stemma dei quattro mori, un nuraghe, un uomo in costume nell'atto di suonare le launeddas. Pur essendo legittimo l'utilizzo del nome «filù e ferru», tuttavia l'etichetta così come presentata era senza dubbio ingannevole, come ha avuto modo di rilevare l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato; mentre non assumerebbe importanza la qualità delle vinacce impiegate per la distillazione, sarebbe, e di fatto è, al fine di potersi avvalere appunto di una etichetta quale quella in considerazione, oltremodo rilevante che il procedimento di distillazione si realizzi in Sardegna. V. per la questione, il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 16785 del 26 aprile 2006, in *Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'ambiente*, n. 9/2007, p. 560 ss., con commento di A. GERMANÒ, *Prodotto tradizionale sardo e pubblicità ingannevole*, p. 561 ss.

<sup>39</sup> In *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Unione Europea*, n. 1240, *cit. supra*, nota 6, ove per ciò che concerne i marchi geografici si legge: «L'art. 3, n. 1, lett. c., della prima direttiva del Consiglio Cee 21 dicembre 1988, n. 104, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, dev'essere interpretato nel senso che: a. tale norma non si limita a vietare la registrazione dei nomi geografici in quanto marchi nei soli casi in cui essi indichino i luoghi che pre-

nale di Bari, o al caso c.d. *Cloppenburg*, deciso dal Tribunale di primo grado in causa n. T-379/03.

Quanto al secondo aspetto, poi, anche se il Tribunale si fosse prodigato in uno sforzo argomentativo ed interpretativo più intenso che sicuramente lo avrebbe guidato nel senso di garantire alla ricorrente una trattazione più specifica e puntuale della questione portata alla sua attenzione attraverso un'analisi più profonda dell'ampia normativa in materia, sopra richiamata, la conclusione cui è pervenuto non avrebbe potuto comunque essere differente: la richiesta di tutela, in via cautelare, del marchio geografico «Le terre di Federico», minacciato dalla presentazione di altra domanda di registrazione di un segno analogo («Terre di Federico») da parte di altro soggetto commerciale collettivo, e per ciò stesso legittimato all'impiego di un marchio geografico quale quello in corso di registrazione, non poteva essere accolta.

Soluzione pienamente condivisibile malgrado le misure cautelari, per così dire innominate, a carattere interdittivo o inibitorio, non rivestano una funzione anticipatoria della decisione: generalmente adottate nell'ambito del procedimento di cui all'art. 700 c.p.c., hanno solo una funzione sterilizzatrice della situazione esistente venendo impiegate unicamente in funzione del diritto che si voglia far valere nel giudizio di merito<sup>40</sup>.

Concludendo, alla luce delle riflessioni da ultimo sviluppate, si deve ritenere che l'ordinanza in commento, malgrado la stringatezza delle riflessioni in essa operate, esprima quanto alla tutela dei nomi geografici, quali marchi di impresa, pregevoli considerazioni perfettamente conformi all'orientamento costantemente seguito sia a livello comunitario, che a livello nazionale che dal primo è chiaramente e necessariamente influenzato.

**Giuseppina Di Salvatore\***

sentano attualmente, agli occhi degli ambienti interessati, un nesso con la categoria di prodotti di cui si tratta, bensì si applica anche ai nomi geografici utilizzabili in futuro dalle imprese interessate in quanto indicazione di provenienza geografica della categoria di prodotti di cui si tratta; *b.* nei casi in cui il nome geografico non presenti attualmente, agli occhi degli ambienti interessati, alcun nesso con la categoria di prodotti di cui si tratta, l'autorità competente deve valutare se sia ragionevole presumere che un tale nome, agli occhi degli ambienti interessati, possa designare la provenienza geografica di tale categoria di prodotti; *c.* nell'effettuare tale valutazione occorre prendere in considerazione, in particolare, la conoscenza più o meno ampia che gli ambienti interessati hanno del nome geografico nonché le caratteristiche del luogo designato da quest'ultimo e della categoria di prodotti di cui si tratta; *d.* il nesso tra il prodotto di cui trattasi e il luogo geografico non dipende necessariamente dalla fabbricazione del prodotto in tale luogo».

<sup>40</sup> V. in questo senso, F. SPACCASASSI, *Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causa*, 30 novembre 2005, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10103>.

Si tenga conto che, in linea generale, i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. possono assolvere non solo la funzione repressiva consistente nel porre nel nulla gli effetti dannosi di una determinata violazione, ma anche quella preventiva e inibitoria consistente nell'impedire che la violazione minacciata sia compiuta oppure di impedire la continuazione di una violazione prima che essa possa tramutarsi in effetto dannoso.

\* Avvocato in Nuoro.





# ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

---

## NUOVE REGOLE PER LE INDICAZIONI NUTRIZIONALI E SULLA SALUTE NELL'ETICHETTATURA, PRESENTAZIONE E PUBBLICITÀ DEI PRODOTTI ALIMENTARI

**Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari\***

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,  
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 95,  
vista la proposta della Commissione,  
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo<sup>1</sup>,  
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato<sup>2</sup>,  
considerando quanto segue:

(*Omissis*)

hanno adottato il presente regolamento:

### Capo I - Oggetto, ambito di applicazione e definizioni

#### *Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione*

1. Il presente regolamento armonizza le disposizioni legislative, regolamentari o

\* Il testo qui pubblicato è la rettifica del regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari (*Gu-Ue* n. L 404 del 30 dicembre 2006). La rettifica è pubblicata in *Gu-Ue* n. L 12 del 18 gennaio 2007, p. 3 ss. Il testo integrale del regolamento, sopra riportato, è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>. In argomento v. *infra*, p. 795 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI* e *BARBARA KLAUS*.

<sup>1</sup> *Guce* n. C 110 del 30 aprile 2004, p. 18.

<sup>2</sup> Parere del Parlamento europeo del 26 maggio 2005 (*Guce* n. C 117 E del 18 maggio 2006, p. 187), posizione comune del Consiglio dell'8 dicembre 2005 (*Guce* n. C 80 E del 4 aprile 2006, p. 43) e posizione del Parlamento europeo del 16 maggio 2006 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*). Decisione del Consiglio del 12 ottobre 2006.

amministrative degli Stati membri concernenti le indicazioni nutrizionali e sulla salute, al fine di garantire l'efficace funzionamento del mercato interno e al tempo stesso un elevato livello di tutela dei consumatori.

2. Il presente regolamento si applica alle indicazioni nutrizionali e sulla salute figuranti in comunicazioni commerciali, sia nell'etichettatura sia nella presentazione o nella pubblicità dei prodotti alimentari forniti al consumatore finale.

Nel caso di alimenti non confezionati, tra cui prodotti freschi, come esempio frutta, verdura o pane, destinati alla vendita al consumatore finale o a servizi di ristorazione di collettività, e nel caso di alimenti confezionati sul luogo di vendita su richiesta dell'acquirente o confezionati ai fini della vendita immediata, l'art. 7 e l'art. 10, par. 2, lett. *a.* e *b.* non si applicano. adottate misure a livello comunitario secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2. Possono continuare ad applicarsi le disposizioni nazionali fintantoché non saranno

Il presente regolamento si applica anche ai prodotti alimentari destinati a ristoranti, ospedali, scuole, mense e servizi analoghi di ristorazione di collettività.

3. Un marchio, denominazione commerciale o denominazione di fantasia riportato sull'etichettatura, nella presentazione o nella pubblicità di un prodotto alimentare che può essere interpretato come indicazione nutrizionale o sulla salute può essere utilizzato senza essere soggetto alle procedure di autorizzazione previste dal presente regolamento a condizione che l'etichettatura, presentazione o pubblicità rechino anche una corrispondente indicazione nutrizionale o sulla salute conforme alle disposizioni del presente regolamento.

4. Per i descrittori generici (denominazioni) tradizionalmente utilizzati per indicare la peculiarità di una categoria di alimenti o bevande che potrebbe avere un effetto sulla salute umana, è possibile derogare al par. 3, secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, su richiesta degli operatori del settore alimentare interessati. La richiesta è inoltrata all'autorità nazionale competente di uno Stato membro, la quale la trasmette senza indugio alla Commissione. La Commissione adotta e pubblica le condizioni per gli operatori del settore alimentare in base alle quali va effettuata una tale richiesta, onde garantire un trattamento celere ed entro tempi ragionevoli della stessa.

5. Il presente regolamento si applica fatte salve le disposizioni comunitarie seguenti:

*a.* direttiva n. 89/398/Cee e direttive adottate in materia di prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare;

*b.* direttiva n. 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali<sup>12</sup>;

*c.* direttiva n. 98/83/Ce del Consiglio, del 3 novembre 1998, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano<sup>13</sup>;

*d.* direttiva n. 2002/46/Ce.

<sup>12</sup> *Guce* n. L 229 del 30 agosto 1980, p. 1. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 1882/2003.

<sup>13</sup> *Guce* n. L 330 del 5 dicembre 1998, p. 32. Direttiva modificata dal regolamento (Ce) n. 1882/2003.

*Articolo 2 - Definizioni*

1. Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

*a.* le definizioni di «alimento» (o «prodotto alimentare»), «operatore del settore alimentare», «immissione sul mercato» e «consumatore finale» di cui all'art. 2 e all'art. 3, punti 3, 8 e 18 del regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare<sup>14</sup>;

*b.* la definizione di «integratore alimentare» di cui alla direttiva n. 2002/46/Ce;

*c.* le definizioni di «etichettatura nutrizionale», «proteine», «carboidrati», «zuccheri», «grassi», «acidi grassi saturi», «acidi grassi monoinsaturi», «acidi grassi polinsaturi» e «fibra alimentare» di cui alla direttiva n. 90/496/Cee;

*d.* la definizione di «etichettatura» di cui all'art. 1, par. 3, lett. *a.* della direttiva n. 2000/13/Ce.

2. Si applicano inoltre le seguenti definizioni:

*1.* «indicazione»: qualunque messaggio o rappresentazione non obbligatorio in base alla legislazione comunitaria o nazionale, comprese le rappresentazioni figurative, grafiche o simboliche in qualsiasi forma, che affermi, suggerisca o sottintenda che un alimento abbia particolari caratteristiche;

*2.* «sostanza nutritiva»: proteine, carboidrati, grassi, fibre, sodio, vitamine e minerali elencati nell'allegato della direttiva n. 90/496/Cee e le sostanze che appartengono o sono componenti di una di tali categorie;

*3.* «sostanza di altro tipo»: una sostanza diversa da quelle nutritive che abbia un effetto nutrizionale o fisiologico;

*4.* «indicazione nutrizionale»: qualunque indicazione che affermi, suggerisca o sottintenda che un alimento abbia particolari proprietà nutrizionali benefiche, dovute:

*a.* all'energia (valore calorico) che

*i.* apporta,

*ii.* apporta a tasso ridotto o accresciuto, o

*iii.* non apporta, e/o

*b.* alle sostanze nutritive o di altro tipo che

*i.* contiene,

*ii.* contiene in proporzioni ridotte o accresciute, o

*iii.* non contiene;

*5.* «indicazioni sulla salute»: qualunque indicazione che affermi, suggerisca o sottintenda l'esistenza di un rapporto tra un categoria di alimenti, un alimento o uno dei suoi componenti e la salute;

*6.* «indicazioni relative alla riduzione di un rischio di malattia»: qualunque indicazione sulla salute che affermi, suggerisca o sottintenda che il consumo di una categoria di alimenti, di un alimento o di uno dei suoi componenti riduce significativamente un fattore di rischio di sviluppo di una malattia umana;

*7.* «Autorità»: l'Autorità europea per la sicurezza alimentare istituita dal regolamento (Ce) n. 178/2002.

<sup>14</sup> *Guce* n. L 31 dell'1 febbraio 2002, p. 1. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 575/2006 della Commissione (*Guce* n. L 100 dell'8 aprile 2006, p. 3).

## Capo II - Principi generali

### *Articolo 3 - Principi generali per tutte le indicazioni*

Le indicazioni nutrizionali e sulla salute possono essere impiegate nell'etichettatura, nella presentazione e nella pubblicità dei prodotti alimentari immessi sul mercato comunitario solo se conformi alle disposizioni del presente regolamento.

Fatte salve le direttive 2000/13/Ce e 84/450/Cee, l'impiego delle indicazioni nutrizionali e sulla salute non può:

- a. essere falso, ambiguo o fuorviante;
- b. dare adito a dubbi sulla sicurezza e/o sull'adeguatezza nutrizionale di altri alimenti;
- c. incoraggiare o tollerare il consumo eccessivo di un elemento;
- d. affermare, suggerire o sottintendere che una dieta equilibrata e varia non possa in generale fornire quantità adeguate di tutte le sostanze nutritive. Nel caso di sostanze nutritive che una dieta varia ed equilibrata non può fornire in quantità sufficienti, possono essere adottate, secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, deroghe e le relative condizioni di applicazione, in considerazione della situazione particolare esistente negli Stati membri;
- e. fare riferimento a cambiamenti delle funzioni corporee che potrebbero suscitare o sfruttare timori nel consumatore, sia mediante il testo scritto sia mediante rappresentazioni figurative, grafiche o simboliche.

### *Articolo 4 - Condizioni per l'uso delle indicazioni nutrizionali e sulla salute*

1. Entro il 19 gennaio 2009 la Commissione, secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, stabilisce i profili nutrizionali specifici, comprese le esenzioni, cui devono attenersi gli alimenti o talune categorie di alimenti per poter recare indicazioni nutrizionali o sulla salute, nonché le condizioni concernenti l'uso di indicazioni nutrizionali o sulla salute per alimenti o categorie di alimenti in relazione ai profili nutrizionali.

I profili nutrizionali definiti per gli alimenti e/o loro categorie sono elaborati tenendo conto, in particolare:

- a. delle quantità di determinate sostanze nutritive e di altro tipo contenute nel prodotto alimentare, quali grassi, acidi grassi saturi, acidi grassi trans, zuccheri e sale/sodio;
- b. del ruolo, dell'importanza e del contributo dell'alimento, o delle categorie di alimenti, nella dieta della popolazione in genere o, se del caso, di certi gruppi a rischio, compresi i bambini;
- c. della composizione nutrizionale globale dell'alimento e della presenza di sostanze nutritive il cui effetto sulla salute sia stato scientificamente riconosciuto.

I profili nutrizionali sono basati sulle conoscenze scientifiche in materia di dieta, nutrizione e rapporto di queste ultime con la salute.

Nel determinare i profili nutrizionali, la Commissione chiede all'Autorità di fornire, entro dodici mesi, un pertinente parere scientifico riguardante in particolare i punti seguenti:

- i. necessità di stabilire profili per gli alimenti in generale e/o per le loro categorie;
- ii. scelta e dosaggio delle sostanze nutritive da prendere in considerazione;
- iii. scelta di quantitativi/basi di riferimento per i profili;

- iv. metodo di calcolo dei profili e
- v. fattibilità e prova del sistema proposto.

Nel determinare i profili nutrizionali, la Commissione procede a consultazioni con le parti interessate, in particolare gli operatori del settore alimentare e le associazioni dei consumatori.

I profili nutrizionali e le loro condizioni di uso sono aggiornati per tener conto degli sviluppi scientifici in materia secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, e previa consultazione delle parti interessate, in particolare gli operatori del settore alimentare e le associazioni dei consumatori.

2. In deroga al par. 1, le indicazioni nutrizionali:

a. relative alla riduzione di grassi, grassi saturi, acidi grassi trans, zuccheri e sale/sodio sono consentite, senza fare riferimento a un profilo per una o più sostanze nutritive per cui viene data l'indicazione, purché risultino conformi alle condizioni del presente regolamento;

b. sono ammesse, ove una singola sostanza nutritiva sia superiore al profilo nutrizionale, purché l'informazione sulla sostanza in questione figuri in estrema prossimità dell'indicazione nutrizionale o sulla salute oppure sul medesimo lato della stessa. L'informazione reca la seguente dicitura: «Elevato contenuto di [...]»<sup>15</sup>.

3. Le bevande contenenti più dell'1,2% in volume di alcol non possono recare indicazioni sulla salute.

Per quanto riguarda le indicazioni nutrizionali, sono ammesse soltanto quelle riguardanti un basso tenore alcolico o la riduzione nel contenuto alcolico oppure la riduzione nel contenuto energetico in bevande con un volume alcolico superiore all'1,2%.

4. In mancanza di norme comunitarie specifiche sulle indicazioni nutrizionali riguardanti un basso tenore alcolico o la riduzione o l'assenza di contenuto alcolico o energetico in bevande che di norma contengono alcol, possono essere applicate norme nazionali pertinenti ai sensi delle disposizioni del trattato.

5. Gli alimenti o le categorie di alimenti diversi da quelli di cui al par. 3 per i quali le indicazioni nutrizionali o sulla salute devono essere limitate o vietate possono essere determinati secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, e alla luce di prove scientifiche.

#### *Articolo 5 - Condizioni generali*

1. L'impiego di indicazioni nutrizionali e sulla salute è permesso soltanto se sono rispettate le seguenti condizioni:

a. si è dimostrato che la presenza, l'assenza o il contenuto ridotto in un alimento o categoria di alimenti di una sostanza nutritiva o di altro tipo rispetto alla quale è fornita l'indicazione ha un effetto nutrizionale o fisiologico benefico, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate;

b. la sostanza nutritiva o di altro tipo rispetto alla quale è fornita l'indicazione:

i. è contenuta nel prodotto finale in una quantità significativa ai sensi della legislazione comunitaria o, in mancanza di tali regole, in quantità tale da produrre l'effetto nutrizionale o fisiologico indicato, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate, o

<sup>15</sup> Nome della sostanza nutritiva superiore al profilo nutrizionale.

ii. non è presente o è presente in quantità ridotta, in modo da produrre l'effetto nutrizionale o fisiologico indicato, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate;

c. se del caso, la sostanza nutritiva o di altro tipo per la quale è fornita l'indicazione si trova in una forma utilizzabile dall'organismo;

d. la quantità del prodotto tale da poter essere ragionevolmente consumata fornisce una quantità significativa della sostanza nutritiva o di altro tipo cui si riferisce l'indicazione, ai sensi della legislazione comunitaria o, in mancanza di tali regole, una quantità tale da produrre l'effetto nutrizionale o fisiologico indicato, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate;

e. conformità con le condizioni specifiche di cui al capo III o IV, secondo il caso.

2. L'impiego di indicazioni nutrizionali e sulla salute è consentito solo se ci si può aspettare che il consumatore medio comprenda gli effetti benefici secondo la formulazione dell'indicazione.

3. Le indicazioni nutrizionali e sulla salute si riferiscono agli alimenti pronti per essere consumati secondo le istruzioni del fabbricante.

#### *Articolo 6 - Fondatezza scientifica delle indicazioni*

1. Le indicazioni nutrizionali e sulla salute sono basate su prove scientifiche generalmente accettate.

2. L'operatore del settore alimentare che formula un'indicazione nutrizionale o sulla salute giustifica l'impiego di tale indicazione.

3. Le autorità competenti degli Stati membri possono chiedere a un operatore del settore alimentare o a chi immette il prodotto sul mercato di presentare tutti gli elementi e i dati pertinenti comprovanti il rispetto del presente regolamento.

#### *Articolo 7 - Informazioni nutrizionali*

L'obbligo di fornire informazioni a norma della direttiva n. 90/496/Cee quando è formulata un'indicazione nutrizionale, e le relative modalità, si applicano *mutatis mutandis* allorché è formulata un'indicazione nutrizionale sulla salute, ad eccezione della pubblicità generica. Tuttavia, le informazioni da presentare sono costituite dalle informazioni del gruppo 2 di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva n. 90/496/Cee.

Inoltre, secondo i casi, la quantità della sostanza cui fa riferimento un'indicazione nutrizionale o sulla salute che non figura sull'etichettatura nutrizionale è indicata anche nello stesso campo visivo delle informazioni nutrizionali ed è espressa a norma dell'art. 6 della direttiva n. 90/496/Cee.

Nel caso di integratori alimentari, le informazioni nutrizionali sono riportate a norma dell'art. 8 della direttiva n. 2002/46/Ce.

### **Capo III - Indicazioni nutrizionali**

#### *Articolo 8 - Condizioni specifiche*

1. Le indicazioni nutrizionali sono consentite solo se elencate nell'allegato e conformi alle condizioni stabilite dal presente regolamento.

2. Le modifiche dell'allegato sono adottate secondo la procedura di cui all'art.

25, par. 2, e, se del caso, previa consultazione dell'Autorità. Ove opportuno, la Commissione chiede la partecipazione delle parti interessate, in particolare gli operatori del settore alimentare e le associazioni dei consumatori, per valutare la percezione e la comprensione delle indicazioni in questione.

#### *Articolo 9 - Indicazioni comparative*

1. Fatta salva la direttiva n. 84/450/Cee, il confronto può essere fatto soltanto tra alimenti della stessa categoria prendendo in considerazione una gamma di alimenti di tale categoria. La differenza nella quantità di una sostanza nutritiva e/o nel valore energetico è specificata e il confronto è riferito alla stessa quantità di prodotto.

2. Le indicazioni nutrizionali comparative confrontano la composizione dell'alimento in questione con una gamma di alimenti della stessa categoria privi di una composizione che consenta loro di recare un'indicazione, compresi alimenti di altre marche.

### **Capo IV - Indicazioni sulla salute**

#### *Articolo 10 - Condizioni specifiche*

1. Le indicazioni sulla salute sono vietate, a meno che non siano conformi ai requisiti generali del capo II e ai requisiti specifici del presente capo e non siano autorizzate a norma del presente regolamento e incluse nell'elenco delle indicazioni autorizzate di cui agli artt. 13 e 14.

2. Le indicazioni sulla salute sono consentite solo se sull'etichettatura o, in mancanza di etichettatura, nella presentazione e nella pubblicità sono comprese le seguenti informazioni:

*a.* una dicitura relativa all'importanza di una dieta varia ed equilibrata e di uno stile di vita sano;

*b.* la quantità dell'alimento e le modalità di consumo necessarie per ottenere l'effetto benefico indicato;

*c.* se del caso, una dicitura rivolta alle persone che dovrebbero evitare di consumare l'alimento, e

*d.* un'appropriata avvertenza per i prodotti che potrebbero presentare un rischio per la salute se consumati in quantità eccessive.

3. Il riferimento a benefici generali e non specifici della sostanza nutritiva o dell'alimento per la buona salute complessiva o per il benessere derivante dallo stato di salute è consentito soltanto se accompagnato da un'indicazione specifica sulla salute inclusa negli elenchi di cui agli artt. 13 o 14.

4. Se del caso, possono essere adottate linee guida per l'attuazione del presente articolo secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, e, se necessario, in consultazione con le parti interessate, in particolare operatori del settore alimentare e associazioni di consumatori.

*(Omissis)*

#### *Articolo 12 - Restrizioni sull'impiego di talune indicazioni sulla salute*

Non sono consentite le seguenti indicazioni sulla salute:

*a.* indicazioni che suggeriscono che la salute potrebbe risultare compromessa

dal mancato consumo dell'alimento;

b. indicazioni che fanno riferimento alla percentuale o all'entità della perdita di peso;

c. indicazioni che fanno riferimento al parere di un singolo medico o altro operatore sanitario e altre associazioni non contemplate dall'art. 11.

*Articolo 13 - Indicazioni sulla salute diverse da quelle che si riferiscono alla riduzione del rischio di malattia e allo sviluppo e alla salute dei bambini*

1. Le indicazioni sulla salute che descrivono o fanno riferimento ai seguenti elementi:

a. il ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, o

b. funzioni psicologiche e comportamentali, o

c. fatta salva la direttiva n. 96/8/Ce, il dimagrimento o il controllo del peso oppure la riduzione dello stimolo della fame o un maggiore senso di sazietà o la riduzione dell'energia apportata dal regime alimentare,

che sono indicate nell'elenco di cui al par. 3 possono essere fornite senza essere oggetto delle procedure di cui agli articoli da 15 a 19, purché siano:

i. basate su prove scientifiche generalmente accettate e

ii. ben comprese dal consumatore medio.

2. Gli Stati membri forniscono alla Commissione gli elenchi delle indicazioni di cui al par. 1 entro il 31 gennaio 2008, corredati delle relative condizioni applicabili e dei riferimenti alla fondatezza scientifica pertinente.

3. Previa consultazione dell'Autorità, entro il 31 gennaio 2010 la Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, l'elenco comunitario delle indicazioni consentite di cui al par. 1 e tutte le condizioni necessarie per il loro impiego.

4. Qualsiasi modifica apportata all'elenco di cui al par. 3, basata su prove scientifiche generalmente accettate, è adottata secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, previa consultazione dell'Autorità, su iniziativa della Commissione o a richiesta di uno Stato membro.

5. Qualsiasi inserimento di indicazioni nell'elenco di cui al par. 3, basate su prove scientifiche recenti e/o che includono una richiesta di protezione di dati riservati, è adottato secondo la procedura di cui all'art. 18, fatte salve le indicazioni riguardanti lo sviluppo e la salute dei bambini, che sono autorizzate secondo la procedura di cui agli artt. 15, 16, 17 e 19.

*Articolo 14 - Indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia e indicazioni che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini*

1. In deroga all'art. 2, par. 1, lett. b. della direttiva n. 2000/13/Ce, le indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia e quelle che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini possono essere fornite qualora ne sia stato autorizzato, secondo la procedura di cui agli artt. 15, 16, 17 e 19 del presente regolamento, l'inserimento in un elenco comunitario di tali indicazioni consentite unitamente a tutte le condizioni necessarie per il loro impiego.

2. Oltre ai requisiti generali stabiliti dal presente regolamento e ai requisiti spe-



cifici di cui al par. 1, per le indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia l'etichettatura, o in mancanza di etichettatura, la presentazione o pubblicità reca anche una dicitura indicante che la malattia cui l'indicazione fa riferimento è dovuta a molteplici fattori di rischio e che l'intervento su uno di questi fattori può anche non avere un effetto benefico.

*(Omissis)*

#### *Articolo 28 - Misure transitorie*

1. Gli alimenti immessi sul mercato o etichettati prima della data di applicazione del presente regolamento e non conformi al presente regolamento possono essere commercializzati fino alla data di scadenza, ma non oltre il 31 luglio 2009. Per quanto riguarda le disposizioni di cui all'art. 4, par. 1, gli alimenti possono essere commercializzati fino a ventiquattro mesi dall'adozione dei pertinenti profili nutrizionali e delle rispettive condizioni d'uso.

2. I prodotti recanti denominazioni commerciali o marchi di fabbrica esistenti anteriormente al 1o gennaio 2005 e non conformi al presente regolamento possono continuare ad essere commercializzati fino al 19 gennaio 2022. Trascorso tale periodo, si applicano le disposizioni del presente regolamento.

3. Le indicazioni nutrizionali che sono state utilizzate in uno Stato membro anteriormente al 1o gennaio 2006 in conformità con le disposizioni nazionali ad esse applicabili e che non sono incluse nell'allegato possono continuare ad essere impiegate fino al 19 gennaio 2010 sotto la responsabilità degli operatori economici del settore alimentare e fatta salva l'adozione delle misure di salvaguardia di cui all'art. 24.

4. Le indicazioni nutrizionali sotto forma di rappresentazione pittorica, grafica o simbolica conformi ai principi generali del presente regolamento che non siano incluse nell'allegato e siano impiegate secondo condizioni specifiche e criteri elaborati da una normativa nazionale sono soggette alle seguenti modalità:

*a.* gli Stati membri comunicano alla Commissione, entro il 31 gennaio 2008, dette indicazioni e le norme nazionali applicabili, unitamente ai dati scientifici a sostegno di tali norme;

*b.* la Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, una decisione relativa all'impiego di dette indicazioni.

Le indicazioni nutrizionali non autorizzate secondo tale procedura possono continuare ad essere impiegate per dodici mesi dopo l'adozione della decisione.

5. Le indicazioni sulla salute di cui all'art. 13, par. 1, lett. *a.* possono essere fornite dalla data di entrata in vigore del presente regolamento fino all'adozione dell'elenco di cui all'art. 13, par. 3, sotto la responsabilità degli operatori economici del settore alimentare, purché siano conformi al presente regolamento e alle vigenti disposizioni nazionali applicabili e fatta salva l'adozione delle misure di salvaguardia di cui all'art. 24.

6. Le indicazioni sulla salute diverse da quelle di cui all'art. 13, par. 1, lett. *a.* e all'art. 14, impiegate in ottemperanza alle disposizioni nazionali prima dell'entrata in vigore del presente regolamento, sono soggette alle seguenti modalità:

*a.* le indicazioni sulla salute sottoposte a valutazione e autorizzazione in uno Stato membro sono autorizzate come segue:

*i.* gli Stati membri comunicano alla Commissione, entro il 31 gennaio 2008, det-

te indicazioni unitamente alla relazione di valutazione dei dati scientifici a sostegno dell'indicazione;

ii. previa consultazione dell'Autorità, la Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'art. 25, par. 2, una decisione relativa alle indicazioni sulla salute così autorizzate.

Le indicazioni sulla salute non autorizzate secondo questa procedura possono continuare ad essere impiegate per un periodo di sei mesi dall'adozione della decisione;

b. indicazioni sulla salute non sottoposte a valutazione e autorizzazione in uno Stato membro: possono continuare ad essere impiegate purché sia presentata, anteriormente al 19 gennaio 2008, una domanda a norma del presente regolamento; le indicazioni sulla salute non autorizzate secondo questa procedura possono continuare ad essere impiegate per un periodo di sei mesi dall'adozione della decisione di cui all'art. 17, par. 3.

#### *Articolo 29 - Entrata in vigore*

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Esso si applica a decorrere dal 1° luglio 2007.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

*(Omissis)*

#### ALLEGATO

##### **Indicazioni nutrizionali e relative condizioni di applicazione**

###### A BASSO CONTENUTO CALORICO

L'indicazione che un alimento è a basso contenuto calorico e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 40 kcal (170 kJ)/100 g per i solidi o più di 20 kcal (80 kJ)/100 ml per i liquidi. Per gli edulcoranti da tavola si applica il limite di 4 kcal (17 kJ)/dose unitaria, equivalente a 6 g di zucchero (circa un cucchiaino).

###### A RIDOTTO CONTENUTO CALORICO

L'indicazione che un alimento è a ridotto contenuto calorico e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il valore energetico è ridotto di almeno il 30%, con specificazione delle caratteristiche che provocano una riduzione nel valore energetico totale dell'alimento.

###### SENZA CALORIE

L'indicazione che un alimento è senza calorie e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 4 kcal (17 kJ)/100 ml. Per gli edulcoranti da tavola si applica il limite di 0,4 kcal (1,7 kJ)/dose unitaria equivalente a 6 g di zucchero (circa un cucchiaino).

###### A BASSO CONTENUTO DI GRASSI

L'indicazione che un alimento è a basso contenuto di grassi e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 3 g di grassi per 100 g per i solidi o 1,5 g di grassi per 100 ml per i liquidi (1,8 g di grassi per 100 ml nel caso del latte parzialmente scremato).

**SENZA GRASSI**

L'indicazione che un alimento è senza grassi e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 0,5 g di grassi per 100 g o 100 ml. Le indicazioni con la dicitura «X% senza grassi» sono tuttavia proibite.

**A BASSO CONTENUTO DI GRASSI SATURI**

L'indicazione che un alimento è a basso contenuto di grassi saturi e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se la somma degli acidi grassi saturi e degli acidi grassi trans contenuti nel prodotto non supera 1,5 g/100 g per i solidi o 0,75 g/100 ml per i liquidi; in entrambi i casi la somma degli acidi grassi saturi e acidi grassi trans non può corrispondere a più del 10% dell'apporto energetico.

**SENZA GRASSI SATURI**

L'indicazione che un alimento è senza grassi saturi e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se la somma degli acidi grassi saturi e acidi grassi trans non supera 0,1 g di grassi saturi per 100 g o 100 ml.

**A BASSO CONTENUTO DI ZUCCHERI**

L'indicazione che un alimento è a basso contenuto di zuccheri e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 5 g di zuccheri per 100 g per i solidi o 2,5 g di zuccheri per 100 ml per i liquidi.

**SENZA ZUCCHERI**

L'indicazione che un alimento è senza zuccheri e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 0,5 g di zuccheri per 100 g o 100 ml.

**SENZA ZUCCHERI AGGIUNTI**

L'indicazione che all'alimento non sono stati aggiunti zuccheri e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto non contiene mono- o disaccaridi aggiunti o ogni altro prodotto alimentare utilizzato per le sue proprietà dolcificanti. Se l'alimento contiene naturalmente zuccheri, l'indicazione seguente deve figurare sull'etichetta: «Contiene naturalmente zuccheri».

**A BASSO CONTENUTO DI SODIO/SALE**

L'indicazione che un alimento è a basso contenuto di sodio/sale e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 0,12 g di sodio, o un valore equivalente di sale, per 100 g o 100 ml. Per le acque diverse dalle acque minerali naturali che rientrano nel campo di applicazione della direttiva n. 80/777/Cee, questo valore non deve superare 2 mg di sodio per 100 ml.

**A BASSISSIMO CONTENUTO DI SODIO/SALE**

L'indicazione che un alimento è a bassissimo contenuto di sodio/sale e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 0,04 g di sodio, o un valore equivalente di sale, per 100 g o 100 ml. Tale indicazione non è utilizzata per le acque minerali naturali o per altre acque.

**SENZA SODIO O SENZA SALE**

L'indicazione che un alimento è senza sodio o senza sale e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene non più di 0,005 g di sodio, o un valore equivalente di sale, per 100 g.

**Fonte di fibre**

L'indicazione che un alimento è fonte di fibre e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene almeno 3 g di fibre per 100 g o almeno 1,5 g di fibre per 100 kcal.

**AD ALTO CONTENUTO DI FIBRE**

L'indicazione che un alimento è ad alto contenuto di fibre e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene almeno 6 g di fibre per 100 g o almeno 3 g di fibre per 100 kcal.

**FONTE DI PROTEINE**

L'indicazione che un alimento è fonte di proteine e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se almeno il 12% del valore energetico dell'alimento è apportato da proteine.

**AD ALTO CONTENUTO DI PROTEINE**

L'indicazione che un alimento è ad alto contenuto di proteine e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se almeno il 20% del valore energetico dell'alimento è apportato da proteine.

**FONTE DI [NOME DELLA O DELLE VITAMINE] E/O [NOME DEL O DEI MINERALI]**

L'indicazione che un alimento è fonte di vitamine e/o minerali e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene almeno una quantità significativa di cui all'allegato della direttiva n. 90/496/Cee o una quantità prevista dalle deroghe di cui all'art. 6 del regolamento (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'aggiunta di vitamine e minerali e di talune sostanze di altro tipo agli alimenti [16].

**AD ALTO CONTENUTO DI [NOME DELLA O DELLE VITAMINE] E/O [NOME DEL O DEI MINERALI]**

L'indicazione che un alimento è ad alto contenuto di vitamine e/o minerali e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto contiene almeno due volte il valore di una fonte naturale di « [NOME DELLA O DELLE VITAMINE] e/o [NOME DEL O DEI MINERALI] ».

**CONTIENE [NOME DELLA SOSTANZA NUTRITIVA O DI ALTRO TIPO]**

L'indicazione che un alimento contiene una sostanza nutritiva o di altro tipo, per cui non sono stabilite condizioni specifiche nel presente regolamento, e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto è conforme a tutte le disposizioni applicabili del presente regolamento, in particolare all'art. 5. Per le vitamine e i minerali si applicano le condizioni dell'indicazione «fonte di».

**A TASSO ACCRESCIUTO DI [NOME DELLA SOSTANZA NUTRITIVA]**

L'indicazione che il contenuto di una o più sostanze nutritive, diverse dalle vitamine e dai minerali, è stato accresciuto e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se il prodotto è conforme alle condizioni stabilite per l'indicazione «fonte di» e l'aumento del contenuto è pari ad almeno il 30% rispetto a un prodotto simile.

**A TASSO RIDOTTO DI [NOME DELLA SOSTANZA NUTRITIVA]**

L'indicazione che il contenuto di una o più sostanze nutritive è stato ridotto e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono consentite solo se la riduzione del contenuto è pari ad almeno il 30% rispetto a un prodotto simile, ad eccezione dei micronutrienti, per i quali è accettabile una differenza del 10% nei valori di riferimento di cui alla direttiva n. 90/496/Cee, e del sodio o del valore equivalente del sale, per i quali è accettabile una differenza del 25%.

**LEGGERO/LIGHT**

L'indicazione che un prodotto è «leggero» o «light» e ogni altra indicazione che può avere lo stesso significato per il consumatore sono soggette alle stesse condizioni fissate per il termine «ridotto»; l'indicazione è inoltre accompagnata da una specificazione delle caratteristiche che rendono il prodotto «leggero» o «light».

**NATURALMENTE/NATURALE**

Se un alimento soddisfa in natura le condizioni stabilite dal presente allegato per l'impiego di un'indicazione nutrizionale, il termine «naturalmente/naturale» può essere inserito all'inizio dell'indicazione.

## **IL REGOLAMENTO CE N. 1924/2006 IN MATERIA DI INDICAZIONI NUTRIZIONALI E SULLA SALUTE DA RIPORTARE SULLE ETICHETTE DEI PRODOTTI ALIMENTARI**

**Sommario:** **A.** OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE - **B.** INDICAZIONI ALLE QUALI SI APPLICANO LE NUOVE REGOLE CONTENUTE NEL REGOLAMENTO (CE) N. 1924/2006 - **I.** *Nozione di «indicazione nutrizionale» e di «indicazione sulla salute» (art. 2, par. 2 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **II.** *Applicazione del regolamento (Ce) n. 1924/2006 ai marchi e alle denominazioni commerciali o di fantasia* - **III.** *Applicazione del regolamento (Ce) n. 1924/2006 alle descrizioni utilizzate per indicare le caratteristiche di una categoria di alimenti* - **C.** CONDIZIONI DA OSSERVARE IN MATERIA DI INDICAZIONI NUTRIZIONALI E SULLA SALUTE - **I.** *Condizioni generali (artt. 3-7 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **1.** *Divieto delle indicazioni ingannevoli; comprensibilità dei messaggi da parte dei consumatori e parametri di riferimento (artt. 3, 4 e 5, par. 3 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **2.** *Quantità significativa o assenza della sostanza reclamizzata; composizione assimilabile dall'organismo umano (art. 5, par. 1, lett. b. e c. del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **3.** *Informazioni nutrizionali (art. 7 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **4.** *Fondatezza scientifica (art. 6 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **5.** *Adozione di profili nutrizionali (art. 4 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **II.** *Condizioni specifiche per le indicazioni nutrizionali* - **1.** *Lista positiva delle indicazioni nutrizionali consentite (art. 8 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **2.** *Restrizioni delle indicazioni comparative (art. 9 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **III.** *Condizioni specifiche per le indicazioni sulla salute* - **1.** *Autorizzazione delle indicazioni sulla salute (artt. 13-19 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **a.** *In generale* - **b.** *Elaborazione di una lista positiva delle indicazioni generiche sulla salute (art. 13 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **c.** *Inclusione di ulteriori indicazioni generiche sulla salute nella lista positiva attraverso una procedura accelerata (artt. 13, par. 5, 18 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **d.** *Autorizzazione delle indicazioni specifiche sulla riduzione dei rischi di malattia e quelle che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini (art. 14 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **2.** *Etichettatura dei prodotti alimentari per i quali è fornita un'indicazione sulla salute (art. 10 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)* - **D.** MISURE TRANSITORIE.

## A. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE

Il regolamento (Ce) n. 1924/2006<sup>1</sup> è stato adottato il 30 dicembre 2006, dopo un lungo *iter* legislativo in sede europea, caratterizzato da intense discussioni alle quali hanno partecipato anche i rappresentanti dell'industria alimentare, delle associazioni dei consumatori e di altre organizzazioni interessate. Già dal 1° luglio 2007 le norme sancite in tale regolamento trovano applicazione in tutti gli Stati membri (anche se per alcune prescrizioni sono fissate scadenze diverse). È, quindi, fondamentale che gli operatori del settore alimentare, sui quali incombe la responsabilità primaria di garantire la conformità dei loro prodotti alla normativa comunitaria (in base alla nuova disciplina in materia alimentare)<sup>2</sup>, esaminino attentamente quali sono i nuovi requisiti introdotti dal regolamento (Ce) n. 1924/2006 per adeguare correttamente, alla nuova disciplina, l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei propri prodotti alimentari<sup>3</sup>. In particolare, potranno essere utilizzate soltanto le indicazioni nutrizionali e quelle sulla salute che saranno consentite (si tratta, essenzialmente, delle indicazioni contenute in liste positive o autorizzate mediante una procedura individuale). Inoltre, le etichette dei prodotti alimentari ai quali si riferiscono tali indicazioni dovranno recare informazioni specifiche. Considerata l'entità di tali cambiamenti, appare utile, pertanto, sintetizzare le finalità e le regole più importanti contenute nel regolamento (Ce) n. 1924/2006, fornendo un ulteriore contributo per agevolare la loro interpretazione.

<sup>1</sup> Già negli anni Settanta ci fu un primo tentativo di istituire un quadro giuridico europeo per le indicazioni nutrizionali e sulla salute. Tuttavia, tale iniziativa fallì non avendo trovato alcun consenso tra gli Stati membri. Solo dopo trent'anni, nel luglio del 2003, la Commissione europea ha adottato una prima proposta di regolamento relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute per i prodotti alimentari (Com(2003)0424 def.). A tale proposta furono apportate numerose modifiche, sia in seno al Parlamento europeo, sia in seno al Consiglio.

<sup>2</sup> V. anche F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>3</sup> Sull'applicazione del regolamento n. 1924/2006 v. anche «*Guidance on the implementation of regulation n. 1924/2006 on nutrition and health claims made on foods conclusions of the standing committee on the food chain and animal health*», documento elaborato dalla Commissione in data 14 dicembre 2007. V. sul regolamento (Ce) n. 1924/2006 anche i seguenti contributi: P. COPPENS, *The Impact of the Nutrition and Health Claims Regulation on the Food Industry*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 67; S. VALTUENA MARTÍNEZ - L. HENG - W. GELBMANN - A. CUVILLIER - P. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *The Regulation on Nutrition and Health Claims Made on Foods: Role of the European Food Safety Authority*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 76; A. MEISTERERNST - CH. BALKE, *Right of Inclusion of Health Claims in the National Lists or Unlegislated Area?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 12; A. MEISTERERNST - B. HABER, *The silent Revolution - Legal Overview on Regulation (EC) 1924/2006 on Nutrition and Health Claims*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 339; C. POVEL - B. VAN DER MEULEN, *A Scientific Substantiation of Health Claims. The soft core of the Claims Regulation*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 82; M. HAGENMEYER, *Health Claims meet Bureaucracy*, in *European Food and Feed Law Review*, 2006, p. 233; CH. HAUER, *The Regulation on Nutrition and Health Claims*, in *European Food and Feed Law Review*, 2006, p. 355; S. MASINI, *Prime note sulla disciplina europea delle indicazioni sulla salute*, in *Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2007, p. 73; S. BANÀRES VILELLA, *El Reglamento CE 1924/2006: Alegaciones o declaraciones alimentarias?*, in *Revista de Derecho Alimentario*, 2007, p. 13.

B. INDICAZIONI ALLE QUALI SI APPLICANO LE NUOVE REGOLE CONTENUTE NEL REGOLAMENTO (CE) N. 1924/2006

**I. Nozione di «indicazione nutrizionale» e di «indicazione sulla salute» (art. 2, par. 2 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)**

Le regole sancite dal regolamento (Ce) n. 1924/2006 si applicano tanto alle «indicazioni nutrizionali» quanto alle «indicazioni sulla salute» relative ai «prodotti alimentari»<sup>4</sup> (non sono, invece, comprese le indicazioni che riguardano altri prodotti come, ad esempio, i cosmetici o i farmaci<sup>5</sup>). Per «indicazioni nutrizionali» si intendono tutte le indicazioni che affermino, suggeriscano o sottintendano che un alimento abbia particolari proprietà nutrizionali benefiche. Si tratta di proprietà dovute o all'energia (valore calorico) che un alimento apporta, anche a tasso ridotto o accresciuto, o che non apporta; oppure di proprietà che sono dovute alle sostanze nutritive (come le proteine, i carboidrati, gli zuccheri, i grassi, le fibre, i sali minerali, le vitamine ecc.), o dovute ad altre sostanze (ad esempio: amminoacidi, piante e estratti di erbe, luteina, ecc.) che un alimento contiene, anche in proporzioni ridotte o accresciute, oppure che non contiene. Ad esempio, sono «indicazioni nutrizionali» le seguenti dichiarazioni: «ricco di vitamine», «light», «contiene vitamina C», «con estratti di tè verde», «senza zuccheri aggiunti», «a basso contenuto di sodio», «con fibre preziose» ecc. Per «indicazioni sulla salute» (per le quali spesso viene utilizzata l'espressione inglese «health claims») si intendono, invece, tutte le comunicazioni che affermino, suggeriscano o sottintendano che esiste un rapporto tra una categoria di alimenti (o tra un alimento o tra uno dei suoi componenti) e la salute, come, ad esempio, «Rafforza le difese naturali del sistema immunitario» oppure «Alimento con probiotici per stimolare una sana microflora intestinale». Non sono, invece, «indicazioni sulla salute», le informazioni che riguardano semplicemente il benessere generale, senza far riferimento alla salute o ad effetti salutistici. Ovviamente, un'indicazione sulla salute può contenere anche un'indicazione nutrizionale. Ciò soprattutto avviene nei casi in cui sono descritti gli effetti benefici di una sostanza (ad esempio, di un nutriente) sulla salute, specificando il tipo di sostanza contenuta nell'alimento pubblicizzato (esempi: «Contiene estratto di tè verde, noto per le sue proprietà antiossidanti» oppure «Bevanda contenente vitamina E, per proteggere le cellule del corpo»).

È opportuno aggiungere che le regole sancite dal regolamento (Ce) n.

<sup>4</sup> V. sulla nozione di «prodotto alimentare» l'art. 2 del regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 sui principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1<sup>o</sup> febbraio 2002, p. 1.

<sup>5</sup> V. sulla distinzione tra prodotti alimentari e medicinali, F. CAPELLI - B. KLAUS, *I criteri che consentono di distinguere i prodotti alimentari dai medicinali con riferimento alla disciplina europea*, in *Alimenta*, 2005, p. 153 ss.

1924/2006 comprendono soltanto i messaggi la cui indicazione in etichetta è facoltativa. Per quanto riguarda invece le informazioni obbligatorie (ad esempio, quelle sulla presentazione dei prodotti alimentari di cui alla direttiva n. 2000/13/Ce<sup>6</sup>, quelle sugli integratori alimentari di cui alla direttiva n. 2002/46/Ce<sup>7</sup> e quelle sull'etichettatura delle acque minerali<sup>8</sup>) è obbligatorio riportare sull'etichetta quanto disposto da tali direttive anche se si dovesse trattare di informazioni nutrizionali o riguardanti la salute.

## II. Applicazione del regolamento (Ce) n. 1924/2006 ai marchi e alle denominazioni commerciali o di fantasia

Il regolamento (Ce) n. 1924/2006 (cfr. art. 1, par. 3) si applica anche ai marchi e alle denominazioni commerciali o di fantasia riportati in etichetta, nella presentazione, o nella pubblicità di un prodotto alimentare. Orbene, tutti i marchi e le denominazioni che contengono indicazioni nutrizionali o sulla salute potranno essere utilizzati, senza previa autorizzazione, soltanto se la loro etichetta, la loro presentazione o la loro pubblicità rechi una corrispondente indicazione nutrizionale o sulla salute consentita oppure autorizzata ai sensi del regolamento (Ce) n. 1924/2006<sup>9</sup>. Ad esempio, per un prodotto contraddistinto dal marchio «Tutelacellule», che implica e suggerisce, quindi, un determinato rapporto tra il consumo di tale alimento e la salute umana, deve essere fornita (attraverso l'etichetta, la presentazione o la pubblicità) un'indicazione atta a sostenere l'effetto affermato attraverso tale marchio, come ad esempio: «La vitamina E aiuta a migliorare la difesa delle cellule del corpo dai radicali liberi». Quando si tratta, invece, di marchi o denominazioni contenenti affermazioni generiche (come ad esempio un alimento contraddistinto dal marchio «Formasana»), ovviamente risulta difficile trovare un'indicazione

<sup>6</sup> Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29, recepita in Italia con il dlgo n. 109 del 27 gennaio 1992, in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, *suppl. ord.*

<sup>7</sup> Direttiva n. 2002/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari, in *Guce* n. L 183 del 12 luglio 2002, p. 51, recepita in Italia con dlgo n. 169 del 21 maggio 2004, in *Guri* n. 164 del 15 luglio 2004. Con la sentenza del 12 luglio 2005 pronunciata nei procedimenti riuniti n. C-154/04 e n. C-155/04, *Alliance for Natural Health ed altri*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6451, la Corte di giustizia ha confermato la validità della direttiva n. 2002/46/Ce sugli integratori alimentari. Cfr. F. CAPELLI, *I problemi ancora aperti dopo la sentenza della Corte di giustizia che conferma la validità della direttiva sugli integratori alimentari*, in questa *Rivista*, 2005, p. 443. Sulla disciplina degli integratori alimentari in generale si veda in F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, *cit. supra*, nota 2, p. 251.

<sup>8</sup> Direttiva n. 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali, in *Guce* L 229 del 30 agosto 1980, p. 1.

<sup>9</sup> Sull'obbligo di utilizzare soltanto indicazioni nutrizionali o sulla salute consentite (autorizzate) si veda *infra*, par. C.II. e III.



nutrizionale o sulla salute *corrispondente* che abbia, quindi, una connessione con il messaggio fornito dal marchio o dalla denominazione commerciale. In tali casi, in cui il marchio o la denominazione si riferisce a un effetto nutrizionale o salutistico molto generale, dovrebbe, quindi, essere sufficiente aggiungere, nell'etichetta, nella presentazione o nella pubblicità del prodotto, una qualsiasi indicazione nutrizionale o sulla salute che risulti consentita.

In ogni caso, i prodotti alimentari recanti denominazioni commerciali o marchi di fabbrica che esistevano già prima del 1° gennaio 2005, potranno essere commercializzati dagli operatori fino al 19 gennaio 2022, anche se non sono conformi alle nuove regole.

### **III. Applicazione del regolamento (Ce) n. 1924/2006 alle descrizioni utilizzate per indicare le caratteristiche di una categoria di alimenti**

Le regole contenute nel regolamento (Ce) n. 1924/2006 (cfr. art. 1, par. 4) si applicano anche alle descrizioni delle caratteristiche di una categoria di alimenti nei casi in cui le stesse contengano un'indicazione nutrizionale o sulla salute, come ad esempio le descrizioni «digestivo» o «pastiglie contro la tosse». Tuttavia, su richiesta degli operatori, la Commissione europea potrà escludere dall'applicazione di tali regole le denominazioni come quelle appena elencate che sono tradizionalmente utilizzate per indicare le peculiarità di una categoria di alimenti o bevande concernenti un effetto sulla salute umana.

#### **C. CONDIZIONI DA OSSERVARE IN MATERIA DI INDICAZIONI NUTRIZIONALI E SULLA SALUTE**

In prosieguo saranno esaminate le condizioni generali e specifiche che dovranno essere osservate dagli operatori che intendono indicare le caratteristiche nutrizionali o salutistiche degli alimenti da essi commercializzati.

#### **I. Condizioni generali (artt. 3-7 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)**

1. *Divieto delle indicazioni ingannevoli; comprensibilità dei messaggi da parte dei consumatori e parametri di riferimento (artt. 3, 4 e 5, par. 3 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Com'è noto, uno dei principi fondamentali della legislazione alimentare è quello della correttezza delle comunicazioni commerciali (v. in particolare l'art. 16 del regolamento n. 178/2002<sup>10</sup> che rafforza, per il settore degli ali-

<sup>10</sup> L'art. 16 del regolamento n. 178/2002 sancisce che l'etichettatura, la pubblicità e la presentazione degli alimenti compresi la loro forma, il loro aspetto o confezionamento, i materiali usati per il confezionamento, il modo e il contesto in cui sono esposti e le informazioni rese disponibili

menti, il divieto generale della pubblicità ingannevole sancito dalla direttiva n. 84/450/Cee<sup>11</sup>, recentemente sostituita dalla direttiva n. 2006/114/Ce<sup>12</sup>). Oltre al regolamento (Ce) n. 178/2002, numerose disposizioni contenute in normative generali e specifiche in materia alimentare impongono il divieto di utilizzare indicazioni ingannevoli<sup>13</sup>. Anche il regolamento (Ce) n. 1924/2006 impone tale divieto, precisando che le indicazioni nutrizionali e quelle sulla salute non devono: *a.* essere false, ambigue o fuorvianti; *b.* dare adito a dubbi sulla sicurezza e/o sull'adeguatezza nutrizionale di altri alimenti; *c.* incoraggiare o tollerare il consumo eccessivo di un alimento; *d.* affermare, suggerire o sottintendere che una dieta equilibrata e varia non possa in generale fornire quantità adeguate di tutte le sostanze nutritive<sup>14</sup>; *e.* fare riferimento a cambiamenti delle funzioni corporee che potrebbero suscitare o sfruttare timori nel consumatore, sia mediante il testo scritto sia mediante rappresentazioni figurative, grafiche o simboliche.

Ogni indicazione nutrizionale o sulla salute che un operatore desidera fornire per un determinato alimento dovrà, quindi, essere verificata alla luce dei suddetti principi. In tale contesto è anche importante considerare che le suddette indicazioni devono essere formulate in modo da essere comprensibili da un consumatore medio per quanto riguarda gli effetti benefici reclamizzati. Per determinare la reazione tipica del consumatore medio in un caso concreto, vanno applicati i criteri elaborati dalla Corte di giustizia di cui dovranno tener conto anche gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali degli Stati membri (v. anche il *considerando* n. 16 del regolamento (Ce) n. 1924/2006). Il parametro deve essere, quindi, l'aspettativa presunta di un consumatore dotato di un normale potere di discernimento e quindi di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento<sup>15</sup>, che prima di effettuare l'acquisto

mediante qualsiasi mezzo, non devono trarre in inganno i consumatori. Si tratta di regole specifiche a tutela dei consumatori. V. sul punto anche la sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2003 in causa n. C-221/00, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1007.

<sup>11</sup> Direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *Guce* n. L 250 del 19 settembre 1984, p. 17, recepita in Italia nel dlgo n. 206 del 6 settembre 2005 - Codice del consumo, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*

<sup>12</sup> Direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21.

<sup>13</sup> Cfr. ad esempio l'art. 2, par. 1 della direttiva n. 2000/13/Ce, e altre disposizioni che perseguono gli stessi obiettivi; v. sul punto: F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, cit. *supra*, nota 2, p. 397.

<sup>14</sup> Tuttavia, nel caso di sostanze nutritive che una dieta varia ed equilibrata non può fornire in quantità sufficienti, la Commissione può adottare deroghe, in considerazione della situazione particolare esistente negli Stati membri.

<sup>15</sup> V. segnatamente le sentenze della Corte di giustizia del 6 luglio 1995 in causa n. C-470/93, *Mars*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1923; del 28 gennaio 1999 in causa n. C-303/97, *Sektellerei Kessler*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 513; del 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Darbo*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2297; del 15 luglio 2004 in causa n. C-239/02, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7007. V. inoltre, in dottrina L. GONZALEZ VACQUE, *La notion de "consommateur moyen" selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *RDUE*, 2004, p. 69.

di un prodotto si premura di leggere almeno l'elenco degli ingredienti obbligatoriamente menzionati in etichetta<sup>16</sup>. Ovviamente, quando un'indicazione è specificatamente diretta a un determinato gruppo di consumatori (ad esempio ai bambini), il suo impatto dovrà essere valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo.

Inoltre, tutte le indicazioni nutrizionali e sulla salute che vengono fornite in etichetta, nella presentazione o nella pubblicità, devono essere riferite agli alimenti pronti per essere consumati secondo le istruzioni del produttore.

2. *Quantità significativa o assenza della sostanza reclamizzata; composizione assimilabile dall'organismo umano (art. 5, par. 1, lett. b. e c. del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Per garantire la veridicità delle informazioni fornite, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 prevede, inoltre, che quando si afferma, attraverso un'indicazione nutrizionale o sulla salute, che la presenza di una sostanza nel prodotto produce effetti benefici sull'organismo umano, tale sostanza deve essere presente nel prodotto finale in una «quantità significativa» in base alle normative comunitarie applicabili. Tuttavia, al momento esistono soltanto alcune disposizioni di fonte europea che determinano il livello a partire dal quale la quantità di un nutriente o di un'altra sostanza con effetti benefici sull'organismo, può essere considerata «significativa». Ad esempio, ai sensi della direttiva n. 90/496/Cee<sup>17</sup> (che fissa, tra l'altro, i tenori delle razioni giornaliere raccomandate – RDA – per alcuni sali minerali e per alcune vitamine), per decidere se una quantità è «significativa» (per ogni 100 g o 100 ml o per ogni confezione, se questa contiene un'unica porzione) in generale dovrebbe essere preso come riferimento il 15% della RDA. Anche per taluni prodotti destinati ad un'alimentazione particolare, come ad esempio gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento<sup>18</sup> sono state fissate, le «quantità significative» con riferimento ad alcune sostanze nutritive<sup>19</sup>. Nei casi in cui non esistono, invece,

<sup>16</sup> V. anche le sentenze della Corte di giustizia del 26 ottobre 1995 in causa n. C-51/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3599; del 9 febbraio 1999 in causa n. C-383/97, *van Der Laan*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 731; del 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Darbo*, *cit. supra*, nota 15.

<sup>17</sup> Direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, del 24 settembre 1990, relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari, in *Guce* n. L 276 del 6 ottobre 1990, p. 40, recepita in Italia con dlgo n. 77 del 16 febbraio 1993, in *Guri* n. 69 del 24 marzo 1993.

<sup>18</sup> V. la direttiva n. 2006/141/Ce della Commissione, del 22 dicembre 2006, riguardante gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento e recante abrogazione della direttiva n. 1999/21/Ce, in *Gu-Ue* n. L 401 del 30 dicembre 2006, p. 1, che ha modificato e sostituito la direttiva n. 91/321/Cee della Commissione del 14 maggio 1991 sugli alimenti per lattanti e alimenti di proseguimento, in *Guce* n. L 175 del 4 luglio 1991, p. 34, recepita in Italia con d.m. n. 500 del 6 aprile 1994, in *Guri* n. 189 del 13 agosto 1994.

<sup>19</sup> È, inoltre, prevista l'adozione di livelli quantitativi minimi con riferimento alle sostanze nutritive che devono essere contenute negli integratori alimentari (v. direttiva n. 2002/46/Ce del Par-

norme comunitarie che prevedano la «quantità significativa» per una determinata sostanza, è compito dell'operatore stabilire, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate<sup>20</sup>, qual è la quantità che dovrebbe essere contenuta nel prodotto per poter fornire una determinata indicazione nutrizionale o sulla salute, senza che la stessa risulti ingannevole. A tale proposito bisognerà anche tener conto che la sostanza, per la quale è fornita l'indicazione, deve trovarsi, nel prodotto, in una composizione che l'organismo umano possa assimilare (biodisponibilità).

Quando, invece, l'indicazione per un alimento afferma o suggerisce che l'assenza o la quantità ridotta di una sostanza produce effetti benefici sull'organismo umano, l'operatore responsabile dovrà essere in grado di dimostrare che tale sostanza effettivamente non è contenuta, o che è presente soltanto in quantità ridotta nell'alimento, in modo da produrre, sempre sulla base di prove scientifiche generalmente accettate<sup>21</sup>, l'effetto nutrizionale o fisiologico pubblicizzato.

### 3. Informazioni nutrizionali (art. 7 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)

Il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha, inoltre, esteso gli obblighi relativi all'etichettatura nutrizionale. Orbene, mentre la necessità di riportare la tabella nutrizionale in etichetta di un prodotto alimentare nei casi in cui un'indicazione nutrizionale è fornita esiste già da tempo<sup>22</sup>, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha introdotto l'obbligo dell'etichettatura nutrizionale anche per i casi in cui è fornita un'indicazione sulla salute<sup>23</sup>. Nel caso ipotizzato dovranno obbligatoriamente essere indicati i cosiddetti «*Big Eight*»<sup>24</sup>. In più, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 stabilisce che anche le quantità delle sostanze che non figurano nell'etichettatura nutrizionale secondo quanto previsto dalla direttiva n. 90/496/Cee, ma alle quali un'indicazione nutrizionale o sulla salute fa riferimento, devono essere indicate nello stesso campo visivo delle infor-

lamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, *cit. supra*, nota 7) e la fissazione di quantità significative per le vitamine e i sali minerali aggiunti agli alimenti di consumo corrente (v. regolamento (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'aggiunta di vitamine e minerali e di talune sostanze di altro tipo agli alimenti, in *Gu-Ue* n. L 404 del 30 dicembre 2006, p. 26).

<sup>20</sup> V. sulla fondatezza scientifica anche *infra*, par. C. I.4.

<sup>21</sup> V. sulla fondatezza scientifica anche *infra*, par. C. I.4.

<sup>22</sup> V. la direttiva n. 90/496/Cee relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari, *cit. supra*, nota 17.

<sup>23</sup> Ad eccezione dei casi in cui si tratta di una pubblicità generica, come ad esempio: «La frutta è sana».

<sup>24</sup> L'etichettatura nutrizionale comprende di regola il valore energetico nonché le quantità di proteine, carboidrati e grassi (gruppo 1). Soltanto nel caso in cui viene fornita un'informazione nutrizionale per zuccheri, acidi grassi saturi, fibre alimentari o sodio, le informazioni in etichetta devono comprendere oltre al valore energetico anche le quantità di proteine, carboidrati, zuccheri, grassi, acidi grassi saturi, fibre alimentari e sodio (gruppo 2, i c.d. «*Big Eight*»).

mazioni nutrizionali. Ad esempio, pur se la direttiva n. 90/496/Cee non regolamenta l'indicazione dei probiotici nell'etichettatura nutrizionale, quando si fornisce, per un alimento, un'indicazione nutrizionale (ad esempio: «Contiene probiotici») oppure sulla salute (ad esempio «I probiotici aiutano a stimolare una sana microflora intestinale»), la *quantità* dei probiotici contenuti nel prodotto pubblicizzato deve essere indicata in etichetta, nello stesso campo visivo delle informazioni nutrizionali (che in genere sono fornite in forma di tabella) ed espressa secondo le modalità previste dall'art. 6 della direttiva n. 90/496/Cee.

#### 4. *Fondatezza scientifica (art. 6 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Uno degli aspetti più importanti e, al tempo stesso, più complessi, che il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha disciplinato, riguarda la fondatezza scientifica delle indicazioni nutrizionali e sulla salute<sup>25</sup>. Orbene, tali indicazioni, per poter essere legittimamente utilizzate nell'etichettatura, nella presentazione e nella pubblicità dei prodotti alimentari, devono essere basate «su prove scientifiche generalmente accettate». È quindi compito degli operatori del settore alimentare di effettuare tutte le valutazioni e le ricerche necessarie per poter dimostrare la veridicità e la fondatezza scientifica dell'indicazione nutrizionale o sulla salute fornita per un determinato prodotto. Lo scopo è innanzitutto quello di tutelare i consumatori da affermazioni false e fuorvianti, e, in secondo luogo, quello di soddisfare anche le esigenze di innovazione del settore nelle fasi di sviluppo, *marketing* e promozione di un prodotto alimentare. In tal modo, infatti, gli investimenti effettuati da un operatore nella ricerca scientifica del settore alimentare, con riferimento ai propri prodotti, ne rendono possibile la promozione grazie alla pubblicizzazione degli effetti benefici che tali ricerche hanno consentito di ottenere.

<sup>25</sup> V. anche C. POVEL - B. VAN DER MEULEN, *A Scientific Substantiation of Health Claims. The soft core of the Claims Regulation*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 82. L'applicazione del principio della «fondatezza scientifica» è ora stato espressamente sancito dall'art. 6 del regolamento (Ce) n. 1924/2006. Ovviamente, tale concetto è stato applicato anche in passato. Infatti, anche la direttiva n. 2000/13/Ce sancisce il divieto di attribuire al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede. Tale divieto è stato interpretato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ma anche nella prassi dei singoli Stati membri, nel senso che le indicazioni e le informazioni (comprese quelle nutrizionali e sulla salute) fornite, relativamente ad un prodotto alimentare, devono essere corrette e – soprattutto per quanto riguarda gli effetti indicati nella sua presentazione – devono essere scientificamente fondate, assegnando all'operatore responsabile il compito di fornire la prova della veridicità sostanziale di quanto viene indicato nell'etichetta o, in generale, nella presentazione del prodotto; v. a tale proposito anche l'art. 6 della direttiva n. 84/450/Cee, *cit. supra*, nota 11, poi sostituita dalla direttiva n. 2006/114/Ce, *cit. supra*, nota 12; v. inoltre le sentenze della Corte di giustizia del 23 gennaio 2003 in causa n. C-221/00, *Commissione c. Austria*, *cit. supra*, nota 10, e in cause riunite n. C-421/00, n. C-426/00 e n. C-16/01, *Sterbenz e Haug*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1065, nonché le *Linee guida su integratori alimentari, alimenti arricchiti e funzionali* del Ministero della Salute, disponibili sul sito internet [www.ministerosalute.it](http://www.ministerosalute.it).

Tuttavia, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 non fornisce ulteriori precisazioni circa l'interpretazione e l'applicazione di tale concetto, ma lascia questo compito alla comunità scientifica e alla prassi legale. In effetti, per determinare e verificare se una sostanza abbia effettivamente un determinato effetto benefico sulla salute umana, è necessario l'apporto degli studi e delle ricerche di esperti scientifici. A tal proposito, è, tuttavia, importante tener presente che per garantire che le norme armonizzate contenute nel regolamento (Ce) n. 1924/2006 siano interpretate e applicate in modo uniforme in tutta l'Unione europea è fondamentale che i criteri scientifici in base ai quali si decide se un'indicazione nutrizionale o sulla salute sia legittima in quanto fondata scientificamente, siano uniformi. In effetti, anche il regolamento (Ce) n. 1924/2006 è stato elaborato in base a valutazioni scientifiche omogenee, ed in particolare in base ai cosiddetti «*Consensus criteria*»<sup>26</sup> che sono stati concordati nell'ambito del progetto «*Process for the Assessment of Scientific Support for Claims on Foods*» (c.d. «*PASSCLAIM*»)<sup>27</sup> e che oggi rappresentano uno dei principali punti di riferimento per la valutazione della fondatezza delle indicazioni nutrizionali e sulla salute<sup>28</sup>. In sintesi, da tali criteri si desume che per decidere se un'indicazione sulla salute sia fondata scientificamente, sono rilevanti il tipo e il contenuto di *tutti* i dati scientifici a disposizione<sup>29</sup>. Occorre, infine, rilevare che il requisito della fondatezza scientifica non esige che i dati esistenti debbano essere consolidati e non contestati. Basta che essi siano «accettati generalmente», come si desume anche dal testo letterale dell'art. 6 del regolamento (Ce) n. 1924/2006. Tuttavia, a volte (e soprattutto con riferimento alle indicazioni innovative) può risultare difficile stabilire quale grado di fondatezza scientifica sia sufficiente per considerare i dati a disposizione «accettati

<sup>26</sup> V. P. J. AGGETT ed altri, *Passclaim (Process for the Assessment of Scientific Support for Claims on Foods) - Consensus on Criteria*, in *European Journal of Nutrition*, 2005, Volume 44, Supplement 1, p 1/6.

<sup>27</sup> Al fine di raggiungere un consenso sui criteri scientifici da applicare, e in seguito al crescente interesse da parte degli operatori di fornire informazioni nutrizionali e sulla salute, la Commissione, già nel 1998, aveva avviato un'azione concertata sulla «*Functional Food Science in Europe*», coordinato dall'«*International Life Sciences Institute*» (ILSI EUROPE). Per complementare le conclusioni del progetto FUFUSE, la Commissione, nel 2001, ha istituito un ulteriore programma di azione concertata, il progetto «*Process for the Assessment of Scientific Support for Claims on Foods*» (PASSCLAIM), coordinato sempre dall'ILSI Europe, al quale partecipava un gran numero di ricercatori, organizzazioni e industrie.

<sup>28</sup> Secondo quanto concordato dagli esperti che hanno partecipato al progetto PASSCLAIM, tali «*Consensus criteria*» indicano, qualora soddisfatti, che i dati scientifici sui quali si basa un'indicazione fornita su un alimento sono adeguati e che l'indicazione può, quindi, essere considerata legittima.

<sup>29</sup> Ad esempio: studi di intervento controllati con un gran numero di partecipanti, studi epidemiologici e dati di laboratorio, valutazioni di gruppi scientifici (ad esempio: European Society for Paediatric Gastroenterology Hepatology and Nutrition - ESPGHAN) e di organizzazioni nazionali ed internazionali (ad esempio: Organizzazione Mondiale della Salute), decisioni delle competenti autorità nel settore alimentare (ad esempio: Autorità europea per la sicurezza alimentare di Parma e le autorità di sicurezza alimentare dei singoli Stati membri), testi universitari, meta-analisi, *review* critici e anche cognizioni che risultano dall'uso tradizionale di una sostanza.

generalmente»<sup>30</sup>. In tali casi bisogna tener anche conto del fatto che le disposizioni contenute nel nuovo regolamento (Ce) n. 1924/2006 non sono volte a frenare il processo dell'innovazione<sup>31</sup>, ma mirano semplicemente a tutelare in modo adeguato i consumatori.

5. *Adozione di profili nutrizionali (art. 4 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha, infine, introdotto il concetto dei cosiddetti «profili nutrizionali», secondo il quale potranno essere fornite indicazioni nutrizionali o sulla salute soltanto per gli alimenti (o per talune categorie dei medesimi) che riguardano specifici profili nutrizionali<sup>32</sup>. In tal modo si cerca di evitare situazioni in cui le indicazioni nutrizionali o sulla salute possano occultare il valore nutrizionale complessivo di un prodotto alimentare e possano quindi fuorviare il consumatore. L'opportunità e la legittimità dell'introduzione di tale regola sono state contestate in quanto può sorgere il rischio di dover distinguere tra alimenti "buoni" e "cattivi"<sup>33</sup>.

Tuttavia, al momento, tali profili non esistono ancora. È previsto infatti che la Commissione li dovrà adottare (eventualmente prevedendo esenzioni) entro il 19 gennaio 2009. Ovviamente, trattandosi di una materia complessa, per poter stabilire tali profili nutrizionali, la Commissione necessita del sostegno degli esperti scientifici, e più precisamente dell'Autorità per la sicurezza alimentare (EFSA)<sup>34</sup>, il cui compito è quello di elaborare pareri scientifici. Inoltre la Commissione deve consultarsi con le parti interessate (in particolare con gli operatori e con le associazioni dei consumatori).

Prima che vengano adottati i profili nutrizionali passeranno, quindi, alcuni anni. Nel frattempo, gli operatori alimentari potranno continuare ad utiliz-

<sup>30</sup> A tale proposito, in occasione del convegno «*Conference on Nutrition and Health Claims*» organizzato dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare, a Bologna, nel novembre 2006, uno degli esperti partecipanti, il Prof. Richardson, ha presentato un sistema di valutazione, il quale prende in considerazione le dimensioni e la qualità di *tutti* gli studi ed esperimenti esistenti con riferimento ad una specifica indicazione sulla salute, suddividendo i vari tipi di documentazione scientifica in diverse categorie (categorie: 1: insufficiente; categorie 2, 3 e 4: possibile/probabile; categoria 5: convincente); tale schema è disponibile sul seguente sito Internet: [http://www.efsa.europa.eu/etc/medialib/efsa/press\\_room/focus\\_on\\_the\\_issues/nutrition\\_health.Par.0015.File.dat/Presentation\\_health%20claims\\_David%20Richardson.pdf](http://www.efsa.europa.eu/etc/medialib/efsa/press_room/focus_on_the_issues/nutrition_health.Par.0015.File.dat/Presentation_health%20claims_David%20Richardson.pdf).

<sup>31</sup> V. a tale proposito anche il *considerando* n. 11 del regolamento (Ce) n. 1924/2006, da cui si desume che deve essere lasciato spazio all'innovazione dei prodotti.

<sup>32</sup> R. GROSSKLAUS, *Nutrient Profiles - The Precondition for Health Claims*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 210.

<sup>33</sup> V. anche A. MEISTERERENST - B. HABER, *The silent Revolution*, *cit. supra*, nota 3, p. 339, 350.

<sup>34</sup> V. sul ruolo dell'EFSA anche S. VALTUEÑA MARTÍNEZ - L. HENG - W. GELBMANN - A. CUVILLIER - P. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *The Regulation on Nutrition and Health Claims Made on Foods*, *cit. supra*, nota 3; sui compiti e sul funzionamento di tale Autorità v. inoltre F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, *cit. supra*, nota 2, p. 353.

zare le indicazioni nutrizionali e quelle sulla salute senza dover tener conto di specifici profili nutrizionali, purché siano soddisfatti gli altri requisiti stabiliti dal regolamento (Ce) n. 1924/2006. Una restrizione è prevista, comunque, per le bevande contenenti più dell'1,2% di alcool, per le quali, già dal 1° luglio 2007, sono proibite le indicazioni sulla salute, mentre le indicazioni nutrizionali potranno essere fornite soltanto in presenza di condizioni specifiche.

## II. Condizioni specifiche per le indicazioni nutrizionali

Oltre ad osservare i requisiti generali sopra sintetizzati, gli operatori del settore alimentare sono tenuti a rispettare determinate condizioni specifiche per le indicazioni nutrizionali.

### 1. *Lista positiva delle indicazioni nutrizionali consentite (art. 8 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Finora, gli operatori erano liberi di fornire qualsiasi indicazione nutrizionale se ritenuta corretta e non ingannevole<sup>35</sup>. Una delle novità introdotte dal regolamento (Ce) n. 1924/2006 è che le indicazioni nutrizionali, già dal 1° luglio 2007, sono consentite soltanto qualora risultino elencate nell'allegato dello stesso regolamento e soltanto alle condizioni ivi specificate. Tuttavia, sarà possibile continuare a fornire, fino al 19 gennaio 2010, le indicazioni nutrizionali che sono state utilizzate in uno Stato membro (ad esempio in Italia) anteriormente al 1° gennaio 2006 in conformità alle disposizioni nazionali, anche se le indicazioni non risultano incluse nell'allegato del regolamento (Ce) n. 1924/2006. In Italia è consentito, in determinati casi, fornire, ad esempio, l'informazione «Non contiene fonti di glutine»<sup>36</sup>. Tale indicazione potrà essere utilizzata fino al 19 gennaio 2010, anche se non è prevista dalla lista di cui all'allegato del regolamento (Ce) n. 1924/2006 (nella lista è compresa soltanto l'indicazione opposta, e cioè, che un determinato prodotto alimentare è fonte di proteine, oppure è fonte di vitamine o di minerali o che *contiene* una sostanza di altro genere).

Inoltre, dal 1° luglio 2007, le indicazioni nutrizionali consentite possono essere utilizzate dagli operatori, soltanto a determinate condizioni, che sono ugualmente precisate nell'allegato del regolamento (Ce) n. 1924/2006. Ad esempio, l'indicazione che un alimento è fonte di vitamine e/o minerali può essere fornita soltanto se il prodotto contiene almeno una «quantità significativa» della sostanza reclamizzata. Per stabilire qual è la «quantità significativa»

<sup>35</sup> Nel caso delle indicazioni nutrizionali è obbligatorio fornire, in etichetta, anche le informazioni nutrizionali, v. direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, del 24 settembre 1990, relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari, *cit. supra*, nota 17.

<sup>36</sup> V. le note del Ministero della Salute «Alimenti senza glutine», disponibile sul sito internet <http://www.ministerosalute.it>.



della sostanza reclamizzata, che deve essere presente in un prodotto nel caso concreto, il nuovo regolamento (Ce) n. 1924/2006 prevede che occorre applicare i parametri stabiliti nell'allegato della direttiva n. 90/496/Cee<sup>37</sup> sull'etichettatura nutrizionale e nel regolamento (Ce) n. 1925/2006 sull'aggiunta agli alimenti di vitamine e minerali e di talune sostanze di altro genere<sup>38</sup>. Come sopra già rilevato<sup>39</sup>, la direttiva n. 90/496/Cee (alla quale rinvia anche il regolamento (Ce) n. 1925/2006), prende come riferimento, di norma, il 15% delle razioni giornaliere raccomandate (cosiddette «RDA») per decidere se una quantità è significativa. Ad esempio, per la vitamina E è stata fissata, nella stessa direttiva n. 90/496/Cee, una RDA pari a 10 mg. È, quindi, consentito indicare che un alimento è fonte di vitamina E, se lo stesso contiene per ogni 100 g o 100 ml (o per ogni confezione, se questa contiene un'unica porzione) la vitamina E nella quantità di almeno 1,5 mg (che equivale al 15% di 10 mg). Considerato che la nuova disciplina in materia di indicazioni nutrizionali rinvia espressamente, con riferimento alle «quantità significative», alle regole sancite dalla direttiva n. 90/496/Cee, in base alla principio della preminenza del diritto comunitario, non è più applicabile, quindi, la regola stabilita dalle norme italiane sugli apporti giornalieri<sup>40</sup> in quanto quest'ultima prevede che con le quantità d'uso indicate in etichetta, i prodotti devono fornire un apporto minimo giornaliero di vitamine e/o di minerali del 30% della RDA (e, quindi, non soltanto il 15% come previsto dalla normativa comunitaria), e che la presenza di vitamine e minerali negli integratori alimentari può essere rivendicata soltanto se l'apporto di tali nutrienti, con le dosi consigliate, rientra in tale limite minimo del 30%.

## 2. *Restrizioni delle indicazioni comparative (art. 9 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Per rilevare le particolari caratteristiche nutrizionali dei propri prodotti, gli operatori a volte fanno ricorso alle cosiddette «indicazioni comparative». Tali indicazioni possono essere fornite soltanto se conformi alle regole sancite dalla direttiva n. 84/450/Cee<sup>41</sup>, recentemente sostituita dalla direttiva n.

<sup>37</sup> Direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, del 24 settembre 1990, relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari, *cit. supra*, nota 17.

<sup>38</sup> Regolamento (Ce) n. 1925/2006 sull'aggiunta di vitamine e minerali e di talune sostanze di altro tipo agli alimenti, *cit. supra*, nota 19.

<sup>39</sup> V. *supra*, par. C.I.2.

<sup>40</sup> V. allegato II del d.m. 21 maggio 2004, n. 169, sugli integratori alimentari, in *Guri* n. 164 del 17 luglio 2004 e le «Linee Guida su integratori alimentari, alimenti arricchiti e funzionali» pubblicate dal Ministero della Salute.

<sup>41</sup> Direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, *cit. supra*, nota 11.

2006/114/Ce<sup>42</sup>. Inoltre, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha introdotto le seguenti condizioni che devono essere osservate: *a.* il confronto dovrà essere fatto soltanto tra alimenti della stessa categoria, prendendo in considerazione una gamma di alimenti di tale categoria, *b.* la differenza nella quantità di una sostanza nutritiva e/o nel valore energetico deve essere specificata e, infine, *c.* il confronto deve essere riferito alla stessa quantità di prodotto.

### III. Condizioni specifiche per le indicazioni sulla salute

#### 1. *Autorizzazione delle indicazioni sulla salute (artt. 13-19 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

##### *a.* In generale

Per quanto riguarda le indicazioni sulla salute, sia quelle generiche sia quelle specifiche, finora esse potevano essere utilizzate senza preventiva autorizzazione nella maggior parte degli Stati membri, come anche in Italia, qualora risultassero corrette e non ingannevoli. In una celebre sentenza del 23 gennaio 2003<sup>43</sup>, la Corte di giustizia ha addirittura condannato l'Austria poiché in base alla legge alimentare austriaca le indicazioni sulla salute per i prodotti alimentari di consumo corrente venivano vietate in linea generale, e potevano essere utilizzate soltanto previa autorizzazione. Il legislatore comunitario ha, invece, ritenuto necessario che le indicazioni sulla salute vengano valutate preventivamente, in base ad una procedura di autorizzazione comunitaria. Infatti, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 prevede le seguenti procedure: *a.* entro il 31 gennaio 2010, dopo aver consultato l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), la Commissione adotterà una lista positiva nella quale saranno elencate tutte le indicazioni sulla salute generiche che potranno essere utilizzate nell'etichettatura, nella presentazione e nella pubblicità dei prodotti alimentari alle condizioni che saranno stabilite ugualmente in tale lista; *b.* le indicazioni generiche sulla salute che non saranno indicate in tale lista, potranno essere aggiunte successivamente attraverso una procedura accelerata; *c.* le indicazioni specifiche sulla salute, e più precisamente, le indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia e le indicazioni che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini, verranno autorizzate dalla Commissione, in base ad una procedura individuale, previa consultazione dell'EFSA. È opportuno aggiungere che, nonostante l'obbligo della preventiva autorizzazione, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 (v. l'art. 17, par. 6) stabilisce espres-

<sup>42</sup> Direttiva n. 2006/114/Ce del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, *cit. supra*, nota 12.

<sup>43</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2003 in causa n. C-221/00, *Commissione c. Austria*, *cit. supra*, nota 10.

samente che gli operatori del settore alimentare rimangono, tuttavia, responsabili per gli alimenti da loro commercializzati, sotto il profilo civile e penale<sup>44</sup>.

*b.* Elaborazione di una lista positiva delle indicazioni generiche sulla salute (art. 13 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)

Le «indicazioni generiche sulla salute»<sup>45</sup> potranno essere utilizzate senza dover essere autorizzate individualmente, purché siano elencate nella lista positiva che verrà adottata dalla Commissione europea entro il 31 gennaio 2010. Ovviamente, verranno incluse soltanto le indicazioni che risultano basate su prove scientifiche generalmente accettate<sup>46</sup> e che possano essere ben comprese dal consumatore medio<sup>47</sup>. Inoltre, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 segnala alcune indicazioni che in ogni caso non potranno essere consentite, ed in particolare quelle: *a.* che suggeriscono che la salute potrebbe risultare compromessa dal mancato consumo dell'alimento; *b.* che fanno riferimento alla percentuale o all'entità della perdita di peso; *c.* che fanno riferimento al parere di un singolo medico o di un altro operatore sanitario o di associazioni.

Nella preparazione della suddetta lista sono coinvolte tutte le parti interessate ed in particolare gli operatori e le loro associazioni, gli Stati membri, la Commissione, l'EFSA<sup>48</sup> nonché il Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali<sup>49</sup>. Orbene, in una prima fase (entro il 31 gennaio 2008) gli Stati membri dovevano elaborare appositi elenchi con le indicazioni sulla salute che dovrebbero essere valutate per decidere se includerle o meno nella lista delle indicazioni generiche consentite e per fissare, eventualmente, le condizioni del loro utilizzo. Ovviamente, in tale fase iniziale, gli operatori alimentari svolgono un ruolo molto importante in quanto le compe-

<sup>44</sup> V. sul punto anche F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 391.

<sup>45</sup> Tali indicazioni comprendono tutte le informazioni che descrivono o che si riferiscono al ruolo di una sostanza per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, nonché alle funzioni psicologiche e comportamentali, oppure al dimagrimento o al controllo del peso o alla riduzione dello stimolo della fame o a un maggiore senso di sazietà o alla riduzione dell'energia apportata dal regime alimentare.

<sup>46</sup> V. sul punto *supra*, par. C.III.4.

<sup>47</sup> V. sul punto *supra*, par. C.III.2.

<sup>48</sup> Sul ruolo dell'EFSA anche S. VALTUEÑA MARTÍNEZ - L. HENG-W. GELBMANN - A. CUVILLIER - P. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *The Regulation on Nutrition and Health Claims Made on Foods*, *cit. supra*, nota 3; sui compiti e sul funzionamento di tale Autorità v. inoltre F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, *cit. supra*, nota 2, p. 353.

<sup>49</sup> Su tale procedura v. anche P. LOOSEN, *Comitology, Claims and Addition of Nutrients. The New Regulatory Procedure with Scrutiny and its Application to Regulations (EC) No 1924/2006 and 1925/2006*, in *European Food and Feed Law Review*, 2007, p. 91; nonché F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, *cit. supra*, nota 2, p. 16.

tenti autorità degli Stati membri possono preparare tali elenchi soltanto coinvolgendo in modo adeguato gli operatori e le loro associazioni. Gli operatori del settore alimentare dovevano, infatti, comunicare alle autorità nazionali competenti quali indicazioni sulla salute avrebbero voluto utilizzare per i propri prodotti e a quali condizioni risultava giustificato tale utilizzo. Per coordinare meglio tale lavoro, la CIAA (Confederation of the Food and Drink Industry), in collaborazione con l'ERNA (European Responsible Nutrition Alliance), con l'EHPM (European Federation of Health Products Manufacturers) e con l'EBF (European Botanical Forum), ha pubblicato, nel luglio 2007, un elenco in cui sono riportate numerose indicazioni generiche sulla salute insieme alle condizioni che devono essere soddisfatte per poter utilizzare tali indicazioni con riferimento ad una determinata sostanza alimentare, in base ai dati scientifici esistenti. Tale lista è stata trasmessa, attraverso le rispettive associazioni nazionali, alla maggior parte dei Governi degli Stati membri ai quali spetta decidere quali delle indicazioni occorra inoltrare alla Commissione europea.

In Italia, il compito di elaborare il suddetto elenco spettava al Ministero della Salute che ha invitato gli operatori alimentari ad inviare alla Direzione Generale Sicurezza degli Alimenti e Nutrizione (Ufficio V) tutte le indicazioni sulla salute (e le relative informazioni scientifiche) per le quali viene richiesto l'inserimento nella suddetta lista. Col supporto della Commissione Unica per la Dietetica e la Nutrizione<sup>50</sup>, il Ministero della Salute ha poi deciso quali dei *claim* proposti occorrerà trasmettere alla Commissione europea. A tale proposito, il Ministero della Salute italiano non ha precisato se intende procedere anche ad una valutazione scientifica delle indicazioni presentategli dagli operatori alimentari o se si limita a raccogliere, semplicemente, tali proposte per poi inoltrarle senza ulteriore verifica alla Commissione europea. Effettivamente, per garantire uniformità, la verifica scientifica delle indicazioni proposte dovrebbe spettare unicamente all'EFSA. Infatti, diversi Stati membri, come ad esempio l'Inghilterra<sup>51</sup> e la Germania, hanno incluso in tale elenco nazionale tutte le proposte pervenute anche se in un primo tempo avevano dichiarato di voler procedere ad una verifica scientifica preventiva di tutte le indicazioni proposte dagli operatori<sup>52</sup>.

Gli elenchi preparati dagli Stati membri e trasmessi alla Commissione eu-

<sup>50</sup> La Commissione unica per la dietetica e la nutrizione è stata istituita con dpr del 14 maggio 2006, n. 86. Tale Commissione svolge funzioni tecnico-consultive in relazione all'attività istituzionale in materia di dietetica e nutrizione; con particolare riferimento ai prodotti dietetici, agli integratori alimentari e agli alimenti arricchiti nonché ai *novel food*.

<sup>51</sup> V. la comunicazione della competente autorità inglese, la «*Food Standards Agency*» del 18 ottobre 2006 disponibile sul sito internet [www.food.gov.uk](http://www.food.gov.uk).

<sup>52</sup> V. la comunicazione del competente Ministero tedesco «*Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz*» del 30 novembre 2006, pubblicata nel *Bundesanzeiger* n. 235 del 14 dicembre 2006.

ropea dovranno essere valutate dall'EFSA a Parma<sup>53</sup> al fine di decidere se le indicazioni generiche sui benefici per la salute che sono state proposte siano scientificamente affidabili e giustificate. All'interno dell'Autorità, il compito di effettuare tale verifica è stato assegnato al Gruppo di esperti scientifici sui prodotti dietetici, l'alimentazione e le allergie (NDA). Soltanto in base ai pareri espressi dall'EFSA, la Commissione potrà poi decidere quali indicazioni sulla salute includere nella lista positiva e a quali condizioni, dopo aver consultato ulteriormente il Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, istituito con il regolamento (Ce) n. 178/2002. Le indicazioni sulla salute incluse in tale lista positiva potranno essere utilizzate, in osservanza delle condizioni ad esse applicabili, da qualsiasi operatore del settore alimentare.

Considerato anche che, in questo caso, devono essere eseguite complesse valutazioni scientifiche, passeranno alcuni anni prima che tale lista venga adottata. Pertanto, fino all'adozione della suddetta lista, gli operatori potranno continuare ad utilizzare le indicazioni generiche sulla salute che descrivono il ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, garantendo, comunque, che esse siano conformi alle altre regole sancite dal regolamento (Ce) n. 1924/2006 e alle vigenti disposizioni nazionali applicabili. Ciò significa che tali indicazioni dovranno rispettare le condizioni generali sopra precisate (in particolare: *a.* quantità significativa<sup>54</sup> e *b.* fondatezza scientifica<sup>55</sup>). Per quanto riguarda le indicazioni generiche sulla salute che descrivono o fanno riferimento alle funzioni psicologiche e comportamentali sopra segnalate, come al dimagrimento o al controllo del peso, sono previste regole specifiche per il periodo transitorio (v. art. 28, par. 6 del regolamento (Ce) n. 1924/2006).

- c. Inclusione di ulteriori indicazioni generiche sulla salute nella lista positiva attraverso una procedura accelerata (artt. 13, par. 5, 18 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)

Le indicazioni generiche sulla salute, che non verranno incluse nella suddetta lista positiva durante la prima fase di valutazione, potranno essere inserite successivamente attraverso una procedura accelerata su richiesta dell'operatore interessato, qualora le indicazioni stesse siano basate su prove scientifiche «recenti» o includano una richiesta di protezione di dati riservati. Non è chiaro quali dati siano considerati «recenti» nel senso del regolamento.

<sup>53</sup> V. anche S. VALTUEÑA MARTÍNEZ - L. HENG - W. GELBMANN - A. CUVILLIER - P. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *The Regulation on Nutrition and Health Claims Made on Foods*, cit. *supra*, nota 3.

<sup>54</sup> V. *supra*, par. C.I.3.

<sup>55</sup> V. *supra*, par. C.I.4.

Tenuto conto dell'importanza fornita dal testo disponibile nelle varie versioni linguistiche, nonché dello scopo del regolamento (Ce) n. 1924/2006, sembra ragionevole presumere che sono compresi *tutti* i dati che non sono stati considerati nella prima versione della lista positiva. Sono compresi, quindi, tanto i dati che non sono stati considerati perché non ancora esistenti, quanto i dati che non sono stati considerati perché non risultavano inclusi nei documenti messi a disposizione dell'EFSA e della Commissione.

Per quanto riguarda la procedura di autorizzazione, gli operatori interessati dovranno inoltrare la relativa domanda all'autorità nazionale competente di uno Stato membro (in Italia: Ministero della Salute), motivandola e trasmettendo una serie di dati che sono specificati all'art. 15, par. 3, del regolamento (Ce) n. 1924/2006 (dati riservati e protetti nei limiti dell'art. 21 del regolamento (Ce) n. 1924/2006). La domanda, insieme ai dati forniti, viene poi inviata all'EFSA per la valutazione scientifica nonché alla Commissione e agli Stati membri per informazione. Nei casi in cui l'EFSA esprime un parere favorevole, la Commissione dovrà adottare la sua decisione tenendo conto, oltre che di tale parere favorevole, anche delle pertinenti disposizioni del diritto comunitario e di altri fattori legittimi e, comunque, previa consultazione degli Stati membri. Nell'ipotesi di diniego dell'autorizzazione, l'operatore al quale è indirizzata la relativa decisione della Commissione, potrà impugnarla dinanzi al Tribunale di primo grado, in base all'art. 230, par. 4, del Trattato Ce. Non sono, invece, impugnabili i pareri scientifici dell'EFSA.

- d. Autorizzazione delle indicazioni specifiche sulla riduzione dei rischi di malattia e quelle che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini (art. 14 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)

Gli operatori che desiderano, invece, utilizzare indicazioni specifiche, concernenti la riduzione dei rischi di malattia oppure indicazioni che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini, dovranno chiedere un'apposita autorizzazione attraverso una procedura individuale. La categoria delle «indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia» comprende qualunque indicazione sulla salute che affermi, suggerisca o sottintenda che il consumo di una categoria di alimenti, di un alimento o di uno dei suoi componenti riduce significativamente un fattore di rischio di una malattia umana. Tutte le altre indicazioni che attribuiscono ad un prodotto alimentare proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia rimangono, in ogni caso, vietate (v. art. 2, par. 1, lett. b. della direttiva n. 2000/13/Ce e le varie disposizioni specifiche). Per quanto riguarda le «indicazioni che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini» (per le quali il regolamento (Ce) n. 1924/2006 non fornisce alcuna definizione legale) occorre tener presente che esistono disposizioni specifiche che, nel caso concreto, potrebbero prevalere. In particolare, occorre

ricordare che secondo la direttiva n. 2006/141/Ce<sup>56</sup> l'etichettatura degli alimenti per lattanti non può riportare indicazioni nutrizionali e sulla salute diverse da quelle elencate nella direttiva. Di conseguenza, in tal caso, non è possibile chiedere – in base alla procedura prevista dal regolamento (Ce) n. 1924/2006 – l'autorizzazione di altre indicazioni ivi non riportate. Per gli alimenti di proseguimento e per gli altri alimenti per bambini (ad esempio per gli alimenti a base di cereali) non è, invece, prevista una restrizione simile dalla direttiva n. 2006/141/Ce e neanche dalla direttiva n. 2006/125/Ce<sup>57</sup>. Pertanto, gli operatori potranno chiedere l'autorizzazione delle indicazioni che intendono fornire per tali prodotti in conformità alle prescrizioni di cui al regolamento (Ce) n. 1924/2006.

Per quanto riguarda l'Italia, tale procedura individuale richiede che l'operatore interessato inoltri la relativa domanda al Ministero della Salute quale autorità nazionale competente, motivandola e trasmettendo una serie di dati che risultano specificati all'art. 15, par. 3, dello stesso regolamento<sup>58</sup> (dati riservati e protetti nei limiti dell'art. 21 del regolamento (Ce) n. 1924/2006). La domanda, insieme ai dati forniti, sarà in seguito inviata dal Ministero all'EFSA per una valutazione scientifica nonché alla Commissione e agli altri Stati membri per informazione. Infine, la Commissione, assistita dal Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, dovrà prendere la decisione sull'autorizzazione, tenendo conto sia del parere espresso dall'EFSA, sia di ogni disposizione pertinente di diritto comunitario. Nell'ipotesi in cui l'autorizzazione venisse negata, l'operatore al quale è indirizzata la decisione della Commissione potrà impugnarla dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee in base all'art. 230, par. 4, del Trattato Ce (non sono, invece, impugnabili, come già ricordato, i pareri scientifici dell'EFSA). Se un'indicazione viene, invece, autorizzata, potrà essere di regola utilizzata, in osservanza delle condizioni ad essa applicabili, da qualsiasi operatore del settore alimentare. Tuttavia, per tutelare la proprietà industriale dell'operatore che ha fatto la domanda di autorizzazione di un'indicazione, l'uso delle medesime, a certe condizioni, da parte di altri, può essere limitato per un periodo determinato.

Mentre le indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia finora erano

<sup>56</sup> Direttiva n. 2006/141/Ce della Commissione del 22 dicembre 2006 riguardante gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento e recante abrogazione della direttiva n. 1999/21/Ce, *cit. supra*, nota 18. Gli Stati membri dovranno recepire le disposizioni contenute in tale direttiva entro il 31 dicembre 2007.

<sup>57</sup> Direttiva n. 2006/125/Ce della Commissione del 5 dicembre 2006 sugli alimenti a base di cereali e gli altri alimenti destinati ai lattanti e ai bambini, in *Gu-Ue* n. L 339 del 6 dicembre 2006, p. 16.

<sup>58</sup> V. anche le Linee Guide dell'EFSA: *Scientific and technical Guidance for the Preparation and Presentation of the Application for Authorisation of a Health Claim e EFSA pre-submission guidance for applicants intending to submit applications for authorisation of health claims that fall under the scope of articles 14 and 18 of regulation (Ec) no 1924/2006 on nutrition and health claims made on foods*; disponibili sul sito internet dell'EFSA: <http://www.efsa.europa.eu/it>.

sicuramente vietate<sup>59</sup>, non è chiaro se quelle che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini (che finora erano consentite senza preventiva autorizzazione) possano essere utilizzate per un periodo transitorio a partire dal 1° luglio 2007, anche senza essere state autorizzate, oppure se da tale data gli operatori debbono sospendere l'utilizzo fino alla loro autorizzazione. In effetti, con riferimento a tali indicazioni, non è stata prevista alcuna clausola transitoria nel regolamento (Ce) n. 1924/2006<sup>60</sup>. Occorre, comunque, tener presente che, come nel caso delle indicazioni generiche sulla salute, anche il rilascio delle autorizzazioni individuali richiederà tempo, rendendo implicita la necessità di riconoscere la previsione di un periodo transitorio. Riconoscendo tale necessità, la Commissione europea ha, quindi, già nel mese di giugno 2007, proposto di prevedere misure transitorie per le indicazioni riguardanti lo sviluppo e la salute dei bambini<sup>61</sup>. Tale proposta dovrebbe, tra breve, essere approvata.

2. *Etichettatura dei prodotti alimentari per i quali è fornita un'indicazione sulla salute (art. 10 del regolamento (Ce) n. 1924/2006)*

Oltre alla preventiva autorizzazione, il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha introdotto requisiti specifici per l'etichettatura dei prodotti alimentari per i quali è fornita un'indicazione sulla salute. Più precisamente, sull'etichetta devono essere riportate le seguenti informazioni: *a.* una dicitura relativa all'importanza di una dieta varia ed equilibrata e di uno stile di vita sano; *b.* la quantità dell'alimento e le modalità di consumo necessarie per ottenere l'effetto benefico indicato; *c.* se del caso, una dicitura rivolta alle persone che dovrebbero evitare di consumare l'alimento, e *d.* un'appropriata avvertenza per i prodotti che potrebbero presentare un rischio per la salute se consumati in quantità eccessive. Nei casi in cui l'etichettatura manca (ad esempio nel ca-

<sup>59</sup> L'art. 2, par. 2, della direttiva n. 2000/13/Ce sancisce il divieto di attribuire – nell'etichettatura, nella presentazione o nella pubblicità – ad un prodotto alimentare proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia umana o accennare a tali proprietà. Le indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia in via di principio erano considerate comprese in tale divieto.

<sup>60</sup> Ciò è stato il risultato dei vari emendamenti al regolamento adottati nel corso della procedura di codecisione. Infatti, per garantire una migliore protezione dei bambini, si è deciso di assoggettare le indicazioni riguardanti il loro sviluppo e la loro salute allo stesso regime applicabile per quelle relative alla riduzione dei rischi di malattia (autorizzazione). Tale modifica è stata introdotta attraverso due emendamenti consistenti nell'aggiungere le parole «e indicazioni che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini» al titolo dell'art. 14 e le parole «e quelle che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini» al primo paragrafo dello stesso art. 14 del regolamento, relativo alle indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia. Di conseguenza le indicazioni riguardanti i bambini sono trattate allo stesso modo di quelle sui rischi di malattia, per le quali il regolamento non prevede alcun regime transitorio in quanto esse non erano consentite in base alle norme applicabili prima dell'adozione del regolamento.

<sup>61</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (Ce) n. 1924/2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari del 28 giugno 2007 (Com(2007)368 definitivo).



so degli alimenti sfusi) tali informazioni devono essere fornite nella presentazione e nella pubblicità.

#### D. MISURE TRANSITORIE

Da quanto in precedenza esposto, si deduce che il regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha introdotto una serie di requisiti nuovi che gli operatori devono osservare già dal 1° luglio 2007 adeguando i loro prodotti ai nuovi requisiti. Gli operatori del settore alimentare possono comunque continuare a commercializzare i propri prodotti che sono stati immessi sul mercato o etichettati *prima* del 1° luglio 2007, fino alla rispettiva data di scadenza (ma non oltre il 31 luglio 2009). A tale proposito sembra utile chiarire che un prodotto alimentare è «*immeso*» sul mercato già nel momento in cui lo stesso è detenuto, a scopo di vendita, ad esempio presso un deposito o presso un grossista<sup>62</sup>. La produzione del prodotto non è, invece, compresa nel concetto di «*immissione sul mercato*». Orbene, un prodotto può essere immesso sul mercato soltanto a partire dal momento in cui il processo di fabbricazione si è concluso. Tutti i prodotti alimentari che sono stati immessi sul mercato (o etichettati) dopo il 1° luglio 2007, devono, quindi, recare le etichette adeguate ai nuovi requisiti stabiliti dal regolamento (Ce) n. 1924/2006 e potranno essere presentati e pubblicizzati soltanto se conformi alle nuove regole.

**Fausto Capelli**  
**Barbara Klaus\***

<sup>62</sup> Infatti, come risulta dall'art. 3, par. 8, del regolamento (Ce) n. 178/2002, sono comprese nel concetto della «*immissione sul mercato*» tanto la detenzione di alimenti a scopo di vendita (inclusa l'offerta di vendita o ogni altra forma, gratuita o a pagamento, di cessione), nonché la vendita stessa, la distribuzione ed ogni altra forma di cessione propriamente detta.

\* Avvocato in Milano e Monaco (Germania); docente di Diritto alimentare / Ludwig-Maximilians-Universität München e European Institute of Public Administration – Luxembourg.



# DOCUMENTAZIONE

---

## IL TESTO UNICO DELLE LEGGI INGLESÌ IN MATERIA DI GIOCHI, LOTTERIE E SCOMMESSE\*

### Gambling Act 2005 – 2005 Chapter 19 of 7th April 2005

#### Part 1 - Interpretation of key concepts *Principal concepts*

*(Omissis)*

#### **3. Gambling**

In this Act «gambling» means–

- a. gaming (within the meaning of section 6),
- b. betting (within the meaning of section 9), and
- c. participating in a lottery (within the meaning of section 14 and subject to section 15).

#### **4. Remote gambling**

1. In this Act «remote gambling» means gambling in which persons participate by the use of remote communication.

*(Omissis)*

#### *Gaming*

#### **6. Gaming & game of chance**

1. In this Act «gaming» means playing a game of chance for a prize.
2. In this Act «game of chance»–
  - a. includes–

\* In argomento v. *infra*, p. 823 ss., il commento di MASSIMILIANO NOTARO.

- i.* a game that involves both an element of chance and an element of skill,
  - ii.* a game that involves an element of chance that can be eliminated by superlative skill, and
  - iii.* a game that is presented as involving an element of chance, but
- b.* does not include a sport.

*(Omissis)*

#### **7. Casino**

1. For the purposes of this Act a casino is an arrangement whereby people are given an opportunity to participate in one or more casino games.
2. In this Act «casino game» means a game of chance which is not equal chance gaming.
3. *(Omissis)*
4. For the purposes of this section it is immaterial—
  - a.* whether an arrangement is provided on one set of premises or on more than one;
  - b.* whether an arrangement is provided wholly or partly by means of remote communication.

*(Omissis)*

#### **8. Equal chance gaming**

1. For the purposes of this Act gaming is equal chance gaming if—
  - a.* it does not involve playing or staking against a bank, and
  - b.* the chances are equally favourable to all participants.
2. For the purposes of subsection 1. it is immaterial—
  - a.* how a bank is described, and
  - b.* whether or not a bank is controlled or administered by a player.

*(Omissis)*

### Part 16 *Advertising*

*(Omissis)*

#### **330. Unlawful gambling**

1. A person commits an offence if he advertises unlawful gambling.
2. For the purposes of this section advertised gambling is unlawful if—
  - a.* in order for the gambling to take place as advertised without the commission of an offence under this Act it would or might be necessary to rely on a licence, notice, permit or registration under this Act or an an exception to an offence under this Act, and
  - b.* at the time of advertising—
    - i.* arrangements for a licence, notice, permit or registration, sufficient

to prevent the commission of an offence under this Act if the gambling takes place as advertised, have not been completed, and

*ii.* the arrangements for the gambling as advertised are not such as to ensure that an exception to the offence will apply.

*(Omissis)*

**331. Foreign gambling**

1. A person commits an offence if he advertises foreign gambling other than a lottery.
2. In this section «foreign gambling» means—
  - a.* non-remote gambling which is to take place in a non-EEA State, and
  - b.* remote gambling none of the arrangements for which are subject to the law about gambling of an EEA State (whether by being regulated, exempted, prohibited or otherwise).
3. Subsection 2. shall apply to Gibraltar as it applies to EEA States.
4. The Secretary of State may by regulations provide that a specified country or place is to be treated for the purposes of subsection 2. as if it were an EEA State.
5. A person guilty of an offence under subsection 1. shall be liable on summary conviction to—
  - a.* imprisonment for a term not exceeding 51 weeks,
  - b.* a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or
  - c.* both.
6. In the application of subsection 5. to Scotland or Northern Ireland the reference to 51 weeks shall have effect as a reference to six months.

**332. Territorial application: non-remote advertising**

1. Regulations under section 328 shall apply to anything in the way of advertising which is done—
  - a.* wholly or partly in Great Britain, and
  - b.* otherwise than by way of remote communication.
2. The prohibition in section 330, 1., applies to anything in the way of advertising which is done—
  - a.* wholly or partly in Great Britain, and
  - b.* otherwise than by way of remote communication.
3. The prohibition in section 331, 1., applies to anything in the way of advertising which is done—
  - a.* wholly or partly in Great Britain, and
  - b.* otherwise than by way of remote communication.
4. For the purposes of this section the following are immaterial—
  - a.* the nature of gambling to which advertising relates (whether remote or non-remote), and
  - b.* the location of the gambling to which advertising relates.

*(Omissis)*

**Gambling Act 2005 – 2005 Chapter 19 of 7th April 2005\***Titolo 1 - Definizioni  
*Concetti principali*

*(Omissis)*

**3. Gioco d'azzardo**

Nella presente legge per «gioco d'azzardo» si intende

- a. gioco (nel significato di cui alla sezione 6),
- b. scommessa (nel significato di cui alla sezione 9), e
- c. partecipazione ad una lotteria (nel significato di cui alla sezione 14 e salvo quanto previsto nella sezione 15).

**4. Gioco d'azzardo a distanza**

1. Nella presente legge per «gioco d'azzardo a distanza» si intende ogni gioco in cui le persone partecipano mediante l'uso di mezzi di comunicazione a distanza.

*(Omissis)*

*Giocare***6. Giocare e gioco di fortuna**

1. Nella presente legge «giocare» significa praticare un gioco di fortuna con vincita in denaro.

2. Nella presente legge «gioco di fortuna»

- a. include
  - i. un gioco che contiene sia l'elemento di aleatorietà sia l'elemento di abilità,
  - ii. un gioco in cui l'elemento aleatorio può essere eliminato da un'abilità eccezionale, e
  - iii. un gioco che è presentato come aleatorio, ma
- b. non include lo sport.

*(Omissis)*

\* Traduzione non ufficiale del testo originale in lingua inglese sopra riportato a cura di MASSIMILIANO NOTARO.

**7. Casinò**

1. Ai sensi della presente legge un casinò è un insieme di strumenti attraverso i quali è data alle persone l'opportunità di partecipare ad uno o più giochi da casinò.
2. Nella presente legge «giochi da casinò» indica un gioco di fortuna in cui le possibilità di vittoria non sono distribuite equamente.
3. (*Omissis*)
4. Ai sensi della presente sezione non rileva—
  - a. se l'insieme di strumenti è fornito in un solo locale o in più di uno;
  - b. se l'insieme di strumenti è fornito esclusivamente o in parte mediante l'impiego di mezzi di comunicazione a distanza.

(*Omissis*)

**8. Giochi con pari possibilità di vincita**

1. Ai sensi della presente legge un gioco si intende con pari possibilità di vincita se
  - a. non è richiesto di giocare o puntare contro il banco, e
  - b. le possibilità di vincita sono distribuite in modo uguale tra tutti i partecipanti.
2. Ai sensi della sottosezione 1. non rileva —
  - a. come un banco è descritto, e
  - b. se un banco è tenuto o amministrato da un giocatore.

(*Omissis*)

Titolo 16  
*Pubblicità*

(*Omissis*)

**330. Gioco illegale**

1. Una persona commette reato se pubblicizza gioco illegale.
2. Ai fini della presente sezione il gioco pubblicizzato è illegale se
  - a. i servizi di gioco pubblicizzati come legali avrebbero dovuto ottenere una licenza, una comunicazione, un permesso o una registrazione conformemente alla presente legge, e
  - b. al momento della pubblicità
    - i. tutti gli impegni per ottenere la licenza, la comunicazione, il permesso o la registrazione necessari a impedire la commissione del reato, non sono stati completati e
    - ii. gli impegni per la prestazione dei servizi come pubblicizzati non sono tali da assicurare che possa essere applicata una deroga al reato commesso.

(*Omissis*)

**331. Gioco d'azzardo straniero**

1. Una persona commette un reato se pubblicizza gioco d'azzardo straniero che non sia una lotteria.
2. Nella presente sezione «gioco d'azzardo straniero» significa –
  - a. gioco d'azzardo non a distanza che sia posto in essere in uno Stato non appartenente allo Spazio Economico Europeo, e
  - b. gioco d'azzardo a distanza per il quale nessuno degli impegni assunti sia sottoposto alle norme di legge sul gioco d'azzardo di uno degli Stati aderenti allo Spazio Economico Europeo (sia esso autorizzato, esentato, proibito o diversamente disciplinato).
3. La sottosezione 2. si applica a Gibilterra come agli Stati aderenti allo Spazio Economico Europeo.
4. Il Segretario di Stato può mediante regolamenti stabilire che determinati Paesi o luoghi siano sottoposti al medesimo trattamento previsto nella sottosezione 2. come se fossero Stati appartenenti allo Spazio Economico Europeo.
5. Una persona colpevole di un reato previsto nella sottosezione 1. è punito, sulla base di un verdetto di colpevolezza emesso dal giudice senza l'intervento della giuria, con
  - a. la reclusione per un periodo che non superi le 51 settimane,
  - b. una multa non eccedente il livello 5 nella scala *standard*, o
  - c. entrambe.
6. Ai sensi della sottosezione 5. per quanto concerne la Scozia e il Nord Irlanda il riferimento a 51 settimane vale come riferimento a 6 mesi.

**332. Applicazione territoriale: pubblicità non a distanza**

1. Le disposizioni contenute nella sezione 328 si applicano a qualsiasi mezzo idoneo a pubblicizzare ciò che sia svolto
  - a. integralmente o parzialmente in Gran Bretagna, e
  - b. comunque non sia mezzo di comunicazione a distanza.
2. Il divieto contenuto nella sezione 330, 1. si applica a qualsiasi mezzo idoneo a pubblicizzare ciò che sia svolto
  - a. integralmente o parzialmente in Gran Bretagna, e
  - b. comunque non sia mezzo di comunicazione a distanza.
3. Il divieto contenuto nella sezione 331, 1. si applica a qualsiasi mezzo idoneo a pubblicizzare ciò che sia svolto
  - a. integralmente o parzialmente in Gran Bretagna, e
  - b. comunque non sia mezzo di comunicazione a distanza.
4. Ai sensi della presente sezione non è rilevante
  - a. la natura del gioco d'azzardo a cui la pubblicità si riferisce (sia esso a distanza o non a distanza), e
  - b. l'ubicazione del gioco d'azzardo a cui la pubblicità si riferisce.

(*Omissis*)



## **LA PUBBLICITÀ DEI SERVIZI TRANSFRONTALIERI DI POKER ON LINE: NORMATIVE NAZIONALI E PRINCIPI COMUNITARI A CONFRONTO SUL TEMA DEL GIOCO D'AZZARDO**

**Sommario:** *Premessa - 1. La normativa italiana applicabile al gioco d'azzardo - 2. Ipotesi di rivista periodica sul gioco del poker - 2.1 La pubblicità delle «case da gioco» autorizzate - 2.2 La pubblicità dei Casinò on line - 3. La pubblicità dei giochi riservati allo Stato - 4. La pubblicità dei servizi di gioco d'azzardo secondo le norme del Regno Unito: il Gambling Act 2005 - 5. Brevi cenni sull'efficacia del diritto comunitario sulle norme penali interne - 6. Conclusione.*

### **Premessa**

La recente esplosione dei giochi *on line* combinata con le regole del diritto comunitario sulla libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) ha portato a nuove riflessioni sugli artt. 718 e 720 c.p. e sull'art. 4 l. n. 401/89 in tema di gioco d'azzardo.

In particolare, ci si è interrogati sulla liceità, ai sensi delle norme nazionali e comunitarie, delle seguenti fattispecie:

1. la distribuzione sul mercato italiano di un prodotto editoriale periodico («rivista») edito nel Regno Unito (UK) ed avente ad oggetto, in generale, il gioco del poker;

2. l'inserimento, nella rivista di cui al punto 1, di inserzioni pubblicitarie relative a siti *web* che offrono servizi *on line* di gioco del poker gestiti da operatori del settore stabiliti in UK, o in altri Paesi della UE.

A tal fine, dopo aver esaminato anche la normativa UK che disciplina l'attività di «*gambling*» (*Gambling Act 2005*), appare utile svolgere le seguenti considerazioni a beneficio delle imprese che operano nel settore del *gambling* e dell'editoria in genere.

### **1. La normativa italiana applicabile al gioco d'azzardo**

L'organizzazione del gioco d'azzardo e la partecipazione al gioco d'azzardo, quando esercitate in luogo pubblico o aperto al pubblico, sono at-

tività vietate dalla legge penale italiana mediante le disposizioni degli artt. 718-722 del codice penale<sup>1</sup>.

Bisogna rimarcare preliminarmente la differenza, in termini di qualificazione giuridica e sostanziale, tra le attività oggetto della presente indagine e quelle considerate invece dall'art. 4 della legge n. 401 del 13 dicembre 1989 che vieta «l'esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa» (riservate allo Stato)<sup>2</sup>.

L'esercizio di tali attività è infatti subordinato all'ottenimento, da parte dei soggetti interessati, *i.* della concessione o autorizzazione rilasciata dal Ministero dell'economia e delle Finanze - Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato («AAMS») e *ii.* della licenza rilasciata dalle autorità di Pubblica Sicurezza di cui all'art. 88 del TULPS<sup>3</sup>.

Le attività di organizzazione e di partecipazione al giuoco d'azzardo "in senso stretto" («*games of chance*» nella terminologia anglosassone) sono, invece, contravvenzioni «di polizia» (Titolo I, libro III del codice penale) vietate in modo assoluto e, pertanto, non possono essere soggette all'autorizzazione o concessione amministrativa dello Stato, eccezion fatta, come si vedrà, per i Casinò autorizzati<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Art. 718, comma 1: «Chiunque in luogo pubblico o aperto al pubblico, o in circoli privati di qualunque specie, tiene un giuoco d'azzardo o lo agevola è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore a lire quattrocentomila»;

art. 720, comma 1: «Chiunque in luogo pubblico o aperto al pubblico, o in circoli privati di qualunque specie, senza essere concorso nella contravvenzione preveduta dall'art. 718, è colto mentre prende parte al giuoco d'azzardo, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a lire un milione»;

art. 721: «Agli effetti delle disposizioni precedenti: sono giuochi d'azzardo quelli nei quali ricorre il fine di lucro e la vincita o la perdita è interamente o quasi interamente aleatoria; sono case da giuoco i luoghi di convegno destinati al giuoco d'azzardo, anche se privati, e anche se lo scopo del giuoco è sotto qualsiasi forma dissimulato».

<sup>2</sup> Art. 4, comma 1: «Chiunque esercita abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi comunque organizza scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dalle organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE). Chiunque abusivamente esercita l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali e giuochi di abilità è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore a lire un milione. Le stesse sanzioni si applicano a chiunque venda sul territorio nazionale, senza autorizzazione dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, biglietti di lotterie o di analoghe manifestazioni di sorte di Stati esteri, nonché a chiunque partecipi a tali operazioni mediante la raccolta di prenotazione di giocate e l'accreditamento delle relative vincite e la promozione e la pubblicità effettuate con qualunque mezzo di diffusione».

<sup>3</sup> Per la configurazione delle fattispecie punite, cfr. Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 1996, n. 1068, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 292; conf. Cass. pen., sez. III, 19 maggio 2006, n. 22051: «L'art. 4, comma 4 bis, legge 13 dicembre 1989, n. 401 deve essere interpretato nel senso che la fattispecie contravvenzionale ivi prevista e punita si configura per la carenza di concessione, autorizzazione o licenza di cui all'art. 88 T.U.L.P.S. - R.D. n. 773/1931 - così come richieste dalle disposizioni che disciplinano il tipo di attività cui sono riferibili tali provvedimenti e non nel senso generico dell'alternatività dei medesimi così da legittimare l'attività svolta da coloro che abbiano ottenuto uno di essi», in *Riv. Pen.*, 2006, p. 1312.

<sup>4</sup> Sui rapporti tra la disciplina speciale di cui all'art. 4, l. n. 401/89 e la disciplina codicistica sul

## 2. Ipotesi di rivista periodica sul gioco del poker

È quindi in base alle su richiamate norme del codice penale che va considerata, in primo luogo, se sia lecita o meno l'attività di edizione e distribuzione in Italia di una rivista che contenga informazioni sul gioco del poker, prestando la necessaria attenzione a quello che potrebbe essere il contenuto della rivista ovvero alla natura delle informazioni che vengono fornite al consumatore finale per il tramite della rivista stessa.

Ad esempio, le informazioni relative alle regole del gioco, le *news*, gli articoli di commento ad un determinato evento del mercato di riferimento (fiere, tornei ecc.) non sembrano destare alcuna preoccupazione sul piano contenutistico e, pertanto, sono da ritenere legittime. Al contrario, le informazioni specifiche che "promuovono" i tornei di poker organizzati nei Casinò tradizionali o in altri luoghi pubblici o aperti al pubblico autorizzati ai sensi delle norme interne del Paese, anche extra UE, in cui sono situati, ben potrebbero essere considerate «comunicazioni commerciali»<sup>5</sup> soggette, quindi, ad una duplice valutazione: l'una si svolge sul piano penalistico, l'altra sul piano della tutela del consumatore (norme sulla pubblicità ingannevole).

Secondariamente, sarà necessario prestare particolare attenzione alla sostanziale differenza che sussiste tra Casinò tradizionali e siti *web* che offrono analogo servizio e, conseguentemente, al "trattamento" diverso che la legge italiana potrebbe riservare a ciascuna di tali attività.

Solo una volta delineata la eventuale disparità di regolamentazione fra queste due categorie di "luoghi", si potrebbero desumere le specifiche conseguenze di legge in ipotesi di distribuzione di una rivista che dia informazioni sui siti *web* di giochi d'azzardo *on line*, soprattutto quando tali informazioni siano di carattere commerciale («pubblicità»).

### 2.1 La pubblicità delle «case da gioco» autorizzate

Premesso che le case da gioco («Casinò») presenti sul territorio italiano sono autorizzate da leggi speciali e solamente una legge dello Stato potrebbe istituirne altre<sup>6</sup>, non si ritiene che l'attività di distribuzione in Italia, né quella

gioco d'azzardo v. G. DE FRANCESCO, commento all'art. 4, l. n. 401/89, in *L. Pen.*, 1990, p. 105 ss.

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 20 del dlgs n. 206/2005 «Codice del consumo», si intende:

«a. per pubblicità: qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi».

<sup>6</sup> Cfr. il rdl 22 dicembre 1927, n. 2448 (conv. in l. n. 3125/1928) per il Comune di Sanremo; il rdl 2 marzo 1933, n. 201 (conv. in l. n. 205/1939) per il Comune di Campione; il rdl 16 luglio 1936, n. 1404 (conv. in l. n. 62/1937) per il Comune di Venezia; il principio in argomento è con-

di pubblicazione, di una rivista di poker che contenga informazioni, commerciali o generiche, sulle case da gioco tradizionali istituite secondo le leggi del Paese ospitante (anche diverso dall'Italia) possa essere punita ai sensi degli artt. 718 e 720 c.p.

Restringendo il campo di indagine al reato contravvenzionale di esercizio di giochi d'azzardo (718 c.p.), la distribuzione di una rivista di tal genere deve essere considerata, innanzitutto, attività diversa ed estranea da ciascuna delle due condotte di cui all'art. 718 c.p. («Chiunque tiene o agevola»). Sul mero piano della condotta ascrivibile, infatti, non emergono pronunce giurisprudenziali che possano far ritenere che l'attività di informazione editoriale o di pubblicità a mezzo stampa di attività di gioco d'azzardo svolta legittimamente da soggetti terzi (rispetto all'editore e al distributore della rivista) in luoghi autorizzati sia in qualche modo riconducibile ad una delle condotte di cui all'art. 718 c.p.

È soprattutto sulla base delle sentenze intervenute a sanzionare le condotte previste dall'art. 4 della l. n. 401 del 13 dicembre 1989 (in materia di concorso-pronostici, lotterie e scommesse) che possiamo ritenere, inoltre, che l'attività di «mera pubblicità» si pone su di un piano distinto anche rispetto alle attività di «intermediazione» o «favoreggiamento» dell'organizzazione, della gestione o della partecipazione al gioco<sup>7</sup>.

Analizzata la condotta, sul presupposto che la categoria di case da gioco in esame include solo luoghi autorizzati *ex lege* a svolgere tale tipo di attività, si deve ritenere lecita l'attività di mera informazione o di pubblicità di quei luoghi e di quelle attività di gioco, effettuata mediante qualsiasi mezzo.

Tale conclusione è stata accolta anche sotto il profilo non penalistico in un caso di applicazione delle norme del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria in tema di gioco d'azzardo.

In una pronuncia dell'8 ottobre 1996, n. 103, il Giuri di Autodisciplina pubblicitaria ha "censurato" il contenuto di un messaggio pubblicitario relativo al Casinò de la Vallée (Saint Vincent) apparso sul quotidiano «*La Repubblica*» limitatamente alla parte in cui offriva al pubblico «una rappresentazione ingannevole dell'attività pubblicizzata, e perciò in contrasto con l'art. 2 CAP».

Il messaggio «È provato: il gioco è il migliore antidoto allo stress» è stato giudicato, inoltre, capace di «nuocere ai giovani minorenni, i quali vengono illusi dell'idea che, raggiunta l'agognata maggiore età, potranno finalmente accedere al Casinò, per alleviare le frustrazioni e le angosce della vita», così violando l'art. 11 CAP.

fermato da Corte Cost., 21-24 giugno 2004, n. 185, in questa *Rivista*, 2004, p. 777 e ss., con commento di F. ABBONDANTE, *Il nuovo ordinamento regionale e le case da gioco*, p. 781 ss.

<sup>7</sup> Tribunale di Milano, 8 maggio 1992, in *Riv. Dir. Sport*, 1992, con nota di M. COCCIA, *L'illeceità delle scommesse organizzate dai bookmakers inglesi in Italia*, p. 344 ss.

In questa pronuncia il Giurì ha avuto modo di osservare che «il nostro sistema normativo presenta una sorta di contraddizione. Secondo il diritto comune il gioco d'azzardo è una attività illecita. Per diritto speciale sono tuttavia previste alcune eccezioni, corrispondenti ai quattro Casinò presenti e ammessi nel territorio nazionale. In queste sedi – ma solo in esse – il gioco d'azzardo perde il proprio carattere di illiceità.

Dunque la pubblicità al gioco d'azzardo sarebbe sempre vietata: pubblicizzare una bisca, è ovvio, costituirebbe un illecito. Ma pubblicizzare un Casinò autorizzato è, di per sé, cosa lecita, perché lecito è l'esercizio dell'attività svolta dal Casinò».

In conclusione, anche sotto il profilo non penalistico, la pubblicità del gioco d'azzardo mediante rivista è lecita quando ha ad oggetto una specifica attività imprenditoriale che sia autorizzata secondo le norme di diritto comune, salvo che non vi siano messaggi ingannevoli per il pubblico dei consumatori o per i minori.

## 2.2 La pubblicità dei Casinò *on line*

Altro discorso dovrebbe farsi per questa diversa categoria di "luoghi" in cui viene gestito il gioco d'azzardo.

Come detto, salvo i casi di Casinò tradizionali autorizzati con legge speciale dello Stato, le norme penali italiane sopra esaminate escludono che possano essere lecitamente organizzati e gestiti nel nostro territorio i Casinò *on line*. Su questo diverso presupposto, rimarchiamo che la questione qui in esame riguarda la comunicazione ai consumatori, mediante rivista periodica, di informazioni, commerciali e non, relative ad attività di gioco d'azzardo (poker) gestite ed offerte via *internet* («*on line*») da società costituite secondo la legge di altro Stato UE che ammette nel proprio ordinamento l'offerta di tali servizi.

In tale ipotesi, la comunicazione di informazioni commerciali potrebbe portare a conclusione diversa rispetto a quella formulata *sub* punto 2.1.

Il dubbio sulla liceità o meno di tale attività pubblicitaria deriva essenzialmente dall'incertezza di poter applicare (ovvero adattare) le su richiamate norme del codice penale (718 e 720 c.p.) alla fattispecie di offerta di servizi di gioco d'azzardo *on line* avente le caratteristiche sopra evidenziate (gli elementi di estraneità al diritto nazionale).

Occorre *in primis* valutare se la gestione a mezzo della rete *internet* equivale alla gestione del gioco d'azzardo «in luogo pubblico o aperto al pubblico» di cui all'art. 718 c.p., che è elemento oggettivo e costitutivo del reato<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Per la nozione di «luogo pubblico o aperto al pubblico», in dottrina, v. G. PIOLETTI, *Giuochi vietati*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, p. 69; D. RANUCCI, *Il giuoco vietato come reato a spazio circoscritto*, in *Riv. Polizia*, 1985, p. 40 ss.

Allo stato attuale, il concetto di «luogo pubblico o aperto al pubblico» non è in nessun modo riferibile alla rete *internet* (anche definita *cyber spazio*). Difatti, nessuna decisione giurisprudenziale ha mai qualificato come tale il "luogo" nel quale viene esercitata una determinata attività «*on line*».

Secondariamente, ancorché si possa arrivare ad affermare giuridicamente tale equiparazione tra luogo pubblico e *cyber spazio* (o "non luogo"), la questione dirimente nella fattispecie in esame è che la perseguibilità di un tale reato (e di quello di partecipazione di cui all'art. 720 c.p.) presuppone comunque che la condotta incriminata sia avvenuta, in tutto o in parte, in territorio italiano ex art. 6 c.p. In applicazione di tale principio (c.d. «principio di ubiquità») la normativa italiana (l'art. 718 c.p.) sarebbe applicabile alle attività in esame sul presupposto che i gestori del servizio di offerta *on-line* del gioco d'azzardo siano stabiliti in Italia (abbiano qui la propria sede legale o operativa) ovvero che il *server*, che ospita il sito *web* attraverso cui il servizio è offerto, sia collocato in Italia.

Fuori da queste due ipotesi, vi sono stati casi in cui la giurisprudenza ha ipotizzato l'applicabilità della legge italiana sul solo presupposto che i fruitori del servizio avessero avuto accesso all'offerta dal territorio italiano e che quindi in Italia, ad esempio, doveva considerarsi perfezionato, ex art. 1326 c.c., il contratto tra scommettitore italiano e gestore estero (ma si trattava del «controllo dello Stato» sulle attività di raccolta di scommesse su eventi sportivi ex art. 4 della l. n. 401/1989)<sup>9</sup>. Tuttavia, nell'ipotesi qui in esame c'è da rilevare ancora il fatto che il gestore del sito *web* di gioco del poker non esercita tecnicamente alcuna raccolta o accettazione delle scommesse, essendo i giocatori gli unici partecipanti mediante l'effettuazione delle "puntate" e conseguente vincita dell'intera posta secondo le regole del gioco<sup>10</sup>.

In buona sostanza, stante la mancanza di precedenti giurisprudenziali capaci di offrire spunti risolutivi sulla equiparazione tra case da gioco tradizionali e case da gioco *on line* e sulla possibilità, quindi, di applicare la legge

<sup>9</sup> Cass. pen., SS. UU., 26 aprile 2004 n. 23272, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 820. In dottrina, G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contratti*, 1999, p. 113. Tale criterio di determinazione del momento e del luogo di formazione dei contratti sarebbe confortato anche dalla disposizione dell'art. 13, comma 1, del dlgo n. 70 del 9 aprile 2003, emanato in attuazione della direttiva 2000/31/Ce «relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno», la quale stabilisce che «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica». Tuttavia, riteniamo che tale criterio non sia validamente applicabile all'offerta *on line* dei servizi ad oggetto in quanto, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. g. del dlgo n. 70/2003 «i giochi d'azzardo, ove ammessi, che implicano una posta pecuniaria, i giochi di fortuna, compresi il lotto, le lotterie, le scommesse i concorsi pronostici e gli altri giochi come definiti dalla normativa vigente, nonché quelli nei quali l'elemento aleatorio è prevalente» sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina sul commercio elettronico di cui al decreto stesso.

<sup>10</sup> Si tratta essenzialmente di tornei di poker a distanza nei quali, quindi, il gestore del sito *web* non esercita il c.d. «banco».

penale italiana *tout court* alla seconda fattispecie quando questa è organizzata direttamente dall'estero, l'attività pubblicitaria in esame potrebbe essere valutata, alla luce della normativa italiana, secondo due diverse ipotesi:

a. ipotesi più attendibile: in quanto pubblicità di gioco d'azzardo *on line* organizzato e gestito interamente e direttamente da territorio estero secondo le norme di altro Stato, sarebbe attività lecita;

b. ipotesi meno attendibile: in quanto pubblicità di gioco d'azzardo *on line* vietato ex art. 718 c.p. (perché «tenuto», anche solo in parte, in territorio italiano), potrebbe costituire reato nei limiti in cui fosse la pubblicità stessa ad integrare, per contenuto e modalità con cui venisse attuata, l'ipotesi di «concorso» o «agevolazione» nell'attività di tenuta del gioco d'azzardo ascrivibile al gestore straniero del sito *web* o dei servizi in questione.

### 3. La pubblicità dei giochi riservati allo Stato

Per completezza di analisi appare doveroso evidenziare che le su esposte conclusioni potrebbero essere disattese nella non creduta ipotesi in cui venisse estesa alla categoria di giochi d'azzardo qui in esame la disciplina dell'art. 4 della l. n. 401/89, comma 2, che contiene una specifica disposizione sanzionatoria dell'attività di mera pubblicità dei servizi di giochi, lotterie o scommesse offerti dall'estero (anche *on line*)<sup>11</sup>. La novella ha aggiunto il seguente periodo: «La stessa sanzione si applica a chiunque, in qualsiasi modo, dà pubblicità in Italia a giochi, scommesse e lotterie, da chiunque accettate all'estero»<sup>12</sup>.

Invero, l'ipotesi di applicazione analogica di tale norma alla fattispecie di pubblicità del gioco del poker *on line* non dovrebbe essere presa nemmeno in considerazione trattandosi di norma penale speciale; tuttavia, appare opportuno considerare tale ipotesi anche alla luce dei provvedimenti emessi in attuazione delle norme "proibizioniste" introdotte con la legge finanziaria per il 2007<sup>13</sup>. Tali provvedimenti inibitori hanno dimostrato che con quelle norme si è voluto "colpire" indiscriminatamente chiunque offra i servizi di gioco *on li-*

<sup>11</sup> Tale norma è stata introdotta con l'art. 7 del d.l. n. 35/2005, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>12</sup> La sanzione è quella dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda da lire centomila a lire un milione.

<sup>13</sup> In attuazione delle disposizioni dei commi 50 e 51, art. 1 della l. n. 296 del 27 dicembre 2006 (legge finanziaria 2007), che conferiscono all'AAMS il potere di «(...) procedere alla rimozione dell'offerta, attraverso le reti telematiche o di telecomunicazione, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro in difetto di concessione, autorizzazione, licenza od altro titolo autorizzatorio o abilitativi o, comunque, in violazione delle norme di legge o di regolamento o delle prescrizioni definite dalla stessa Amministrazione», è stato emanato il Decreto Direttoriale AAMS del 2 gennaio 2007 il quale ha previsto l'emanazione di provvedimenti inibitori nei confronti dei «soggetti non autorizzati alla raccolta» e sanzioni amministrative nei confronti dei «fornitori di servizi di rete» in caso di inottemperanza ai provvedimenti stessi.

ne, anche quelli d'azzardo in senso stretto, a prescindere dallo Stato in cui è stabilito il soggetto in questione<sup>14</sup>.

In definitiva, ancorché l'eventuale applicazione delle norme della legge speciale n. 401/89 (e di quelle collegate della legge finanziaria 2006) alla fattispecie in esame (poker *on line*) debba considerarsi ipotesi residuale e, comunque, erronea, è senza dubbio utile passare ad analizzare le norme inglesi e i principi UE che, a prescindere dalla norma incriminatrice astrattamente applicabile (art. 718 c.p. ovvero art. 4, comma 2 *bis*, l. n. 401/89 o altra), potrebbero giustificare la disapplicazione delle norme penali interne da parte dei giudici di merito.

#### **4. La pubblicità dei servizi di gioco d'azzardo secondo le norme del Regno Unito: il *Gambling Act* 2005**

Con riguardo alla normativa inglese sul tema del gioco d'azzardo possiamo esporre brevemente le norme primarie che disciplinano l'attività di pubblicità nel settore in questione.

Una rivista periodica in tema di poker, registrata secondo le norme UK e che contenga inserzioni pubblicitarie su determinati Casinò *on line*, deve essere conforme alle norme del *Gambling Act* britannico e soprattutto ai regolamenti di attuazione del Segretario di Stato.

Il *Gambling Act* è stato approvato nell'aprile 2005 ed introduce un regime concessorio composto da un insieme di licenze, notifiche, permessi o eccezioni, specifiche per ciascuna tipologia di *gambling* («*gambling facilities*») e dedica altresì un intero Titolo («*Part 16*») all'attività di pubblicità del *gambling* («*Advertising*»), quest'ultimo esercitato sia in modo tradizionale (case da gioco, ricevitorie di scommesse sportive ecc.) sia attraverso le reti telematiche (*remote gambling*).

Questo Titolo del *Gambling Act* offre una definizione molto ampia di pubblicità del *gambling* fino a comprendere le attività che in qualsiasi modo siano collegate ad un nome o ad un marchio commerciale che indica un'impresa esercitante, esclusivamente o principalmente, l'attività di *gambling* (*sponsorship, brand-sharing* ecc.).

<sup>14</sup> Parimenti alla normativa statunitense che vieta il gioco d'azzardo *on line*, da ultimo, mediante l'emanazione del *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act 2006* che ha proibito l'uso delle carte di credito americane per le transazioni con le società estere che operano nel campo del *gambling on line*. Tuttavia, contro una tale politica "protezionistica" degli USA, la WTO (World Trade Organization) ha già adottato alcuni provvedimenti che invitano formalmente gli USA a modificare le proprie leggi in materia per renderle conformi agli obblighi contenuti nel GATS (Cfr. *United States – measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services, Panel Report, WT/DS285/RW* del 30 marzo 2007 – *Recourse to Article 21.5 of the DSU by Antigua and Barbuda*, disponibile sul sito [www.wto.org](http://www.wto.org)).



La pubblicità del *gambling* è soggetta ai poteri regolamentari del Segretario di Stato il quale, mediante regolamento, disciplina forma, contenuto, durata e luoghi della pubblicità. In tale settore è sottolineato l'obiettivo specifico di salvaguardia dei minori e delle persone più deboli che potrebbero essere danneggiate dall'attività in oggetto. Il mancato rispetto dei regolamenti adottati dal Segretario di Stato comporta l'applicazione di pene detentive (fino a 51 settimane di prigione) e pecuniarie (rimesse al giudice).

Il Titolo 16 prevede inoltre due divieti specifici:

*a. (Section 330)* la pubblicità di *unlawful gambling*. È vietata pertanto la pubblicità di un'attività di *gambling* che non rispetti le disposizioni regolamentari applicabili all'attività in questione (ad esempio il mancato ottenimento di una licenza);

*b. (Section 331)* la pubblicità di *foreign gambling*. È vietata la pubblicità del *gambling* esercitato in uno Stato non appartenente allo Spazio Economico Europeo («SEE»)<sup>15</sup>. Con riferimento al *remote gambling* (attività esercitata attraverso reti telematiche) è interessante notare che il divieto in esame contempla le attività non disciplinate dalla legge di uno Stato SEE.

L'altra norma del Titolo 16 che qui rileva è quella contenuta nella *Section 332* relativa all'ambito territoriale di applicazione di tali disposizioni con riguardo alla pubblicità «*off-line*» («*Territorial application: non-remote advertising*»).

Questa norma prevede che i regolamenti adottati dal Segretario di Stato che disciplinano forma, contenuto, tempi e luogo della pubblicità *off-line* (inserzioni nei quotidiani o nei periodici, cartelloni pubblicitari ecc.) nonché le norme che sanzionano le violazioni relative alla pubblicità di *gambling* illegale (*Section 330*) si applichino solo quando la pubblicità è fatta, in tutto o in parte, nel territorio della Gran Bretagna. Mentre, le norme che sanzionano il divieto di pubblicità straniera (*Section 331*) si applicano quando la pubblicità è svolta in tutto o in parte nel territorio del Regno Unito (Gibilterra compresa).

In definitiva, nel Regno Unito la pubblicità mediante rivista periodica delle attività di *gambling on line* («*remote casino gaming*») sarebbe lecita se fatta secondo le norme del Titolo 16 del *Gambling Act* inglese nel quale non è prevista alcuna specifica licenza o titolo autorizzativo, purché si tratti di pubblicità conforme alle condizioni e ai termini previsti da regolamento del Segretario di Stato inglese. In ultimo, non sarebbe vietata la pubblicità in territorio UK di un servizio *on line* di gioco del poker autorizzato secondo le norme di altro Stato appartenente allo SEE, a prescindere dal Paese in cui è situato il *server* da cui origina il servizio *on line*.

<sup>15</sup> Si precisa che fanno parte dello Spazio Economico Europeo tutti i Paesi UE più la Svizzera, la Norvegia e l'Islanda.

Ne consegue che l'attività pubblicitaria di tali servizi di *gambling* (autorizzati secondo il *Gambling Act 2005*), qualora svolta in Italia, deve sottostare alla legge italiana ma, come vedremo, entro i limiti di compatibilità di questa con i principi comunitari.

## 5. Brevi cenni sull'efficacia del diritto comunitario sulle norme penali interne

Sul presupposto che le attività in oggetto (servizi di gioco d'azzardo offerto attraverso la rete *internet*) sono autorizzate secondo le leggi di un altro Stato membro UE (Gran Bretagna), è quindi importante dare conto, in questa analisi, dei principi comunitari applicabili alla prestazione dei servizi in questione e, di conseguenza, del rapporto tra norma comunitaria e norma nazionale anche in ambito penalistico.

È noto che l'efficacia diretta del diritto comunitario sui sistemi legislativi nazionali si traduce nella capacità della norma comunitaria di imporsi sulla norma nazionale anche oltre e contro la volontà del legislatore nazionale.

Nel campo del diritto penale il contrasto tra normativa comunitaria e normativa interna può dar luogo al fenomeno "disapplicativo": «Tale meccanismo viene in considerazione ogniqualvolta il diritto comunitario, nelle materie di propria pertinenza, sancisca diritti o facoltà ovvero fissi limiti all'imposizione di vincoli all'esercizio dei diritti medesimi: in questo senso il diritto comunitario può incidere sull'estensione delle cause di giustificazione previste dagli artt. 51-54 c.p. [...] La suddetta prevalenza del diritto comunitario implicherebbe la disapplicazione - *rectius* - la non applicazione (parziale o totale) delle disposizioni penali interne, le quali non vengono né caducate né abrogate ma, non applicate – limitatamente al caso di specie – riacquistando forza cogente e portata sanzionatoria nelle ipotesi in cui la fonte comunitaria non venga in rilievo»<sup>16</sup>.

Il meccanismo in parola è stato più volte affermato dalla Corte di giustizia UE proprio con riferimento alla materia qui in esame (*gambling*). Nella sentenza *Gambelli* del 6 novembre 2003, avente ad oggetto le attività di intermediazione nella gestione e raccolta di scommesse ex art. 4 della legge n. 401/89, la Corte di giustizia UE ha avuto modo di delineare con chiarezza il potere-dovere dei Giudici nazionali di disapplicare la norma penale interna ogni qualvolta questa rappresenti una restrizione all'esercizio dei diritti fon-

<sup>16</sup> Queste le conclusioni del Tribunale di Ragusa, sentenza del 25 gennaio 2006, in applicazione dei principi espressi dalla Corte di giustizia UE in materia di giochi e scommesse non autorizzate ex art. 4, legge n. 401/89 (inedita, pubblicata su <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/21685.html>, con nota di S. GUASTELLA, *Giuoco e scommesse on line: la normativa italiana contrasta con la normativa europea*).

damentali riconosciuti dal Trattato CE, quali il diritto di stabilimento ex art. 43 e la libera prestazione di servizi transfrontalieri ex art. 49, e sempre che, ai sensi dell'art. 46 CE, tale restrizione non sia giustificata da (e neanche proporzionale a) obiettivi di interesse primario (ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica) che lo Stato membro dichiara di perseguire, come quello di contrastare la propensione dei consumatori al gioco d'azzardo<sup>17</sup>.

In linea con la sentenza *Gambelli* è la recente sentenza della Corte di giustizia UE del 6 marzo 2007 nei procedimenti riuniti n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04, *Placanica e altri*, nella quale è stato ribadito che «Spetterà ai giudici nazionali verificare se la normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo mirante a prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti» (massima n. 2)<sup>18</sup>.

Ne consegue che le eventuali norme nazionali che osterebbero alla libera distribuzione di una rivista periodica contenente la pubblicità di siti *web* del gioco del poker autorizzati in altro Stato membro UE, a maggior ragione, dovrebbero essere sottoposte dai giudici italiani ad una valutazione volta ad accertare che siano effettivamente giustificate da quei medesimi obiettivi di interesse primario e che non prevedano misure sanzionatorie sproporzionate al raggiungimento di tali obiettivi. In caso di valutazione negativa, tali norme interne andrebbero senza dubbio disapplicate.

## 6. Conclusione

La materia dei giochi e delle scommesse *on-line* è stata "trattata" da vari organi giudiziari nazionali sia di legittimità che di merito, ma con risultati, nel tempo, del tutto contrastanti in termini di interpretazione ed applicazione, soprattutto, dell'art. 4 della l. n. 401/89 e dell'art. 88 TULPS con riferimento ai principi di cui al combinato disposto degli artt. 43, 46 e 49 del Trattato CE<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Così la Corte: «laddove le autorità di uno Stato membro inducano e 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 alle necessità di ridurre le occasioni di gioco per giustificare provvedimenti come quello oggetto della causa principale», sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 528. In argomento v. anche la sentenza del 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, *Zenatti*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7289 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 293.

<sup>18</sup> In *Raccolta*, 2007, I, p. 1891 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 332 (la sentenza è disponibile anche sul sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)); cfr. anche Corte dell'EFTA (European Free Trade Association), sentenza del 30 maggio 2007 in causa n. E-3/06, *Ladbrokes Ltd. c. Regno di Norvegia*, in *European Law Reporter*, n. 6/07, p. 206 (con nota di S. PLANZER, «Place your bets» - Towards a policy of responsible gambling).

<sup>19</sup> A seguito della sentenza *Gambelli*, *loc. cit.*, si venne a determinare un parziale contrasto tra i principi espressi dalla Corte UE e quanto la Cassazione ebbe a ritenere con riferimento alle finalità

Pertanto, è opportuno riassumere conclusivamente che le norme di cui all'art. 718 ss. del codice penale, in assenza di autorevoli decisioni giurisprudenziali, rimangono le uniche astrattamente applicabili al gioco del poker *on line*, ma non sembrano concretamente riferibili all'ipotesi di attività pubblicitaria come sopra esaminata.

Alla stregua del complesso di argomentazioni svolte, si conclude sulla inesistenza attuale di norme incriminatrici speciali concernenti la mera pubblicità dei servizi di gioco del poker *on line* gestiti lecitamente da imprese autorizzate secondo le norme di altro Stato membro UE. Anche laddove, per ipotesi, norme sanzionatorie fossero adottate *in itinere* o erroneamente ascritte attraverso una estensione delle fattispecie esistenti in materia di giochi che necessitano di autorizzazione dell'AAMS, il Giudice dovrebbe correttamente ritenere l'insussistenza del presunto fatto reato per carenza del profilo di illiceità penale in virtù dei diritti che la normativa comunitaria riconosce in suddetta materia (in specie, l'art. 49 CE), normativa immediatamente applicabile nel nostro sistema penale interno.

**Massimiliano Notaro\***

giustificatrici delle norme restrittive interne: «si può quindi concludere affermando il principio che la normativa italiana in materia di gestione delle scommesse e dei concorsi pronostici, anche se caratterizzata da ingannevole espansione dell'offerta, persegue finalità di controllo per motivi di ordine pubblico che, come tali, possono giustificare le restrizioni che essa pone ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi», SS. UU., 26 aprile 2004, n. 23272, *cit.*; conf. a Cass. pen., SS.UU., 26 aprile 2004, n. 23271, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 221.

\* Avvocato in Torino.

## **A LISBONA È STATO FIRMATO, IL 13 DICEMBRE 2007, IL TRATTATO CHE MODIFICA IL TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA E IL TRATTATO SULLA COMUNITÀ EUROPEA**

### **La Commissione plaude alla firma del Trattato di Lisbona e ne sollecita una celere ratifica\***

La Commissione plaude alla firma del Trattato di Lisbona e ne sollecita una celere ratifica.

Compiendo un importante passo sulla via dell'integrazione europea i ventisette Stati membri hanno firmato oggi il Trattato di Lisbona. Questo evento segna una nuova fase in quanto dota l'Unione di un nuovo Trattato atto a rispondere alle sfide del XXI secolo. La Commissione ritiene che il nuovo Trattato recherà nuovi importanti vantaggi per i cittadini e chiuderà per il prossimo futuro il dibattito istituzionale. In linea con l'approccio a doppio binario della Commissione Barroso, si potrà così porre maggiormente l'accento sulle tematiche che stanno a cuore ai cittadini come la crescita e l'occupazione, l'energia, il cambiamento climatico e le migrazioni. La Commissione sollecita gli Stati membri a ratificare tempestivamente il Trattato affinché questo possa entrare in vigore il 1° gennaio 2009. La Commissione ha inaugurato oggi un sito *web* consacrato al Trattato che illustra in modo agevole le innovazioni politiche e le riforme istituzionali che il nuovo Trattato reca con sé.

Il Presidente della Commissione europea, José Manuel Barroso, ha affermato: «Questo Trattato segna uno spartiacque nella storia dell'integrazione europea. Il Trattato di Lisbona pone i cittadini al centro del progetto europeo. Dopo sei lunghi anni di negoziati possiamo accantonare per ora le questioni istituzionali e concentrare tutte le nostre energie per presentare ai nostri cittadini risultati politici. Invito gli Stati membri a onorare i loro impegni e ad adoperarsi per ratificare tempestivamente il Trattato affinché esso entri in vigore, come previsto, il 1° gennaio 2009».

«Questo nuovo Trattato è un bene per i cittadini europei» ha affermato il Vice-Presidente della Commissione, Margot Wallström, responsabile per le relazioni istituzionali e la strategia della comunicazione. Esso consentirà di operare in modo più efficiente e conferirà all'Unione una voce unica nelle relazioni esterne. I cittadini potranno far sentire maggiormente la loro voce nell'ambito delle politiche europee grazie ai maggiori poteri conferiti ai rappresentanti da essi eletti direttamente nel Parlamento europeo e al ruolo accresciuto dei parlamenti nazionali. La nuova «Iniziativa dei cittadini» consentirà ai cittadini, se raggiungeranno il numero di un milione, di

\* Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/07/1922 del 13 dicembre 2007. Il testo che si pubblica è tratto dal sito internet [http://europa.eu/press\\_room/index\\_en.htm](http://europa.eu/press_room/index_en.htm) (*n.d.r.*).

chiedere alla Commissione di presentare una proposta politica. Il fatto di disporre di procedure più democratiche è fondamentale per un'Unione basata sul consenso dei cittadini e contribuirà a ripristinare la fiducia nel processo di integrazione europeo".

Il Trattato di Lisbona modifica i vigenti Trattati UE e CE senza rimpiazzarli. Esso dota l'Unione del quadro giuridico e degli strumenti necessari per affrontare le sfide future e per rispondere alle richieste dei cittadini.

Il Trattato di Lisbona recherà molti benefici: il nuovo Trattato assicurerà che i cittadini europei possano far sentire la loro voce negli affari europei ed ancora i loro diritti fondamentali in un'apposita Carta. L'UE sarà meglio attrezzata per rispondere alle aspettative dei cittadini in ambiti quali l'energia, il cambiamento climatico, la criminalità transfrontaliera e l'immigrazione. L'UE sarà anche in grado di esprimersi in modo univoco sulla scena internazionale.

Tra i principali miglioramenti previsti vi sono:

- un'Unione più democratica, più aperta e più responsabile – sia i cittadini che i parlamenti nazionali vedranno aprirsi al pubblico scrutinio le decisioni adottate in prima istanza nel corso del processo legislativo. I cittadini europei avranno l'opportunità di influire sulle proposte legislative dell'UE;

- un'Unione più efficace – grazie a istituzioni più efficaci e snellite e a un processo decisionale più celere e coerente in materia di pubblica sicurezza, l'UE sarà meglio in grado di lottare contro il crimine, il terrorismo e la tratta di esseri umani;

- maggiori diritti per i cittadini europei – i valori e gli obiettivi dell'UE saranno illustrati in modo quanto mai chiaro. Inoltre la Carta dei diritti fondamentali godrà di uno *status* giuridico identico a quello dei trattati stessi;

- un attore globale di maggiore spicco – l'UE si adopererà per assicurare maggiore coerenza tra i filoni della sua politica esterna quali la diplomazia, la sicurezza, gli scambi e gli aiuti umanitari. Il tutto con un'unica personalità giuridica in modo da consolidare il potere negoziale.

Questi miglioramenti conferiscono all'Unione la capacità di imprimere cambiamenti, di assicurare maggiore sicurezza e prosperità ai cittadini europei dando loro l'opportunità di partecipare attivamente alla globalizzazione.

### *Contesto*

Il Trattato di Lisbona, elaborato dalla Conferenza intergovernativa del 2007 (CIG) è stato approvato nel Consiglio europeo informale del 18-19 ottobre e sarà firmato dagli Stati membri il 13 dicembre 2007. Alla firma del Trattato farà seguito il processo di ratifica in tutti e ventisette i Paesi. Si auspica che il nuovo Trattato entri in vigore il 1° gennaio 2009.

Il nuovo sito *web* fornisce informazioni *user friendly* e di facile lettura in tutte e ventitre le lingue ufficiali dell'UE. Coloro che lo consulteranno potranno informarsi sul modo in cui il nuovo Trattato consente all'UE di affrontare i cambiamenti del mondo attuale e di promuovere una maggiore efficacia, democrazia e trasparenza nelle sue istituzioni. Sono anche disponibili risposte alle domande ricorrenti corredate di schede tematiche che illustrano i principali cambiamenti introdotti dal Trattato.

Per visitare il nuovo sito *web* consacrato al Trattato di Lisbona vi invitiamo a consultare: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty](http://europa.eu/lisbon_treaty).

### **Condurre l'Europa nel XXI secolo\*\***

In 50 anni l'Europa è cambiata, il mondo è cambiato.

Oggi più che mai, in un mondo globalizzato in costante mutamento, l'Europa è chiamata ad affrontare nuove sfide. La globalizzazione dell'economia, l'evoluzione demografica, i cambiamenti climatici, l'approvvigionamento energetico, per non parlare delle nuove minacce che gravano sulla sicurezza, sono i grandi temi con i quali l'Europa del XXI secolo deve misurarsi.

Gli Stati membri non sono più in grado di affrontare da soli tutte queste nuove problematiche che non conoscono frontiere. Per farvi fronte e rispondere alle preoccupazioni dei cittadini serve uno sforzo collettivo a livello europeo. Tuttavia, per poter fronteggiare queste sfide l'Europa deve modernizzarsi. Deve disporre di strumenti efficaci e coerenti che siano adatti non soltanto al funzionamento di un'Unione europea recentemente passata da quindici a ventisette Stati membri, ma anche alle rapide trasformazioni del mondo attuale. Le regole di vita comune, stabilite dai Trattati, vanno perciò rinnovate.

È questo l'obiettivo del Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. Tenendo conto delle evoluzioni politiche, economiche e sociali e volendo rispondere alle aspirazioni degli europei, i Capi di Stato e di Governo hanno convenuto nuove regole che disciplinano la portata e le modalità della futura azione dell'Unione. Il Trattato di Lisbona consentirà pertanto di adeguare le istituzioni europee e i loro metodi di lavoro, di rafforzare la legittimità democratica dell'Unione e di consolidare i valori fondamentali che ne sono alla base.

Il Trattato di Lisbona è frutto dei negoziati condotti dagli Stati membri all'interno di una conferenza intergovernativa, ai cui lavori hanno partecipato anche la Commissione e il Parlamento europeo. Prima di poter entrare in vigore, questo Trattato dovrà essere ratificato da ciascuno dei ventisette Paesi dell'UE. Spetta a questi ultimi definire, in base alle rispettive norme costituzionali, come procedere alla ratifica.

Gli Stati membri si sono dati come obiettivo l'entrata in vigore del Trattato il 1° gennaio 2009, ovvero alcuni mesi prima delle elezioni del Parlamento europeo.

\*\* Il testo che si pubblica è tratto dal sito internet [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/take/index\\_it.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/take/index_it.htm) (n.d.r.).





## CONSIGLIO EUROPEO

### Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 14 dicembre 2007\*

1. La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una relazione del signor Hans-Gert Pöttering, presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

2. Il Consiglio europeo ha inoltre proceduto, alla presenza del presidente del Parlamento europeo, ad uno scambio di opinioni con il signor Ernest-Antoine Seillière, presidente di BusinessEurope, e con la signora Maria Helena André, segretaria generale aggiunta della CES.

3. Il Consiglio europeo accoglie favorevolmente l'accordo raggiunto nella CIG il 18 ottobre 2007 e la successiva firma del Trattato di Lisbona, il 13 dicembre, nonché la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali il 12 dicembre 2007. Sollecita una rapida conclusione dei processi nazionali di ratifica in modo che il Trattato possa entrare in vigore il 1° gennaio 2009.

4. Il Consiglio europeo farà il punto dei progressi sui lavori preparatori necessari al momento opportuno in modo da assicurare il pieno funzionamento del trattato non appena entrerà in vigore. Sottolinea il carattere generale di questo esercizio e l'esigenza che ne consegue di un quadro unico nonché di una guida politica al più alto livello. I lavori tecnici inizieranno a Bruxelles in gennaio in base a un programma di lavoro che sarà presentato sotto l'autorità del Presidente entrante del Consiglio europeo.

5. Conformemente alla dichiarazione n. 5 allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa, il Consiglio europeo dà l'accordo politico al progetto di decisione che stabilisce la composizione del Parlamento europeo, che quest'ultimo ha approvato politicamente l'11 ottobre 2007, nella versione riveduta secondo la dichiarazione n. 4 allegata all'atto finale. Di conseguenza, il testo dei *considerando* 2 e 3 del progetto di decisione sarà adattato per rispecchiare il testo dell'art. 9 A, par. 2 del Trattato sull'Unione europea modificato dal Trattato di Lisbona e, nella tabella contenuta nell'art. 2, la cifra relativa all'Italia sarà "73". La decisione sarà adottata quanto prima dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, secondo la procedura prevista all'art. 9 A, par. 2, secondo

\* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet [http://europa.eu.int/european\\_council/websites/index\\_it.htm](http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm) (n.d.r.).

comma del Trattato sull'Unione europea modificato dal Trattato di Lisbona. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri ad adottare le necessarie misure interne prima possibile per far sì che, all'entrata in vigore della presente decisione, la normativa nazionale necessaria all'attuazione sia stata introdotta in tempo utile per le elezioni del Parlamento europeo (legislatura 2009-2014).

6. Il Trattato di Lisbona doterà l'Unione di un quadro istituzionale stabile e duraturo. Per il prossimo futuro non si prevedono cambiamenti cosicché essa sarà in grado di concentrarsi appieno sulla risposta alle sfide politiche concrete che si profilano, compresi la globalizzazione e il cambiamento climatico, come è stato sottolineato chiaramente a Lisbona il 19 ottobre 2007 nella riunione informale dei Capi di Stato o di Governo, sulla base della comunicazione della Commissione «L'interesse europeo: riuscire nell'epoca della globalizzazione». In questo contesto il Consiglio europeo adotta una dichiarazione sulla globalizzazione (cfr. allegato).

7. Il Consiglio europeo prende atto della comunicazione della Commissione sulla strategia di allargamento e approva le conclusioni del Consiglio «Affari generali e relazioni esterne» del 10 dicembre.

### **Gruppo di riflessione orizzonte 2020-2030**

8. Per aiutare l'Unione ad anticipare e rispondere ai problemi in modo più efficace a lungo termine (orizzonte 2020-2030), il Consiglio europeo istituisce un gruppo di riflessione indipendente.

Prendendo avvio dalle sfide lanciate nella dichiarazione di Berlino del 25 marzo 2007, il gruppo dovrà individuare le questioni e gli sviluppi essenziali che si delineano per l'Unione e esaminare in che modo farvi fronte. Per citare alcuni esempi: rafforzare e ammodernare il modello europeo di riuscita economica e responsabilità sociale, intensificare la competitività dell'UE, stato di diritto, sviluppo sostenibile come obiettivo fondamentale dell'Unione europea, stabilità globale, migrazione, energia e protezione del clima, lotta contro l'insicurezza globale, la criminalità internazionale e il terrorismo. Particolare attenzione va dedicata al modo migliore per stabilire un contatto con i cittadini e rispondere alle loro aspettative ed esigenze.

9. Il gruppo lavorerà nel quadro istituito dal Trattato di Lisbona. Non tratterà quindi questioni istituzionali; data la sua natura a lungo termine, la sua analisi non dovrebbe neppure tradursi in un esame delle politiche in vigore o del prossimo quadro finanziario dell'Unione.

10. Nei lavori, il gruppo di riflessione dovrà tener conto dei probabili mutamenti all'interno e al di fuori dell'Europa e valutare in particolare in che modo favorire al meglio, nel lungo periodo, la stabilità e prosperità dell'Unione e dell'intera regione europea.

11. Il Gruppo sarà presieduto dal signor Felipe González Márquez assistito da due vicepresidenti, la signora Vaira Vīcie-Freiberga e il signor Jorma Ollila, e sarà costituito da non più di 9 membri selezionati in base al merito in tutta l'Unione. Si invitano il presidente e i vicepresidenti a sottoporre un elenco di nominativi all'esame del Consiglio europeo sotto la presidenza francese.

12. Il gruppo si riunirà secondo necessità e sarà responsabile dell'organizzazione

dei propri lavori.

13. Riferirà al Consiglio europeo con una relazione nella riunione del giugno 2010.

### **Libertà, sicurezza e giustizia**

14. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'allargamento dello Spazio Schengen e l'abolizione dei controlli alle frontiere interne degli Stati membri che partecipano al progetto SISone4ALL, dal 21 dicembre 2007 per le frontiere terrestri e marittime e dal marzo 2008 per le frontiere aeree, in modo da estendere la libera circolazione effettiva delle persone.

15. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'istituzione della «Giornata europea contro la pena di morte» il 10 ottobre di ogni anno.

16. L'ulteriore sviluppo di una *politica migratoria globale europea*, a integrazione delle politiche degli Stati membri, rimane una priorità fondamentale per rispondere alle sfide e trarre vantaggio dalle opportunità che la migrazione comporta in una nuova era di globalizzazione. Il Consiglio europeo sottolinea pertanto l'esigenza di un nuovo impegno politico e a tale riguardo prende atto della comunicazione della Commissione su una politica comune in materia di immigrazione. Il Consiglio attende con interesse le prossime proposte della Commissione nel 2008.

17. La cooperazione con i Paesi terzi rimane vitale per una corretta gestione dei flussi migratori e il contrasto dell'immigrazione illegale. Il Consiglio europeo accoglie con favore i progressi che si stanno compiendo nell'attuazione dell'*approccio globale in materia di migrazione* riguardo all'Africa e al Mediterraneo, in particolare per quanto concerne le missioni dell'UE in Africa e nei Paesi mediterranei, nonché i progressi compiuti nell'applicazione di tale approccio globale alle regioni limitrofe orientali e sudorientali dell'Unione europea. Attende con interesse l'organizzazione della seconda conferenza ministeriale euro-africana sulla migrazione e lo sviluppo nel 2008. Approva le conclusioni del Consiglio del 10 dicembre 2007 sui partenariati per la mobilità e la migrazione circolare e accoglie con favore, a tale riguardo, la decisione di aprire il dialogo al fine di avviare partenariati pilota per la mobilità con Capo Verde e Repubblica moldova. La Commissione è invitata a riferire sui progressi entro il giugno del 2008. La recente riunione ministeriale euromediterranea sulla migrazione ha contribuito all'ulteriore sviluppo della cooperazione pratica con i *partner* mediterranei in tutti i settori interessati. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'adozione, in occasione del secondo vertice Africa/UE, di una strategia comune che annovera la migrazione tra i settori prioritari per entrambe le parti e per la quale entrambe le parti cercheranno soluzioni comuni; il piano d'azione della strategia comune prevede un partenariato in materia di migrazione, mobilità e occupazione con una serie di misure concrete da adottare nel prossimo triennio.

18. Il Consiglio europeo approva le conclusioni del Consiglio del 19 novembre 2007 sulla coerenza tra le politiche di migrazione e di sviluppo e invita a proseguire i lavori in questo campo. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di approfondire il dialogo con la regione dell'America Latina e dei Caraibi.

(*Omissis*)

27. Il rafforzamento della *cooperazione di polizia e giudiziaria* rimane una priorità. Il funzionamento dell'Eurojust e dell'Europol deve essere migliorato; per quanto riguarda quest'ultimo è necessario che il Consiglio raggiunga un accordo sulla decisione del Consiglio che istituisce l'Europol al più tardi entro il mese di giugno 2008 ed esamini regolarmente l'andamento dei lavori riguardo al piano di attuazione. Il Consiglio europeo si compiace inoltre dell'orientamento generale in ordine alla decisione quadro del Consiglio sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia. Occorre potenziare la cooperazione mediante il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale.

28. Il Consiglio europeo invita ad avanzare rapidamente nei lavori inerenti alla direttiva sulla tutela penale dell'ambiente.

29. Le recenti azioni terroristiche in Europa e i numerosi attacchi terroristici commessi in altre parti del mondo rendono sempre più necessario che l'Unione e gli Stati membri rimangano pienamente impegnati ad attuare la *strategia antiterrorismo*.

(*Omissis*)

32. Il Consiglio europeo si compiace dell'adozione della decisione che istituisce un *meccanismo comunitario di protezione civile* (rifusione) e invita il Consiglio e la Commissione a utilizzare al meglio questo strumento, assieme allo strumento finanziario per la protezione civile, per essere preparati ad affrontare in futuro situazioni di grave emergenza. In questo contesto il Consiglio europeo attende con interesse la futura proposta della Commissione sul rafforzamento della capacità di reazione dell'UE alle calamità.

33. Il Consiglio europeo riafferma la necessità di migliorare *l'accesso alla giustizia* nell'Unione europea grazie a procedure semplificate, più efficaci e accessibili, si compiace dei risultati conseguiti nel settore della giustizia elettronica e chiede di proseguire i lavori al riguardo.

(*Omissis*)

### **Questioni economiche, sociali e ambientali**

38. Il Consiglio europeo accoglie con compiacimento la presentazione della relazione strategica della Commissione che valuta l'attuazione della *strategia di Lisbona* rinnovata *per la crescita e l'occupazione* e avanza proposte per il prossimo ciclo triennale, tra cui una nuova serie di orientamenti integrati, raccomandazioni proprie a ciascun paese e un nuovo programma comunitario di Lisbona. Il Consiglio europeo esorta a proseguire rapidamente i lavori in modo da poter avviare il prossimo ciclo nella riunione del marzo 2008 e sottolinea il ruolo del nuovo programma comunitario di Lisbona per l'approccio di partenariato. Questo programma deve apportare un valore aggiunto a livello comunitario al fine di migliorare la coerenza delle riforme e massimizzarne le ricadute positive.

**39.** La strategia di Lisbona sta dando risultati. I quattro settori prioritari di riforma individuati dal Consiglio europeo nella primavera del 2006 continuano ad essere validi: conoscenza e innovazione, mondo imprenditoriale, occupazione e energia e cambiamenti climatici. Pertanto, mentre occorre affrontare le sfide in continua evoluzione, non è necessaria una revisione radicale degli orientamenti integrati. Il nuovo ciclo della strategia di Lisbona dovrebbe vertere soprattutto sull'applicazione e sui risultati delle riforme. Da dibattiti preliminari in sede di Consiglio è già emersa l'esigenza di un'azione adeguata in settori quali spazio europeo della ricerca, meccanismi di innovazione, PMI, mercato unico, concorrenza, modernizzazione dell'amministrazione pubblica, istruzione e competenze specialistiche, flessicurezza, misure per promuovere la partecipazione dei lavoratori, inclusione sociale, coesione territoriale, energia, cambiamenti climatici, visibilità della dimensione sociale, sostenibilità e qualità delle finanze pubbliche. Tale sforzo dovrebbe interessare il livello nazionale, comunitario ed esterno dell'azione.

*(Omissis)*

#### **Relazioni esterne**

**62.** Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un approfondimento delle relazioni tra l'Unione europea e i suoi partner in un mondo sempre più globalizzato. I vertici che si sono svolti nel corso di questo semestre con il Brasile, la Russia, l'Ucraina, la Cina, l'India, l'ASEAN e l'Africa hanno contribuito a rafforzare le relazioni dell'UE con i *partner* in questione e a potenziare la base comune nell'affrontare le sfide globali.

*(Omissis)*

#### ALLEGATO

##### **Dichiarazione dell'Ue sulla globalizzazione**

*(Omissis)*



# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## LA POLITICA URBANA DELL'UNIONE EUROPEA E LA «CARTA DI LIPSIA»\*

**Sommario:** **1.** Il concetto di «sviluppo sostenibile» - **2.** Le cifre e gli obiettivi di politica urbana dell'Unione - **3.** Le regioni e le città come motori dello sviluppo sostenibile urbano in Europa - **4.** I protagonisti del cambiamento - **5.** La «Carta di Lipsia» - **6.** I compiti concreti e gli impegni della «Carta di Lipsia» - **7.** Le aree urbane in Italia - **8.** La competitività e attrattività delle città e dei sistemi urbani nel «Quadro strategico nazionale 2007-2013».

### **1. Il concetto di «sviluppo sostenibile»**

Con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, il Trattato sull'Unione europea veniva modificato introducendo il concetto secondo cui la promozione del progresso economico e sociale dei popoli europei deve avvenire «tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile».

Per «sviluppo sostenibile» si intende quella forma di crescita economica e sociale che soddisfa i bisogni attuali, senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i loro.

Dal momento in cui tale concetto è stato introdotto – ed ormai sono passati dieci anni – esso è diventato un principio della politica dell'Unione, al cui raggiungimento risultano finalizzate tutte le politiche comunitarie intese a promuovere la crescita economica e la coesione sociale.

\* Relazione tenuta all'incontro organizzato dall'Associazione Nazionale tra Società di Promozione e Sviluppo Immobiliare (ASPEI) del 20 settembre 2007 su «La politica urbana nell'Unione europea: scelte e opportunità per gli imprenditori immobiliari».

Più precisamente, il conseguimento di uno sviluppo sostenibile a tutti i livelli di *governance* (controllo) viene reso possibile integrando la dimensione ambientale in tutti gli altri settori della politica e dell'economia comunitaria.

Alla luce dei dati che ora vedremo, l'attuazione di una politica di *sviluppo urbano sostenibile* rappresenta un pilastro decisivo nella promozione dell'obiettivo generale.

## 2. Le cifre e gli obiettivi di politica urbana dell'Unione

Il territorio dell'Unione europea si estende per oltre quattro milioni di chilometri quadrati e comprende una popolazione di quattrocentonovanta milioni di abitanti.

L'economia dei ventisette Stati membri genera congiuntamente circa un terzo del prodotto interno lordo mondiale<sup>1</sup>.

Oltre il sessanta per cento degli europei vive in aree urbane con più di cinquantamila abitanti.

L'Europa è allora definibile in termini territoriali ed economici come un gigante, la cui popolazione vive, in maggioranza, nelle città.

Lo stato dell'ambiente urbano rappresenta dunque un fattore determinante sia della qualità della vita che, in modo collegato, della capacità creativa e produttiva del «sistema Europa»<sup>2</sup>.

Un'elevata qualità dell'ambiente urbano costituisce, in altri termini, un fattore decisivo per il raggiungimento dell'obiettivo, considerato prioritario dall'Unione, di rendere l'Europa più capace di attrarre investimenti e lavoro.

Come sostenuto a chiusura della «Carta di Lipsia», un documento sottoscritto nel maggio 2007 dai Ministri dell'Unione, che costituirà il punto focale della nostra analisi, «Europe needs cities and regions which are strong and good to live in»<sup>3</sup>.

Il rafforzamento della capacità produttiva e della sostenibilità dell'ambiente urbano va poi a sua volta inquadrato nel più generale obiettivo del rafforzamento della coesione economica e sociale fra gli Stati membri, obiettivo la cui importanza viene appena dopo quella della creazione di uno spazio in-

<sup>1</sup> Traduzione non ufficiale da *Territorial Agenda of the European Union. Towards a More Competitive and Sustainable Europe of Diverse Regions*, punto 1, disponibile sul sito [http://www.mzopu.hr/doc/TA\\_en\\_Final\\_17\\_05.pdf](http://www.mzopu.hr/doc/TA_en_Final_17_05.pdf).

<sup>2</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo relativa ad una strategia tematica sull'ambiente urbano SEC(2006)16, p. 2.

<sup>3</sup> *Leipzig Charter on Sustainable European Cities*, p. 7. Il testo in lingua inglese della Carta di Lipsia è disponibile al seguente indirizzo internet: [http://www.bmvbs.de/en/Urban-affairs-and-housing-,1875\\_982774/Leipzig-Charter-on-Sustainable.htm](http://www.bmvbs.de/en/Urban-affairs-and-housing-,1875_982774/Leipzig-Charter-on-Sustainable.htm) oppure al seguente indirizzo internet: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/themes/urban/leipzig\\_charter.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/themes/urban/leipzig_charter.pdf). Il testo in lingua italiana è disponibile sul seguente indirizzo internet: [http://www.a21italy.it/a21italy/upload/dl/Sostenibile/2007/Leipzig-Charter\\_IT.pdf](http://www.a21italy.it/a21italy/upload/dl/Sostenibile/2007/Leipzig-Charter_IT.pdf).



terno senza frontiere (art. 2 del Trattato di Maastricht del 1992).

Pari dignità rispetto all'obiettivo della coesione economica e sociale ha inoltre l'obiettivo della solidarietà fra gli Stati membri (art. I-3 della Costituzione europea del 2004), e quindi della riduzione del divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni (art. 158 del Trattato del 1957).

Già nel 1989, il rapporto Delors, nell'aprire la strada alla moneta unica, osservava infatti come l'esperienza storica insegnasse che, in assenza di politiche di riequilibrio, l'impatto complessivo dell'integrazione economica sulle regioni periferiche è tendenzialmente negativo, in quanto le economie di scala tendono a favorire lo spostamento delle attività economiche dalle regioni meno sviluppate a quelle più sviluppate, e non viceversa.

Quanto l'obiettivo della riduzione del divario sia ancora lontano dall'essere raggiunto, lo dicono anche qui le cifre: si stima infatti che il reddito medio di Paesi come la Romania sia dodici volte inferiore a quello percepito nella zona di Londra.

In termini operativi, si ritiene che la soluzione possa venire trovata nell'incentivazione di uno sviluppo territoriale di tipo policentrico ed orientato verso il sostegno alle potenzialità regionali e locali, sia nella «core area» dell'Unione che nei nuovi Stati membri<sup>4</sup>.

### **3. Le regioni e le città come motori dello sviluppo sostenibile urbano in Europa**

La scelta della dimensione urbana, e più in generale del livello locale, come motore dello sviluppo non si fonda peraltro esclusivamente sulle pur rilevanti considerazioni sin qui svolte.

Per unanime valutazione dei Ministri responsabili dello sviluppo urbano negli Stati membri, le città europee, per come si sono evolute nella storia, rappresentano un patrimonio economico, sociale e culturale prezioso ed insostituibile<sup>5</sup>.

Le città europee possiedono infatti qualità culturali ed architettoniche uniche, grandi forze che possono contribuire all'inclusione sociale e possibilità eccezionali di sviluppo economico.

Al tempo stesso, le città sono centri di diffusione del sapere e sorgenti di crescita ed innovazione.

Un'ulteriore ragione a sostegno della centralità del ruolo cittadino risiede nel fatto che «la diversità sotto il profilo storico, geografico, climatico e delle condizioni amministrative e giuridiche impone soluzioni per l'ambiente urbano concepite localmente e su misura. L'applicazione del principio di sussidia-

<sup>4</sup> *Territorial Agenda, cit. supra*, nota 1, punto 3.

<sup>5</sup> *Leipzig Charter, cit. supra*, nota 3, p. 1.

rietà, che prevede che le azioni siano intraprese al livello di maggiore efficacia, implica che si intervenga a livello locale»<sup>6</sup>.

«Last but not least», accanto a queste considerazioni di carattere positivo, l'urgenza di intervenire a livello cittadino appare motivata in sede comunitaria dalla constatazione che la maggior parte delle città si trova ad affrontare i medesimi problemi demografici, di ineguaglianza sociale, di esclusione sociale di specifici gruppi di popolazione, nonché di mancanza di abitazioni convenienti ed a buon mercato.

Inoltre, ugualmente diffusi sono gli stessi problemi ambientali, quali cattiva qualità dell'aria, traffico e congestione intensi, livelli elevati di rumore, presenza di aree abbandonate, degradate o dismesse, emissione di gas serra, sfregiamento del territorio («urban sprawl»), produzione e smaltimento di enormi quantità di rifiuti.

Per quanto concerne la rilevanza di questi problemi in sede nazionale, è purtroppo da evidenziare che «l'ambiente è il settore per il quale l'Italia registra il maggior numero di procedure di infrazione, relative prevalentemente alla normativa su rifiuti, qualità dell'aria e valutazione d'impatto ambientale»<sup>7</sup>.

Anche per queste ragioni, quindi, le problematiche del livello cittadino appaiono come urgenti da risolvere.

#### 4. I protagonisti del cambiamento

Prosperità economica, equilibrio sociale e miglioramento ambientale, vita culturale e cura della salute sono tematiche interdipendenti, la cui gestione richiede quindi un approccio integrato da parte delle autorità locali.

L'Unione sottolinea in proposito che, per la fondazione di una politica territoriale urbana europea che sia nuova e condivisa, occorre che ogni pretesa unilaterale di gestione del territorio venga accantonata.

Le città non appartengono alle autorità che le governano, come non appartengono agli investitori.

La riformulazione, o per meglio dire la riappropriazione dell'idea di città in Europa, richiede un dialogo intenso e continuo tra tutti i protagonisti dello sviluppo urbano.

Il relativo processo di cooperazione si riassume nell'espressione «territorial governance».

«Il settore privato (e specialmente l'imprenditorialità che opera su base

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *cit. supra*, nota 2, p. 3.

<sup>7</sup> QSN 2007-2013, Quadro Strategico nazionale per la politica regionale di sviluppo 2007-2013, p. 36, elaborato dal Ministero dello Sviluppo Economico, Dipartimento per le politiche di Sviluppo e di Coesione. Il testo è disponibile sul sito <http://www.dps.mef.gov.it/qsn/qsn.asp>.

locale e regionale), la comunità scientifica, il settore pubblico (e specialmente le autorità locali e regionali), le organizzazioni non governative ed i differenti settori devono agire insieme, al fine di far miglior uso di investimenti cruciali nelle regioni europee e di contribuire a contrastare i cambiamenti climatici»<sup>8</sup>.

In quale direzione, secondo l'Unione Europea, occorre dirigere questo sforzo congiunto?

## 5. La «Carta di Lipsia»

Il 24 e 25 maggio 2007, i Ministri responsabili dello sviluppo urbano nei ventisette Stati membri dell'Unione hanno raggiunto, per la prima volta, un'intesa su principi e strategie comuni da seguire in materia di sviluppo urbano.

Tale intesa è stata tradotta in un documento, la «Carta di Lipsia sulle città europee sostenibili», il cui scopo, indubbiamente ambizioso ma al tempo stesso inevitabile, è la riformulazione dell'idea di città in Europa.

Non si tratta, va detto subito, di un testo avente valore normativo in senso stretto.

Tuttavia, anche la scelta di ricorrere ad un accordo giuridicamente informale, anziché ad un atto normativo, è stata concordata fra gli Stati membri dell'Unione, sulla base della constatazione dell'obiettivo difficoltà di istituire norme comuni, concernenti tutte le questioni relative all'ambiente urbano.

Si è dunque ritenuto che legiferare non fosse il modo migliore per conseguire un obiettivo tanto sfaccettato e complesso, e che lo strumento della condivisione, sia nell'analisi che nelle soluzioni proposte, fosse molto più proficuo e suscettibile di produrre risultati in tempi preventivabili.

La novità dello strumento risiede nell'"autoassoggettamento" volontario di tutti gli Stati membri dell'Europa a criteri-guida e strategie comuni in materia di sviluppo urbano, in vista del perseguimento di obiettivi ugualmente concordati.

Date le rimarchevoli differenze esistenti tra le condizioni ed i livelli di sviluppo dei ventisette Stati membri, il modo concreto in cui questi obiettivi e strategie verranno raggiunti dovrà necessariamente essere diversificato.

Ciononostante, per molti Stati membri,

- il recepimento del concetto di pianificazione urbana integrata (cioè basata su obiettivi di sostenibilità e rispondente ai bisogni dei cittadini e dei vari settori sociali); e

- l'accettazione del fatto che esistono zone urbane sfavorite, e che è compito pubblico fare qualcosa per queste zone urbane;  
rappresentano per le autorità centrali e locali approcci all'azione senz'altro nuovi.

<sup>8</sup> *Territorial Agenda, cit. supra*, nota 1, punto 5.

## 6. I compiti concreti e gli impegni della «Carta di Lipsia»

La politica comune concordata tra i rappresentanti degli Stati membri dell'Unione e tradotta nella «Carta di Lipsia» si basa su due raccomandazioni fondamentali, ossia:

- I. *fare maggior uso di forme di approccio integrato alla politica di sviluppo urbano;*
- II. *prestare maggiore attenzione alle zone sfavorite delle città, tenendo conto del contesto urbano.*

Ognuna di queste due raccomandazioni si traduce in strategie d'azione puntuali, i cui obiettivi dichiarati sono il rafforzamento della competitività delle città europee e la risoluzione dei problemi delle zone urbane sfavorite.

Per rafforzare la competitività delle città europee, la «Carta di Lipsia» prospetta le seguenti strategie di azione:

### a. *Creare e proteggere spazi pubblici di elevata qualità*

La qualità degli spazi pubblici cittadini ed in generale dei paesaggi urbani creati dalla mano dell'uomo gioca un ruolo importante nelle condizioni di vita delle popolazioni urbane.

Come fattore locativo, la qualità degli spazi pubblici contribuisce ad attrarre l'industria del sapere, e quindi forza lavoro qualificata, di elevato livello culturale e creativo, giocando inoltre un ruolo come fonte di richiamo turistico.

La qualità degli spazi pubblici svolge inoltre un importante ruolo nell'educazione collettiva ad una «*Baukultur*».

Il termine «*Baukultur*» va inteso nell'accezione più ampia, ossia come la somma di tutti gli aspetti culturali, economici, tecnologici, sociali ed ecologici che hanno un'influenza sulla qualità e sul processo di pianificazione e costruzione dello spazio urbano.

Da spazi pubblici correttamente concepiti e realizzati, la «*Baukultur*» può estendersi all'intera città, nonché all'ambito periurbano.

«Creare e proteggere spazi urbani funzionali e ben progettati, infrastrutture e servizi è un compito che deve essere affrontato congiuntamente dallo Stato, dalle autorità regionali e locali, dai cittadini e dalla comunità degli affari»<sup>9</sup>.

### b. *Modernizzare la rete infrastrutturale e migliorare l'efficienza energetica*

Un contributo essenziale alla qualità della vita, dell'insediamento urbano e dell'ambiente può essere dato da reti di trasporto urbano sostenibili, accessibili e convenienti, con collegamenti coordinati alle reti di trasporto città-regione.

<sup>9</sup> *Leipzig Charter, cit. supra, nota 3, p. 3.*

La «Carta» sottolinea che particolare attenzione deve essere prestata alla gestione del traffico ed ai trasporti intermodali, includendo la creazione di percorsi pedonali e ciclabili.

Le infrastrutture tecniche, specialmente le reti dell'acqua potabile, gli impianti di trattamento dei reflui e le pubbliche utenze devono essere migliorate ed adattate, in modo da assicurare sin d'ora la loro compatibilità con le future esigenze di una vita urbana di elevata qualità.

La vera fonte di energia alternativa di cui sin d'ora disponiamo è il risparmio energetico.

Venendo alle questioni legate specificamente al campo edilizio, la «Carta di Lipsia» fissa obiettivi tecnico-costruttivi e di pianificazione molto precisi.

«l'efficienza energetica degli edifici deve essere migliorata, sia in quelli esistenti che in quelli di nuova costruzione.

Il rinnovamento del patrimonio edilizio può avere un impatto notevole, sia in termini di risparmio energetico che in termini di miglioramento della qualità di vita dei residenti»<sup>10</sup>.

Ancora più puntualmente, la «Carta» fissa il seguente indirizzo di carattere urbanistico: «Una base importante per un uso delle risorse efficiente e sostenibile è una struttura insediativa compatta. Ciò può essere raggiunto mediante una pianificazione spaziale ed urbana, che prevenga la proliferazione edilizia mediante un controllo forte sul patrimonio fondiario e sullo sviluppo speculativo. La strategia di mescolare usi abitativi, lavorativi, educativi, di servizio e ricreativi in un contesto urbano di vicinato si è dimostrata particolarmente sostenibile»<sup>11</sup>.

In termini ancora più stringenti, sempre provenienti da fonti comunitarie, «l'era delle aree residenziali e terziarie isolatamente ottimizzate, dei centri commerciali giganteschi e dei grandi spazi per il traffico è finita»<sup>12</sup>.

Quanto sopra, allo scopo di rendere le città più gradevoli, vitali e socialmente stabili, tenuto conto altresì del fatto che le città che possiedono un elevato livello di insediamenti misti sono meno soggette a crisi economiche<sup>13</sup>.

### c. *Attuare politiche attive di innovazione ed educazione*

Le città sono, come si è detto, anche luoghi di creazione e diffusione della conoscenza.

Ma il pieno sfruttamento del potenziale di conoscenze di una città dipen-

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>12</sup> Comunicazione della Presidenza europea «Renaissance der Städte», p. 1; il testo è disponibile sul sito internet: [www.bmvbs.de/Anlage/original\\_996467/Hintergrund-informationen-barrierefrei.pdf](http://www.bmvbs.de/Anlage/original_996467/Hintergrund-informationen-barrierefrei.pdf).

<sup>13</sup> Comunicazione, *loc. cit.*

de dalla qualità del suo sistema educativo pre-scolare e scolare, dalla possibilità di applicare le nozioni apprese e dalla rete di innervazione sociale e culturale esistente.

È poi altrettanto rilevante la circolazione dei dati e delle nozioni tra comunità scientifica, industria e comunità degli affari, al pari delle possibilità date alla formazione permanente e del grado di eccellenza delle università e degli istituti di ricerca.

Una politica di sviluppo urbano integrato può contribuire a migliorare questi fattori, ad esempio riunendo i soggetti coinvolti, sostenendo e sviluppando le reti di contatto ed ottimizzando i fattori locativi.

Lo sviluppo urbano integrato può dunque fungere da fattore di attenuazione delle disparità fra le zone cittadine, creando maggiori opportunità di partecipazione dei cittadini alla vita sociale.

Tra le varie forme di partecipazione democratica possibili, accanto a quelle già note cominciano a farsi strada quelle legate al concetto di «social accountability».

In proposito, gioca un ruolo importante il "bilancio sociale" degli enti locali, ossia quella forma di rendicontazione non contabile, con cui gli stessi rendono conto alla cittadinanza «delle scelte, dell'attività, dei risultati e dell'impiego di risorse in un dato periodo»<sup>14</sup>, favorendo sia il controllo collettivo sull'attività svolta, sia il processo di programmazione dell'attività da svolgere.

Circa la questione delle zone urbane sfavorite, la «Carta di Lipsia» porta alla ribalta il fatto che, all'interno di una stessa città, sovente esistono notevoli differenze tra le varie zone, sia in termini di opportunità economiche e sociali, sia in termini di qualità del contesto.

L'evidenziazione di tale fatto, di cui ognuno di noi ha esperienza diretta, non costituisce espressione di intenti genericamente filantropici o, usando un termine di moda, "buonisti", ma è motivato da un senso di allarme tutt'altro che vago o remoto, circa le conseguenze che ne scaturiscono.

Le differenze citate, evidenzia la «Carta di Lipsia», contribuiscono alla destabilizzazione, e quindi una politica di integrazione sociale, che contribuisca a ridurre le disuguaglianze ed a prevenire l'esclusione sociale, è una garanzia di mantenimento della sicurezza nelle città.

Al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione ed integrazione su cui l'intera Unione concorda, una politica di edilizia popolare ed economica ben concepita rappresenta uno strumento efficace.

Abitazioni salubri, adeguate e convenienti possono rendere le zone cittadine meno favorite più attraenti, sia per le famiglie di nuova formazione che

<sup>14</sup> Ministero dell'Interno, Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, *Linee Guida per la rendicontazione sociale negli enti locali*, Testo approvato dall'Osservatorio nella seduta del 7 giugno 2007, punto 2, disponibile sul sito internet: [osservatorio.interno.it/pareri/Linee%20guida%20.pdf](http://osservatorio.interno.it/pareri/Linee%20guida%20.pdf).

per gli anziani, contribuendo alla stabilità di quelle medesime zone.

La «Carta» pone in rilievo che «è meglio prestare attenzione ai primi segnali di avvertimento ed intraprendere azioni intese a rimediare in modo tempestivo ed efficace.

Questo consente di risparmiare risorse.

Quando un'area inizia a declinare, i costi e le difficoltà per invertire la tendenza possono essere molto più gravosi»<sup>15</sup>.

Nel contesto di questa analisi, la «Carta» ritiene cruciali per le zone urbane meno favorite quattro linee di azione.

Il comune presupposto delle stesse è la centralità assegnata al nesso di causalità tra sviluppo e contesto territoriale, che viene significativamente rovesciato.

Mentre le meno recenti teorie economiche della crescita economica ritenevano che lo sviluppo economico, sostenuto dalla disponibilità di capitale e lavoro, avrebbe trascinato con sé anche la disponibilità dei fattori di contesto (dalla formazione, alle infrastrutture, ai servizi di ogni genere, alle istituzioni), si riconosce ora che questi fattori devono essere assicurati "prima", in quanto rappresentano precondizioni essenziali allo sviluppo<sup>16</sup>.

Le linee di azione proposte sono dunque le seguenti:

*a. Seguire strategie di miglioramento dell'ambiente fisico*

L'attività economica e gli investimenti, da un lato, e l'alta qualità delle strutture urbane, un contesto solidamente costruito ed infrastrutture efficienti, dall'altro, sono strettamente connessi.

Per questa ragione, è necessario migliorare il patrimonio edilizio esistente nelle zone meno favorite delle città, seguendo criteri di *design*, condizioni fisiche e risparmio energetico.

Il miglioramento dello *standard* energetico degli edifici, sia in quelli nuovi che in quelli esistenti, reca in sé un enorme potenziale di risparmio energetico nell'intero territorio dell'Unione, e quindi può efficacemente contrastare il cambiamento climatico.

In proposito, a parere di chi scrive, l'indicazione emergente dalla «Carta» potrebbe anche essere letta nel senso che la stessa concezione tradizionale, per cui tutto il patrimonio edilizio debba essere costruito per avere una durata tendenzialmente molto lunga, potrebbe presto venire rivista.

Il miglioramento e l'affinamento dei criteri di risparmio energetico potrebbe infatti portare alla realizzazione di costruzioni "a termine", cioè concepite e destinate sin dall'inizio ad essere ciclicamente rimpiazzate da altre costruzioni maggiormente eco-compatibili.

<sup>15</sup> *Leipzig Charter, cit. supra*, nota 3, p. 5.

<sup>16</sup> In termini, cfr. QSN 2007-2013, *cit. supra*, nota 7, p. 50.

A sua volta, perché questo non si traduca all'atto pratico nel ricorso a banali soluzioni prefabbricate, occorre ripensare alla base la stessa gamma delle soluzioni progettuali, anche per quanto concerne l'impiego dei materiali, che potrebbero provenire su vasta scala anche dall'attività di recupero e riciclaggio dei rifiuti, come già accade per i materiali destinati all'isolamento termico ed alla coibentazione.

Al fine di incentivare gli investimenti nell'*upgrading* del patrimonio edilizio sociale, gli stessi dovranno venire inseriti in una strategia di sviluppo a lungo termine che includa, tra l'altro, investimenti pubblici che fungano da traino per un seguito di investimenti privati.

Ed a proposito di investimenti pubblici, va notato che, in Europa, gli enti pubblici sono i maggiori consumatori; spendono, infatti, circa il 16% del prodotto interno lordo dell'Unione europea<sup>17</sup>.

Nel settore dell'acquisto di edifici a basso consumo, oltretutto nei già citati settori dei trasporti pubblici compatibili con l'ambiente e dell'elettricità derivata da fonti energetiche rinnovabili, gli stessi enti pubblici possono offrire all'industria incentivi concreti per lo sviluppo di tecnologie "verdi", contribuendo a fornire un esempio trainante anche agli operatori privati.

*b. Rafforzare l'economia ed il mercato del lavoro locali*

Le misure intese ad assicurare la stabilizzazione economica delle zone urbane meno favorite devono valorizzare le forze economiche già presenti nelle stesse zone.

L'obiettivo comunitario in questo settore è di consolidare i posti di lavoro esistenti e di facilitare l'avvio di nuove imprese.

In particolare, le opportunità di accesso al locale mercato del lavoro devono essere migliorate, offrendo una formazione basata sulla domanda e sull'offerta concrete.

Con riguardo alla realtà multietnica già esistente nelle città, la «Carta» sostiene la necessità di incrementare le opportunità di impiego e di formazione nelle relative economie.

*c. Mettere in atto politiche attive di educazione e formazione per i bambini ed i giovani*

Un punto di partenza cruciale per migliorare la situazione delle zone meno favorite è il miglioramento della situazione educativa e formativa della comunità locale, congiuntamente all'elaborazione di politiche attive focalizzate sui bambini e sui giovani.

<sup>17</sup> *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2005, p. 5 della versione italiana.



Attraverso politiche elaborate "su misura" per le zone in cui i bambini ed i giovani vivono si contribuisce a migliorare le prospettive di inserimento sociale di quei bambini e di quei giovani, nonché la prospettiva di assicurare loro pari opportunità e la possibilità di realizzare le loro ambizioni.

*d. Promuovere reti di trasporto urbano efficienti e convenienti*

In generale, a caratterizzare una zona urbana come "meno favorita" interviene anche il vincolo rappresentato da radi collegamenti di trasporto pubblico che, al pari di condizioni ambientali scadenti, contribuisce a ridurre ulteriormente l'attrattività di tale zona.

Lo sviluppo di una rete di trasporto pubblico efficiente e conveniente può dare ai residenti in queste zone possibilità di mobilità e di accessibilità uguali a quelle degli altri cittadini, il che costituisce una loro legittima aspettativa.

Secondo la «Carta», al fine di raggiungere questo scopo, la pianificazione del trasporto pubblico e la gestione del traffico urbano devono portare a ridurre gli impatti ambientali negativi del trasporto sull'ambiente ed a organizzare i trasporti stessi in modo da integrare meglio le zone meno favorite sia nel tessuto cittadino che rispetto all'intera regione.

In conclusione, la «Carta» sottolinea quindi che «meglio si riesce a stabilizzare economicamente le zone meno favorite, ad integrare socialmente le stesse ed a migliorare il loro ambiente fisico e le loro infrastrutture di trasporto, maggiori saranno le possibilità che le nostre città rimangano luoghi di progresso sociale, crescita ed innovazione nel lungo periodo»<sup>18</sup>.

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti cui spetta fissare le direttrici generali della politica di sviluppo urbano, il paradigma generale della politica regionale comunitaria è nel senso che le stesse dovrebbero venire fissate al livello centrale di governo, sia per dare credibilità – per la distanza dagli interessi beneficiati – al sistema di regole proposto, sia per assicurare alle scelte locali l'apporto di conoscenze non-locali.

Per contro, l'azione pubblica viene ritenuta necessaria in sede locale, per agire come intermediaria fra risorse ed interesse dei territori.

Soprattutto, però, l'azione pubblica deve essere cooperativa fra centrale e locale, allo scopo di avviare processi di innovazione e trasformazione che richiedano capacità di intermediazione e produzione di soluzioni innovative<sup>19</sup>.

Al pari di quanto sopra, la «Carta di Lipsia» mette in evidenza che le amministrazioni locali devono poter disporre di adeguati margini di manovra, anche finanziari, al fine di assolvere in modo responsabile ai compiti locali su basi solide, nella prospettiva di assicurare la stabilità nel lungo periodo.

<sup>18</sup> *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, cit. supra, nota 17, p. 6.

<sup>19</sup> In termini, QSN 2007-2013, cit. supra, nota 7, p. 51.

È quindi importante che gli Stati membri abbiano l'opportunità di usare i fondi strutturali europei, per attuare sostanziali programmi di sviluppo urbano.

Ove non ne siano già dotate, le autorità locali dovrebbero dal canto loro sviluppare la competenza e l'efficienza necessarie a porre in essere politiche di sviluppo urbano integrato, con l'obiettivo di raggiungere una qualità ed una sostenibilità complessive dell'ambiente edificato.

«Le nuove iniziative dell'Unione Europea, JESSICA<sup>20</sup> e JEREMIE<sup>21</sup>, sostenendo l'istituzione di fondi per lo sviluppo urbano e di fondi per le piccole e medie imprese, ed impiegando strumenti di ingegneria finanziaria per stimolare l'ingresso del capitale privato nell'elaborazione di strategie di sviluppo urbano integrato, offrono promettenti opportunità di rafforzare l'effettività delle convenzionali fonti di finanziamento nazionali ed europee»<sup>22</sup>.

A livello nazionale, i vari Ministeri devono riconoscere con maggiore chiarezza l'importanza delle città nella diffusione delle ambizioni nazionali, regionali e locali, come pure l'impatto che le decisioni assunte in sede centrale possono avere su di loro.

Inoltre, il lavoro dei differenti settori del Governo dedicato a tematiche urbane, o che comunque abbia un impatto su di esse, deve essere meglio allineato ed integrato, affinché le diverse competenze risultino complementari, e non confliggenti.

I firmatari della «Carta» sottolineano, infine, l'importanza di uno scambio di idee ed esperienze sistematico e strutturato, nel campo dello sviluppo sostenibile urbano, tra soggetti che elaborano le direttive, soggetti attuatori e ricercatori a tutti i livelli: locale, regionale, nazionale ed europeo.

Ugualmente, è avvertita la necessità di creare una piattaforma comune europea, per condividere e sviluppare le migliori pratiche, statistiche, studi di *benchmarking*, valutazioni ed altre forme di ricerca urbana, al fine di sostenere gli attori dello sviluppo urbano a tutti i livelli ed in tutti i settori.

La prospettiva finale cui lavorare, è quella di avere in Europa città e regioni al tempo stesso economicamente forti ed in cui sia piacevole vivere.

<sup>20</sup> JESSICA (Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas – Sostegno europeo congiunto per investimenti sostenibili nelle aree urbane) costituisce, con JEREMIE e JASPERS, una delle tre nuove iniziative comunitarie per promuovere l'occupazione, la crescita e la coesione nelle regioni dell'Unione Europea.

Lo strumento nasce dall'azione congiunta della Banca Europea per gli investimenti (BEI), della Commissione Europea e della Banca di Sviluppo del Consiglio d'Europa (CEB), con l'obiettivo di realizzare uno strumento finanziario rivolto ad iniziative di risanamento e sviluppo urbano sostenibile, che coniughi i contributi finanziari dei Programmi Operativi 2007-2013 con altre forme di finanziamento pubbliche e private (mutui bancari, garanzie, investimenti privati, ecc.).

<sup>21</sup> JEREMIE (Joint European Resources for Micro to Medium Enterprises – Sostegno europeo congiunto per micro e medie imprese) è un'iniziativa della Commissione Europea, della Banca Europea per gli investimenti (BEI) e della Banca di Sviluppo del Consiglio d'Europa (CEB) per promuovere lo sviluppo delle piccole e medie imprese nelle regioni dell'Unione.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 7.

## 7. Le aree urbane in Italia

Rispetto alla generalità degli Stati dell'Unione, la situazione urbana italiana presenta alcune particolarità da evidenziare.

Innanzitutto, la percentuale di popolazione che vive in comuni che superano i 50.000 abitanti è pari al 34%, contro il 60% di media europea.

D'altro canto, però, la rete urbana nazionale è caratterizzata da numerose e vivaci città intermedie, che ne costituiscono l'ossatura e che accolgono, se si considerano le aree urbane potenziali, date dall'aggregazione di bacini contermini, una popolazione pari al 57% del totale nazionale.

Un ulteriore elemento caratterizzante riguarda il peso demografico ed economico della capitale: il sistema metropolitano di Roma accoglie meno del 6% della popolazione nazionale, laddove la metà delle capitali europee concentra tra il 12% ed il 50% della popolazione dei rispettivi Stati.

Da quanto sopra, consegue che i fattori di competitività legati alla massa ed alla scala urbana – che non sono certamente gli unici, ma di cui occorre tener conto – non favoriscono in modo particolare le nostre città nella competizione internazionale.

Schematizzando, in Italia possiamo annoverare:

- tre grandi città, ossia Milano, Roma e Napoli, intorno alle quali gravita complessivamente oltre il 20% della popolazione del paese;
- quattro potenziali sistemi metropolitani: Torino, Venezia, Bologna e Firenze;
- quattro agglomerazioni (> 400.000 ab.) settentrionali: Genova, Bergamo, Brescia e Verona;
- cinque agglomerazioni meridionali: Palermo, Bari, Catania, Cagliari e Taranto<sup>23</sup>.

Nei settori della ricerca, dell'innovazione e dei servizi avanzati, in particolare, la "salute" delle aggregazioni metropolitane rappresenta una questione centrale per l'economia del Paese.

Al fine di consolidare i fenomeni di crescita in atto, occorrono quindi politiche pubbliche forti in tema di mobilità, servizi ai cittadini ed alle imprese e tutela ambientale, da attuarsi in ambito sovracomunale e metropolitano.

In proposito, il Governo ha presentato un disegno di legge per giungere finalmente alla conformazione di nove città metropolitane.

## 8. La competitività e attrattività delle città e dei sistemi urbani nel «Quadro strategico nazionale 2007-2013»

Nel «Quadro Strategico Nazionale per la politica regionale di sviluppo 2007–2013» (QSN 2007–2013), vengono indicati quattro macro-obiettivi, a

<sup>23</sup> Per i dati e le considerazioni qui svolte, cfr. QSN 2007-2013, *cit. supra*, nota 7, p. 22 ss.

loro volta articolati in dieci priorità tematiche.

La «Priorità 8» è rappresentata dalla «Competitività e attrattività delle città e dei sistemi urbani».

Gli interventi relativi alla priorità citata vanno attuati in sinergia e complementarietà con la «Priorità 6. Reti e collegamenti per la mobilità», in particolare per quanto concerne l'obiettivo specifico «6.1.2 Promuovere la mobilità urbana sostenibile e la logistica urbana».

La base strategica ed analitica per gli interventi è rappresentata dai piani integrati di sviluppo urbano, e la programmazione delle città si articola in programmi per città metropolitane e programmi per i sistemi territoriali intercomunali.

Rispetto agli indirizzi generali dell'Unione, il QSN 2007-2013 pone ovviamente maggiore attenzione alle caratteristiche "nazionali" dell'amministrazione pubblica.

Viene così specificato che «al fine di limitare una certa propensione delle amministrazioni locali verso investimenti di carattere "quasi-ordinario" e di impatto limitato, sono definiti come prioritari gli interventi che incrementano gli effetti e il valore aggiunto delle risorse aggiuntive. In particolare, si individuano quali fattori determinanti per la crescita e la trasformazione delle economie urbane: l'attrazione di investimenti per la ricerca e la produzione tecnologica, la diffusione di servizi avanzati, nonché la maggiore valorizzazione dei vantaggi competitivi già esistenti in molte città e territori (dai sistemi turistico-culturali, all'alta formazione, all'intrattenimento), e la connessione dei progetti urbani con infrastrutture e reti sovra-regionali ed internazionali»<sup>24</sup>.

Il partenariato pubblico-privato costituisce criterio di selezione degli interventi, in quanto uno degli obiettivi in materia è la mobilitazione di risorse finanziarie e gestionali di operatori privati.

Accanto alla *partnership* di progetto, l'attenzione andrà quindi concentrata su schemi di finanza di progetto, concessioni (di costruzione e gestione, di bene pubblico, di servizio pubblico locale), strumenti societari (società miste e Società di Trasformazione Urbana), schemi innovativi di urbanistica consensuale-perequativa.

Gli obiettivi di sostegno al partenariato pubblico-privato potranno essere perseguiti anche attraverso lo strumento finanziario JESSICA, di prossima definizione con riferimento alle specificità (normative, finanziarie e di programmazione) del contesto nazionale<sup>25</sup>.

**Michele Paparelle**  
**Patrizia Quiaia\*\***

<sup>24</sup> QSN 2007-2013, *cit. supra*, nota 7, p. 149.

<sup>25</sup> QSN 2007-2013, *loc. cit.*, p. 151-152.

\*\* Avvocati in Milano.

## RECENSIONI

---

**Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod** (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parties I et IV, «Architecture constitutionnelle», Commentaire article par article, Tome 1*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1128, € 115,00

Mi era appena pervenuto il testo del *Trattato di Lisbona* – che modifica il Trattato sull'Unione europea e quello sulla Comunità europea – pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* n. C 306 del 17 dicembre 2007, e mi accingevo a leggerlo, quando il caso ha voluto che mi arrivasse sul tavolo, quasi contemporaneamente, il Commentario oggetto della presente recensione.

Trattandosi di un Commentario dedicato alla «*Architecture constitutionnelle*» dell'Unione europea, in un comprensibile attimo di incertezza ho collegato i due testi, sobbalzando ammirato per la straordinaria capacità organizzativa dell'Editore *Bruylant*, che si era dimostrato in grado di far commentare in men che si dica, con un poderoso volume di oltre mille pagine, il nuovo Trattato ancora fresco di stampa.

Mi sono però bastati pochi minuti di lettura del testo del *Trattato di Lisbona* per accorgermi dell'equivoco.

Il testo del Trattato, così come è stato firmato a Lisbona dai Capi di Stato o di Governo, non solo non si presta ad essere immediatamente commentato, ma neppure si presta ad essere semplicemente letto e capito, data la tecnica con cui è stato redatto.

Si tratta della tecnica, tutta italiana, di inserire nuovi articoli e modifiche parziali di quelli vecchi nel testo del Trattato precedentemente in vigore, così da rendere il testo del nuovo Trattato assolutamente incomprensibile.

I Capi di Stato o di Governo dei Paesi dell'Unione europea hanno quindi firmato a Lisbona, in data 13 dicembre 2007, un testo incomprensibile, non solo per loro ma per chiunque si sforzasse di leggerlo.

E meno male che il nuovo Trattato è stato predisposto per *semplificare* il testo del precedente Trattato che «*adotta una Costituzione per l'Europa*», considerato troppo complesso e farraginoso.

Secondo i *semplificatori*, pertanto, coloro che avevano votato contro il precedente Trattato senza averlo letto, voteranno ora a favore del nuovo che non capirebbero neppure se lo leggessero! Ma dobbiamo rassegnarci ed ammettere che sarà così, perché l'ignavia regna sovrana in questo mondo.

Ciononostante, bisogna dire che il Trattato sulla Costituzione europea, pur con le sue manchevolezze e imperfezioni, aveva una sua linearità e seguiva una logica del tutto comprensibile.

Ne ho avuto sicura conferma esaminando il Commentario oggetto della presente recensione.

Elaborato sotto la direzione di tre professori dell'Università di Parigi (*Burgogue-Larsen, Levade e Picod*) il primo tomo del Commentario è stato redatto da una cinquantina di giuristi di diversi Paesi (tra cui gli italiani: *Nascimbene, Condinanzi e Mastroianni*) che si sono ripartiti il compito di analizzare i diversi articoli contenuti nella prima e nella quarta parte del Trattato sulla Costituzione europea. Il secondo tomo del Commentario è dedicato alla seconda parte del Trattato (sui diritti fondamentali).

Esaminando i commenti dei singoli Autori, ciascuno preceduto da essenziali riferimenti bibliografici, si ha in effetti la conferma che la struttura costituzionale, che era stata creata, perseguiva lo scopo di consentire all'Unione europea di funzionare in modo adeguato per far fronte alle sfide che vengono lanciate con ritmo incessante in un mondo ormai divenuto ingovernabile.

Scorrendo il Commentario, si prova anche il rammarico di non poter utilizzare pienamente, in modo concreto, l'apporto di tanti validi contributi, in quanto, come sappiamo, il Trattato sulla Costituzione europea non è entrato in vigore.

Il lavoro dei valorosi commentatori potrà comunque essere utilizzato, oltre che per approfondimenti culturali, anche con riferimento a quelle disposizioni del precedente Trattato che sono state, alla fine, riprese nel *Trattato di Lisbona*. Occorrerà quindi svolgere un'indagine specifica per individuare le disposizioni riprese nel nuovo Trattato, mettendo a frutto i relativi commenti contenuti nell'opera.

**Fausto Capelli**

**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ALESSANDRA COMPASSI, *Dottoranda di Ricerca in Diritto dell'Unione Europea / Università degli Studi di Udine*

GIUSEPPINA DI SALVATORE, *Avvocato in Nuoro*

ANGELA DI STASI, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea /Università degli Studi di Salerno*

BARBARA KLAUS, *Avvocato in Milano e Monaco (Germania); docente di Diritto alimentare / Ludwig-Maximilians-Universität München e European Institute of Public Administration - Luxembourg*

MASSIMILIANO NOTARO, *Avvocato in Torino*

MICHELE PAPARELLE, *Avvocato in Milano*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato in Milano*

MARIA TERESA STILE, *Dottore di ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE / Università degli Studi di Napoli «Federico II»; assegnista di ricerca presso la medesima Università*

