

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

MARCO DARMON

presentate l'8 febbraio 1994 *

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

1. In questo procedimento pregiudiziale siete invitati, e si tratta del primo caso a mia conoscenza, a interpretare le norme in materia di concorrenza del Trattato CEE con riferimento al settore della distribuzione pubblica di energia elettrica. Vi è una possibilità di concorrenza nelle forniture elettriche? Deve permettersi l'accesso di altri soggetti alle reti pubbliche per consentire una efficace concorrenza tra fornitori di elettricità? Come si vede, la questione è importante.

2. Le caratteristiche economiche e fisiche dell'approvvigionamento elettrico sono molto particolari. La corrente elettrica può essere trasportata solo per mezzo di fili conduttori. Sulle lunghe distanze si verificano dispersioni considerevoli. L'impossibilità di immagazzinare la produzione fa sì che questa debba in ogni momento essere funzionale al consumo. Al contempo, l'energia elettrica è un prodotto di prima necessità, poiché permette di soddisfare un gran numero di bisogni, e quindi la sua fornitura deve essere garantita, generalizzata e di costo accessibile.

3. La prima peculiarità del mercato dell'energia elettrica risiede nel fatto che, come nel campo della telefonia vocale tradizionale, la distribuzione viene effettuata attraverso una rete e delle linee fisse. Di conseguenza, il cliente è vincolato e le fonti dell'offerta e della domanda non sono mobili. Orbene, la mobilità, che permette la scelta dell'altra parte contraente, è l'essenza stessa di un regime di concorrenza non distorta. La rete è gestita in maniera *centralizzata* per poter assicurare in ogni momento l'adeguamento tra l'offerta e la domanda, e quindi la sicurezza dell'approvvigionamento.

4. Questi eccezionali vincoli economici e tecnici si ripercuotono sul regime giuridico degli scambi di energia elettrica e sullo stato di avanzamento dell'integrazione comunitaria nel settore.

5. È qui necessario un breve excursus sull'evoluzione della legislazione comunitaria.

6. Il mercato dell'energia elettrica è rimasto a lungo fuori dalla costruzione comunitaria. Né il Trattato originario né l'Atto unico prevedevano una politica comune in questo campo.

* Lingua originale: il francese.

7. Solo due disposizioni del Trattato della Comunità europea vi fanno riferimento: ai sensi dell'art. 3, lett. t), l'azione della Comunità comporta misure in materia di energia. In forza dell'art. 129 B, la Comunità concorre allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dell'energia. Una dichiarazione sull'energia contenuta nell'atto finale del Trattato di Maastricht prevede che la questione se introdurre nel trattato un titolo relativo al settore energetico sarà esaminata sulla base di un rapporto che la Commissione sottoporrà al Consiglio entro il 1996.

8. La legislazione comunitaria in questo campo si è in un primo tempo limitata a coordinare le politiche nazionali¹, mentre il settore rimaneva fondamentalmente di competenza statale.

9. Dietro impulso della Commissione², è stato gradualmente costruito un mercato interno dell'energia elettrica, nell'ambito delle disposizioni dell'art. 8 A del Trattato di Roma, come attesta la proposta di direttiva del Consiglio concernente norme comuni per il mercato interno dell'elettricità³, che istituisce un limitato accesso di altri soggetti alla rete, condizione di una effettiva concorrenza

tra fornitori: «(...) la realizzazione del mercato interno dell'elettricità deve avvenire progressivamente e per tappe onde consentire all'industria di adeguarsi senza scosse alla nuova situazione»⁴. Si noterà come la Commissione non ha fatto uso, come nel campo delle telecomunicazioni, dei poteri regolamentari conferitile dall'art. 90, n. 3, del Trattato, ma ha preferito la via del ravvicinamento delle legislazioni (art. 100 A).

10. Le questioni pregiudiziali che vi vengono sottoposte si collocano nel contesto del regime di distribuzione in uso nei Paesi Bassi.

11. Il Gerechtshof di Arnhem è stato adito con un appello contro un lodo arbitrale pronunciato in una lite tra alcune *imprese locali di distribuzione* di energia elettrica (o comuni che provvedono direttamente a tale distribuzione) e una impresa distributrice di livello regionale (la «Ijsselcentrale»).

12. Nei Paesi Bassi vi sono quattro produttori, azionisti di una società comune: la Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven NV (in prosieguo: la «SEP»)⁵. L'energia prodotta è venduta alle imprese

1 — V., ad esempio, la direttiva del Consiglio 29 giugno 1990, 90/377/CEE, concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica (GU L 185, pag. 16), e la direttiva del Consiglio 29 ottobre 1990, 90/547/CEE, concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti (GU L 313, pag. 30).

2 — Libro bianco sul mercato interno dell'energia del 2 maggio 1988, COM(88)238.

3 — Proposta di direttiva 92/C 65/04 (GU C 65, pag. 4). La proposta non ha, nella sua redazione attuale, ricevuto l'approvazione del Consiglio.

4 — Ibidem terzo 'considerando'.

5 — Tra i compiti statutari della SEP «(...) figurano in particolare la gestione della rete ad alta tensione e la conclusione di accordi con società elettriche estere per le importazioni e le esportazioni di energia elettrica e l'uso delle interconnessioni internazionali» (sentenza 18 novembre 1992, causa T-16/91, Rendo e a., Racc. pag. II-2417, punto 4).

distributrici regionali, quali l'appellata nella causa principale, che la rivendono alle imprese distributrici locali, come gli appellanti nella causa principale, che, a loro volta, la rivendono ai consumatori.

13. Dal 1985 al 1988 la IJsselcentrale (trasformatasi nel 1988 nella IJsselmij, in prosieguo: la «IJM») imponeva alle imprese distributrici comunali una «tassa di perequazione» («egalisatietoeslag») destinata a compensare i maggiori costi di distribuzione nelle zone rurali per applicare tariffe uniformi nei confronti di tutti i consumatori finali nella zona servita.

14. Gli appellanti nella causa principale sono imprese locali di distribuzione che contestano il debito della tassa di perequazione relativa al detto periodo, ammontante a 20 707 942 HFL.

15. I distributori locali sono soggetti a un obbligo esclusivo di acquisto e ad un divieto di importare derivanti da due distinti accordi:

— un accordo orizzontale, concluso il 22 maggio 1986 tra le imprese produttrici di energia elettrica, da una parte, e la SEP, dall'altra (l'«Overeenkomst van Samenwerking» detto «accordo di cooperazione», in prosieguo: «OvS»), prevede

all'art. 21 che l'importazione e l'esportazione di energia elettrica siano riservate alla SEP e che i produttori sono tenuti ad inserire nei contratti di fornitura conclusi con le imprese distributrici di energia elettrica un divieto per queste ultime di importare o esportare energia⁶;

— le condizioni generali di fornitura di energia elettrica ai comuni⁷ (in prosieguo: le «CG») comportano una clausola di esclusività che impone a questi ultimi un obbligo di acquisto esclusivo e, pertanto, un divieto implicito di importare (art. 2, n. 2)⁸. Di converso, la IJM si impegna a non fornire energia elettrica a terzi nel territorio di un comune senza il consenso di questo (art. 2, n. 1). Vi è *esclusività reciproca*.

16. L'art. 34 della legge 16 novembre 1989 («Elektriciteitswet»)⁹ ed il decreto ministeriale 20 marzo 1990 dispongono che

6 — Secondo il governo olandese, tale divieto è giustificato dal fatto che le importazioni e le esportazioni vengono effettuate esclusivamente in modo centralizzato, e pianificato, dalla SEP (osservazioni del governo olandese, punto 10).

7 — Condizioni generali per la fornitura di energia elettrica ai comuni che dispongono di una propria azienda di distribuzione nel territorio della IJsselcentrale con sede a Zwolle, del 17 dicembre 1964, entrate in vigore il 1° aprile 1965.

8 — «Il comune si impegna a rifornirsi di energia elettrica, per la distribuzione di energia elettrica nel suo territorio, esclusivamente presso la IJC e ad utilizzare tale energia esclusivamente per il proprio consumo o per fornirla a terzi per l'utilizzazione nel territorio del comune».

9 — *Staatsblad* 535. La legge sull'energia elettrica 16 novembre 1989 ha aperto il mercato olandese dell'energia elettrica entro stretti limiti; le società di distribuzione hanno la possibilità di scegliere il loro distributore olandese (shopping orizzontale) e gli utenti industriali possono importare elettricità per le proprie esigenze, a patto che questa non transiti per la rete di distribuzione pubblica.

solo la SEP può importare energia elettrica destinata alla distribuzione pubblica, salvo che si tratti di corrente di tensione inferiore a 500 V.

19. Gli interessati hanno proposto appello dinanzi al Gerechtshof di Arnhem, che vi sottopone le due questioni pregiudiziali seguenti:

« 1) Se un organo giurisdizionale nazionale, che, in un caso previsto dalla legge, decida su un appello interposto avverso un lodo arbitrale, debba essere considerato una "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE, nel caso in cui, per effetto del compromesso concluso tra le parti, deve decidere secondo equità.

17. Secondo il giudice a quo, si può presumere che la tassa di perequazione non possa essere imposta in assenza del divieto di importazione. Infatti, non è escluso che, potendo rifornirsi all'estero, le imprese locali di distribuzione possano almeno in parte sottrarsi¹⁰. Quindi, per decidere se la tassa è dovuta, è rilevante verificare se il divieto sia conforme al diritto comunitario.

2) Se gli artt. 37, 85, 86 e 90 del Trattato CEE ostino ad un divieto di importazione di energia elettrica per l'approvvigionamento pubblico disposto nelle condizioni generali di un'azienda regionale di distribuzione di energia elettrica negli anni dal 1985 al 1988, eventualmente in combinazione con un divieto di importazione contenuto in un accordo delle imprese di produzione di energia elettrica nello Stato membro considerato».

18. Il lodo 12 dicembre 1986 ha dato torto ai distributori con le motivazioni che l'esclusiva reciproca sarebbe necessaria alla IJM per adempiere il proprio compito, che essa ha effetti trascurabili sugli scambi e che, valendo l'eccezione di cui all'art. 90, n. 2, «il fatto che i ricorrenti non siano in condizioni di procurarsi energia elettrica presso terzi non è incompatibile con l'art. 85 del Trattato». Per quanto riguarda la tassa di perequazione, gli arbitri hanno ritenuto che mancasse la prova di un suo effetto sul commercio tra gli Stati membri.

20. Taluni aspetti del sistema olandese di distribuzione di energia elettrica sono già stati, o sono attualmente, oggetto di esame da parte sia della Commissione sia dei giudici comunitari.

21. Alcune imprese locali di distribuzione di energia elettrica (la IGMO di Meppel, la Central Overijsselse Nutsbedrijven di

10 — V. punto 5.11 dell'ordinanza del giudice a quo.

Almelo, la Regionaal Energiebedrijf Salland di Deventer ed il comune di Hoogeveen) hanno presentato il 26 maggio 1988, parallelamente al presente procedimento, un reclamo alla Commissione rivolto contro la IJM per infrazione all'art. 85 del Trattato e riguardante «(...) i procedimenti civili relativi all'applicazione da parte della [IJM] di un divieto di importazione e di esportazione, combinato con un obbligo di approvvigionamento esclusivo, nonché all'imposizione di un supplemento di perequazione dei costi»¹¹.

22. Nella sua decisione 91/50 la Commissione ha ritenuto che «l'articolo 21 dell'Overeenkomst van Samenwerking (...) costituisce un'infrazione all'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato CEE nella misura in cui detto articolo ha l'obiettivo o l'effetto di ostacolare le importazioni *da parte di singoli utenti industriali privati* e l'esportazione di produzione *da parte di società di distribuzione e utenti industriali privati*, compresi gli autoproduttori, *al di fuori dell'offerta pubblica*»¹².

23. Il Tribunale di primo grado ha respinto con sentenza 18 novembre 1992¹³ il ricorso proposto contro questa decisione. Tale sentenza è ora oggetto di un ricorso pendente dinanzi alla Corte (causa C-19/93 P).

11 — V. la decisione della Commissione 16 gennaio 1991, 91/50/CEE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (GU L 28, pag. 32, punto 1).

12 — Art. 1 del dispositivo, corsivo mio.

13 — Sentenza Rendo, citata.

24. Si noterà che la Commissione, nella decisione, non si è pronunciata sulla tassa di perequazione applicata dalla IJM¹⁴ e sulle restrizioni all'*importazione* imposte alle società di distribuzione incaricate della fornitura al pubblico prima dell'entrata in vigore della legge 16 novembre 1989 sull'energia elettrica¹⁵.

25. Tuttavia, con lettera 20 novembre 1991¹⁶, essa ha comunicato ai reclamanti che «(...) la tassa di perequazione, contro la quale era essenzialmente diretto il reclamo originario, non può essere oggetto di un procedimento fondato sugli artt. 85 e/o 86 del Trattato in quanto non ha un effetto significativo sul commercio tra Stati membri». Questa lettera ha dato luogo a un secondo ricorso dichiarato irricevibile con ordinanza 29 marzo 1993 del Tribunale di primo grado¹⁷ (T-2/92, Rendo II), ormai definitiva.

26. Occorre notare, infine, che il 26 novembre 1992 la Commissione ha notificato al governo olandese un parere motivato: il diritto di importazione esclusiva riconosciuto dalla legge del 1989 alla SEP costituirebbe una violazione degli artt. 30 e 37 del

14 — Penultimo capoverso del punto 1.

15 — Sentenza Rendo, punti 58 e 61. Per quanto riguarda le restrizioni all'importazione imposte alle società di distribuzione dall'art. 34 della legge sull'energia elettrica del 1989, la Commissione si è astenuta dal valutare se la limitazione fosse giustificata ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato, in quanto a tale proposito era previsto un procedimento per inadempimento (punto 50 della decisione e punti 46 e 47 della sentenza del Tribunale).

16 — *Ibidem*, punto 27.

17 — Con la motivazione che la lettera era priva di qualsiasi contenuto decisionale e non aveva prodotto effetti giuridici.

Trattato CEE e non sarebbe giustificato né dall'art. 36 né da esigenze imperative di interesse generale¹⁸.

27. Né la Commissione, nella decisione 91/50, né il Tribunale di primo grado hanno esaminato la conformità al diritto comunitario della concorrenza del *divieto di importare energia elettrica attraverso la rete di distribuzione pubblica* in quanto esso viene imposto da una società di distribuzione regionale a una *società locale di distribuzione* per mezzo delle condizioni generali di fornitura dell'energia elettrica ai comuni del 17 dicembre 1964 e dell'accordo di cooperazione precedente all'entrata in vigore della legge sull'energia elettrica del 1989.

28. E' proprio questo l'oggetto della seconda questione pregiudiziale. Conviene, tuttavia, esaminare previamente la prima questione.

La prima questione pregiudiziale

29. Un organo giurisdizionale statale che deve decidere secondo equità su un appello contro un lodo arbitrale è una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato?

18 — Osservazioni scritte della Commissione, punti 16 e 17. V. anche sentenza Rendo, punto 26.

30. Nella sentenza Vaassen-Göbbels¹⁹, ispirandovi ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, avete ritenuto che il concetto comunitario di organo giurisdizionale presuppone la presenza di un certo numero di requisiti, quali il fondamento legale, il carattere permanente, la giurisdizione obbligatoria, la procedura in contraddittorio e l'applicazione di norme giuridiche. In sentenze successive, avete anche tenuto conto del principio dell'indipendenza²⁰.

31. Per considerare un organo «giurisdizione di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 177 voi richiedete che la procedura seguita davanti ad esso presenti un nesso abbastanza stretto con il sistema dei mezzi di impugnazione ordinari nello Stato membro interessato²¹.

32. Non è chi non veda che posseggono tale requisito le norme di procedura interne che prevedono che l'appello contro un lodo sia proposto dinanzi al giudice che sarebbe normalmente competente in assenza di clausola compromissoria²² e che pertanto designano tassativamente un organo giurisdizionale dello Stato come giudice di appello, nel caso in cui le parti decidano di prevedere tale gravame²³.

19 — Sentenza 30 giugno 1966, causa 61/65 (Racc. pag. 407).

20 — V. sentenze 11 giugno 1987, causa 14/86, Pretore di Salò (Racc. pag. 2545, punto 7), e 21 aprile 1988, causa 328/85, Pardini (Racc. pag. 2041, punto 9).

21 — Sentenza 23 marzo 1982, causa 102/81, Nordsee (Racc. pag. 1095, punto 13).

22 — V. le osservazioni della IJM, pag. 8 della traduzione francese.

23 — V. l'art. 647 del vecchio codice di procedura olandese, applicabile *ratione temporis* alla lite portata dinanzi al giudice a quo, e l'art. 16 delle CG stipulate tra le parti.

33. Un organo giurisdizionale dello Stato, istituito dalla legge, permanente ed indipendente, la cui composizione non è lasciata alla libera determinazione delle parti ²⁴ e che pronuncia una decisione cogente soddisfa, quindi, le condizioni dell'art. 177.
34. Si noterà, d'altronde, che con la sentenza Nordsee avete espressamente riconosciuto la possibilità per ogni giudice ordinario adito con un appello contro un lodo arbitrale di operare un rinvio pregiudiziale ²⁵.
35. È forse tale conclusione modificata dal fatto che l'organo giurisdizionale decide secondo equità («als goede mannen naar billijkheid»)? Può forse escludersi in questo caso l'applicazione della norma di diritto comunitario?
36. Ritengo che un giudice statale, anche quando decide secondo equità, debba applicare questo diritto.
37. Discende infatti dai principi del primato e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario che le norme del Trattato, particolarmente quelle relative alla concorrenza, si impongono in tutti gli Stati membri.
38. Così, nella sentenza Broekmeulen ²⁶ e nella citata sentenza Nordsee, avete rilevato che:
- « (...) l'importante è che il diritto comunitario sia interamente osservato nel territorio di tutti gli Stati membri; le parti di un contratto non hanno quindi la facoltà di derogarvi » ²⁷.
39. Allo stesso modo, ritenete che le
- « (...) prassi legislative o *giurisdizionali* nazionali, anche ammesso che siano comuni a tutti gli Stati membri, non possono imporsi nell'applicazione delle norme del Trattato relative alla concorrenza » ²⁸.
40. Simili pratiche sarebbero infatti contrarie all'art. 5, secondo comma, del Trattato e potrebbero privare di effetto utile le norme comunitarie ²⁹.
41. Ne discende che un giudice statale, anche se decide secondo equità, deve rispettare le

26 — Sentenza 6 ottobre 1981, causa 246/80 (Racc. pag. 2311).

27 — Sentenza Nordsee, punto 14.

28 — V. sentenza 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBVB/Commissione (Racc. pag. 19, punto 40, il corsivo è mio).

29 — V. sentenza 10 gennaio 1985, causa 229/83, Leclerc e a./«Aublé vert» e a. (Racc. pag. 1, punto 14).

24 — V., sul punto, sentenza 17 ottobre 1989, causa 109/88, Danfoss (Racc. pag. 3199, punto 8).

25 — Citata alla nota 21 supra, punto 14.

norme del diritto comunitario della concorrenza e poter sottoporre alla Corte ogni questione riguardante la loro interpretazione e, se del caso, la loro validità³⁰.

42. Risulta chiaro che il dovere di pronunciare secondo equità non può portare al risultato di disapplicare norme che peraltro voi definite *imperative*³¹.

43. Si noti, inoltre, che al giudice a quo viene chiesto di «dichiarare per *diritto*» («verzoek om een verklaring voor recht»)³².

44. L'applicabilità dell'art. 177 è quindi certa.

30 — V., sul punto, le mie conclusioni (punto 19) relative alla sentenza 30 marzo 1993, causa C-24/92, Corbiau (Racc. pag. I-1277).

31 — V. il passaggio riprodotto in numerose sentenze della Corte, sentenze 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, Hoechst/Commissione (Racc. pag. 2859, punto 25), 17 ottobre 1989, causa 85/87, Dow Benelux/Commissione (Racc. pag. 3137, punto 36), 17 ottobre 1989, cause riunite 97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Ibérica e a./Commissione (Racc. pag. 3165, punto 22), e 18 ottobre 1989, causa 374/87, Orkem/Commissione (Racc. pag. 3283, punto 19), citato qui di seguito (il corsivo è mio): «Dette norme [in materia di concorrenza], come risulta dal quarto comma del preambolo del Trattato, dall'art. 3, lett. f), e dagli artt. 85 e 86, hanno la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori. L'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dal regolamento n. 17 contribuisce pertanto al mantenimento del regime di libera concorrenza voluto dal Trattato la cui osservanza si impone categoricamente alle imprese».

32 — Decisione 24 aprile 1990 del giudice a quo.

La seconda questione pregiudiziale

45. Prima di esaminare il merito della seconda questione, occupiamoci di una questione preliminare: il governo francese sostiene che tale questione presenta un nesso puramente ipotetico con la causa pendente dinanzi al giudice a quo e non precisa sufficientemente il contesto di fatto e di diritto ove si iscrive.

46. Non condivido tale punto di vista: la domanda all'origine della causa principale ha per oggetto il pagamento di una tassa di perequazione imposta da un distributore regionale olandese in applicazione delle condizioni generali per la fornitura di energia. E' possibile che, se nel periodo considerato i distributori locali avessero potuto approvvigionarsi di energia presso un fornitore estero, avrebbero potuto almeno in parte sottrarsi al pagamento di detto onere. Essi hanno quindi interesse a fare accertare che il diritto comunitario osta al divieto implicito di importare che grava su di loro.

47. D'altra parte, ritengo che la Corte disponga di tutti gli elementi di fatto e di diritto che le permettono di risolvere la questione sottoposta. In particolare, bene ha fatto il giudice a quo a rinviare alla decisione 91/50, il cui contesto di fatto è identico.

48. La seconda questione, relativa all'interpretazione degli artt. 37, 85, 86 e 90 del Trattato CEE, riguarda essenzialmente il divieto

di importazione per il periodo 1985-1988, in quanto ha di mira rapporti tra distributori regionali e locali (ma non i consumatori, la cui situazione è stata esaminata nell'ambito della decisione 91/50).

49. Come rilevato dalla IJM³³ «Il presente procedimento riguarda proprio l'ambito che manifestamente la Commissione non ha voluto toccare nella decisione IJsselcentrale: la regolamentazione privatistica del settore elettrico nei Paesi Bassi nel campo della distribuzione pubblica, come si applicava fino all'entrata in vigore della legge del 1989 sull'energia elettrica».

50. Per quanto riguarda questo mercato, la questione sottopostavi deve essere ben circoscritta.

51. Nel caso, non è in discussione il principio dell'unicità della rete: il vantaggio derivante dall'instaurazione della concorrenza nel trasporto di energia elettrica sarebbe, d'altra parte, molto inferiore agli inconvenienti causati da una duplicazione della rete.

52. Nemmeno sono in causa il principio del gestore unico (nel caso la SEP) e l'esistenza di monopoli regionali.

53. Il solo punto in discussione qui è il divieto di importare utilizzando il sistema pubblico di distribuzione.

54. Entro questi limiti, esaminiamo nell'ordine ciascuno degli articoli citati nella questione pregiudiziale.

L'articolo 37

55. L'applicazione dell'art. 37 presuppone tre verifiche:

- per quanto riguarda l'ambito di applicazione, esso ha di mira solo gli scambi di merci;
- per quanto riguarda l'oggetto, esso si riferisce solo ai monopoli nazionali di carattere commerciale;
- per quanto riguarda gli effetti, esso esclude ogni discriminazione tra cittadini degli Stati membri.

56. Vediamo se nel caso di specie sussistono questi presupposti.

33 — Pag. 24 della traduzione francese delle sue osservazioni.

1. L'energia elettrica è una merce?

57. Come affermato nella sentenza Sacchi³⁴ «Sia dalla (...) collocazione [dell'art. 37] nel capitolo relativo all'abolizione delle restrizioni quantitative, sia dall'uso dei termini "importazioni" ed "esportazioni" al n. 1, 2° comma, e del termine "prodotti" ai nn. 3 e 4 risulta che detto articolo si riferisce agli scambi di merci e non può applicarsi ad un monopolio di servizi».

58. Le condizioni di trasporto e di distribuzione dell'energia elettrica sono importanti quanto quelle di produzione. E' stato scritto, infatti, che «(...) le condizioni di trasporto e di distribuzione producono inevitabilmente delle modifiche delle sue caratteristiche (...)»³⁵. Sarà quindi d'uopo riflettere sulla nozione di merci³⁶.

59. Il governo francese nelle sue osservazioni nella causa C-22/92, EDF/Coramine³⁷, rilevava che: «Una delle particolarità dell'energia

elettrica è che la sua qualità dipende solo dalla rete di trasporto e di distribuzione e praticamente per nulla dalle condizioni di produzione. Tale caratteristica conduce, d'altra parte, a considerare l'energia elettrica un servizio piuttosto che una merce, in quanto la rete non adempie solo una funzione di trasporto, ma anche di ottimizzazione ed elaborazione di elementi determinanti della corrente elettrica fornita ai consumatori finali»³⁸.

60. Si potrebbe aggiungere che l'art. 2 della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, firmata a Vienna l'11 aprile 1980, esclude le vendite di elettricità dal suo ambito di applicazione.

61. Infine, l'assenza di una politica comune nel settore³⁹ ci ricorderebbe, se ve ne fosse ancora bisogno, l'estrema specificità del prodotto.

62. Tuttavia, non ho dubbi che l'energia elettrica vada considerata come una merce ai sensi del Trattato.

34 — Sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73 (Racc. pag. 409, punto 10, il corsivo è mio). Da allora la giurisprudenza è costante: v. il punto 8 della sentenza 28 giugno 1983, causa 271/81, Société coopérative d'amélioration de l'élevage e d'insémination artificielle du Béarn (Racc. pag. 2057). Sentenza 27 ottobre 1993, cause riunite C-46/90 e C-93/91, Lagauche e a. Evrard (Racc. pag. I-5267, punto 33).

35 — Sablière, P.: nota alla sentenza 16 dicembre 1987 della Cour d'appel di Angers, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, maggio 1988, pag. 182.

36 — V. punto 30 delle osservazioni del governo olandese.

37 — Osservazioni depositate prima che la questione pregiudiziale venisse ritirata.

38 — V. pag. 7.

39 — V. l'art. 3, lett. t), del Trattato CE e la dichiarazione relativa alla protezione civile, all'energia e al turismo, allegata all'atto finale del Trattato di Maastricht.

63. In primo luogo, essa è oggetto di un commercio e di un mercato paragonabili a quelli di una merce e deve poter beneficiare delle disposizioni del diritto comunitario tendenti alla soppressione delle barriere agli scambi ⁴⁰.

64. In secondo luogo, quella dei servizi è una categoria residuale, come indica il tenore dell'art. 60 del Trattato.

65. In terzo luogo, voi avete già ritenuto — benché in modo implicito — nella famosa sentenza Costa/Enel, che l'energia elettrica rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 37 ⁴¹.

66. In quarto luogo, l'energia elettrica è considerata merce dalla nomenclatura tariffaria (codice NC 27.16).

67. Infine, le altri fonti di energia, quali carbone, gas naturale e petrolio, sono considerate merci dal diritto comunitario ⁴². Sembra quindi logico trattare allo stesso modo l'energia elettrica.

68. Se dunque l'energia elettrica è una merce, sussiste per questo nella fattispecie un monopolio commerciale ai sensi dell'art. 37?

2. Sussiste nella fattispecie un monopolio nazionale di carattere commerciale?

69. Dalla vostra sentenza Bodson ⁴³ si ricava che l'art. 37 si riferisce anche a situazioni in cui il monopolio copre solo una parte del territorio nazionale, come una regione ⁴⁴.

70. Per potersi applicare, esso presuppone una situazione nella quale «(...) le autorità nazionali sono in grado di controllare o di dirigere gli scambi fra Stati membri, o di influire su di essi in misura rilevante, mediante un organo istituito a tale scopo o un monopolio delegato» ⁴⁵.

71. Orbene, la situazione che il giudice a quo vi prospetta non rientra in un tale schema. Infatti, fino al 1989 la IJM ha fruito di una concessione statale non esclusiva ⁴⁶

40 — V., in questo senso, Everling, U.: «Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften», in *Ein EWG-Binnenmarker für Elektrizität-Realität oder Utopie*, herausgegeben von Rudolf Lukes, 1988, pag. 142.

41 — Sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64 (Racc. pag. 1127, in particolare pag. 1148).

42 — V., per esempio, sentenza 13 dicembre 1990, causa C-347/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4747), relativa alle importazioni di petrolio greggio e di prodotti petroliferi.

43 — Sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87 (Racc. pag. 2479, punto 13).

44 — Come rileva l'avvocato generale Da Cruz Vilaça nelle sue conclusioni relative alla sentenza Bodson, l'art. 37 non fa dipendere da alcuna dimensione territoriale i presupposti della sua applicazione «(...) i quali si riferiscono invece agli effetti del monopolio per il commercio intracomunitario» (Racc. 1988, pag. 2494, paragrafo 41).

45 — Sentenza Bodson, punto 13.

46 — V., sul punto, le osservazioni della IJM, punto 1.1, e l'art. 2, n. 1, della concessione. V. anche la decisione della Commissione 91/50, punto 9.

per provvedere alla fornitura al pubblico di energia elettrica, senza alcun divieto di importazione ⁴⁷.

72. Tale divieto è disposto dall'accordo di cooperazione concluso tra i produttori di energia elettrica e la SEP (art. 21, n. 1) e, implicitamente, dalle condizioni generali della IJM, che sono, ambedue, atti di diritto privato, come la decisione 91/50 ⁴⁸ ha correttamente rilevato a proposito dell'OvS.

73. Non è affatto provato che, tra il 1985 e il 1988, tale divieto sia stato imposto, o anche solo raccomandato, dai pubblici poteri ⁴⁹. La legge sull'importazione di energia elettrica vigente nel periodo in esame non vietava tale importazione, ma la subordinava semplicemente all'ottenimento di una licenza ⁵⁰.

74. Pertanto, il fatto che i concessionari della distribuzione regionale di energia elettrica soggiacciono al divieto di importare e lo impongano ai loro clienti non deriva dal comportamento delle autorità nazionali, ma da quello delle stesse imprese.

47 — V. la detta decisione e il regio decreto n. 54 del 13 giugno 1918 (*Staatscourant* 15.6.18, n. 138). V. pure le osservazioni della IJM, pagg. 21 e 22: la normativa olandese non vieta l'importazione di energia elettrica, che è solo soggetta al rilascio di una licenza.

48 — Punto 21.

49 — *Ibidem*.

50 — Legge 22 ottobre 1938, *Staatsblad* 523. V. le osservazioni della IJM, punto 3.2, in fine.

75. Ne consegue che, conformemente al criterio stabilito dalla vostra sentenza Bodson ⁵¹, la situazione prospettata dal giudice a quo deve essere valutata alla luce delle disposizioni del Trattato applicabili alle imprese, e non con riguardo all'art. 37, relativo ai monopoli nazionali ⁵².

76. Per la stessa ragione, il monopolio di importazione istituito dall'OvS non ricade sotto questo articolo. Infatti, si noterà che solo a partire dal 1989 una normativa statale (la *Elektriciteitswet*, entrata in vigore il 1° luglio 1989) ha riservato alla SEP l'importazione dell'energia elettrica destinata all'approvvigionamento pubblico. È, d'altra parte, questa normativa, estranea al presente caso di specie, l'oggetto del parere motivato indirizzato il 26 novembre 1992 al governo olandese ⁵³.

77. Da quanto esposto, discende che né il divieto di importazione né l'obbligo di approvvigionamento esclusivo de quibus ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 37, e, quindi, non occorre esaminare il terzo presupposto per l'applicazione di questa norma.

51 — Punti 14 e 15.

52 — V. anche la sentenza 27 settembre 1988, causa 65/86, Bayer e Henneke (*Racc.* pag. 5249, punto 12).

53 — V. le osservazioni del governo olandese, punto 25.

L'articolo 85

78. Esaminiamo preliminarmente se le disposizioni dall'art. 85 all'art. 90 del Trattato si applichino alla distribuzione di energia elettrica.

79. La vostra giurisprudenza è costante «(...) il Trattato, quando ha inteso sottrarre talune attività all'applicazione delle regole di concorrenza, ha stabilito una deroga espressa a tale fine»⁵⁴. Le deroghe a tale principio vanno applicate restrittivamente⁵⁵.

80. Nel campo dell'energia elettrica non esiste una disposizione analoga all'art. 42 del Trattato, relativo ai prodotti agricoli. Inoltre, in questo campo, il Consiglio non ha mai fatto uso della facoltà prevista dall'art. 87, n. 2, lett. c).

81. A partire dalla sentenza BNIC⁵⁶, voi ammettete che un'intesa relativa ad una materia prima impiegata nella fabbricazione di un prodotto finale venduto in tutta la Comunità ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 85.

82. Gli artt. 85 e seguenti devono quindi potersi applicare ad accordi relativi alla produzione e alla distribuzione di energia elettrica, allo stesso modo in cui, secondo la vostra giurisprudenza, l'art. 90 del Trattato deve potersi applicare alle norme che disciplinano l'approvvigionamento di prodotti petroliferi dell'Irlanda⁵⁷.

83. La distribuzione di energia elettrica nei Paesi Bassi tra il 1985 e il 1988 è governata da un complesso di rapporti giuridici che può essere così schematizzato:

1. sull'asse orizzontale: divieto di importazione, stipulato tra i produttori e la SEP (art. 21, n. 1, dell'OvS);
2. sull'asse verticale, da monte a valle:
 - a) i rapporti tra produttori e distributori regionali;

art. 21, n. 2, dell'OvS;

54 — Sentenze 30 aprile 1986, cause da 209/84 a 213/84, *Asjes e a.* (Racc. pag. 1425, punto 40), e 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer* (Racc. pag. 405, punto 12).

55 — V. sentenza definitiva 2 luglio 1992, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravlerforening* (Racc. pag. II-1931, punto 54).

56 — Sentenza 30 dicembre 1987, causa 136/86 (Racc. pag. 4789, punto 18).

57 — Sentenza 10 luglio 1984, causa 77/83, *Campus Oil e a.* (Racc. pag. 2727).

b) i rapporti tra distributori regionali e locali;

art. 2, n. 2, delle CG;

c) i rapporti tra distributori locali e consumatori: regole anch'esse di natura contrattuale.

84. Un divieto di importare, quale quello risultante dall'art. 21, n. 1, dell'OvS, ed un obbligo di approvvigionamento esclusivo, quale quello contenuto negli accordi verticali, costituiscono infrazioni dell'art. 85, n. 1?

85. In entrambi i casi siamo in presenza di accordi tra imprese. Dal punto 18 della sentenza Bodson risulta che l'art. 85 non si applica ai contratti di concessione conclusi tra comuni in qualità di enti pubblici e imprese incaricate della prestazione di un pubblico servizio. Tuttavia la IJM non ha come controparti solo dei comuni, ma anche società private⁵⁸.

86. La valutazione degli effetti di tali accordi alla luce del diritto comunitario della concorrenza richiede che si tenga conto del contesto

economico e giuridico in cui essi si inseriscono e della reale portata di tali pratiche restrittive⁵⁹. Il mercato dell'energia elettrica presenta delle peculiarità che sarà opportuno ricordare.

87. Il mercato degli scambi di energia elettrica tra i Paesi Bassi e il resto della Comunità presenta una caratteristica comune a tutti gli Stati membri: si tratta di un «commercio tra grandi reti»⁶⁰, fondato su una «cooperazione volontaria tra le aziende detentrici di monopoli nazionali»⁶¹.

88. Le importazioni di energia elettrica nei Paesi Bassi sono, come abbiamo visto, centralizzate dalla SEP, che provvede alla gestione della rete di trasporto e scambio con l'estero.

89. Gli scambi tra reti interconnesse sono considerevoli e quasi un decimo del fabbisogno olandese del 1988 è stato soddisfatto attraverso le importazioni⁶².

90. La Comunità tende a promuovere questo tipo di scambi, come dimostra la diret-

59 — Sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis (Racc. pag. I-935, punto 14).

60 — L'espressione è di Guiéze, J. L.: nota alla decisione della Commissione 91/50, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, gennaio 1992, pag. 34.

61 — Decisione 91/50, punto 11.

62 — *Ibidem*, punto 12. Secondo il libro bianco della Commissione sul mercato dell'energia, la CEE presenta «(...) una rete internazionale ad alta tensione tra le più integrate del mondo (...)» (citata, nota 2, pag. 69).

58 — Punto 1.2 delle osservazioni della IJM.

tiva 90/547 concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti ⁶³.

91. Come osserva la decisione 91/50, gli scambi oltre confine di energia elettrica *al di fuori delle grandi reti* sono praticamente inesistenti ⁶⁴.

92. La discussione svoltasi in questo procedimento ha mostrato che i distributori locali non dispongono di «linee di coppia» che li colleghino direttamente alle reti elettriche straniere ⁶⁵ e che qualsiasi importazione deve effettuarsi attraverso la rete di distribuzione pubblica (quella che nei Paesi Bassi è gestita dalla SEP).

93. Conseguentemente, se venissero eliminati i diritti esclusivi di importazione, la compagnia locale di distribuzione potrebbe approvvigionarsi di energia elettrica presso un produttore avente sede in un altro Stato membro solo se quest'ultima potesse essere trasportata dalla rete di distribuzione pubblica.

94. Tale facoltà, detta accesso di terzi alla rete (ATR) o «common carrier», permette di utilizzare la rete di distribuzione pubblica

nel quadro di contratti di fornitura tra un utente (o un distributore locale di energia elettrica) e un produttore, sia che questi si trovi nello stesso Stato, o che si trovi in un altro Stato membro.

95. Qualora un divieto di importazione sia totale ⁶⁶, il mercato può quindi risentirne in due modi. Le società di distribuzione regionali o locali sono private della possibilità di rifornirsi presso un produttore di energia elettrica situato in un altro Stato membro facendo uso della rete pubblica. Inoltre, il costo dell'energia elettrica nello Stato membro nel quale è vietata l'importazione può ripercuotersi sulla capacità di esportazione delle imprese utenti che hanno là il loro centro di produzione.

96. La combinazione dell'OvS con le CG ha un effetto restrittivo sulla concorrenza ⁶⁷?

97. L'art. 21, n. 1, dell'OvS fa divieto alle società di produzione di importare. Il n. 2 dello stesso articolo vieta agli acquirenti di energia elettrica di rifornirsi presso produttori diversi dai membri della SEP, privandoli quindi di qualsiasi accesso ad altre fonti di approvvigionamento.

63 — (Citata alla nota 1). La direttiva ammette che in uno Stato membro un solo soggetto possa avere la responsabilità di una grande rete. Essa indica per i Paesi Bassi la SEP.

64 — Punto 16.

65 — V., in particolare, il punto 3, in fine (pag. 30), della traduzione francese delle osservazioni della IJM.

66 — Come sembra essere nel caso dei Paesi Bassi. V. punto 27 della decisione 91/50.

67 — V., in proposito, i punti 25 e segg. della decisione 91/50.

98. Le CG fanno obbligo al distributore locale di approvvigionarsi esclusivamente presso il distributore regionale; tale obbligo di acquisto esclusivo è concluso per una durata indeterminata, con un termine di preavviso di tre anni (art. 17, n. 2).

99. La reciprocità dell'esclusiva ottiene il risultato di chiudere completamente l'accesso al mercato in esame, che diventa pertanto inaccessibile ad eventuali concorrenti sia dei produttori sia dei distributori. Ne risulta un «insieme coerente»⁶⁸ che comporta un imbrigliamento del mercato con l'effetto di impedire l'accesso a qualsiasi produttore indipendente. L'effetto restrittivo sulla concorrenza di questi accordi è quindi certo⁶⁹.

100. Ma hanno tali accordi un effetto rilevante sul mercato intracomunitario?

101. La Commissione, nella decisione 91/50, ha mostrato come l'OvS influenzasse sul versante della produzione il commercio tra Stati membri, soprattutto in relazione alla sua durata e al suo ambito geografico di applicazione⁷⁰.

102. Ritengo che un obbligo di acquisto esclusivo, quale quello previsto dall'art. 2,

n. 2, delle CG, possa avere un simile effetto anche per quanto riguarda i rapporti tra distributori regionali e locali.

103. Al distributore locale viene preclusa la possibilità di rifornirsi presso un altro distributore regionale o un produttore stabilito in un altro Stato membro.

104. L'effetto rilevante di una simile esclusiva potrebbe essere messo in dubbio se essa fosse confinata ad una regione scarsamente popolata di uno Stato membro. Tuttavia è pacifico, sin dalle sentenze *Brasserie de Haecht*⁷¹ e *Delimitis*, citata, che un simile accordo deve essere esaminato nel suo contesto economico e giuridico e che, se si accompagna ad altri accordi di esclusiva, occorre tenere conto del loro eventuale effetto globale sul gioco della concorrenza⁷².

105. Sembra che le CG imposte dalla IJM riprendano il modello delle condizioni generali di fornitura stabilito dall'associazione dei gestori di centri di distribuzione di energia elettrica nei Paesi Bassi (la VEEN)⁷³. Non è escluso, quindi, che il loro effetto cumulato abbia potuto toccare l'intero territorio di uno Stato membro. Sarebbe allora una parte sostanziale del mercato comune ad essere coinvolta⁷⁴. Ne risulterebbe una partizione

71 — Sentenza 12 dicembre 1967, causa 23/67 (Racc. pag. 479).

72 — V. punto 14 della sentenza *Delimitis*.

73 — V. punti 6 e 28 della decisione 91/50.

74 — V., ad esempio, sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione* (Racc. pag. 3461, punti 23-28).

68 — Decisione 91/50, punto 28.

69 — *Ibidem*, punti 26 e 28.

70 — *Ibidem*, punto 32.

di un mercato nazionale che ostacolerebbe la realizzazione del mercato unico. Compete al giudice a quo verificare questo punto.

106. Ritengo, pertanto, che accordi del tipo di quelli in esame possano consentire, secondo la vostra costante giurisprudenza, «(...) di prevedere con un sufficiente grado di probabilità (...) che ess[i] sia[no] att[i] ad incidere, direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sulle correnti commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati»⁷⁵.

107. Da quanto esposto, discende che un simile divieto di importazione

- 1) non incide sul commercio di energia elettrica tra grandi reti di distribuzione pubblica,
- 2) ma può incidere sul commercio intracomunitario di energia elettrica implicante l'uso della rete di distribuzione pubblica ai livelli regionale e locale.

⁷⁵ — Sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione (Racc. pag. 2545, punto 22).

108. Si noti che l'art. 85, n. 3, non è applicabile in questo caso. Né l'OvS né le CG, che non sono state notificate⁷⁶, hanno potuto essere oggetto di decisioni di esenzione. Inoltre, tali accordi non rientrano nell'ambito di applicazione di regolamenti di esenzione per categoria sinora emanati dalla Commissione⁷⁷.

L'articolo 86

109. Per quanto concerne l'eventuale esistenza di un abuso di posizione dominante, la discussione ha riguardato solo la IJM e non una eventuale violazione dell'art. 86 da parte della SEP. Quest'ultima, del resto, non è parte nella causa principale. Mi limiterò, perciò, ad esaminare la situazione della IJM.

110. Isolatamente considerata, una società, la cui concessione è limitata al territorio di una provincia scarsamente popolata di uno Stato membro, non occupa di per sé una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato comune.

⁷⁶ — V., per quanto riguarda l'OvS, la decisione della Commissione 91/50, punto 53.

⁷⁷ — Il regolamento (CEE) della Commissione 22 giugno 1983, n. 1983, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3, del Trattato CEE a categorie di accordi di distribuzione esclusiva, non è, a norma del suo art. 3, lett. c), applicabile alle CG.

111. Le cose starebbero diversamente se la concessione si estendesse a tutto il territorio di tale Stato o ad una larga parte di esso ⁷⁸.

112. Abbiamo visto che altri distributori regionali olandesi di energia elettrica sono legati ai distributori locali mediante contratti dello stesso tipo di quello che lega la IJM agli appellanti nella causa principale.

113. Si pone pertanto la questione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva.

114. Si evince dalla formulazione stessa dell'art. 86, primo comma, che «più imprese» possono sfruttare abusivamente una posizione dominante.

115. Voi avete infatti ritenuto detta disposizione applicabile a un complesso di monopoli comunali (aventi ad oggetto il servizio esterno di pompe funebri) «(...) concessi allo stesso gruppo di imprese il cui comportamento sul mercato è determinato dall'impresa madre (...)» ⁷⁹, a condizione, tra l'altro, che il gruppo occupi una posizione di potenza economica che gli permetta di impedire una effettiva concorrenza sul mercato.

116. Nella sentenza «Verre plat», SIV e a./Commissione ⁸⁰, il Tribunale di primo grado ha precisato la nozione di posizione dominante collettiva:

« 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 (...) » ⁸¹.

117. Non vi è, quindi, una posizione dominante senza un minimo di legami che permetta di garantire alle imprese considerate un dominio collettivo sul mercato.

118. Compete al giudice a quo verificare se le società di distribuzione regionale siano unite da legami economici sufficienti per detenere collettivamente una simile posizione. Per parte mia, rilevo che i distributori regionali di energia elettrica nei Paesi Bassi sembrano avere in comune il fatto di essere

78 — Sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT (Racc. pag. I-2925, punto 31).

79 — Sentenza Bodson, citata, punto 35.

80 — Sentenza definitiva 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89 (Racc. pag. II-1403, punti 357 e segg.).

81 — Punto 358, il corsivo è mio.

legati ai distributori locali dallo stesso tipo di contratto ⁸². *Articolo 90, n. 2*

119. Ma sussiste un abuso?

120. Più volte avete avuto occasione di dichiarare che «(...) per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare — sia pure a loro richiesta — gli acquirenti con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in questione costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter quanto se ha come contropartita la concessione di sconti (...)» ⁸³.

121. Quindi, anche se il distributore regionale ha un obbligo incondizionato di fornitura, l'obbligo di approvvigionamento esclusivo che egli impone ai propri clienti costituisce un ostacolo insormontabile alla penetrazione di terzi nel mercato.

122. Sussistendo i presupposti sopra precisati, l'art. 86 dovrebbe quindi applicarsi.

123. Potrebbero accordi o comportamenti di imprese contrari agli artt. 85 e 86 giustificarsi per il compito a queste affidato? Nel caso specifico occorre tenere conto del fatto che i distributori di energia elettrica sono incaricati della gestione di un servizio di interesse economico generale?

124. Una questione si pone prima di affrontare questo argomento: se l'art. 90, n. 2, abbia o no efficacia diretta.

125. Nella vostra sentenza «Port de Mertet» ⁸⁴ avete formalmente negato tale efficacia. E' chiaro tuttavia che, pur senza averlo dichiarato espressamente in una sentenza, ritenete tale disposizione direttamente efficace.

126. In un primo tempo avete ritenuto che le deroghe alle norme in materia di concorrenza dovessero previamente essere autorizzate con decisione della Commissione adottata conformemente all'art. 90, n. 3 ⁸⁵.

82 — Punto 28 della decisione 91/50.

83 — Da ultimo, sentenza 1° aprile 1993, causa T-65/89, BPB Industries/Commissione (Racc. pag. II-389, punto 68). V. anche sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punto 89), e 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione (Racc. pag. 3359, punto 149).

84 — Sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, Muller (Racc. pag. 723).

85 — V. sentenze «Port de Mertet» (citata, punto 16) e 20 marzo 1985, causa 41/83, Italia/Commissione (Racc. pag. 873, punto 30), come anche il punto 16 della decisione della Commissione 20 dicembre 1989, 90/16/CEE, concernente la prestazione del servizio di corriere espresso nei Paesi Bassi (GU L 10, pag. 47). Tale decisione è stata annullata dalla sentenza 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, Paesi Bassi e a./Commissione (Racc. pag. I-565).

127. Nella causa «BRT-II»⁸⁶ vi è stata espressamente posta la questione dell'efficacia diretta, ma non avete dovuto risolverla perché l'impresa che invocava l'art. 90, n. 2, non era incaricata dallo Stato della gestione di un servizio di interesse economico generale.

128. La sentenza Ahmed Saeed dell'11 aprile 1989⁸⁷ segna un punto di svolta nella storia di questa giurisprudenza: in essa infatti attribuite al giudice nazionale una competenza analoga a quella della Commissione quanto alla interpretazione ed all'applicazione di detta disposizione. Come ha osservato il prof. Berlin «(...) se il giudice nazionale può procedere a tale valutazione, è perché questa disposizione è stata invocata ai fini dell'applicazione dinanzi a lui. Si tratta quindi di una ammissione implicita di tale invocabilità»⁸⁸. Compete al giudice nazionale: 1) verificare se l'impresa che invoca l'applicazione dell'art. 90, n. 2, sia davvero incaricata della gestione di un servizio economico di interesse generale⁸⁹; 2) determinare le esigenze derivanti dall'adempimento del compito di interesse generale in questione e le loro ripercussioni sull'applicazione delle norme in materia di concorrenza⁹⁰ («Su tale punto spetta al giudice nazionale effettuare le necessarie verifiche di fatto»⁹¹).

129. Nella sentenza ERT⁹² avete confermato la vostra posizione nei termini seguenti:

« (...) Spetta (...) al giudice nazionale valutare la compatibilità delle pratiche di una siffatta impresa [titolare nella fattispecie del monopolio per la ritrasmissione di programmi televisivi stranieri] con l'art. 86 e verificare se dette pratiche, qualora fossero in contrasto con detta disposizione, possano essere giustificate dalle esigenze derivanti dall'adempimento della specifica missione eventualmente affidata all'impresa »⁹³.

130. La sentenza Corbeau⁹⁴ rappresenta a tutt'oggi l'ultima tappa di questa evoluzione; spetta al giudice a quo accertare se una impresa possa avvalersi dell'art. 90, n. 2, ma a condizione di applicare taluni criteri per la deroga alle norme in materia di concorrenza, da voi definiti.

131. Così, il gestore di un servizio di interesse economico generale, quale l'Amministrazione postale, deve essere in grado di ottenere l'equilibrio economico del proprio funzionamento per mezzo di settori redditizi di attività⁹⁵. Per contro, l'esclusione della concorrenza non può estendersi a «(...) servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale, che rispondono a particolari bisogni di operatori economici e che

86 — Sentenza 21 marzo 1974, causa 127/73 (Racc. pag. 313, punti 19-23). V., del pari, sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Mercati convenzionali Porto di Genova (Racc. pag. I-5889, punto 27).

87 — Causa 66/86 (Racc. pag. 803).

88 — «L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises», *RTDE*, 1991, pagg. 1-5.

89 — Punto 55 della citata sentenza Ahmed Saeed.

90 — Punto 56 della sentenza Ahmed Saeed, citata.

91 — Punto 57.

92 — Citata alla nota 78. V. del pari il punto 99 della sentenza 18 novembre 1992, Rendo, citata.

93 — Punto 34.

94 — Sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91 (Racc. pag. I-2533).

95 — Punto 17.

richiedono determinate prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale non offre (...)» ⁹⁶.

132. Aggiungerò che è la ratio dell'art. 90 ad esigere l'efficacia diretta.

133. Le vostre sentenze 19 maggio 1991, Francia/Commissione ⁹⁷, e 17 novembre 1992, Spagna e a./Commissione ⁹⁸, pronunciate in materia di direttive sulla concorrenza nel mercato degli apparecchi terminali di telecomunicazione e dei servizi di telecomunicazioni, lo hanno ricordato «(...) l'art. 90 del Trattato attribuisce un potere alla Commissione soltanto nei confronti delle misure statali (...)» ⁹⁹.

134. Parallelamente, i privati devono poter invocare l'art. 90, n. 2, in relazione al comportamento delle imprese.

135. Tale soluzione si impone a maggior ragione perché il giudice nazionale ha sempre

la possibilità di adire la Corte in via pregiudiziale o di consultare la Commissione ¹⁰⁰.

136. È il caso, in questa fase, di esaminare se i distributori regionali e locali di energia elettrica rientrano nella categoria delle «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» ai sensi dell'art. 90, n. 2.

137. Tale nozione va interpretata restrittivamente, in quanto consente di derogare ai principi comunitari in materia di concorrenza ¹⁰¹. Essa copre solo «(...) le attività svolte direttamente a favore della collettività» ¹⁰².

138. Nel vicino settore delle telecomunicazioni, voi ritenete che il monopolio di messa a disposizione degli utenti di una rete telefonica pubblica costituisca un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 90, n. 2 ¹⁰³. Lo stesso vale per il monopolio dell'Amministrazione postale belga in quanto esso è limitato al diritto esclusivo di raccogliere, trasportare e distribuire la posta ¹⁰⁴.

⁹⁶ — Punto 19.

⁹⁷ — Causa C-202/88 (Racc. pag. I-1223).

⁹⁸ — Cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90 (Racc. pag. 5833).

⁹⁹ — Punto 55 della sentenza Francia/Commissione e punto 24 della sentenza Spagna e a./Commissione. Voi ritenete, infatti, che l'art. 90, n. 2, non si applichi solo alle imprese, ma anche agli Stati che ne derivano la facoltà di conferire alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale diritti esclusivi tali da impedire l'applicazione delle norme in materia di concorrenza (sentenza Corbeau, citata, punto 14). Ecco la rilevanza pratica di tale disposizione.

¹⁰⁰ — V. la comunicazione 93/C 39/05 concernente la cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali per l'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE (GU 1993, C 39, pag. 6).

¹⁰¹ — V. sentenza 21 marzo 1974, «BRT-II», citata, punto 19.

¹⁰² — Punto 27 delle conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven nella causa C-179/90 (sentenza 10 novembre 1991, Merci convenzionali Porto di Genova, citata alla nota 86).

¹⁰³ — Sentenze 20 marzo 1985, Italia/Commissione (citata alla nota 85, punti 28-33), e 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB-Inno-BM (Racc. pag. I-5941, punto 16).

¹⁰⁴ — Sentenza Corbeau, citata, punto 15.

139. La Commissione, nella decisione 91/50, ha ritenuto che la SEP e le società produttrici che ne fanno parte erogano servizi di interesse economico generale in quanto: i) «compito principale della SEP è di assicurare un funzionamento affidabile ed efficiente della rete nazionale di approvvigionamento pubblico di elettricità (...)»¹⁰⁵, ii) questi compiti erano affidati alle società di produzione con una concessione di diritto pubblico¹⁰⁶.

140. Nella decisione 22 dicembre 1992, 93/126/CEE¹⁰⁷, la Commissione ha ritenuto che le società elettriche tedesche rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 90, «(...) nella misura in cui assicurano il servizio basilico di erogazione dell'energia elettrica»¹⁰⁸.

141. Emerge quindi che tale deve essere anche il caso di una società incaricata della *distribuzione pubblica* di energia elettrica che, come concessionaria, è *tenuta* ad un obbligo di fornitura (punto 7 della decisione 91/50), poiché è investita dai pubblici poteri della gestione di tale servizio¹⁰⁹.

142. Posto che l'art. 90, n. 2, ha efficacia diretta e una società di questo tipo rientra nel suo ambito di applicazione, a quali condi-

zioni può dirsi adempito il precetto di proporzionalità da essa dettato?

143. Tradizionalmente, la vostra interpretazione al riguardo è restrittiva. Infatti, dichiarate che

« (...) secondo l'art. 90, n. 2, del Trattato, le imprese incaricate di un servizio d'interesse economico generale sono soggette alle norme di concorrenza finché non sia dimostrato che l'applicazione di queste norme *osti* all'adempimento della specifica missione loro affidata (...) »¹¹⁰.

144. La sentenza Corbeau segna un punto di svolta; essa non riprende questo rilievo di principio e non ricorda agli Stati membri ciò che è loro vietato in materia di diritti esclusivi, ma precisa ciò che possono fare:

« [L'art. 90, n. 2] permette (...) agli Stati membri di conferire a imprese, che essi incaricano della gestione di servizi d'interesse economico generale, diritti esclusivi che possono ostare all'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, qualora delle restrizioni della concorrenza, o l'esclu-

105 — Punto 40.

106 — Punto 41.

107 — Riguardante una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE e dell'art. 65 del Trattato CECA (Jahrhundertvertrag) (GU L 50, pag. 14).

108 — Punto 28.

109 — Tale è il caso della IJM, titolare di una concessione statale.

110 — Punto 33 della sentenza 18 giugno 1991, ERT, citata, il corsivo è mio. V., del pari, sentenze 30 aprile 1974, Sacchi (citata, punto 15), 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261, punto 17), e 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser (Racc. pag. I-1979, punto 24).

sione di ogni concorrenza¹¹¹, da parte di altri operatori economici siano necessarie per consentire lo svolgimento dello specifico compito affidato alle imprese titolari dei diritti esclusivi »¹¹².

145. Avete precisato che il titolare del diritto esclusivo, per svolgere il suo compito di interesse generale, deve, in particolare, beneficiare di «(...) condizioni economicamente accettabili»¹¹³ o di «(...) condizioni di equilibrio economico (...)»¹¹⁴.

146. Quindi, le norme sulla concorrenza possono essere disapplicate non solo quando rendono impossibile all'impresa interessata lo svolgimento dei suoi compiti, ma anche quando ne mettono in pericolo l'equilibrio finanziario.

147. È per questo che al titolare dei diritti esclusivi può essere consentito di fare funzionare in esclusiva dei servizi redditizi per compensare i risultati passivi di altri settori della sua attività; può essere quindi ammessa in questi settori una limitazione, o un'esclu-

sione, della concorrenza, perché gli imprenditori privati non sono tenuti a siffatta compensazione¹¹⁵.

148. Tuttavia, «(...) servizi specifici, separabili dal servizio di interesse generale, che rispondono a particolari bisogni di operatori economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale non offre (...)» devono essere aperti alla concorrenza, purché «(...) non mettano a repentaglio l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale (...)»¹¹⁶.

149. Da quanto sopra avete concluso che il servizio di corriere espresso deve essere aperto alla concorrenza se è soddisfatta questa condizione, punto che va accertato dal giudice nazionale.

150. La flessibilità che la sentenza Corbeau ha introdotto nei presupposti per l'applicazione dell'art. 90, n. 2, viene così valutata: essa «(...) ha il merito di attirare l'attenzione sui vincoli di servizio pubblico che la recente evoluzione del diritto comunitario aveva un po' troppo trascurato»¹¹⁷.

111 — Con questo inciso, la Corte, secondo me, ritorna sul punto 19 della sentenza 10 luglio 1984, *Campus Oil* e a. (citata alla nota 57, punto 19) che così recitava: «[L'art. 90, n. 2], tuttavia, non esenta lo Stato membro che abbia incaricato un'impresa della gestione di tali servizi dal divieto di adottare, a favore di detta impresa e per proteggerne l'attività, provvedimenti che ostacolano, in contrasto con l'art. 30 del Trattato, le importazioni dagli altri Stati membri». E' forse necessario precisare che tale riserva, risultante da un *obiter dictum*, non era mai stata confermata dalla vostra giurisprudenza e che si riferiva solo alle *measure statali*?

112 — Punto 14.

113 — Punto 16.

114 — Punto 17.

115 — Punto 18.

116 — Punto 19.

117 — Hamon, F.: nota alla sentenza Corbeau (citata alla nota 95), *AJDA*, 20 dicembre 1993, pagg. 866 e 869.

151. Quali sono dunque le condizioni «economicamente accettabili» per l'approvvigionamento di energia elettrica di un distributore locale? O, per usare l'espressione della vostra sentenza GB-Inno-BM¹¹⁸, i «requisiti essenziali» di tale approvvigionamento?

152. Sulla falsa riga della sentenza Corbeau, compete a voi definire per il giudice nazionale i criteri che gli permetteranno di valutare se la situazione che gli viene presentata giustifichi una restrizione delle norme sulla concorrenza, quale un divieto di importazione.

153. Avrebbero forse le imprese produttrici dovuto ammettere, anche se limitatamente, l'accesso di altri soggetti alla rete, anziché vietare ai distributori regionali o locali di importare energia elettrica attraverso la detta rete di distribuzione pubblica?

154. È sintomatico che la Commissione, nella decisione 91/50, abbia condannato il fatto che non fossero libere le importazioni dirette (quelle cioè che non utilizzano la rete di distribuzione pubblica) effettuate da un utente industriale¹¹⁹, mentre non ha preso posizione su quelle che dovrebbero transitare attraverso la rete di distribuzione pubblica¹²⁰.

155. Al riguardo, è illuminante la nuova normativa britannica. È significativo che nel Regno Unito, dove esiste il sistema di distribuzione dell'energia elettrica più aperto alla concorrenza in tutta la Comunità, i produttori di energia elettrica stabiliti in altri Stati membri possono esportare solo passando attraverso un pool (consorzio unico) diretto dalla National Grid Company, proprietario e gestore della rete ad altissima tensione. Non è possibile utilizzare la rete per alimentare direttamente una data compagnia di distribuzione locale¹²¹.

156. Come abbiamo visto, la proposta di direttiva concernente norme comuni per il mercato interno dell'elettricità presentata dalla Commissione mira a sopprimere gli ostacoli alla fornitura di energia elettrica da parte dei produttori ai loro clienti e prevede la possibilità di un *limitato* accesso di altri soggetti alla rete.

157. Tendendo ad instaurare «una seconda fase» del processo di liberalizzazione, la proposta di direttiva tiene conto della necessità di «aumentare l'efficienza a livello di produzione, trasmissione e distribuzione rafforzando così la sicurezza dell'approvvigionamento comunitario» e di evitare distorsioni concorrenziali sia tra le industrie produttrici

118 — Sentenza 13 dicembre 1991 (citata alla nota 103, punto 22).

119 — Punto 44, lett. c).

120 — Punto 50.

121 — V., al riguardo, la comunicazione 90/C 191/04 fatta a norma dell'art. 19, n. 3, del regolamento del Consiglio n. 17, relativa alla riorganizzazione del settore elettrico in Inghilterra e Galles (GU C 191, pag. 9). Gli utenti possono concludere con i produttori dei contratti detti per differenza, che consentono di tutelarsi contro le variazioni del prezzo del pool. La produzione di un dato produttore non è fornita ad un consumatore determinato.

sia tra le industrie utilizzatrici di energia elettrica ¹²².

158. Essa stabilisce che i trasportatori e i distributori sono tenuti a consentire alle società «idonee» l'accesso alla loro rete «in funzione della capacità» e «dietro ragionevole compenso» ¹²³. Tale misura di liberalizzazione riguarda solo le grandi imprese consumatrici di energia e le società di distribuzione. L'utilizzo della rete è soggetto all'autorizzazione del gestore unico che può negarla «(...) qualora tale uso possa pregiudicare la distribuzione di elettricità in adempimento di qualsiasi obbligo legale o impegno contrattuale» ¹²⁴.

159. La proposta di direttiva auspica la creazione di un quadro di principi generali a livello comunitario e, «conformemente al principio di sussidiarietà», lascia agli Stati membri il compito di definire «la portata e la natura dei diritti delle società di distribuzione (...) e dei loro obblighi di servizio pubblico», in particolare per quanto riguarda la sicurezza del sistema, il soddisfacimento della domanda e un meccanismo tariffario che garantisca il pari trattamento degli utenti ¹²⁵.

160. Non si può ignorare il divario tra lo spirito della disciplina così elaborata e la posizione assunta dalla Commissione nell'ambito del presente procedimento.

161. La proposta di direttiva, respinta nella sua attuale redazione dal Consiglio, è all'esame del Parlamento ¹²⁶. Comunque sia, è evidente che la soppressione di ogni ostacolo ai rapporti tra i produttori di energia elettrica ed i loro clienti, e in particolare quelli che si trovano in un altro Stato membro, presuppone il superamento di una serie di difficoltà che si pongono nel caso di utilizzo della rete pubblica di distribuzione, difficoltà che non sono d'altronde sfuggite alla Commissione.

162. A mio parere, l'apertura del mercato della fornitura di energia elettrica, tenuto conto della particolarità di tale servizio di interesse economico generale, è subordinata al rispetto delle quattro esigenze seguenti:

- un obbligo di fornitura ininterrotta a tutti gli utenti;
- la parità di trattamento tra gli stessi;

122 — Secondo e sesto 'considerando'.

123 — Decimo 'considerando'.

124 — Art. 21, n. 2, della proposta.

125 — Diciassettesimo 'considerando'.

126 — V. *Agence Europe* del 19 novembre 1993, pag. 13, e la risposta data a nome della Commissione dal signor Matutes a una interrogazione scritta di un parlamentare europeo (n. 827/93; GU 1993, C 333, pag. 14).

— la prevenzione delle distorsioni della concorrenza tra produttori;

— l'efficace tutela dell'ambiente.

163. Per quanto riguarda il primo punto, la sicurezza dell'approvvigionamento deve essere totale; la produzione deve essere in ogni momento in grado di soddisfare la domanda complessiva. Le importazioni devono quindi essere coordinate ed adattate alla domanda attraverso una gestione accentrata del sistema.

164. In secondo luogo, la distribuzione deve essere garantita, ancor più che nel caso del servizio postale, «(...) a favore di tutti gli utenti, sull'insieme del territorio [oggetto della concessione] a tariffe uniformi e condizioni qualitative simili, indipendentemente dalle situazioni specifiche e dal livello di redditività»¹²⁷. Pertanto occorre anche tenere conto dei particolari oneri connessi all'approvvigionamento elettrico di utenti distanti dai centri di produzione.

165. In terzo luogo, l'apertura del mercato della fornitura di energia elettrica presuppone che i produttori siano messi in pari condizioni di concorrenza. Infatti, come si può mettere un produttore nazionale che sopporta gli oneri del servizio pubblico,

quali quelli relativi alla manutenzione della rete, o è colpito da elevati oneri fiscali in ragione dell'inquinamento causato dalle centrali termoelettriche, in grado di affrontare normalmente la concorrenza di un produttore di uno Stato membro vicino non soggetto a tali vincoli? Allo stesso modo, è ammissibile che le economie di scala realizzate da un produttore possano rendere non concorrenziale l'insieme della produzione nazionale di un altro Stato membro? Può un produttore nazionale, oberato dagli investimenti a lungo termine imposti dal suo Stato, affrontare ad armi pari la concorrenza di un produttore completamente indipendente, preoccupato solo del profitto a breve termine?

166. Infine, è necessario che tale apertura sia subordinata al rispetto di prescrizioni minime in materia di ambiente e di prevenzione dell'inquinamento.

167. Potrebbe ravvisarsi in tali esigenze la giustificazione oggettiva del monopolio di importazione dell'energia elettrica che gli Stati membri della Comunità conservano.

168. L'esistenza di un siffatto monopolio è per questo *indispensabile* per garantire il rispetto delle quattro esigenze citate? Non possono gli stessi obiettivi essere raggiunti mediante accordi o normative meno pregiudizievoli per il normale gioco delle regole della concorrenza?

127 — Punto 15 della sentenza Corbeau.

169. L'onere di dimostrare l'applicabilità dell'art. 90, n. 2, compete all'operatore che si avvale dell'eccezione da esso disposta. Conseguentemente spetterebbe alla IJM provare dinanzi al giudice a quo che solo il divieto di importazione e l'obbligo di approvvigionamento esclusivo di cui trattasi possono consentire di rispettare le quattro esigenze citate.

170. Da parte mia, rilevo che esiste già adesso un'interdipendenza delle reti nella Comunità. Ne deduco che, allo stato attuale di avanzamento della costruzione comunitaria, lo sviluppo degli scambi non è compromesso in misura contraria agli interessi della

Comunità, ai sensi dell'art. 90, n. 2, dal mantenimento di monopoli di importazione. Mi confortano in questa opinione le proposte operative della Commissione riguardo alle reti transeuropee nel settore dell'energia, che prevedono lo sviluppo dell'interconnessione tra gli Stati membri ¹²⁸.

171. Mi sia consentita un'ultima osservazione: la grandissima varietà delle *politiche energetiche* degli Stati membri abbisogna di una *disciplina comunitaria* dell'accesso di altri soggetti alla rete attraverso misure di *armonizzazione*. Ritengo che tanto sia confermato dal ruolo che l'art. 129 B assegna alla Comunità in questa materia.

172. Pertanto, vi propongo di dichiarare che:

« 1) Un organo giurisdizionale nazionale chiamato a decidere secondo equità su un appello avverso un lodo arbitrale è una "giurisdizione" ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE.

2) In mancanza, allo stato attuale, di una disciplina comunitaria dell'accesso di altri soggetti alla rete di distribuzione pubblica, l'art. 90, n. 2, del Trattato CEE non osta al monopolio di importazione di energia elettrica risultante da un

128 — V. *Agence Europe* del 20 gennaio 1994, pag. 8.

accordo tra imprese ed all'obbligo di approvvigionamento esclusivo imposto a società locali di distribuzione da società regionali di distribuzione, purché venga provato dinanzi al giudice nazionale che tali misure si limitano ad assicurare:

- un obbligo di fornitura ininterrotta a tutti gli utenti;
- la parità di trattamento tra gli stessi;
- la prevenzione delle distorsioni della concorrenza tra produttori;
- l'efficace tutela dell'ambiente».