

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

M. POIARES MADURO

presentate il 10 novembre 2005¹

1. L'assoggettamento di un ente al diritto comunitario della concorrenza è subordinato alla sua qualificazione come impresa. Il Trattato CE non dà una definizione di tale nozione, pur facendovi abbondantemente riferimento, e della sua precisazione si è occupata la giurisprudenza, che le ha attribuito un contenuto funzionale. È stato dichiarato che un ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, costituisce un'impresa ai sensi degli artt. 81 CE-86 CE². Se è riconosciuto il carattere non economico di taluni compiti di interesse generale, come il mantenimento ed il miglioramento della sicurezza della navigazione aerea³ o la tutela dell'ambiente⁴, è meno facile stabilire quando determinate attività possano essere qualificate come non economiche allorché siano connesse al funzionamento del sistema nazionale di previdenza sociale: in tale ambito la giurisprudenza opera infatti un esame caso per caso, valutando se il principio di solidarietà debba escludere l'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza. Ed è difficile

indicare in quali circostanze tale principio privi un'attività del suo carattere economico.

2. La problematica su cui verte la causa in esame riguarda l'acquisto di strumenti medici da parte di un ente pubblico incaricato dell'amministrazione del sistema sanitario nazionale spagnolo (in prosieguo: il «SNS»). Due sono le questioni sulle quali verrà concentrata l'attenzione. Si tratterà di stabilire, da un lato, se l'assoggettamento al principio di solidarietà dell'attività svolta da tale ente osti alla sua qualificazione come impresa e, dall'altro lato, se sia possibile separare le operazioni di acquisto da quelle consistenti nella prestazione di servizi sanitari da essa effettue.

3. La Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (in prosieguo: la «Fenin») ha impugnato la sentenza 4 marzo 2003, causa T-319/99, Fenin/Commissione (Racc. pag. II-357; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con cui il Tribunale di primo grado delle Comunità europee ha confermato la decisione con cui la Commissione

1 — Lingua originale: il portoghese.

2 — Sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser (Racc. pag. I-1979).

3 — Sentenza 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT Fluggesellschaft, detta «Eurocontrol» (Racc. pag. I-43).

4 — Sentenza 18 marzo 1997, causa C-343/95, Diego Cali & Figli (Racc. pag. I-1547).

delle Comunità europee aveva respinto una denuncia, dichiarando inapplicabile il diritto della concorrenza all'ente interessato, in quanto privo dello status di impresa. Con il ricorso in esame la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla conformità di tale conclusione con la nozione di impresa, così come definita nella propria giurisprudenza.

I — Il contesto del ricorso

4. Dalla sentenza impugnata emerge che la controversia è scaturita dalla decisione della Commissione 26 agosto 1999 (in prosieguo: l'«atto impugnato») di non accogliere una denuncia presentata dalla Fenin e secondo cui 26 enti pubblici, tra cui tre ministeri del governo spagnolo, gestori del SNS, avrebbero violato l'art. 82 CE avendo pagato le loro fatture alla Fenin sempre con ritardi considerevoli, pari a 300 giorni in media.

5. La Fenin è un'associazione cui aderisce la maggioranza delle imprese che commercializzano prodotti sanitari utilizzati in Spagna nel settore ospedaliero. Il 12 dicembre 1997 essa presentava alla Commissione una denuncia, dichiarando che gli enti gestori del SNS versavano in una situazione di posizione dominante sul mercato spagnolo dei prodotti sanitari e che avevano abusato di tale posizione ritardando il pagamento dei propri debiti. Il 12 maggio 1998 la Fenin presentava alla Commissione una memoria integrativa. Con lettera 2 dicembre 1998, la Commissione comunicava alla ricorrente la

sua decisione provvisoria di respingere la denuncia. La Fenin rispondeva alla Commissione con osservazioni presentate in data 10 febbraio 1999. Con l'atto impugnato la denuncia della Fenin veniva definitivamente respinta sulla base del rilievo, da un lato, che «i 26 ministeri ed organismi chiamati in causa, quando partecipano alla gestione del servizio sanitario nazionale, non sono imprese» e, dall'altro lato, che «la posizione di richiedente dei 26 ministeri ed organismi chiamati in causa non può essere disgiunta dall'offerta posteriore». La Commissione ne deduceva che gli enti in questione non agivano in qualità di imprese e non erano, quindi, soggetti all'art. 82 CE.

6. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 10 novembre 1999, la Fenin proponeva ricorso volto all'annullamento dell'atto impugnato, sostenendo, inter alia, che la Commissione era incorsa in un manifesto errore di valutazione nell'applicazione degli artt. 82 CE e 86 CE. La Commissione ribadiva di avere applicato il criterio funzionale della definizione di impresa nella valutazione della situazione del SNS, nel senso accolto dalla Corte nella sentenza Poucet e Pistre⁵.

7. Nella sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto il ricorso proposto dalla Fenin concludendo che la Commissione aveva correttamente applicato la nozione di impresa ai sensi degli artt. 82 CE e 86 CE. Il Tribunale è pervenuto a tale conclusione al termine di un ragionamento articolato in tre

5 — Sentenza 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91 (Racc. pag. I-637).

fasi. Al punto 36 della suddetta sentenza esso distingue, anzi tutto, tra attività di acquisto e di offerta, affermando che «ciò che caratterizza la nozione di attività economica è l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato (...) e non l'attività di acquisto in quanto tale». Il Tribunale ha quindi dichiarato che «non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzazione successiva del prodotto acquistato dal compratore, al fine di valutare la natura di tale attività». Di conseguenza, occorre analizzare il carattere economico o meno dell'utilizzazione del prodotto acquistato. Al termine della sua analisi, richiamandosi alla menzionata sentenza Poucet e Pistre nonché alla sentenza FFSA e a. ⁶, il Tribunale, al punto 39 della sentenza impugnata, ha rilevato che «l'SNS, gestito dai Ministeri e dagli altri enti a cui si riferisce la denuncia presentata dalla ricorrente, funziona conformemente al principio di solidarietà sotto il profilo delle sue modalità di finanziamento attraverso oneri sociali e altri contributi statali nonché della prestazione gratuita di servizi ai suoi iscritti sulla base di una copertura universale». Pertanto, l'attività di acquisto legata ad un'attività di carattere non economico possiede il medesimo carattere. Ne consegue, secondo il Tribunale, che gli enti denunciati dalla Fenin non sono imprese ai sensi degli artt. 82 CE e 86 CE.

Con il primo capo, la Fenin afferma, da un lato, che il Tribunale erroneamente non ha considerato l'attività di acquisto quale attività economica e, dall'altro lato, che il Tribunale ha erroneamente collegato la natura dell'attività di acquisto a quella del servizio successivamente fornito. Con il secondo capo la Fenin sostiene, in subordine, che il Tribunale avrebbe dovuto considerare che l'attività di acquisto è di natura economica, in quanto l'attività successiva, ossia la prestazione di cure mediche, possiede carattere economico. Nelle conclusioni formulate nella comparsa di risposta la Commissione deduce che l'analisi compiuta dal Tribunale nella sentenza impugnata è conforme all'interpretazione giurisprudenziale della nozione di impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza. Secondo la Commissione, peraltro, il secondo capo del ricorso sarebbe irricevibile poiché presentato per la prima volta in sede di impugnazione. Inoltre, tale motivo equivarrebbe a rimettere in discussione una valutazione dei fatti compiuta dal Tribunale, cosa che non può costituire oggetto di impugnazione. Il Regno Unito e il Regno di Spagna sono intervenuti a sostegno della posizione della Commissione, deducendo che né l'acquisto in quanto tale, né la fornitura di cure mediche costituiscono un'attività economica.

8. Il ricorso presentato dalla Fenin verte su questa parte della sentenza impugnata. La Fenin deduce un unico motivo, sostenendo che il Tribunale avrebbe erroneamente interpretato la nozione di impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza.

9. Prima di esaminare in successione i due capi sui quali si articola l'unico motivo di ricorso, occorre in via preliminare tornare sulla nozione di impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza, come elaborata dalla giurisprudenza della Corte. Verrà inoltre fatta menzione della prassi seguita dagli organi giurisdizionali e dalle autorità della concorrenza degli Stati membri.

6 — Sentenza 16 novembre 1995, causa C-244/94 (Racc. pag. I-4013).

II — **Questione preliminare: la nozione di impresa**

10. Come già ricordato, la qualificazione di un ente come impresa ai sensi del diritto comunitario dipende dalla natura economica dell'attività che essa svolge. Poiché l'analisi della natura di un ente viene effettuata per ciascuna attività, è perfettamente possibile che uno stesso ente venga considerato come impresa per alcune attività, mentre per altre sia sottratto all'applicazione del diritto comunitario⁷. Per distinguere tra attività a carattere economico e non economico, la giurisprudenza si appoggia a criteri concorrenti utilizzati alternativamente o cumulativamente e che appare necessario esporre, poiché la Fenin fonda il proprio ricorso sul motivo secondo cui il Tribunale avrebbe erroneamente applicato tale giurisprudenza.

A — *La giurisprudenza sulla nozione di impresa*

11. Il ricorso ad un criterio comparativo, che è all'origine di una concezione funzionale ed estensiva della nozione di impresa, risale alla citata sentenza *Höfner e Elser*, in cui la Corte ha decretato il carattere economico dell'attività in quanto «[le] attività di collocamento

non sono sempre state, né sono necessariamente, esercitate da enti pubblici»⁸. Seguendo il medesimo ragionamento, l'avvocato generale Tesauro, nelle conclusioni relative alla già menzionata causa *Poucet e Pistre*, ha ritenuto che l'attività in oggetto potesse essere svolta unicamente da un ente pubblico e che non fosse comparabile all'attività assicurativa svolte dalle imprese private, il che lo ha indotto a concludere che l'ente in questione non costituisse un'impresa⁹. La sentenza *Ambulanz Glöckner* offre un esempio ulteriore dell'uso che la Corte ha fatto del criterio comparativo: alcune organizzazioni sanitarie che fornivano servizi sul mercato del trasporto d'urgenza e del trasporto di malati sono state considerate come imprese in quanto «[t]ali attività non sono sempre state e non sono necessariamente esercitate da dette organizzazioni o da autorità pubbliche»¹⁰.

12. Ove non esista un mercato concorrenziale sul quale operino più imprese in concorrenza, la questione della natura economica di un'attività e l'applicazione del criterio comparativo diventano più delicate. Questo è il motivo per cui, al fine di impedire che l'assenza di concorrenza effettiva su un mercato induca a sottrarlo automaticamente alla sfera di applicazione del diritto della

7 — Sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia (Racc. pag. 2599), al cui punto 7 si afferma che «lo Stato può agire vuoi esercitando il potere d'imperio, vuoi svolgendo attività economiche di natura industriale o commerciale che consistono nell'offrire beni o servizi sul mercato».

8 — Punto 22 della citata sentenza *Höfner e Elser*.

9 — Paragrafo 12 delle conclusioni relative alla citata causa *Poucet e Pistre*.

10 — Sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, (Racc. pag. I-8089, punto 20).

concorrenza, il criterio comparativo tende a includere nella nozione di attività economica qualsiasi attività che possa essere svolta da un ente a scopo di lucro¹¹. Pur non effettuando sistematicamente questo confronto, in quasi tutte le sue pronunce vertenti sulla nozione di impresa la Corte fa riferimento alla citata sentenza Höfner e Elser, che continua a costituire la premessa del suo ragionamento. Tuttavia, applicato alla lettera, il suddetto criterio comparativo permette di includere qualunque attività nella sfera di applicazione del diritto della concorrenza¹². In effetti, quasi tutte le attività potrebbero essere svolte da operatori privati. In tal senso, nulla osta a che, in teoria, la difesa di uno Stato venga delegata, e di ciò esistono esempi storici. Per questa ragione la Corte, nelle sue pronunce successive, ha approfondito tale nozione, collegandola alla partecipazione ad un mercato.

13. Il secondo criterio elaborato dalla giurisprudenza per qualificare un'attività come economica è quello della partecipazione ad un mercato o dell'esercizio di un'attività in un contesto di mercato. Anche se, nella citata sentenza Höfner e Elser il carattere economico dell'attività deriva solo implicitamente dalla partecipazione ad un mercato, a causa del fatto che lo Stato accettava la

partecipazione al mercato di imprese private, in altre pronunce la Corte ha affermato un chiaro nesso tra partecipazione ad un mercato ed esercizio di un'attività economica. Infatti, nell'affermare che gli spedizionieri doganali italiani costituiscono imprese, la Corte ne descrive l'attività nei termini seguenti: «questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'esplicitare formalità doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario»¹³. In successive pronunce, la Corte assimila nettamente la partecipazione ad un mercato e il carattere economico dell'attività esercitata. Per esempio, nelle sentenze Pavlov e a. e Ambulanz Glöckner, essa ha dichiarato che «costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato»¹⁴. Quel che rileva non è il semplice fatto che l'attività possa essere, teoricamente, esercitata da operatori privati, bensì il fatto che l'attività venga svolta in condizioni di mercato. Tali condizioni sono caratterizzate da un comportamento finalizzato ad un obiettivo di capitalizzazione, in contrapposizione al principio di solidarietà. Ciò consente di stabilire se esista o meno un mercato, anche quando le disposizioni di legge in vigore ostacolano l'emergere di una concorrenza effettiva su tale mercato. Per contro, laddove lo Stato consenta lo sviluppo di una concorrenza

11 — V. paragrafi 67 e 27 delle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs relative, rispettivamente, alle cause *Ambulanz Glöckner*, cit., e *AOK-Bundesverband e a.* (sentenza 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Racc. pag. I-2493).

12 — J.Y. Chérot, «Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?» in *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, 2003, critica questo metodo di comparazione sottolineando che «da un lato, in teoria qualunque attività può essere svolta su iniziativa privata, dall'altro l'esperienza dimostra che qualsiasi attività storicamente, prima o poi, sono state svolte su iniziativa privata» (pag. 569). V. Anche L. Idot, «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel» nella medesima opera, secondo il quale «[c]on tale definizione, tutto può divenire un domani "attività economica"» (pag. 528).

13 — Sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia* (Racc. pag. I-3851, point 37). Si può anche citare una giurisprudenza più datata, la sentenza 16 giugno 1987, *Commissione/Italia*, cit., al cui punto 3 la Corte dichiara che «è incontestato che l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato partecipa all'attività economica in quanto essa offre, nel settore dei tabacchi manifatturati, beni e servizi sul mercato».

14 — Sentenze 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.* (Racc. pag. I-6451, punto 75); *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 19. V. anche sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.* (Racc. pag. I-1577, punto 47), e sentenza 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Commissione* (Racc. pag. I-9297, punto 79).

parziale, l'attività in questione implicherà necessariamente la partecipazione ad un mercato.

14. È nel suddetto contesto che possono essere intesi i riferimenti operati dalla giurisprudenza alla possibilità di commettere violazioni del diritto della concorrenza, come argomento per qualificare un ente in termini di impresa¹⁵. Anche se non viene perseguito alcuno scopo di lucro, può esservi una partecipazione al mercato suscettibile di mettere in discussione gli obiettivi del diritto della concorrenza. Dalla giurisprudenza della Corte non risulta che tale criterio sarebbe sufficiente a dimostrare lo status di impresa, ma rafforza la conclusione che il diritto della concorrenza deve trovare applicazione.

15. Oltre ai suesposti criteri, che in varie cause hanno indotto la Corte a concludere di essere di fronte ad un'impresa, appare altresì utile esaminare la giurisprudenza in cui essa ha qualificato talune attività come «non economiche». Tale qualificazione consente di definire *a contrario* l'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza. La Corte ha preso in esame la natura,

l'oggetto e le regole cui un'attività è sottoposta¹⁶. Al termine di tale esame, essa ha escluso dall'ambito di applicazione del diritto della concorrenza taluni compiti di interesse generale quali il mantenimento della sicurezza aerea¹⁷ e la tutela dell'ambiente¹⁸, considerati ricompresi nei compiti essenziali dello Stato¹⁹. Più in generale, qualsiasi manifestazione dell'esercizio dell'autorità pubblica diretta alla regolazione del mercato e non alla partecipazione ad esso è esclusa dall'ambito di applicazione del diritto della concorrenza²⁰.

16. Sebbene il settore sanitario sia sempre più aperto alla concorrenza, per lo più su iniziativa del legislatore nazionale²¹, intere parti di esso rientrano ancora nell'attività esclusiva dello Stato. Ad ogni modo, in tale settore, il diritto della concorrenza può trovare applicazione solo se non predomina la componente solidaristica. Al fine di valutare il grado di solidarietà presente, la Corte, nelle pronunce emanate in materia, si

15 — Sentenza FFSA e a., cit., punto 21, secondo cui «il solo fatto che la CCMSA non persegua un fine di lucro non priva l'attività che essa svolge della sua natura economica, poiché (...) questa può dar luogo a comportamenti che le norme sulla concorrenza intendono reprimere». V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs relative alla causa C-218/00, *Cisal* (sentenza 22 gennaio 2002, Racc. pag. I-691), al cui paragrafo 71 si precisa che: «La questione basilare è se l'ente si trovi in una posizione tale da generare gli effetti che le norme sulla concorrenza cercano di impedire».

16 — Al punto 30 della sentenza *Eurocontrol*, cit., la Corte dichiara che «[c]onsiderate nel loro complesso, le attività dell'*Eurocontrol*, per il loro natura, per il loro oggetto e per le norme alle quali sono soggette» non possiedono carattere economico. V. anche il punto 23 della sentenza *Diego Cali & Figli*, cit., nel quale si sottolinea che la suddetta attività «per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è assoggettata», si ricollega all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri.

17 — Sentenza *Eurocontrol*.

18 — La cit. sentenza *Diego Cali & Figli* aveva ad oggetto la prevenzione dell'inquinamento nel porto di Genova.

19 — La prova che un'attività possiede valore di compito di interesse generale può essere corroborata dalla sua iscrizione al rango di principio costituzionale nello Stato membro interessato. V. sentenza *Diego Cali & Figli*, punto 22.

20 — Sentenza del Tribunale 30 settembre 2004, causa T-313/02, *Meca-Medina e Majcen/Commissione* (Racc. pag. II-3291, punto 41).

21 — V. per esempio i fatti della cit. sentenza *AOIK-Bundesverband e a., nonché T. Hervey, e J. McHale, Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, pag. 136.

è basata su una serie di indici per stabilire se l'iscrizione obbligatoria a fondi pensione o a regimi di assicurazione o di pensionamento fosse conforme al diritto della concorrenza. In entrambi i casi essa ha ritenuto che l'attività in oggetto non avesse natura economica e in tre casi è pervenuta ad una conclusione contraria.

17. Nella causa Poucet e Pistre, precedentemente menzionata, si poneva il problema della compatibilità con il diritto della concorrenza dell'iscrizione obbligatoria ad un sistema previdenziale. Poiché la questione non riguardava alcuna attività in particolare, la Corte ha fatto riferimento alla natura degli enti in questione. Nel dispositivo della sentenza si dichiara infatti che «[l]a nozione di impresa, ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato, non comprende gli enti incaricati della gestione di regimi previdenziali come quelli descritti nelle sentenze di rinvio». Per giungere a tale conclusione, e senza specificare l'importanza da essa accordata a ciascun elemento isolatamente considerato, la Corte ha osservato che «[d]etti regimi perseguono un fine sociale e si ispirano al principio della solidarietà»²². La considerazione delle diverse manifestazioni del principio di solidarietà forma il contesto dal quale deve partire la qualificazione²³, mentre il carattere «esclusivamente sociale» della funzione svolta da tali organismi deriverebbe dal fatto che essa è «basata sul principio della solidarietà nazionale, priva di ogni scopo di lucro». La Corte ha aggiunto che «[l]e prestazioni corrisposte sono prestazioni stabilite dalla legge e indipendenti dall'importo dei contributi»²⁴.

18. Nella sentenza *Cisal*, citata supra, si trattava di stabilire se l'iscrizione obbligatoria ad un sistema nazionale di assicurazione contro gli incidenti sul lavoro e le malattie professionali fosse conforme agli artt. 82 CE e 86 CE. Nella sentenza la Corte rileva che l'organismo interessato, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (in prosieguo: l'«INAIL») funziona secondo il principio di solidarietà²⁵ ed è soggetto al controllo dello Stato, il quale fissa l'importo dei contributi ed impone un'iscrizione obbligatoria. La Corte ha pertanto escluso che l'INAIL svolga un'attività economica, il che esclude l'applicazione del diritto della concorrenza.

19. La questione sottoposta alla Corte nella menzionata sentenza *FFSA* e a. verteva sul monopolio della gestione di un regime di assicurazione vecchiaia, affidato ad una cassa mutua. In esito all'analisi compiuta dalla Corte, gli organismi gestori del regime di pensionamento complementare e facoltativo sono stati qualificati come imprese. La Corte ha insistito sul fatto che l'iscrizione al regime pensionistico è facoltativa, che tale regime viene gestito secondo il principio della capitalizzazione e che le prestazioni sono calcolate in funzione dei contributi. È stata quindi implicitamente ammessa l'esistenza di una concorrenza con le imprese di assicurazione sulla vita. Infine, benché pos-

22 — Punto 8 della sentenza *Poucet e Pistre*.

23 — Punto 16 della sentenza *Poucet e Pistre*.

24 — Punto 18 della sentenza *Poucet e Pistre*.

25 — Ai punti 38-40 della menzionata sentenza *Cisal* viene precisato che la solidarietà si manifesta nel fatto che i contributi non sono strettamente proporzionali al rischio dell'assicurato e che neppure le prestazioni erogate sono strettamente proporzionali ai redditi dell'assicurato.

sano essere individuati taluni elementi di solidarietà, la Corte non li ha ritenuti «tali da infirmare» la qualificazione di impresa.

20. Anche un fondo pensionistico di categoria olandese, sottoposto all'esame della Corte nella causa Albany²⁶ è stato ritenuto quale impresa ai sensi del diritto della concorrenza, in considerazioni di tre elementi, ossia il carattere facoltativo dell'iscrizione al fondo, la gestione secondo il principio della capitalizzazione e la proporzionalità delle prestazioni ai contributi versati, da cui la Corte ha dedotto l'esistenza di un determinato grado di concorrenza tra il fondo e le compagnie private di assicurazione sulla vita. Né la finalità sociale, né l'assenza di fini di lucro, né le esigenze della solidarietà, né le restrizioni legali «privavano» l'attività svolta della sua natura economica. La solidarietà istituita dal fondo è infatti limitata, operando unicamente a beneficio dei suoi iscritti.

21. Il ragionamento seguito nella menzionata sentenza Pavlov e a. è analogo. Dopo aver esposto gli elementi che accomunano il fondo di pensione complementare dei medici olandesi ad un'impresa privata che gestisce assicurazioni sulla vita, la Corte ha escluso che le esigenze di solidarietà gravanti sull'ente possano alterare la sua natura di impresa.

22. Infine, occorre ricordare la sentenza AOK-Bundesverband e a., precedentemente menzionata, in cui la Corte non ha esaminato l'iscrizione a una cassa pensione o a un fondo, bensì la fissazione, da parte delle casse malattia tedesche, di massimali per il rimborso diretto di medicinali. Pur potendo percorrere tale via, la Corte non ha escluso la qualificazione di impresa delle casse, in quanto esse eserciterebbero una funzione di regolamentazione del mercato. La motivazione accolta si ricollega alla nozione di solidarietà applicata dallo Stato, poiché gli elementi di concorrenza presenti nel settore dell'assicurazione malattia non sono in grado di creare le condizioni di un mercato. Va considerato, però, che al punto 58 di tale sentenza viene fatta esplicitamente salva la possibilità che gli enti in questione agiscano come imprese allorché «svolgano operazioni a fini diversi da quelli sociali».

B — Il criterio individuato a livello nazionale

23. Uno studio di diritto comparato permette di constatare che nel diritto interno degli Stati membri vengono utilizzati criteri analoghi a quelli elaborati dalla Corte. Vale la pena di citare alcuni esempi che illustrano il modo in cui le autorità e le giurisdizioni

26 — Sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96 (Racc. pag. I-5751).

nazionali hanno interpretato la nozione di impresa. Nelle prassi decisionali tedesca²⁷ e spagnola²⁸ si ritrovano alcuni criteri utilizzati dal giudice comunitario. Sembra, infatti, che un organismo statale venga considerato quale impresa soggetta al diritto della concorrenza qualora svolga sul mercato un'attività idonea a produrre effetti anti-concorrenziali.

Il Tribunale osserva inoltre che la gestione di alloggi e la prestazione di cure infermieristiche sono svolte dal settore privato e che, in questo ambito, l'N&W si trova in concorrenza con operatori privati. Infine, il Tribunale sottolinea ancora che l'N&W è in grado di violare il diritto della concorrenza.

24. La sentenza pronunciata dal Competition Commission Appeal Tribunal inglese nella causa *BetterCare c/ The Director of Fair Trading*²⁹ merita particolare attenzione. Il North & West Belfast Health & Social Services Trust (in prosieguo: il «N&W») era tenuto per legge a garantire servizi di cure infermieristiche e di alloggio per le persone anziane. L'N&W è proprietario di alloggi, alcuni dei quali gestiti da imprese private. Una di tali imprese, la BetterCare, aveva denunciato un abuso di posizione dominante da parte dell'N&W il quale, in quanto unico acquirente dei suoi servizi, l'avrebbe costretta ad accettare prezzi troppo bassi. Secondo il giudice inglese, sembra che il punto decisivo fosse costituito dal fatto che l'N&W conclude transazioni commerciali nel settore dei servizi con le imprese private che gestiscono alloggi, da cui deriva che le sue attività possiedono carattere commer-

25. Il fatto che un'attività venga esercitata da un ente statale in attuazione di una disposizione di legge può contribuire a privarlo del carattere economico secondo il diritto finlandese. L'autorità della concorrenza ha peraltro ritenuto che un ospedale pubblico accusato di praticare prezzi predatori per i servizi di laboratorio e di radiologia sul mercato privato poteva essere considerato soggetto al diritto della concorrenza³⁰. Anche secondo la giurisprudenza svedese, l'esercizio di un potere d'imperio è sottratto al diritto della concorrenza, a condizione che sia fondato su una disposizione di legge³¹. Le autorità irlandesi, invece, si limitano a distinguere tra attività economiche e l'esercizio di funzioni di natura regolamentare o attinenti all'organizzazione di relazioni industriali. L'autorità della concorrenza irlandese ha, infatti, ritenuto che un'autorità sanitaria, incaricata dell'amministrazione di servizi sanitari e della prestazione di servizi ospedalieri in una regione geografica e che affittava beni immobili, svolgeva un'attività economica³².

27 — V. J.W. Van de Gronden, «Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?» ECLR 2004, n. 2, pag. 87, in particolare pag. 90. La situazione delle casse malattia è differente, dal momento che esse non sono più soggette al diritto della concorrenza a decorrere dall'entrata in vigore, il 1° gennaio 2004, di una legge che modernizza l'assicurazione malattia. A tal riguardo v. W. Jaeger, «Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb», ZWeR 2005, n. 1, pag. 31.

28 — Con decisione 29 gennaio 1997 «Cruz Roja Española» (Expte R 179/96), il Tribunale di difesa della concorrenza ha stabilito che la Croce Rossa spagnola agisce quale operatore economico quando effettua trasferimenti di malati in ambulanza, in quanto offre tali servizi in un contesto di libera concorrenza e non si limita a gestire sovvenzioni pubbliche a scopi caritatevoli.

29 — Causa n. 1006/21/01 [2002], Competition Appeal Reports, pag. 299.

30 — Kilpailuvirasto, 17 marzo 2000, dnro 343/61/1997.

31 — Per esempio, secondo la direzione nazionale della concorrenza, le decisioni dell'ufficio nazionale dei medicinali di autorizzare un prodotto rientrano nel detto quadro.

32 — Decisione n. 358 dell'autorità della concorrenza, FDB/Southern Health Board, del 12 ottobre 1994.

C — *Il criterio applicabile*

26. Ogniqualvolta la Corte affronta la questione se un'attività economica assunta dallo Stato o da un ente statale sia di natura economica, si addentra in un terreno irto di pericoli, dovendo trovare un equilibrio tra la necessità di tutelare una concorrenza non falsata sul mercato comune e il rispetto delle competenze degli Stati membri³³. Il potere dello Stato, che viene esercitato nella sfera politica, è soggetto al controllo democratico. Un tipo diverso di controllo viene imposto agli operatori economici che agiscono su un mercato; la loro condotta è inquadrata dal diritto della concorrenza. Quando però lo Stato agisce in qualità di operatore economico, non sembra giustificabile sottrarre la sua azione a qualsiasi controllo. Al contrario, in questo caso esso sarà tenuto a rispettare le stesse regole. È pertanto indispensabile individuare un criterio chiaro al fine di individuare la linea di demarcazione per l'applicazione del diritto della concorrenza. In via di principio, le regole del diritto della concorrenza si applicano solo agli operatori economici operanti su un mercato e non agli Stati, salvo il caso in cui essi erogino aiuti alle imprese (artt. 88 CE-92 CE). Peraltro,

un'esigenza di coerenza implica la possibilità, laddove lo Stato ratifichi decisioni adottate da imprese³⁴ o si comporti di fatto come un operatore economico, di applicare al medesimo gli artt. 81 CE-86 CE. Occorre aggiungere che l'art 86, n. 2, CE, sarebbe privo di effetti se l'applicazione del diritto della concorrenza venisse esclusa ogniqualvolta lo Stato sia presente su un mercato³⁵.

27. Non avrebbe certo alcun senso introdurre esigenze concorrenziali in settori che non presentano le caratteristiche di un mercato. Ciò potrebbe voler significare costringere gli Stati membri a giustificarsi sistematicamente nell'ottica dell'art. 86, n. 2, CE e corrisponderebbe ad un'estensione illimitata dell'ambito di applicazione della sfera di concorrenza. Soprattutto, lo Stato non agisce principalmente come un operatore di mercato, poiché uno dei suoi compiti precipui consiste nell'attuazione di meccanismi di redistribuzione. In questo ambito, essendo dettata unicamente da un fine solidaristico, l'azione dello Stato è estranea alla logica del mercato. Essa è delimitata dal diritto della concorrenza solo quando gli enti incaricati di realizzare gli obiettivi di solidarietà vengono considerati come imprese. Per contro, qualora nell'esercizio dell'attività non venga perseguito alcun obiettivo di lucro, cosa che impedisce l'emergere di una logica di mercato, il diritto della concorrenza non potrà trovare applicazione. Lo Stato non è, nondimeno, soggetto ad un obbligo di

33 — Ai sensi dell'art. 152, n. 5, CE, «[l]'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica». Quanto all'organizzazione della sicurezza sociale, l'art. 137, n. 4, CE dispone che «le disposizioni adottate in forza del presente articolo non pregiudicano la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali dei loro sistemi previdenziali e non devono alterarne sensibilmente l'equilibrio finanziario». V. anche sentenze 7 febbraio 1984, causa 238/82, Duphar e al. (Racc. pag. 523, punto 16), e 28 aprile 1998, causa C-158/96, Kohll (Racc. pag. I-1931, punto 41). L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2000, C 364, pag. 1) dispone inoltre che «[a]l fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea».

34 — Sentenze 3 dicembre 1987, causa 136/86, BNIC (Racc. pag. 4789) e 8 giugno 1998, causa C-36/96, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3851).

35 — L'art. 16 CE, pur insistendo sulla necessità di garantire il funzionamento dei servizi di interesse economico generale, non rappresenta un limite all'ambito di applicazione dell'art. 86, n. 2, CE, ma fornisce, anzi, un orientamento per l'interpretazione di tale disposizione.

coerenza: esso può sottrarre liberamente talune attività al mercato solo a condizione di attuare effettivamente il principio di solidarietà e di organizzare politiche di redistribuzione. Questo significa riconoscere che lo Stato assume due ruoli distinti, a seconda che esso agisca come un operatore di mercato o che svolga un'azione politica ispirata alla solidarietà. Esso, però, non può ripararsi dietro un pretesto di solidarietà per sottrarre alcuni operatori economici dell'impresa al diritto della concorrenza.

esclusivo in materia di collocamento venisse pregiudicato da società private³⁶. Lo Stato conserva la possibilità di aggiungere alle condizioni del mercato in questo settore talune restrizioni, come, ad esempio, l'obbligo di fornire un servizio universale³⁷. Gli enti sottoposti al controllo dello Stato verranno allora considerati quali imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, nel senso definito dall'art. 86, n. 2, CE. Occorrerà verificare se le condizioni prescritte dal suddetto articolo siano soddisfatte, ossia se l'applicazione delle norme sulla concorrenza non ostacoli l'adempimento dei compiti ad essi affidati. È in questa fase che verranno prese in considerazione le esigenze sociali, alla luce dell'obiettivo di salvaguardia di una concorrenza non falsata³⁸.

28. Bisogna distinguere due ipotesi. Da un lato, nel caso in cui enti privati ed enti pubblici esercitino la stessa attività, può esservi tra di essi una concorrenza, seppur limitata e circoscritta. Infatti, l'identità dell'attività svolta dai due tipi di enti implica che i servizi prestati sono simili e che su un dato mercato essi rispondono alla medesima domanda. La Corte non applica il criterio comparativo nel senso di imporre la liberalizzazione di qualunque attività in cui intervenga lo Stato: tuttavia, essa vigila affinché si eviti che enti pubblici possano agire in concorrenza con talune imprese pretendendo, al contempo, di essere immuni rispetto alle norme sulla concorrenza. La menzionata sentenza *Höfner e Elser*, può essere interpretata alla luce di questo schema di lettura. Sembra, infatti, che un elemento determinante nel ragionamento della Corte sia stato l'incapacità dello Stato di soddisfare la domanda del mercato, dal momento che esso permetteva, di fatto, che il suo potere

29. Dall'altro lato, nel caso in cui, nell'esercizio di una data attività, lo Stato si sia riservato un monopolio legale il quale implichi l'impossibilità di qualsiasi concorrenza effettiva, non è però escluso che esso agisca come un operatore di mercato, poiché l'esistenza di detto monopolio non può mutare la natura dell'attività di cui trattasi³⁹. In questo ambito bisognerà verificare, sulla

36 — Sentenza *Höfner e Elser*, punto 25.

37 — V. sentenza 24 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo* (Racc. pag. I-1477), al cui punto 48 si afferma quanto segue: «tale impresa deve garantire l'approvvigionamento continuo di energia elettrica in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti, distributori locali o consumatori finali, nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela»; nonché sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau* (Racc. pag. I-2533).

38 — V. J. Baquero Cruz, «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XIV/2, EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity (G. de Burca Ed.), Oxford, 2005.

39 — La diffusione di programmi audiovisivi, per esempio, era in altri tempi riservata ad enti statali, mentre oggi è parimenti assicurata da operatori privati.

base di elementi pertinenti, se l'attività sia organizzata in modo tale da rispondere prevalentemente ad esigenze di solidarietà o, al contrario, se essa obbedisca ad una logica di mercato, con obiettivi di lucro. L'impossibilità per l'ente in questione di raggiungere l'equilibrio finanziario senza che lo Stato contribuisca al suo bilancio costituirà un indizio del fatto che si versi nella prima ipotesi.

30. Quale che sia il settore interessato, la solidarietà realizzata dallo Stato può essere più o meno forte. Nel settore assicurativo, come dichiarato dalla Corte nella propria giurisprudenza relativa all'iscrizione fondi o a casse pensione o di malattia, tre elementi consentono di misurare il grado di solidarietà: il carattere obbligatorio dell'iscrizione, il nesso tra i contributi dovuti e il rischio dell'assicurato (o al contrario, in un'ottica solidaristica, i suoi redditi) e, infine, il rapporto tra le prestazioni erogate e i contributi versati⁴⁰.

31. Quanto alla misurazione del grado di solidarietà per la fornitura di un servizio, i parametri rilevanti sono diversi. La garanzia di un accesso universale agli utenti, nel settore vuoi della sanità, delle telecomunicazioni o dell'energia, corrisponde alla realizzazione di un sistema di solidarietà qualora le differenze di costo effettivo vengano cancellate a beneficio di un prezzo uniforme.

Tuttavia, il vincolo legato all'universalità di accessi non può privare, di per sé solo, l'attività interessata del suo carattere economico. Un grado di solidarietà superiore viene raggiunto allorché il servizio di cui trattasi sia disponibile gratuitamente, poiché in tal caso non vi è alcun nesso tra il costo della prestazione e il prezzo pagato dall'utente. Un'ultima condizione è determinante per concludere che un settore non rientra nella logica di mercato. Infatti, qualora enti pubblici e privati prestino lo stesso servizio, l'analisi dovrà essere collocata nell'ambito dell'art. 86, n. 2, CE. Per contro, nel caso in cui le prestazioni sanitarie possano essere fornite unicamente da organismi controllati dallo Stato, i quali siano tenuti a curare a titolo gratuito tutti gli eventuali pazienti, allora non vi sarà alcuna logica di mercato e l'attività sarà guidata unicamente dal principio di solidarietà.

32. La causa in esame, pur riguardando il settore sanitario, si differenzia però dalle menzionate sentenze. Risulta infatti dalla sentenza impugnata che il SNS, che gestisce il sistema di assicurazione malattia in Spagna, è altresì incaricato di prestare servizi sanitari ai propri iscritti. Se fossero in discussione i rapporti di quanti usufruiscono delle prestazioni sanitarie con l'ente incaricato del sistema sanitario nazionale, sarebbe necessario ricorrere ai criteri che permettono di valutare il grado di solidarietà del sistema, come elaborati dalla Corte fin dalla citata sentenza Poucet e Pistre. Il problema sollevato nella specie è però differente, in quanto ci si interroga sul carattere economico, da un lato, della prestazione di servizi sanitari gratuiti ai propri iscritti e, dall'altro lato, dell'acquisto di materiale sanitario dai

40 — V, sul punto A. Winterstein, «Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law», [1999] ECLR, n. 6, pag. 324; E. Mossialos, e M. McKee, *EU Law and the Social Character of Health Care*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2002, pag. 34.

propri fornitori (punto 40 della sentenza impugnata). Per risolvere tale problema, occorrerà accertare, alla luce dell'analisi sin qui svolta, se sia corretta la conclusione formulata nella sentenza impugnata secondo cui le suddette attività non presentano natura economica.

III — Analisi del motivo di ricorso

33. Dopo aver respinto eccezioni della Commissione relative alla ricevibilità, inizierò con l'esaminare il secondo capo del ricorso, in quanto, se il Tribunale avesse erroneamente qualificato come non economica l'attività di prestazione di servizi sanitari a titolo gratuito svolta dal SNS, le sue conclusioni risulterebbero viziate. Passerò, quindi, all'analisi del nesso tra l'operazione di acquisto e l'uso cui essa è destinata, che costituisce oggetto del primo capo del motivo di ricorso.

A — Ricevibilità

34. La Commissione sostiene che il secondo capo del motivo sollevato dalla Fenin è irricevibile, non essendo mai stato invocato in primo grado e vertendo su considerazioni di fatto.

35. A parere della Commissione, nelle memorie depositate dinanzi al Tribunale la Fenin non avrebbe mai messo in discussione il fatto che l'attività svolta dagli enti che gestiscono il SNS in quanto prestatari di cure sanitarie non costituisca un'attività economica.

36. Tuttavia, si deve rilevare che, rispondendo ad un quesito posto dal Tribunale l'8 febbraio 2002 con riguardo alla sentenza Smits e Perbooms⁴¹, la ricorrente è stata indotta a pronunciarsi sul carattere economico delle prestazioni sanitarie erogate a titolo gratuito. Pertanto, poiché la qualificazione di tale attività, garantita dal SNS, è stata sottoposta al dibattimento da parte del Tribunale, dev'essere considerata come parte dell'oggetto della controversia di fronte ad esso.

37. Inoltre, il Tribunale risolve la questione al punto 40 della sentenza impugnata, dichiarando il carattere non economico di tale attività. Ora, è assodato che una parte può contestare la motivazione dedotta a sostegno della soluzione della sentenza⁴². Pertanto, il secondo capo del motivo di ricorso in esame appare ricevibile.

41 — Sentenza 12 luglio 2001, causa C-157/99 (Racc. pag. I-5473).

42 — Art. 113 del regolamento di procedura della Corte. Al contrario, i mezzi vertenti su motivi sovrabbondanti sono irricevibili: sentenze 18 marzo 1993, causa C-35/92 P, Parlamento/Frederiksen (Racc. pag. I-991); 22 dicembre 1993, causa C 244/91 P, Pincherle/Commissione (Racc. pag. I-6965, punto 25), e 16 giugno 1994, causa C-39/93 P, SFEI e a./Commissione (Racc. pag. I-2681, punto 23).

38. La qualificazione di un'attività come economica o non economica, così come effettuata al punto 39 della sentenza impugnata relativamente alla prestazione gratuita di servizi sanitari, costituisce un'operazione soggetta al sindacato della Corte nell'ambito di un'impugnazione, e non una valutazione di fatto⁴³. Ne deriva che nessuno dei motivi di irricevibilità sollevati dalla Commissione è idoneo a respingere il secondo capo del motivo di ricorso.

B — Il carattere dell'attività di offerta di servizi sanitari gratuiti agli iscritti al SNS

39. Al punto 39 della sentenza impugnata, il Tribunale dichiara che il «SNS, gestito dai Ministeri e dagli altri enti a cui si riferisce la denuncia presentata dalla ricorrente, funziona conformemente al principio di solidarietà sotto il profilo delle sue modalità di finanziamento attraverso oneri sociali e altri contributi statali nonché della prestazione gratuita di servizi ai suoi iscritti sulla base di una copertura universale». In applicazione della giurisprudenza della Corte relativa alla nozione di impresa, il Tribunale ha quindi dedotto che «tali organismi non agiscono come imprese nella loro attività di gestione dell'SNS».

40. Secondo la ricorrente, il Tribunale sarebbe incorso in un duplice errore di diritto; in primo luogo, omettendo di interpretare in modo funzionale la nozione di attività economica, e in secondo luogo, interpretando estensivamente il principio di solidarietà.

41. Secondo la ricorrente, il primo errore deriva dal fatto che il Tribunale non ha considerato in modo autonomo le singole attività del SNS. Esso avrebbe infatti qualificato complessivamente le attività del SNS, senza considerare che quest'ultimo, da un lato, presta un'assicurazione malattia obbligatoria ai propri iscritti e, dall'altro lato, è tenuto a prestare loro cure mediche a titolo gratuito. Quando il fatto stesso di essere assicurati attribuisce il beneficio delle cure mediche, la prestazione di tali cure può essere considerata indipendentemente dall'obbligo assicurativo. Si può ritenere che l'assicurazione obbligatoria sia retta dal principio di solidarietà, mentre fiorisce la concorrenza tra i fornitori di prestazioni sanitarie, dato che gli assicurati restano liberi di scegliere da chi farsi curare.

42. Dalla sentenza impugnata deriva che il SNS è effettivamente incaricato di queste due attività. È parimenti pacifico che il Tribunale, invece di qualificare ciascuna attività in modo autonomo, ha effettuato una qualificazione complessiva e unica del SNS.

43. Dalla giurisprudenza emerge che un esame autonomo di ognuna delle attività

⁴³ — Ordinanza 11 luglio 1996, causa C-325/94 P, An Taise e WWF.UK/Commissione (Racc. pag. I-3727, punto 28); sentenza 15 maggio 1997, causa C 278/95 P, Siemens/Commissione (Racc. pag. I-2507, punto 44).

svolte da un organismo è indispensabile per stabilire se debbano essere qualificate come attività economiche⁴⁴. Una qualificazione autonoma di ciascuna attività è tanto più necessaria nel caso di un ente pubblico, dato che questo può agire come operatore economico per una sola attività, assumendo peraltro funzioni di carattere non economico.

44. Qualificando complessivamente il SNS senza esaminare individualmente le attività di prestazioni sanitarie a titolo gratuito da esso svolte, il Tribunale ha quindi commesso un errore di diritto. Questo errore peraltro non avrebbe conseguenze sulle conclusioni della sentenza impugnata se l'attività di prestazione sanitarie a titolo gratuito dovesse essere qualificata essa stessa come non economica⁴⁵.

45. Orbene, a parere della ricorrente, il Tribunale avrebbe erroneamente qualificato come non economica l'attività di prestazioni sanitarie a titolo gratuito, interpretando estensivamente la nozione di solidarietà. Questo capo dell'impugnazione verte sul punto principale che spetta alla Corte risolvere nella specie, vale a dire se l'attività di prestazioni sanitarie a titolo gratuito svolta dal SNS sia stata correttamente qualificata come attività non economica.

44 — Sentenza AOK-Bundesverband e a., cit., punto 58, e sentenza 16 giugno 1987, Commissione/Italia, cit., punto 7, nonché paragrafo 114 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Cosmas nella causa C-411/98, Ferlini (sentenza 3 ottobre 2000, Racc. pag. I-8081).

45 — Sentenze 9 giugno 1992, causa C-30/91 P, Lestelle/Commissione (Racc. pag. I-3755, punto 28), e 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, Commissione/Sytraval e Brink's France (Racc. pag. I-1719, punti 46 e 47).

46. Per giungere alla conclusione secondo cui il SNS eserciterebbe un'attività di natura non economica, il Tribunale ha interpretato le sentenze Poucet e Pistre, FFSA e a., e Albany, citate supra, dichiarando, al punto 38 della sentenza impugnata, che «gli organismi che gestivano le casse malattie (...) svolgevano una funzione di carattere esclusivamente sociale, che tale attività era basata sul principio della solidarietà nazionale e, infine, che tale attività era sprovvista di ogni scopo di lucro, essendo finanziata attraverso prestazioni previste dalla legge e indipendenti dall'entità dei versamenti».

47. Il criterio accolto dalla Corte nelle menzionate sentenze non costituisce, tuttavia, il fondamento appropriato per qualificare il carattere di un'attività consistente nella prestazione sanitaria. Infatti, mentre nelle sentenze invocate dal Tribunale, come sopra ricordato, la Corte ha esaminato la conformità con il diritto comunitario della concorrenza e dell'iscrizione obbligatoria ad una cassa malattia o di assicurazione, è evidente che l'attività alla cui qualificazione deve procedersi non è quella di assicurazione malattia a titolo obbligatorio, anch'essa esercitata dal SNS, bensì quella di prestazioni sanitarie. Pertanto, il grado di solidarietà esistente in tale settore dev'essere valutato alla luce di parametri diversi da quelli utilizzati per l'attività di una cassa malattia o di assicurazione⁴⁶.

46 — V. supra, paragrafi 30 e 31 delle presenti conclusioni.

48. Poiché la Corte si è pronunciata a più riprese sulle attività mediche nell'ambito della libera prestazione dei servizi, può risultare utile operare un parallelo con tale giurisprudenza per valutare la natura della prestazione di servizi sanitari gratuiti che il SNS effettua a favore dei propri iscritti.

49. A termini dell'art. 50 CE, «vanno considerate come "servizi" ai sensi del trattato le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone»⁴⁷. Più in generale, la Corte ha dichiarato che «le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell'art. 60 del Trattato»⁴⁸. Al riguardo, si possono riprendere le parole dell'avvocato generale Tesouro, il quale ha affermato che il settore della previdenza sociale non costituisce «un'isola impermeabile all'influenza del diritto comunitario»⁴⁹ e, di conseguenza, le normative nazionali ad esso afferenti non esulano dal suo campo di applicazione. Secondo la Corte, l'autonomia degli Stati membri nell'organizzare i propri sistemi previdenziali non osta all'applicazione delle libertà fondamentali⁵⁰. Pertanto, spetta alla legislazione nazionale definire «da

un lato, le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di previdenza sociale (...) e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto a prestazioni»⁵¹.

50. Il fatto che lo Stato partecipi al finanziamento delle prestazioni mediche non esclude la qualificazione come servizio di un'attività medica⁵². La giurisprudenza ha stabilito inoltre che il semplice fatto che una prestazione medica possa essere effettuata a titolo gratuito per il paziente non è sufficiente a sottrarre tale attività alla sfera di applicazione dell'art. 49 CE. Poco importa che il servizio non venga pagato da chi ne usufruisce, dal momento che «i pagamenti effettuati dalle casse malattia (...) costituiscono sicuramente il corrispettivo delle prestazioni ospedaliere e presentano indubbiamente un carattere retributivo»⁵³.

51. A prima vista sembra auspicabile adottare una soluzione simile in materia di libera

47 — Sentenze 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, Luisi e Carbone/Ministero del Tesoro (Racc. pag. 377, punto 9); 13 maggio 2003, causa C-385/99, Müller-Fauré e van Riet (Racc. pag. I-4509, punto 38), e 23 ottobre 2003, causa C-56/01, Inizan (Racc. pag. I-12403, punto 16).

48 — Sentenza 4 ottobre 1991, causa C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, detta «Grogan» (Racc. pag. I-4685, punto 18).

49 — Paragrafo 17 delle conclusioni relative alle cause Kohll, cit., e Decker (Sentenza 28 aprile 1998, causa C-120/95, Racc. pag. I-1831).

50 — V. sentenze Kohll, citata, punto 18, Smits e Peerbooms, punto 54, Müller-Fauré e van Riet, cit., punto 39, e Inizan, punto 18.

51 — Sentenza Kohll, punto 18.

52 — Paragrafo 41 delle conclusioni dell'avvocato generale Tesouro relative alle cause Decker e Kohll, citate; sentenza Smits e Peerbooms, cit., punto 58. Per un parere divergente, v. le conclusioni presentate dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa Smits e Peerbooms, cit., paragrafi 42-49.

53 — Sentenza Smits e Peerbooms, punto 58.

prestazione dei servizi e di libera concorrenza, poiché queste disposizioni di diritto comunitario mirano a raggiungere l'obiettivo comune della realizzazione del mercato interno⁵⁴. Peraltro, la sfera di applicazione della libera concorrenza e quella della libera prestazione dei servizi non si confondono totalmente. Nulla osta, infatti, a che una transazione che implichi uno scambio venga qualificata come prestazione di servizi, anche qualora gli enti che partecipino allo scambio non siano imprese ai sensi del diritto della concorrenza⁵⁵. Come precedentemente rilevato⁵⁶, gli Stati membri possono sottrarre all'ambito della concorrenza determinate attività se le organizzano in modo che il principio di solidarietà sia predominante, cosa che implica l'esclusione del diritto della concorrenza. Per contro, le modalità con cui un'attività sia organizzata a livello nazionale non influisce affatto sull'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi. Infatti, ancorché una prestazione medica a titolo gratuito costituisca, senza alcun dubbio, un'attività economica ai sensi dell'art. 49 CE⁵⁷, non ne deriva necessariamente che gli enti che la esercitano siano assoggettati al diritto della concorrenza.

52. Nel caso di specie, non sembra che l'attività di prestazioni sanitarie dispensata

dal SNS ai propri iscritti possieda natura diversa da quella offerta dagli ospedali pubblici nella causa *Smits e Peerbooms*, citata supra. Essa non comprende unicamente cure ospedaliere, ma le comporta comunque. Parimenti, se i pazienti non pagano il prezzo delle cure loro dispensate ai professionisti sanitari, la loro retribuzione non risulta ridotta. Tuttavia, per determinare se tale attività debba essere assoggettata al diritto della concorrenza, occorre stabilire se lo Stato, al fine di istituire una politica redistributiva, affidandola esclusivamente ad enti statali guidati esclusivamente da considerazioni solidaristiche, abbia inteso escluderla da qualsiasi considerazione di mercato.

53. Dalla sentenza impugnata risulta che il SNS è tenuto a garantire una copertura universale gratuita a tutti i propri iscritti. Il Tribunale, tuttavia, non ha precisato se le esigenze di mercato siano pienamente soddisfatte da enti pubblici o se vi partecipino anche enti privati aventi la natura di impresa. Mancano, pertanto, i dati necessari per definire come non economico il carattere dell'attività di prestazione di cure mediche svolta dal SNS.

54 — K. Mortelmans, «Towards convergence in the application of the rules on free movement and competition?» CMLRev. 2001, pag. 613; paragrafo 22 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Van Gerven nella causa B & Q PLC, (sentenza 23 novembre 1989, causa C-145/88, Racc. pag. I-3851); sentenza del Tribunale *Meca-Medina e Majcen*/Commissione, cit., punto 42.

55 — Gli enti incaricati della gestione dell'assicurazione malattia, come nella causa *Cisal*, cit., non costituiscono imprese ai sensi del diritto della concorrenza, ma le regole che li disciplinano non potrebbero peraltro escludere l'assicurazione di lavoratori provenienti da altri Stati membri senza contraddire il principio della libera circolazione dei lavoratori.

56 — V. supra, paragrafi 27-29.

57 — Sentenza *Smits e Peerbooms*, cit.

54. Sembra che la Ley del 25 aprile 1997, n. 15 sull'autorizzazione di nuove forme di gestione del sistema sanitario nazionale (sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud)⁵⁸ autorizzi il SNS a delegare ad enti privati la

58 — Citata alla nota 17 dell'allegato V al ricorso contro la pronuncia del Tribunale (BOE n. 100, del 26 aprile 1997, pag. 13449).

prestazione di cure mediche. Inoltre, dalle risposte date dal governo spagnolo al quesito rivoltagli dal Tribunale il 15 gennaio 2002, emerge che parte delle prestazioni sanitarie viene garantita dal settore privato. Di conseguenza, occorre rinviare la causa al Tribunale affinché proceda agli accertamenti di fatto necessari per valutare se nel sistema sanitario spagnolo coesistono il settore pubblico e quello privato o se la solidarietà presente nell'attività di prestazioni sanitarie a titolo gratuito sia preponderante.

55. In ogni caso, anche qualora si giungesse alla conclusione che il SNS eserciti un'attività economica, questo non metterebbe in discussione le finalità sociali perseguite dal SNS, poiché non osta all'attuazione del principio di solidarietà, indipendentemente dal fatto che esso riguardi le modalità di finanziamento tramite contributi sociali ed altri contributi statali, ovvero riguardi il carattere gratuito dei servizi prestati agli iscritti sulla base di una copertura universale. Infatti, non vi è antagonismo tra l'applicazione del diritto della concorrenza e il riconoscimento che taluni settori debbano essere soggetti a regole specifiche. Al contrario, l'art. 86, n. 2, CE, mira specificamente a giustificare l'attribuzione di diritti esclusivi alle imprese incaricate di gestire servizi di interesse generale⁵⁹. Gli effetti attesi dall'assoggettamento al diritto della concorrenza di talune attività esercitate da imprese incaricate di gestire servizi di interesse generale non portano ad una riduzione della tutela sociale maggiore rispetto agli effetti prodotti dall'applicazione del principio della libera

circolazione al settore sanitario. In entrambe le ipotesi, il diritto comunitario tende a includere principi di apertura e di trasparenza all'interno di sistemi sanitari inizialmente concepiti su scala nazionale⁶⁰.

56. Tuttavia, nella specie, se è fuor di dubbio che il SNS è effettivamente incaricato di prestare a titolo gratuito servizi sanitari ai propri iscritti sulla base di una copertura universale (punti 39 e 40 della sentenza impugnata), il ruolo di gestione del SNS che incombe sui ministeri e sugli altri enti indicati nella denuncia non è invece chiaramente definito. Orbene, un ente può essere definito quale impresa in forza delle attività economiche che esso esercita solo se esso costituisce lo strumento effettivo delle attività di cui trattasi⁶¹. Infatti, anche se fosse pacifico che il SNS debba essere considerato quale impresa ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza, occorrerebbe ancora acclarare se gli organismi indicati nella denuncia della Fenin costituiscono lo strumento di tali attività. Tale accertamento dovrà essere effettuato dal Tribunale, nel caso in cui esso si pronunci nel senso del carattere economico dell'attività di prestazioni sanitarie svolta dal SNS.

57. Per i motivi sopra esposti, suggerisco alla Corte di accogliere il secondo capo del

60 — G. Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, La Haye, 2003, Capitolo 9, Free Movement of Welfare, in particolare pagg. 183 e 184.

61 — V., per analogia, le conclusioni da me presentate nella causa BBL (sentenza 21 ottobre 2004, causa C-8/03, Racc. pag. I-10157, paragrafo 16).

59 — Sentenza *Ambulanz Glöckner*, cit.

motivo e di rinviare la causa dinanzi al Tribunale, affinché questo proceda agli accertamenti di fatto necessari per accertare il carattere economico o meno dell'attività svolta dagli enti gestori del SNS e, di conseguenza, per stabilire se sia fondato il rigetto da parte della Commissione della denuncia presentata dalla Fenin.

C — Il nesso tra l'attività di acquisto e la natura delle attività cui sono destinati i prodotti o i servizi

58. Nel caso in cui la Corte, contrariamente al mio suggerimento, dovesse confermare la sentenza impugnata nella parte in cui qualifica come attività non economica la prestazione di cure mediche a titolo gratuito, occorrerà ancora esaminare il primo capo del presente motivo di ricorso, con il quale viene censurato il nesso stabilito fra la natura dell'acquisto e l'utilizzazione successiva dei beni acquistati.

59. Nel primo capo del motivo, la Fenin censura il punto 36 della sentenza impugnata, nel quale si sancisce che «ciò che caratterizza la nozione di attività economica è l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato (...) e non l'attività di acquisto in quanto tale». Il Tribunale prosegue affermando che «non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzazione successiva del prodotto acquistato», per cui «il carattere economico o non economico dell'utilizzazione successiva del prodotto acquistato determin[a] necessariamente il carattere dell'attività di acquisto».

60. La Fenin contesta il nesso stabilito dal Tribunale tra la natura di un acquisto e quella della sua successiva utilizzazione. Tale nesso si baserebbe su un'interpretazione erronea della giurisprudenza, porrebbe delle difficoltà di ordine pratico e ridurrebbe l'effetto utile del diritto comunitario della concorrenza.

61. A parere della Fenin, in primo luogo, la giurisprudenza su cui si basa il Tribunale nel proprio ragionamento, ossia le sentenze Commissione/Italia⁶² e Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissione⁶³, si limita a qualificare come attività economica l'offerta di beni o di servizi su un mercato, senza pronunciarsi sul carattere di un'attività di acquisto. A suo avviso, tali sentenze non sarebbero quindi rilevanti per negare che un acquisto costituisca un'attività economica.

62. Vero è che uno dei criteri utili per qualificare un ente come impresa è rappresentato dalla sua partecipazione ad un mercato. Orbene, un mercato è caratterizzato dall'esistenza di scambi tra operatori economici, che si concretizzano in offerte e in acquisti. Al riguardo, non si comprende come si possa far rientrare una di queste attività sotto il controllo del diritto della concorrenza ed escluderne l'altra, dato che si tratta di attività reciproche. Peraltro, tale censura non basta a invalidare il ragiona-

62 — Sentenza 18 giugno 1998, cit. alla nota 13.

63 — Sentenza del Tribunale 30 marzo 2000, causa T-513/93 (Racc. pag. II-1807).

mento del Tribunale, che subordina la qualificazione dell'acquisto alla sua successiva utilizzazione.

63. In secondo luogo, la Fenin rileva una contraddizione tra la sentenza impugnata e la sentenza Pavlov e a., citata supra. In quest'ultima sentenza, per definire il carattere economico dell'iscrizione da parte di alcuni medici ad una cassa pensionistica, la Corte ha rilevato che l'iscrizione era strettamente connessa alla loro attività professionale, e doveva pertanto essere considerata come parte dell'attività medesima, di carattere economico⁶⁴. Come suggerito dall'avvocato generale Jacobs⁶⁵, la Corte ha distinto le attività che attengono alla sfera personale e quelle che attengono alla sfera economica dei medici. Infatti, soltanto la domanda intermedia, a differenza della domanda finale, può essere considerata come appartenente alla sfera economica⁶⁶. La domanda dei consumatori privati, che è sempre una domanda finale, non è invece soggetta al diritto della concorrenza.

64. La sentenza impugnata non presenta alcuna contraddizione con tale ragionamento. Infatti, per quanto riguarda gli

64 — Sentenza Pavlov e a., cit., in cui al punto 79 si precisa che «[l]'iscrizione di un medico specialista ad un siffatto regime trova la sua origine nell'esercizio della professione». Al punto 80 si aggiunge che «[i]l fatto che ciascun medico specialista indipendente contribuisca allo stesso regime pensionistico complementare di categoria è a maggior ragione legato all'esercizio della sua attività professionale in quanto tale regime si caratterizza per un grado elevato di solidarietà tra tutti i medici».

65 — Paragrafo 115 delle conclusioni presentate nella causa Pavlov e a.

66 — L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003, pag. 223.

organismi pubblici che esercitino al contempo attività economiche e attività di altra natura, soltanto la domanda connessa alle loro attività economiche può ricadere nell'ambito del diritto della concorrenza. Invece, gli acquisti destinati ad attività non economiche sono paragonabili alla domanda finale dei consumatori e sono estranei al diritto della concorrenza. Nella specie, però, l'acquisto di materiale sanitario è innegabilmente legato all'attività di prestazione di servizi sanitari del SNS.

65. Secondo la ricorrente, per stabilire se l'attività di acquisto svolta dal SNS possedesse carattere economico, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare se essa potesse produrre effetti anticoncorrenziali, in modo da non creare «aree di immunità ingiustificate». Tuttavia, tale criterio non può essere accolto, perché equivarrebbe ad assoggettare al diritto della concorrenza qualunque acquisto effettuato dallo Stato, da un ente statale o dai consumatori. Invece, come giustamente rilevato nella sentenza impugnata, un acquisto ricade nella sfera di applicazione del diritto della concorrenza solo se esso si inserisce nell'esercizio di un'attività economica. Inoltre, se si seguisse la tesi sostenuta nell'impugnazione, si restringerebbe l'effetto utile delle regole relative agli appalti pubblici⁶⁷. Il nesso accertato tra il comportamento denunciato dai ricorrenti e l'attività non economica dell'organismo interessato è parimenti il punto centrale della motivazione accolta nella menzionata sentenza Eurocontrol ai fini dell'esclusione dell'applicazione del diritto della concorrenza. È stato affer-

67 — Sentenza 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel (Racc. pag. I-5357).

mato che la percezione di contributi da parte di Eurocontrol non aveva carattere economico, collocandosi nell'ambito di un'attività non economica.

66. La sentenza *Ambulanz Glöckner*, richiamata nel ricorso a sostegno degli argomenti in esso dedotti, conferma, al contrario, l'impostazione accolta dal Tribunale, poiché in essa la Corte ha escluso che il rifiuto, da parte di un'autorità pubblica, di concedere un'autorizzazione ad un trasportatore possa essere esaminato sotto l'ottica dell'art. 81 CE, poiché tale decisione non corrisponde all'esercizio di un'attività economica, essendo invece diretta a regolamentarla e a definirne i limiti. Pertanto un acquisto, se è connesso all'adempimento di funzioni non economiche, può esulare dalla sfera di applicazione del diritto della concorrenza. Tale conclusione è coerente con la teoria economica che sottolinea come l'esistenza di un monopsonio rappresenti un rischio limitato per la concorrenza, poiché non produce necessariamente conseguenze sul mercato a valle. Inoltre, un'impresa in posizione di monopsonio non ha interesse ad esercitare sui suoi fornitori una pressione tale da costringerli ad uscire dal mercato a monte⁶⁸. Non vi è quindi ragione di annullare la sentenza impugnata in quanto avrebbe interpretato erroneamente la giurisprudenza in tema di qualificazione di un acquisto come attività economica.

67. In ultimo, la Fenin sostiene che l'interpretazione operata dal Tribunale sarebbe erronea perché comporterebbe una serie di

difficoltà di ordine pratico. Essa deduce, al riguardo che, al momento dell'acquisto sarebbe quasi impossibile distinguere tra gli acquisti destinati ad attività economiche e quelli utilizzati per attività non economiche.

68. È ben vero che, a volte, non risulta semplice distinguere tra le attività economiche e quelle che non lo sono, ove siano esercitate da uno stesso ente. Tuttavia, e contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, questa difficoltà non può modificare il criterio di applicazione del diritto della concorrenza, che è quello dell'esercizio di un'attività economica. La conseguenza inevitabile di detto criterio continua ad essere in effetti che alcuni enti che svolgono funzioni miste sono soggetti al diritto della concorrenza unicamente per quelle delle loro attività che presentino carattere economico⁶⁹. Se si accogliesse l'argomento sostenuto nel presente ricorso, ogniqualvolta un ente svolga un'attività economica sarebbe soggetto al diritto della concorrenza per tutte le attività da esso svolte. Tale conclusione sarebbe contraria al criterio funzionale dell'impresa, come elaborato dalla giurisprudenza.

69. Poiché nessuno degli argomenti sviluppati nel secondo capo del ricorso in oggetto ha dimostrato che l'acquisto di materiale sanitario da parte del SNS debba essere separato dall'attività di prestazione di servizi sanitari, la sentenza impugnata dev'essere confermata al riguardo.

68 — V. F. Scherer e D. Ross, *Industrial market structure and economic performance*, Boston Houghton Mifflin, 1990, pag. 517, e R. Noll, «Buyer Power» and economic policy», *Antitrust Law Journal*, vol. 72, 2005, pag. 589.

69 — V. le citate sentenze 16 giugno 1987, Commissione/Italia, Eurocontrol; AOK-Bundesverband e a., nonché le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs relative alla causa *Ambulanz Glöckner*, cit., paragrafo 72.

IV — Conclusione

70. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di:

- 1) accogliere il secondo capo del motivo e rinviare la causa dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee, affinché proceda agli accertamenti di fatto necessari per acclarare il carattere economico o meno dell'attività svolta dagli enti gestori del sistema sanitario nazionale spagnolo e, di conseguenza, per stabilire se sia fondato il rigetto da parte della Commissione delle Comunità europee della denuncia presentata dalla Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN);

- 2) respingere il primo capo del ricorso contro la sentenza del Tribunale.