



MAURIZIO BIANCHINI

ricercatore confermato di diritto commerciale nell'Università di Padova,
Scuola di Giurisprudenza

**PRIVATE E PUBLIC ANTITRUST ENFORCEMENT
NELL'AMBITO DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE
(A PROPOSITO DELLA "POLIEDRICA" NOZIONE DI IMPRESA)^(*)**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I servizi di interesse economico generale ("SIEG"): le fonti comunitarie e nazionali. – 3. (segue) Le tematiche di fondo sottese ai SIEG e il metodo dialogico adottato nella presente analisi. – 4. Cenni ai fatti relativi alle decisioni esaminate. – 4.1. Il caso "COBAT". – 4.2. Il caso dell'Agenzia del Territorio (c.d. "visuristi"). – 5. La qualificazione del COBAT e dell'Agenzia del Territorio quali imprese alla stregua del diritto antitrust e l'individuazione del rispettivo mercato rilevante. – 5.1. Rilievi preliminari intorno alla nozione di impresa. – 5.2. Impresa e mercato nel caso "COBAT". – 5.3. Impresa e mercato nel caso "visuristi". – 6. Le condotte anticoncorrenziali e l'applicazione del principio di proporzionalità rispetto alle finalità di interesse generale e alle relative modalità di attuazione del servizio. – 6.1. Osservazioni preliminari. – 6.2. Il caso "COBAT". – 6.3. Il caso "visuristi". – 6.4. (segue) Essential facility doctrine e separazione societaria: glosse intorno al particolare regime nazionale. – 7. Considerazioni finali.

1. - Il tema è quello del tormentato rapporto tra funzione di tutela della dinamica competitiva dei mercati – affidata alle norme *antitrust* – e funzione di regolazione amministrativa di settori ove si riscontra la presenza di rilevanti interessi collettivi o pubblici *tout court*, protetti (anche dalla competizione) ad opera di uno specifico e pregnante regime eteronomo, di fonte usualmente (ma non esclusivamente) legislativa (¹).

Lo specifico oggetto di analisi è l'estensione della nozione d'*impresa*, così come rispettivamente individuata da alcune recenti decisioni delle Corti italiane con particolare riferimento ad enti, pubblici o privati, formalmente incaricati di una missione di interesse generale o di un servizio pubblico nonché il suo utilizzo al fine di misurare – usando il criterio della *proporzionalità* – il perimetro di eccezionale esenzione dall'applicazione delle norme *antitrust*.

Questo studio è dunque rivolto alla verifica dei limiti di applicazione della dinamica concorrenziale, tipica di ogni iniziativa economica, a quei i soggetti che erogano una particolare

^(*) Al Professor Candido Fois mi sia consentito dedicare questo lavoro, che rappresenta l'elaborazione, leggermente modificata, della relazione presentata al Convegno "Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità", tenutosi nell'Università di Padova il 13 e 14 gennaio 2013 (e i cui atti sono in corso di pubblicazione, a cura del sottoscritto e di Gina Gioia, nella Collana delle Pubblicazioni della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova, per i tipi della CEDAM). Sono grato al Professor Bernardo Cortese per le stimolanti osservazioni svolte in qualità di *discussant* al Convegno e delle quali anche questa stesura si è giovata; com'è ovvio, io solo rimango responsabile di ogni errore od omissione.

⁽¹⁾ Per i primi riferimenti, v. gli Studi raccolti a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996; gli Studi raccolti a cura di G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza* Bologna, il Mulino, 2000; nonché quelli raccolti a cura di G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2006; v. inoltre, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust, - Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, il Mulino, 1998, spec. 43 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005. Più recentemente, v. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*³, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 563 ss. e 601 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e una prospettiva ultranazionale*, e G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'Autorità garante*, entrambi in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent'anni di Antitrust - L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 2010, t. II°, rispettz. 753 ss. e 761 ss. Cfr. anche le tre note seguenti.

tipologia di servizi, quei *servizi di interesse economico generale* (d'ora innanzi, SIEG), i quali – benchè ormai assoggettabili alla dinamica mercantile – rimangono collocati in settori politicamente e socialmente sensibili e quindi caratterizzati dall'essenzialità della loro erogazione in favore delle comunità di riferimento; e che pertanto seguono logiche e richiedono discipline in parte diverse da quelle che usualmente governano la produzione e la distribuzione per il mercato; ma che perciò provocano la costante esigenza di provvedere a particolari bilanciamenti tra istanze di tutela del libero scambio e le garanzie *lato sensu* sociali ritenute ancora irrinunciabili ⁽²⁾. E va subito rilevato che, in virtù di un'oramai tralatizia costruzione delle norme comunitarie (e, di riflesso, di quelle nazionali), il riferimento al meccanismo che presiede alla verifica dei limiti di compatibilità delle norme *antitrust* con l'erogazione di un SIEG, comprende anche il limite di applicazione di tali norme a quelle imprese, pubbliche o private, dotate di *diritti speciali o esclusivi* secondo quanto previsto dall'art. 106, par. 1°, TFUE (e, parallelamente, nell'art. 8, comma 1°, Legge 10 ottobre 1990, n. 287, ove si fa più esplicito riferimento a situazioni di “*monopolio legale*”) che permettono loro di derogare alla logica concorrenziale in ragione del fine di interesse pubblico per il quale detti speciali o esclusivi diritti gli sono stati attribuiti.

Dopo aver riepilogato l'origine, la nozione e le fonti dei SIEG (par. 2), nonché la loro valenza sistematica, anche ai fini di una migliore comprensione dell'attuale portata della nozione di *impresa* – concetto, quest'ultimo, dotato di indubbia centralità nel quadro giuridico dei sistemi economici globalizzati – (par. 3), si passerà ad analizzare in parallelo, così da dar vita ad una sorta di *dialogo*, tre decisioni adottate, la prima, dal Giudice amministrativo, nel corso del *public enforcement* di un SIEG concernente delle intese anticoncorrenziali afferenti ad consorzio obbligatorio per il riciclo di batterie al piombo; e, altre due (tra loro coeve) emanate dalla Suprema Corte di Cassazione (e una delle quali decisa a Sezioni Unite), avanti alla quale hanno trovato definitiva condanna – in sede di *private enforcement* – una serie di comportamenti posti in essere dall'Agenzia del Territorio e integranti altrettanti abusi di posizione dominante nel mercato del riutilizzo commerciale di dati e informazioni trascritte sui pubblici registri da quella tenuti nell'esercizio delle proprie pubbliche funzioni. Di tali decisioni si analizzeranno, in contemporanea; i fatti (par. 4); la configurazione di attività d'impresa e il relativo “*mercato rilevante*” (par. 5); nonché le specifiche condotte anticoncorrenziali, dalle Corti ritenute ingiustificate, in quanto *sproporzionate* rispetto ai compiti di

⁽²⁾ Per ulteriori riferimenti, v. *infra sub* ntt. 3-6 e 9; sin da ora cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997, spec. 10 ss.; S. PRISCO, *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, Giappichelli, 2002; S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2005; C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei* Bologna, il Mulino, 2010. Inoltre cfr. A. PAPPALARDO, *Diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, Torino, Utet, 2007, 840 ss. e 859 ss.; A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* (fond. da F. Galgano), vol. LXIV, Padova, Cedam, 2013. Da ultimo, v. anche S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. 15 ss.



rilevanza pubblicistica rispettivamente attribuite ai soggetti incaricati di un SIEG o comunque dotati di diritti esclusivi (par. 6).

Il dialogo *espreso* tra le Corti nazionali, evidenzierà altresì un costante dialogo *implicito* con la giurisprudenza europea, quest'ultima sempre più *faro illuminante* (talora forse *accecante*) delle regole nazionali e, piaccia o no, terminale ormai imprescindibile di confronto per la soluzione di vertenze pur non caratterizzate da elementi di estraneità, così indirettamente confermando l'attuale ruolo-guida del *public antitrust enforcement* comunitario.

Seguiranno alcuni considerazioni finali sulla valenza euristica, tanto del dialogo *orizzontale* tra decisioni di *private* e *public antitrust enforcement*, quanto di quello *verticale* che si instauri – specie nel diritto della concorrenza e del mercato – tra diritto europeo e diritto nazionale, anche rispetto al fine di una migliore comprensione della pregnanza della nozione di *impresa*; osservandosi altresì (prendendo spunto da una delle molte e interessanti considerazioni svolte dal Professor Pocar) che il *dialogo* non è soltanto tra le *Corti*, ma insieme – anche per la pregnante funzione conformativa assunta dall'interpretazione pretoria – tra le *fonti* di ordinamenti diversi, ma tra loro ormai fortemente integrati (par. 7).

2. - I SIEG integrano una nozione di matrice comunitaria, e dunque *autonoma* rispetto agli ordinamenti degli Stati membri; il variegato ambito che li contempla include quei servizi erogati bensì in un regime di mercato, verso un corrispettivo, ma che, al contempo, le autorità pubbliche nazionali considerano, per vari motivi, rivestiti di un *interesse generale*; e che – *a cagione di tale specifico ruolo* – rimangono assoggettati a particolari obblighi di servizio pubblico, potendo talora beneficiare – *ma pur sempre in ragione del perseguimento di quel certo interesse generale* – di un'(eccezionale) esenzione dall'applicazione delle norme *antitrust* (nonché di altre particolari agevolazioni e/o compensazioni) ⁽³⁾.

⁽³⁾ Sulle nozioni o concetti “originari” del diritto comunitario, v. E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 239 ss. Molto numerosi sono i contributi sul tema dei SIEG: v., senza pretesa di esaustività, G. TESAURO, *Intervento pubblico in economia e art. 90, par. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 719 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Les services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Rév. droit Un. Européenne*, 2000, 117 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001; M.T. CIRENEL, *Liberalizzazione, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 281 ss.; M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 441 ss., e ivi spec. 441-449; P. CASSINIS, A. RENDA, *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, in *Tratt. dir. priv. dell'Un. Eur.* (diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio), vol. VII, Torino, Giappichelli, 2006, rispettiv. 229 ss. e 257 ss.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza limitata. Profili, interessi comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010; A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* (fond. da F. Galgano), cit., spec. 465 ss. e 480 ss. Con particolare riguardo al diritto nazionale, v., ad es., V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 747 ss.; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale - Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La*

Nel quadro europeo, i SIEG oggi si presentano quale *species* collocata entro la più generale categoria dei *servizi d'interesse generale* (“SIG”), unitamente ai servizi di interesse generale *non economico* (“SIGNE”); e ciò benchè il connesso e più specifico (seppur distinto) concetto di “servizi pubblici essenziali” ricorra nella nostra Costituzione (art. 43) ⁽⁴⁾ e, ad esempio, nella nostra legislazione concernente i servizi pubblici locali (in particolare, nel settore dei trasporti) ⁽⁵⁾, evocando l’eterna dialettica tra interessi dei privati e interesse pubblico: o, se si vuole, tra il mercato e lo *Stato* – oggi specialmente inteso come insieme di centri di erogazione di *welfare services* ⁽⁶⁾.

Benchè non se ne rintracci alcuna compiuta definizione legislativa, a livello comunitario i SIEG sono espressamente presi in considerazione dall’art. 14, TFUE (*ex* 16, TCE-Nizza) ⁽⁷⁾ e nell’art. 106, comma 2°, TFUE (*ex* art. 86, TCE-Nizza, già art. 90 TCEE-Roma) ⁽⁸⁾. Norme, queste ultime, che sin

regolazione dei servizi di interesse economico generale, Torino, Giappichelli, 2010; F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent’anni di Antitrust ecc.*, cit., t. II°, 775 ss., e *ivi spec.* 778 ss.; C. DE VINCENTI, *Regolazione e antitrust nelle Public Utilities, ovvero “il passo a due”*, *ibidem*, *ivi*, 801 ss. In prospettiva comparatistica, v. R.A. POSNER, *Natural Monopoly and Its Regulation* (1969), Washington D.C., Cato Institute, 1999 (reprint), *passim* (ma *spec.* 53 ss.); E. M. FOX, D.A. CRANE (eds.), *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, S. Paul (MN), West Publ., 2010, *spec.* 360 ss. Cfr. anche le opere citate nelle due note che seguono.

⁽⁴⁾ Cfr. peraltro V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., *sub par.* 2.1, secondo il quale nell’art. 41, comma 3°, Cost., si fonda altresì “il concetto dei servizi pubblici in senso oggettivo (attività nelle quali operatori pubblici e operatori privati agiscono sotto il controllo pubblico, poiché presentano interesse generale)” Afferma che con l’espressione SIEG si sarebbe “inteso indicare un concetto più ampio rispetto alla mera nozione di ‘servizio pubblico’” e che “considerato che l’obbligo di servizio pubblico è elemento costitutivo” sia dei SIEG che dei SIGNE, il “discrimen sembrerebbe fondarsi sulla natura economica o meno del servizio erogato”: C. COSTANTINO, *Servizi di interesse economico generale ed aiuti di stato: il regolamento n. 360/2012 e la soglia de minimis per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*, in www.korEuropa.it (Riv. elettr. del Centro Docum. Europea dell’Università Kore di Enna), 2012, 100 ss., *ivi* 101-102.

⁽⁵⁾ E un accenno ai “pubblico servizio” si coglie anche nell’art. 93 TFUE, proprio in relazione all’applicazione di aiuti di Stato nel settore dei trasporti. Sul vasto e complesso argomento, v. ad es. (con riferimento anche alle *privatizzazioni*, sulle quali v. anche *sub* nt. 32), A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico - L’impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2001; più recentemente v. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005; C. DE VINCENTI, A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza - Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, il Mulino, 2006; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete - Il caso dell’energia elettrica e del gas*, Milano, Giuffrè, 2006; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010. Inoltre, si rimanda al classico contributo di U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1964, e più recentemente R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; v. anche i riferimenti bibliografici ai pubblici servizi (e ai servizi di pubblica utilità) in relazione ai SIG e ai SIEG citati nelle due note. precedenti e *infra*, *sub* ntt. 6 e 10; infine, cfr. la giurisprudenza citata *infra*, *sub* nt. 16.

⁽⁶⁾ Oltre ai riferimenti nella nt. 3, sulla classica dialettica tra Stato e mercato, v. *spec.* C. FOIS, *Il «giardiniere» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell’economia*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 321 ss., e *ivi spec.* 323 s. e 328 ss. (ma *passim*). Con riferimento particolare ai servizi sociali, v. R. CAMELI, *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2006, 903 ss.; F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell’integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2009; sul punto v. *infra*, *sub* nt. 10.

⁽⁷⁾ Tale disposizione risulta introdotta *ex novo* dal Trattato di Amsterdam; il testo è stato poi modificato dal Trattato di Lisbona, che vi ha inoltre aggiunto un nuovo comma. L’art. 14, TFUE, non offre una definizione di cosa debba intendersi per *servizio economico di interesse generale*, occorrendo dunque riferirsi agli artt. 106 e 107, TFUE, ai quali rinvia (facendone salva l’applicazione): tali ultime norme a loro volta, prendendo in considerazione le *imprese*, suggeriscono – e tale indicazione è confermata anche nelle Comunicazioni della Commissione CE, ove si inquadrano i SIEG tra i servizi resi dietro retribuzione ma che al contempo assolvono un ruolo di interesse generale, in tal modo giustificandosi i particolari obblighi e restrizioni imposti dagli Stati membri – che l’aggettivo *economico* dei servizi in parola debba essere riferito alla loro erogazione nell’ambito di un’attività economica qualificabile come *impresa*, alla stregua, per l’appunto degli artt. 106 e 107, *citt.*, e dunque dovendosi fare riferimento, per desumere la relativa nozione, agli artt. 101 e 102, TFUE: il punto viene ripreso nel par. 5.1.

⁽⁸⁾ Le disposizioni contenute nell’art. 106, TFUE, sono rimaste per lungo tempo lettera morta, uscendo dall’oblio all’inizio degli anni Novanta del XX° secolo, sull’onda delle *privatizzazioni* e *liberalizzazioni* di imprese pubbliche, allorchè gli Stati si sono visti privati di un diretto controllo gestionale di servizi pubblici, in particolare quelli presenti nel settore delle *telecomunicazioni*, dovendo al contempo garantire regole e *standard* minimi in ottemperanza e in esecuzione di precisi obblighi rinvenienti da norme costituzionali e/o da norme europee. Infatti, una nozione delle espressioni “diritti esclusivi” e di “diritti speciali”, contenute nell’art. 106, par. 1°, TFUE, si riscontra nelle Direttive n. 94/46/CEE, del 13 ottobre 1994, sulle telecomunicazioni via satellite. L’art. 106 va inoltre coordinato con l’art. 37, TFUE, secondo il quale ogni Stato Membro deve riordinare ed eventualmente limitare – ove incompatibili con i principi del trattato – i monopoli *esistenti* di carattere commerciale (par. 1°), astenendosi dal costituire di nuovi (par. 2°). Sulla *riscoperta* dell’art. 86 TCE (ora 106 TFUE) e



dalla sentenza *Sacchi* ⁽⁹⁾ sono state inquadrare sistematicamente – e dunque applicate – in un’ottica concorrenziale, quest’ultima a sua volta funzionale all’instaurazione del “mercato interno” (art. 3, par. 3, comma 1°, TUE; artt. 4, par. 2, lett. a), 26, 27 e 119, par. 1, TFUE).

L’importanza dei SIEG a livello europeo si desume, inoltre, dal Protocollo n. 26, annesso al TFUE, dedicato alla categoria dei servizi di interesse generale (SIG) ⁽¹⁰⁾; essi sono altresì considerati nel Protocollo n. 29, relativo ai sistemi di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, giacché proprio nel comparto delle reti di radiocomunicazioni, incluse le piattaforme telematiche, si riscontrano taluni importanti esempi di tale particolare tipologia di servizi; e perché trattasi di settori oggetto di processi di *privatizzazione* e di *liberalizzazione* in molti Stati membri, incluso il nostro ⁽¹¹⁾. Ancora, la loro autonoma rilevanza ai fini di “promuovere la coesione sociale e territoriale” viene ribadita nell’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che “riconosce e rispetta l’accesso” a tale particolare tipologia di servizi, senza permettere discriminazioni, secondo quanto previsto dalle legislazioni nazionali, subordinandone peraltro l’esercizio alle disposizioni dei Trattati e in particolare alle regole della concorrenza ⁽¹²⁾.

A livello nazionale, i SIEG sono parallelamente disciplinati sotto il profilo *antitrust* dall’art. 8, Legge 10 ottobre 1990, n. 287: normativa alla quale si affiancano numerose disposizioni primarie e regolamentari – alcune delle quali verranno qui di seguito discusse in relazione ai casi di specie esaminati (*infra*, parr. 4-6) –, le quali risultano specificamente dettate per regolare i settori di interesse generale, individuati nell’esercizio delle prerogative appannaggio di ciascuno Stato membro in forza dei fondamentali principi di cui all’art. 5, TUE (e al Protocollo n. 2, allegato al TFUE), tra i quali spicca,

sul suo necessario coordinamento con l’art. 37, TFUE, v. ad es. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale ecc.*, cit., rispettiv. 476 ss. (part. 501 ss.) e 125 ss. e 526 ss.

⁽⁹⁾ C. Giust. CEE, 30 aprile 1974, C-15/73, in *Racc.*, 1974, 409 ss., ivi spec. punto n. 14. Cfr., inoltre, le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale Prof. Giuseppe TESAURO nella causa C-202/89 (Corte Giustizia CE, 19 marzo 1991, caso *Terminali di telecomunicazioni*, in *Racc.*, 1991, I-1239 ss.), *sub* punto n. 11, ove si afferma che l’art. (90, poi art. 86 TCE-Nizza, e oggi) 106, TFUE, non permette di considerare *per se* illecita l’attribuzione e l’esercizio di diritti esclusivi o speciali (o di monopolio fiscale), ma occorre caso per caso valutarne le modalità di esercizio e gli effetti sul mercato rilevante; tuttavia, secondo l’Avv. Gen. TESAURO, tale norma sarebbe caratterizzata da una “chiara oscurità”, dovuta soprattutto alla “oggettiva difficoltà di conciliare l’idea stessa di un monopolio o di un’impresa beneficiaria di diritti esclusivi con un regime di libera concorrenza e di mercato comune”; cfr. altresì G. TESAURO, *Intervento pubblico in economia e art. 90, par. 2, del Trattato CE*, cit., spec. 722 s. e 726 s.

⁽¹⁰⁾ Il Protocollo n. 26, allegato al TFUE, è dedicato ai “servizi di interesse generale” (“SIG”), nell’ambito dei quali si opera una distinzione importante, quella tra: i *SIEG* – dei quali qui ci si occupa – presi in considerazione nell’art. 1; e i *SIGNE* (Servizi di interesse generale *non economico*), i quali, invece, sono presi in considerazione dall’art. 2. Anche le Comunicazioni e le Decisioni della Commissione CE, citate *infra* nel testo (in prossimità delle ntt. 14-20), sono in genere riferite alla categoria più generale dei SIG, sebbene sia costante il riferimento anche ai SIEG; sui SIG v. recentemente U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J. W. VAN DE GRONDEN, M. KRAJEWSKI, *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2013.

⁽¹¹⁾ C. COSTANTINO, *Servizi di interesse economico generale ed aiuti di stato: il regolamento n. 360/2012 e la soglia de minimis per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*, cit., ivi 103; inoltre, v. le opere citate *retro*, *sub* ntt. 2-5.

⁽¹²⁾ Sul tema, v. da ultimi D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, cit., spec. 192 ss. e 728 ss.; R. BARTONE, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell’Unione Europea - La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Commentario del Cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2013, spec. 1162 ss.; C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, cit., spec. 23 ss. e i saggi di D. SCHIEK, e P. J. SLOT, in U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J. W. VAN DE GRONDEN, M. KRAJEWSKI, *Social Services of General Interest in the EU*, cit., e ivi rispettiv. 81 s. e 249. Inoltre, cfr. le opere citate *retro*, *sub* ntt. 6 e 10.

oltre a quello della *sussidiarietà*, anche quello della *proporzionalità*, che in questa sede, tuttavia, verrà in rilievo da un punto di vista molto particolare (*infra*, par. 6).

La loro concreta individuazione e la *ratio* della loro regolamentazione si ritrova soprattutto in alcune decisioni della Corte di Giustizia⁽¹³⁾ e in alcuni atti non vincolanti della Commissione della Comunità (poi Unione) europea e, in particolare: nelle *Comunicazioni* della Commissione sui Servizi d'interesse generale in Europa, dell'11 settembre 1996 (COM (96) 443-def.) e del 2001 (COM (2000) 580-def.), oltre che nel *Libro Verde* sui servizi di interesse generale, del 21 maggio 2003 (COM (2003), 270-def.) e nel Libro Bianco del 12 maggio 2004 (COM (2004) 374-def.). Quest'ultimo – oltre a riconoscerne esplicitamente un ruolo chiave nell'ambito del *Modello Sociale Europeo*⁽¹⁴⁾ – individua la nozione di SIEG in quei “servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità [ora Unione] assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”, precisando che per obblighi di servizio pubblico si intendono i “requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei ferroviari e stradali e di energia. Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale e regionale”⁽¹⁵⁾.

Già a questo punto può essere rilevata l'esistenza di uno specifico *dialogo* – sebbene non esplicitato – tra diritto comunitario e diritto nazionale (dialogo che, d'altra parte, costituisce uno dei *leit*

⁽¹³⁾ C. Giust. CEE, 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT v. SABAN* (caso *BRT II*), in *Racc.*, 1974, 313 ss. (spec. punti nn. 16 e 20) cit.; C. Giust. CE, 19 maggio 1993, C-320/91, *Paul Corbeau* (caso *Corbeau*), in *Racc.*, 1993, I-2533 ss. (spec. punto n. 15); C. Giust. CE, 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo et al. v. Energiebedrijf* (caso *Comune di Almelo*), in *Racc.*, 1994, I-1477 ss. (spec. pt. n. 51) che sancisce il doveroso rispetto del “combinato disposto” di cui all'art. 106, comma 2°, e artt. 101-102, TFUE; C. Giust. CE, 10 dicembre 1991 C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova* (spec. pt. n. 27), C. Giust. CE, 17 luglio 1997, C-242/95, *GT-Link AS v. DSB* (caso *GT Link*), in *Racc.*, 1997, I-4479 ss. (spec. ptt. nn. 52-53) dalle quali si evince che un'attività può considerarsi di *interesse economico generale*, allorché concorrono le seguenti condizioni: (a) vi sia un formale atto di investitura legislativo, regolamentare o provvedimento autoritativo da parte di uno Stato membro; (b) il servizio sia reso a beneficio di *tutti gli utenti*, su tutto il territorio nazionale a condizioni economiche (tariffe) uniformi e a condizioni di qualità simili, cioè, (c) indipendentemente da circostanze particolari legate al grado di redditività economica di ciascuna operazione integrante l'attività di servizio e (d) che l'attività economica (servizio economico) presenti dei *caratteri specifici* rispetto ad altre attività simili: ad esempio, nel caso *Corbeau* (cit. *retro*, in questa nota), la Corte ha ritenuto che la raccolta, il trasporto e la consegna della posta siano inquadrabili come altrettanti servizi di *interesse economico generale*, fintanto che essi vengano (*i.e.*, debbano *obbligatoriamente* essere) forniti sull'intero territorio nazionale dello Stato membro, a condizioni tariffarie uniformi e a tutti gli *utenti*, compresi quelli che – laddove si applicasse la pura logica economica del mercato – non potrebbero beneficiarne (se non a costi assai più elevati e differenziati), a causa della loro più difficile dislocazione geografica. La Corte ha tra l'altro considerato di *interesse economico generale* la gestione e lo smaltimento di determinati rifiuti: C. Giust. CE, 23 maggio 2000, C-209/98, *FFAD v. Comune Copenhagen*, in *Racc.*, 2000, I-3743 ss. Per una recente disamina dei settori in cui più si riscontra la presenza dei SIEG, v. L. AMMANNATI, A. CANEPA, V. CARFI, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati. Le decisioni dell'AGCM in materia di interesse economico generale (secondo semestre 2009 e 2010)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 197 ss. In dottrina, v. anche A. BAVASSO, *Communication in EU Antitrust Law: Market Power and Public Interest*, London-NewYork-The Hague, Kluwer Law Int.l, 2003; E. SZYSZCZAK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in EU*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2007; EAD., *Research Handbook On European State Aid Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publ., 2011; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*⁷, Oxford, Oxford Univ. Press, 2012, spec. 216 ss.

⁽¹⁴⁾ Per ulteriori riferimenti, v. ad es. G. RICCI, *La costruzione giuridica del Modello Sociale Europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, Working Paper n. 88/2011, in *I Working Paper - Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D'Antona” dell'Università degli Studi di Catania*. Per il connesso concetto di “*economia sociale di mercato*” di cui all'art. 3, par. 3°, TUE, v. M. LIBERTINI, A “*Highly Competitive Social Market Economy*” as a Founding Element of the European Economic Constitution, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 491 ss., ivi spec. 496 ss. (ove ulteriori riferimenti bibliografici).

⁽¹⁵⁾ Cfr. COMMISSIONE CE, *Libro Bianco*, 12 maggio 2004 (COM (2004) 374 def.), cit., spec. punti nn. 2.3, 3.2, 4.2 e l'*Allegato I*. Si è da più parti sottolineato che la ritrosia del legislatore europeo a definire esattamente tali *servizi* corrisponde ad una loro considerazione entro una “nozione dinamica”, perciò capace di evolvere nel tempo, al mutare del contesto socio-economico e delle esigenze dei cittadini europei: così ad es. P. CASSINIS, *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, cit., 249.



motiv di questo lavoro), considerando una recente giurisprudenza amministrativa, ove – senza appunto citare fonti o decisioni di altri ordinamenti (né di altre giurisdizioni nazionali), tuttavia – si definisce il *servizio pubblico* in termini sostanzialmente compatibili con la già lumeggiata accezione di *servizio di interesse generale* invalsa a livello comunitario ⁽¹⁶⁾.

Più recentemente, la rilevanza dei SIEG ai fini dell'apertura alla concorrenza di settori nazionali regolamentati è stato ribadito, sia nell'ambito del c.d. “pacchetto Monti-Kroes” del 2005-2006 ⁽¹⁷⁾, sia nella Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio e al Comitato economico sociale e al Comitato delle Regioni che accompagnava la Comunicazione del 20 novembre 2007, dal titolo “*Un Mercato unico per l'Europa del XXI secolo. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*” (COM (2007) 725-def.); sia nella Comunicazione della Commissione UE al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 23 marzo 2011, intitolata “*Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale*” (COM (2011) 146-def.), con la quale si tenta, tra l'altro, una prima formale razionalizzazione della prassi e della giurisprudenza ⁽¹⁸⁾ espresse sul delicato rapporto tra ammissibilità di misure compensative dei costi direttamente legati all'assunzione

⁽¹⁶⁾ E così la qualificabilità di un'attività come *servizio pubblico* dipende, non già dalla natura pubblica del soggetto erogatore, bensì dall'obbligatorietà (*ex lege*) della stessa attività, al ricorrere di determinati presupposti di fatto, e dunque dal suo essere disciplinata, almeno in linea generale, da fonti di rango primario (“è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione”); inoltre, è necessario che il suo svolgimento sia diretto “(anche) a favore di una collettività indeterminata di beneficiari” (ad esempio, gli abitanti della zona inquinata); l'attività deve altresì essere “rivolta al perseguimento di un interesse pubblico” (ad esempio, “alla salubrità ambientale e al ripristino del bene-interesse leso dagli inquinamenti”); la sua natura, infine, dipenderà dal suo consistere in una “attività produttiva e di rilievo economico”: anche qui, tuttavia, “nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari ..., è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto ... la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico”, essendo sufficiente rilevare l'obiettivo economico dell'attività stessa (elemento ricavabile anche dal riscontro di godimento di utilità diverse da un corrispettivo in denaro ovvero, correlativamente, dall'imposizione di costi sociali a carico della collettività): così Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268, in *Foro amm. - CDS*, 2012, 2665 (s.m.). In senso sostanzialmente conforme, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021, in *Foro amm. - CDS*, 2012, 974 ss. e in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 593 (s.m.) (con nota di F. VANETTI, *La messa in sicurezza e la bonifica di un sito di interesse nazionale sono un servizio pubblico?*, ivi 594 ss.). In precedenza, v. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 ottobre 2010, n. 1266, in *Giurisd. Amm.*, 2010, I, 1195 ss. Per alcuni riferimenti dottrinali in tema di servizi pubblici v. *retro*, ntt. 4 e 5.

⁽¹⁷⁾ COMMISSIONE CE, Decisione del 28 novembre 2005 (2005/842/CE), sugli aiuti di Stato sotto forma di compensazione per gli obblighi di servizio pubblico *ex art. 86, par. 2, TCE-Nizza* (oggi art. 106, par. 2, TFUE); *Comunicazione* della Commissione CE (2005/C297/04), contenente la *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico* (in *G.U.U.E.*, 29 novembre 2005, C 297, 4 ss.); il Regolamento (CE), n. 1998/2006, del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli artt. 87e 88 TCE-Nizza agli aiuti d'importanza minore, c.d. *de minimis* (in *G.U.U.E.*, L 379 del 28 dicembre 2006, 5 ss.); Direttiva, della Commissione del 16 novembre 2006, n. 2006/111/CE (in *G.U.U.E.*, 17 novembre 2006, L 318, 17 ss.), relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese e che abroga la Direttiva, 80/723/CEE del 25 giugno 1980, la c.d. *direttiva trasparenza* (in *G.U.C.E.*, del 29 luglio 1980, L 195, 35 ss.), così come modificata dalle Direttive: n. 93/84/CE della Commissione del 30 settembre 1993 (in *G.U.C.E.*, 12 ottobre 1993, L 254); n. 2000/52/CE (in *G.U.C.E.*, L 103 del 29 luglio 2000, 75 ss.) e n. 2005/81/CE (in *G.U.C.E.*, L 312 del 29 novembre 2005, 47 ss.).

⁽¹⁸⁾ Sulla questione, cfr. C. Giust. CE, 22 novembre 2001, C-53/00, *Ferring SA vs. ACOSS* (caso *Ferring*), in *Racc.*, 2001, I-9067 (spec. ptt. 15 ss. e 27 ss.). Inoltre, v. C. Giust. CE, 27 novembre 2003, cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse v. Ministero delle Finanze* (caso *Enirisorse*), in *Racc.*, 2003, I-14243 (spec. punti 30 ss.); C. Giust. CE, 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Racc.*, 2006, I-2941 (punti nn. 61-72), nonché, in particolare, C. Giust. CE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH* (caso *Altmark*), in *Racc.*, 2003, I-7747 ss., sulla quale v. *infra*, par. 3.

degli obblighi di servizio pubblico (in termini di finanziamento alle imprese esercenti un SIEG) e il divieto di aiuti di Stato, *ex artt.* 107 e 108, TFUE ⁽¹⁹⁾).

Proprio quest'ultimo, delicato rapporto, tra la fine del 2011 e la prima metà del 2012, è stato fatto oggetto di un nuovo "pacchetto" di misure (c.d. "pacchetto Almunia"), comprensivo di tre Comunicazioni della Commissione (del 2011), di una Decisione della stessa Commissione (del 2011) e di un Regolamento UE (n. 360/2012) che, nel loro complesso, hanno ridisegnato i confini e alcune regole applicative dei SIEG in relazione, sia alla qualificazione dei compensi ricevuti per l'erogazione dei servizi quali "aiuti di Stato", sia ad alcune soglie di rilevanza degli stessi ai fini della loro compatibilità con le regole (libertà degli scambi e concorrenzialità) del mercato interno ⁽²⁰⁾, offrendo incidentalmente alcune indicazioni di non trascurabile rilevanza per chi fosse interessato ad investigare intorno alla consistenza degli attuali confini della nozione di *impresa*, specie con riferimento al corretto criterio di calcolo della "misura di compensazione" (dell'aiuto), rispetto al servizio (economico) di interesse generale di volta in volta considerato.

3. - Già alla luce di questa pur sommaria indicazione delle fonti, lo studio dei SIEG sembra oggi consentire una prospettiva utile a comprendere i diversi ambiti dello sviluppo, mantenimento e crescita del "mercato interno" (art. 3, par. 2, TUE; artt. 26-27 e 119, TFUE): permettendo cioè di comprendere le linee evolutive dell'esigenza ritenuta tradizionalmente primaria e perciò condivisa dagli Stati fondatori a partire dalla quale è poi avvenuta la costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea. Ci si

⁽¹⁹⁾ V. ad es. COMMISS. UE, Comunicazione "relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali" (n. 2009/C 85/01), in *G.U.U.E.*, 9 aprile 2009, C85, 1 ss. (e spec. pt. 19 ss. per la ripartizione dei ruoli "distinti" tra Commissione e Corte di Giustizia da un lato e giurisdizioni nazionali, dall'altro; spec. pt. 26 per ciò che riguarda il sistema dei rimedi azionabili, *ex art.* 108, par. 3, TFUE, davanti ai giudici nazionali per tutelare i concorrenti e i terzi – *private enforcement* – rispetto a lesioni derivanti dall'impiego di aiuti di Stato illegali, ad es., perché non notificati o non ancora autorizzati dall'organo esclusivamente competente, *i.e.*, la stessa Commissione); di recente v. J. ALMUNIA, *Presenting the State Aid Modernisation Initiative*, at the *EP Workshop: State Aid Modernization*, Bruxelles, 25th September, 2012 (SPEECH/12/657) e la proposta della Commissione (COM (2012) 725 final), del 5 dicembre 2012, di modifica del Regolamento (CE) n. 659/1999, del Consiglio. Per una più approfondita analisi del tema, v. ad es. A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e Aiuti di Stato - Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2006; Id., *Diritto commerciale europeo*³, cit., spec. 606 ss.; A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, in *Tratt. dir. priv. dell'Un. Eur.* (diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio), vol. VII, cit., 447ss. (e spec. 457 ss.); più recentemente, v. P[IERP]. ROSSI, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, cit., 403 ss. e 443 ss. V'è infine da segnalare che gli artt. 44 e seguenti della Legge 24 dicembre 2012, n. 234 (in *Gazz. Uff.*, 4 gennaio 2013, n. 3), hanno introdotto a livello interno una disciplina organica in materia di aiuti di Stato, consegnando al giudice amministrativo la giurisdizione (esclusiva) per l'impugnazione dei provvedimenti emanati in materia (artt. 49-50).

⁽²⁰⁾ Trattasi, più specificamente, della *Comunicazione* della Commissione UE (2012/C 8/02), sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (in *G.U.U.E.*, 11 gennaio 2012, C 8, 4 ss.); della *Comunicazione* della Commissione UE, (2012/C 8/03) contenente la "Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico" (in *G.U.U.E.*, 11 gennaio 2012, C 8, 15 ss.); *Comunicazione* della Commissione UE (2012/C 8/04), che approva il testo di un nuovo regolamento della Commissione relativo agli aiuti di Stato *de minimis* peraltro ora superata dalla pubblicazione ed entrata in vigore del Regolamento stesso (n. 360/2012, *infra*); della Decisione della Commissione UE del 20 dicembre 2011, n. 2012/21/UE, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'art. 106, par. 2, del TFUE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di SIEG (in *G.U.U.E.*, 11 gennaio 2012, L 7, 3 ss.) e del Regolamento UE della Commissione, del 25 aprile 2012, n. 360/2012, relativo all'applicazione degli artt. 107 e 108 del TFUE agli aiuti di importanza minore (*de minimis*) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale (in *G.U.U.E.*, 24 aprile 2012, L 114).



riferisce a quelli – tra loro distinti, eppure interconnessi – della *tutela della concorrenza*, dei *modelli di gestione delle attività economiche* in generale, e dei servizi pubblici in particolare nonché, *last (in time) but not least*, quello del rispetto dei *diritti fondamentali*; questi ultimi a loro volta implicati, per l'appunto, dalle esigenze di tipo sociale sottese all'erogazione di prestazioni tipicamente legati al *welfare state* ⁽²¹⁾.

Per quanto qui più interessa, l'importanza sistematica dei SIEG può essere apprezzata sotto un duplice e particolare profilo: anzitutto, le norme del Trattato istitutivo delle Comunità economiche europee (e poi della Comunità europea) non hanno individuato in capo all'odierna Unione europea una competenza generale in materia di politica economica né in tema di politiche sociali comuni, ma hanno piuttosto configurato – in virtù di un approccio *funzionale e oggettivo* riscontrabile anche rispetto alla nozione comunitaria di *impresa* (e ciò non pare frutto di mera coincidenza) – dei “poteri” strumentali “alla realizzazione di un mercato comune in cui fosse garantita la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, assicurando il rispetto di condizioni di libera concorrenza. Le scelte di politica economica sono state essenzialmente lasciate agli Stati” ⁽²²⁾.

Pertanto, alla luce dei principi di attribuzione specifica e di attribuzione residuale (rispettivamente, artt. 5, parr. 1° e 2°, e 4, par. 1°, TUE) e di *sussidiarietà* (art. 5, par. 3°, TUE), ben si comprende come la competenza e la scelta concernenti l'individuazione e la disciplina dei SIEG nei rispettivi ordinamenti sia tradizionalmente rimasta appannaggio di questi ultimi, benchè, dopo Lisbona, in forza dell'aggiunta di un nuovo (ultimo) periodo al testo dell'art. 14, TFUE, tale competenza nazionale – proprio se coordinata con gli artt. 4 e 5 TUE – appaia suscettibile di un certo ridimensionamento. Del resto, l'esercizio di tale prerogativa statale già in precedenza rimaneva sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia (la quale, peraltro, ha sempre mostrato di voler intervenire soltanto in caso di *errore manifesto* nella valutazione dei requisiti formali specifici che permettono tale qualificazione) ⁽²³⁾ e l'operatività dei SIEG – e dunque la stessa legittimità della loro disciplina, di fonte statutale – risultava comunque

⁽²¹⁾ Così, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., spec. XVII ss.; in precedenza, inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., spec. sub par. 1. Sul *Modello Sociale Europeo*, v. ancora C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, cit.; G. RICCI, *La costruzione giuridica del Modello Sociale Europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, cit., spec. 6 ss. e 19 ss.

⁽²²⁾ P. CASSINIS, *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, cit., ivi 229. In tal senso, v. Trib. I Grado UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA et al. v. Comm.*, in *Racc.*, 2008, II-81 ss. (spec. p.to n. 42), basandosi sul principio di sussidiarietà di cui all'art. 5, par. 2 TUE. Tuttavia, va in proposito rilevato che il testo dell'art. 14, TFUE, innova rispetto alla precedente versione dell'art. 16 TCE-Nizza, e crea una nuova competenza legislativa appannaggio del Parlamento Europeo e del Consiglio, aggiungendo un terzo periodo che impone (e non soltanto abilita) questi ultimi a stabilire i principi e le condizioni in forza dei quali i SIEG dovranno soddisfare le rispettive “missioni”, facendosi salva la competenza dei singoli Stati Membri – ovviamente “nel rispetto dei trattati” – a “fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”: sul punto, v. di seguito nel testo e, in dottrina, D. SCHIEK, *Social services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance*, in U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J. W. VAN DE GRONDEN, M. KRAJEWSKI, *Social Services of General Interest in the EU*, cit., 73 ss., ivi 81; P.J. SLOT, *Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine*, *ibidem*, 245 ss., ivi 248 s.

⁽²³⁾ Cfr. ad es., C. Giust. CE, 17 luglio 1997, C- 242/95; C. Giust., CE, 10 dicembre 1991, C- 179/90; Trib. I Grado CE, 27 febbraio 1997, T-106/95, *FFSA et al. v. Commissione* (caso *La Poste*), in *Racc.*, 1997, II-229 ss. (spec. pt. n. 99). Inoltre, v. COMMISSIONE UE, *Comunicazione sui servizi di interesse economico generale in Europa*, cit., spec. pt. n. 22 e il suo *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, cit., spec. pt. nn. 2.3.3.2. e 4.2.

limitata dalle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione, relative alla libertà di prestazione di servizi e di stabilimento e alla concorrenza (cfr. le versioni precedenti degli artt. 14 e 106, TFUE).

Infatti – ed è questo il secondo profilo di rilevanza da mettere in luce – i SIEG, proprio in virtù della loro funzione di *strumento di apertura graduale* al mercato concorrenziale di alcuni particolari comparti di attività (almeno potenzialmente) economiche – prima sottratti alla piena libertà d'intrapresa (monopoli pubblici, intervento diretto dello stato, regimi concessori, settori amministrati, ecc.) in ragione della delicatezza degli equilibri socio-economici interni implicati dall'esercizio delle attività medesime e dalla natura e/o condizione dei loro beneficiari – certamente ancora usufruiscono, a certe condizioni, di una deroga (o immunità) dal diritto *antitrust* comunitario e nazionale: ma ciò viene permesso soltanto *negli stretti limiti in cui tale immunità sia funzionale all'adempimento della specifica missione di interesse pubblico che risulti loro (ancora) affidata* (cfr. l'art. 106, par. 2°, TFUE e, sia pure con diversa formulazione, l'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990).

Peraltro, già alla luce dei principi individuati dalla nota sentenza *Altmark* del 2003, dal c.d. “pacchetto Monti-Kroes” del 2005 e 2006 ⁽²⁴⁾ e, oggi, anche alla luce dell'ulteriore “pacchetto Almunia” del 2011-2012 (cfr. infatti la Decisione della Commissione UE del 20 dicembre 2011, n. 2012/21/UE) ⁽²⁵⁾, la loro individuazione è stata progressivamente incanalata entro più stringenti limiti, quantitativi e formali, anch'essi destinati ad incidere sulla discrezionalità degli Stati Membri in tema di politiche sociali e di servizi pubblici in genere.

Da questo articolato quadro, benchè sommariamente tratteggiato, già si intuisce che, tanto l'ambito, quanto le modalità attuative delle politiche economiche e sociali implementate degli Stati membri – in quanto da questi ultimi ritenute di interesse generale e, nel caso dei SIEG, espressamente qualificate come tali a mezzo di un *atto di incarico* ⁽²⁶⁾ –, tendono a proporsi come terreno elettivo di scontro tra politiche dirigistiche e protezionistiche di marca nazionale e principi, scopi e meccanismi propri del diritto comunitario, informati – questi ultimi – ad un'economia aperta e in libera concorrenza, funzionale, per l'appunto, all'instaurazione e al mercato interno (cfr. gli artt. 26-27 e 28-66, TFUE; l'art. 119, TFUE, *ex art.* 4 TCE, e l'art. 173, TFUE, *ex art.* 157-TCE, in connessione con il più volte citato art. 3, par. 3, comma 1°, TUE).

⁽²⁴⁾ V. *retro*, nel par. 2, i provvedimenti comunitari indicati *sub* nt. 17 e nel relativo testo.

⁽²⁵⁾ V. *retro*, nel par. 2, i provvedimenti comunitari indicati *sub* nt. 20 e nel relativo testo. In particolare, v.: il *Considerando* n. 14 e l'art. 4 della Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011, n. 2012/21/UE (sostitutiva della Decisione n. 2005/842/CE), adottata alla luce dell'art. 106, par. 3°, TFUE; i punti 12-20 della Comunicazione della Commissione 2012/C 8/03 e i punti 46-53 della Comunicazione della Commissione 2012/C 8/02.

⁽²⁶⁾ L'essenzialità di tale requisito (peraltro da solo non sufficiente) al fine di poter far ricadere una certa attività economica (erogazione di un servizio) nell'area specificamente disciplinata dei SIEG e, pertanto, in presenza di ulteriori condizioni, nell'ambito della *antitrust immunity*, risulta tanto dal caso *Altmark* (Corte. Giust., 24 luglio 2003, C-280/00, cit., spec. p.ti nn. 75 ss.), quanto dal caso *CIF* (C. Giust. CE, 9 settembre 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi v. Autorità Garante Concorrenza e Mercato*, in *Racc.*, 2003, I-8055 ss.); e, ancora, dai casi *BUPA* (Trib. I Grado UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, cit., spec. p.ti nn. 162 ss.) e *TFI* (Trib. I Grado UE, 11 marzo 2009, T-354/05, *Télévision Francaise I v. Commiss.*, in *Racc.*, 2009, II-471 ss., spec. p.ti nn. 126 ss.).



Ciò ha comportato, sul piano applicativo, l'instaurazione di un meccanismo di (*public e private*) *adjudication* sostanzialmente bifasico. Da un lato, si rileva una virtuale insindacabilità *ex ante* della compatibilità o meno con il diritto europeo (e, in specie, dei Trattati, così come le norme relative al mercato comune risultano interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE) rispetto all'investitura di un soggetto incaricato di erogare un servizio di interesse economico generale, al quale vengano così imposti i più disparati obblighi di servizio pubblico, secondo le politiche economiche e le esigenze sociali nazionali e, correlativamente, attribuiti i più disparati diritti "speciali" o "esclusivi" ovvero *tout court* dei monopoli legali conseguenti a riserve assolute di attività legislativamente imposte.

Dall'altro lato, si riscontra un vaglio *ex post*, effettuato dal giudice interno ovvero, direttamente, dal giudice comunitario – in virtù dei meccanismi procedurali e dello specifico riparto di competenze giurisdizionali, ma pur sempre alla stregua dei principi di diritto europeo ⁽²⁷⁾ – cui spetterà vagliare la *proporzionalità* del regime d'*immunità* predisposto dalle norme nazionali, istitutive del servizio di interesse generale, rispetto alle disposizioni che costituiscono il diritto della concorrenza – ossia uno dei *pilastri* normativi (e concettuali) ritenuti capaci di concorrere a garantire l'instaurazione e il mantenimento del "mercato interno" (art. 3, par. 3°, comma 1°, TUE; e cfr. altresì il Protocollo n. 27) ⁽²⁸⁾: ossia verificare il grado di compatibilità della devianza, rispetto alle norme dei Trattati – cui i SIEG sono il linea di principi soggetti (art. 106, par. 2°, TFUE), delle concrete modalità di esercizio del privilegio assegnato dal singolo Stato membro, nel libero esercizio delle proprie competenze e attribuzioni (sebbene moderato dal dovere di *leale collaborazione* con l'Unione e con gli altri Stati membri giusta, gli artt. 4, par. 3°, e 13, par. 2°, TUE). Un vaglio che include l'analisi delle specifiche circostanze relative alle condizioni ove si sviluppa (in tutto o solo in parte) il mercato del servizio di interesse economico generale attribuito al soggetto (impresa) formalmente incaricato di erogarlo ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Sui complessi profili di riparto della competenza giurisdizionale (ma pur sempre in connessione con i profili sostanziali della tutela *antitrust*), v. per tutti M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, t. I, Torino, Giappichelli, 2006, spec. cap. II; e (specialmente per la disciplina processuale del *private enforcement*) cfr. EAD., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, t. II: *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. 21 ss., 61 ss. e 251 ss.; inoltre v. S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. 44 ss. e 61 ss.; P. NEBBIA, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, 123 ss.; P[IERP]. ROSSI, *ibidem*, 413 ss., e spec. 463 ss. e 480 ss.

⁽²⁸⁾ Ove si legge, in assonanza con quanto già espressamente prevedevano l'art. 2 TCE-Nizza (abrogato dal Trattato di Lisbona del 2007), e l'art. 3, par. 1°, lett. g), TCE-Nizza, già lett. f), Tratt. CEE), che "il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata". Sulle cause e sul (limitato) significato sistematico di questo spostamento, v. le considerazioni di G. GHIDINI, E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent'anni di Antitrust - L'evoluzione della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., t. I°, 217 ss., ivi spec. 219-221 (e poi, con il titolo: *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 459 ss.); v. inoltre M. LIBERTINI, A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution, cit., ivi 504-506. Il *nesso funzionale* tra libertà di circolazione (e anche, è da ritenere, di stabilimento) e tutela della concorrenza è sottolineato da C. Giust. CE (Grande Sezione), 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06, a C-478/06, *Lélos Kai Sia EE* et al. v. *GlaxoSmith&Kline AVEE Farmakeftikon Proionton*, in *Racc.*, 2008, I-7203, spec. p.ti 65-66, ove si afferma, tra l'altro, che "le regole a tutela della concorrenza continuano ad essere interpretate funzionalmente al principio di libera circolazione delle merci in un mercato unico".

⁽²⁹⁾ Tutto ciò, come del resto già avvertito *retro* nel testo, viene qui rilevato al netto delle evoluzioni che si possono anticipare alla luce, sia della già ricordata nuova formulazione dell'art. 14 TFUE, che ora attribuisce al Parlamento Europeo e al Consiglio nuove competenze legislative in tema di SIEG, sia della pregnanza dell'art. 36, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), la quale, ai sensi dell'art. 6, TUE, ha lo stesso valore cogente dei trattati.

Questa dinamica è risultata particolarmente evidente per il peculiare sistema di economia *mista*, predominante in Italia sino al verificarsi di quelle *inarrestabili accelerazioni della Storia* ⁽³⁰⁾ che hanno portato alla globalizzazione dell'economia e dei mercati, e individuabili in corrispondenza della "caduta" del Muro di Berlino ⁽³¹⁾.

Invero, sin dai primi anni Novanta, con l'erompere del processo di liberalizzazione e di privatizzazione di ampi settori economici prima appannaggio esclusivo dell'intervento diretto dello Stato nell'economia (tra gli esempi di strumenti tradizionalmente utilizzati nel periodo dirigista possono essere qui ricordati: le imprese pubbliche, i monopoli e le riserve di attività, le concessioni e le autorizzazioni amministrative, gli aiuti di stato, le erogazioni a fondo perduto, le programmazioni) ⁽³²⁾, il tema dei SIEG – quale regime giuridico speciale (e/o transitorio), posto a cavallo tra regolazione e liberalizzazione del mercato – ha progressivamente interessato l'attività di indagine, di segnalazione e quella sanzionatoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), stretta tra discipline comunitarie liberistiche, che richiamavano l'Autorità ad un'energica azione di *polizia del mercato*, e norme interne, di marca ancora protezionistica e interventista, che tendevano a mantenere lo *status quo* ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Mutuo qui l'efficace espressione di C. FOIS, *Il «giardiniere» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, cit., ivi 321. Sul punto, v., *ex multis*, G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1993, spec. 29 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato* (1998), *Il diritto della transizione* (1997), *Economia di mercato e interesse pubblico* (2000), ora ripubblicati in ID., *L'ordine giuridico del mercato*⁵, Bari-Roma, Laterza, 2009, rispettiv. 3 ss. (e ivi spec. 16 ss.) e 145 ss., e 121 ss.; G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1443 ss.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, *ibidem*, ivi, 1540 ss.; v. inoltre la nt. 32 *infra*.

⁽³¹⁾ Sul punto, sia permesso rinviare al mio *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 34 ss.

⁽³²⁾ Per una quadro dei tradizionali strumenti di intervento pubblico nell'economia fino alla fine degli anni Ottanta del XX° secolo, v. *ex multis*, i noti saggi di: F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, 206 ss.; M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, *ibidem*, 1958, 227 ss.; ID., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, 313 ss.; G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 125 ss.; 31 ss.; ID., *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970, I, 177 ss.; L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica* (1966), ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985, 147 ss.; A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in AA. VV., *Studi per Enrico Tullio Liebmann*, Milano, Giuffrè, 1979, 3115 ss.; M.T. CIRENELI, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983; M. BERTOLISSI, voce «*Impresa pubblica*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, IPZS, 1990. Sui processi di liberalizzazione e privatizzazione, v., ad es., A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma delle concorrenza comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1992 (spec. t. I); A. GUARINO, *Disciplina della concorrenza e imprese "pubbliche": alcune riflessioni di ordine sistematico*, in *Conc. e mercato*, 1994, 403 ss.; P.G. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia - Saggi. Leggi. Documenti*, Milano, Giuffrè, 1995; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 1995; ID., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Riv. giur. Enel*, 1998, 233 ss.; ID., *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 96 ss.; A. MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust*, in *Riv. soc.*, 1996, 34 ss.; A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 6 ss.; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1996; N. IRTI, *Il diritto della transizione* (1997), cit., spec. 155 ss.; ID., *Economia di mercato e interesse pubblico* (2000), cit., spec. 127 ss.; ID., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)* (1993), in ID., *L'ordine giuridico del mercato*⁵, cit., 150 ss.; M. SANINO, *Le privatizzazioni. Stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, Ist. Edit. Reg. it., 1997. Con riferimento ai cc.dd. "decreti Bersani" del 2006, v. E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni - Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina* (Atti delle Giornate di studio sulle liberalizzazioni dell'Università del Salento, Lecce, 30-31 marzo 2007), Torino, Giappichelli, 2008. Da ultima v. l'analisi dell'evoluzione delle privatizzazioni con particolare riferimento alle partecipazioni in società c.d. *pubbliche* in M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012, spec. 152 ss. e 160 ss.

⁽³³⁾ V., ad es., i saggi di N. IRTI, *Il diritto della transizione*; A. GAMBINO, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, N. LIPARI, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, raccolti in *Il diritto della transizione* (Quaderni della «Rivista di diritto privato», n. 1), Milano, Kluwer-Ipsoa, 1998, rispettiv. 11 ss., 25 ss., 41 ss. e 67 ss.; A. PAPPALARDO, *Imprese pubbliche e monopolio legale*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, Zanichelli, 1993, t. II, 777 ss. L'espressione "polizia del mercato" si ritrova in G. FLORIDIA, *L'illecito*



A tale proposito (e ai fini che qui più direttamente rilevano), in dottrina è stato sovente rilevato come proprio dai processi di liberalizzazione e di profonda riforma della regolazione nei settori dei servizi di pubblica utilità fossero derivate “interferenze reciproche tra la funzione amministrativa di regolazione dei mercati e la funzione di tutela della concorrenza”⁽³⁴⁾; interferenze che, in effetti, hanno dato luogo ad una “interazione crescente tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza e tra soggetti perposti all’una e all’altra funzione”⁽³⁵⁾, per un verso causando un correlativo ampliamento del campo d’azione della stessa AGCM⁽³⁶⁾ – e così invertendo una iniziale indicazione di sostanziale *non liquet*, che oggi è possibile rileggere quale sintomo delle *crisi di rigetto* patite dal nostro ordinamento rispetto ad un’innovativa impostazione di apertura dei mercati che, portata in Italia dal vento comunitario, veniva ad innestarsi in un quadro nazionale fino a quel momento caratterizzato da una protratta e decisa prevalenza della regolamentazione amministrativa dell’economia, piuttosto che delle dinamiche competitive⁽³⁷⁾ –; e, per altro verso, permettendo di dare una “nuova impronta” alla stessa attività di regolazione “orientandola in senso fortemente pro-concorrenziale”⁽³⁸⁾.

Le questioni affrontate nell’ambito delle attività di monitoraggio, indagine e di repressione di condotte anticoncorrenziali poste in essere dall’AGCM, hanno investito – quasi *di rimbalzo* – l’attività giurisdizionale amministrativa, chiamata a decidere sui ricorsi presentati avverso i provvedimenti di quella *ex art. 33, comma 1°*, L. n. 287/1990. Questa azione sinergica tra Autorità amministrativa indipendente e giudice amministrativo costituisce, nel complesso, il cosiddetto *public antitrust enforcement* nazionale, con riferimento al tema in oggetto⁽³⁹⁾.

Tuttavia, in epoca più recente, si assiste ad un intensificarsi del cosiddetto *private antitrust enforcement*⁽⁴⁰⁾ indirizzato al ristoro dei danni patiti dai singoli soggetti danneggiati dalle condotte

concorrenziale tra il diritto soggettivo e la tutela del consumatori, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, Torino, Giappichelli, 2012, e ivi 331.

⁽³⁴⁾ F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, cit., 775; v. inoltre, S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità - Un’analisi a partire dal settore dei servizi «a rete»*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽³⁵⁾ C. DE VINCENTI, *Regolazione e antitrust nelle Public Utilities, ovvero “il passo a due”*, cit., 801; v. inoltre, D.J. GERBER, *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale: Stati Uniti e Europa a confronto*, (trad. it. a cura di G.A. Benacchio), Trento, Prov. Aut. Trento editore, 2010, spec. 23 ss., ove si argomenta che l’origine disciplina *antitrust* nell’Europa continentale veniva vista come un sofisticato “strumento amministrativo, [e come] un mezzo per lo Stato per intervenire nelle dinamiche di mercato al fine di salvaguardare gli interessi pubblici” e, così, gli stessi principi del liberalismo classico dello Stato ottocentesco.

⁽³⁶⁾ F. CINTIOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁷⁾ In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., spec. 748 s.; cfr. inoltre E. M. FOX, D. A. CRANE (eds.), *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, cit., spec. 412 ss.

⁽³⁸⁾ Così C. DE VINCENTI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ Sui caratteri del *Public Antitrust Enforcement* e sulla distinzione dal *Private Antitrust Enforcement*, v. le considerazioni di M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, il Mulino, 2009, 171 ss., ivi spec. 176 ss.; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*⁷, cit., spec. 19 ss. 49 ss. e 248 ss.; C.A. JONES, W. WILS, *The Optimal Enforcement of Antitrust Law: Essays in Law and Economics*, The Hague-New York, Kluwer Law Int.l, 2002; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*⁴, St. Paul (Mn), West Publ. Co.-Thompson Reuters, 2011, spec. 642 ss. e 747 ss. Cfr. inoltre le due note che seguono.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. COMMISSIONE CE, *Libro Verde* del 19 dicembre 2005, sulle *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie* (COM (2005) 672 def.), ove si rileva, tra l’altro, che “*nonostante ... il diritto comunitario esiga un sistema efficace per l’introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, nei 25 Stati membri questo settore del diritto è ancora caratterizzato da un ‘sottosviluppo totale’*”: al contrario degli Stati Uniti ove vige la *treble damage action*, quale rimedio disponibile per i privati danneggiati da *antitrust infringements* (§ 4, Clayton Act, 15 U.S.C., § 15); nella giurisprudenza USA, tra i primi *seminal cases*,

anticoncorrenziali: azioni che, secondo la tesi prevalente, trovano nell'art. 33, comma 2°, L. n. 287/1990, il proprio fondamento normativo a livello nazionale e nel Regolamento CE n. 1/2003 il corrispondente europeo (⁴¹).

Non è possibile indugiare oltre sulla funzione complementare svolta, rispettivamente, dal *public* e dal *private enforcement* nella tutela *antitrust* (⁴²); basti qui ricordare, anzitutto, come l'eterna dialettica tra *Stato e mercato* investa in pieno anche la regolazione dei SIEG, colorando la scelta tra: un intervento eteronomo attraverso la regolamentazione amministrativa di interi settori economici e l'*enforcement* delle norme di *polizia economica*, a fronte di singole lesioni patrimoniali (tutelabili anche *in serie*, grazie allo strumento della *class action*, di cui all'art. 140-bis, Cod. cons.). E come inoltre, sul piano dei rimedi, si riscontri la predisposizione di due tipiche modalità di intervento e di reazione, a fronte di condotte foriere di "danni" o comunque incidenti su centri di interessi, ora pubblici, ora più marcatamente privati, ma comunque relativi alle distorsioni volontarie delle dinamiche concorrenziali del mercato (⁴³). E, infine, come sia proprio una simile scelta a riflettersi sulla ripartizione dell'attività giurisdizionale – che, come autorevolmente si ritiene, non è affatto contrapposizione, ma inevitabile

v. ad es. *Brunswick Corp. vs. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477 (1977). Per una critica a tale rimedio, sulla base dell'analisi economica del diritto, v. R.A. POSNER, *Antitrust Law*², Chicago, The Univ. of Chicago Press, 2001, spec. 44 ss. e 272 ss.; F.H. EASTERBROOK, *Detrebling Antitrust Damages*, in 28 *Journal of Law & Economics* (1985), 445 ss.; recentemente, v. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*⁴, cit., spec. 652 ss. Sul fronte europeo, v. inoltre COMMISSIONE CE, *Libro Bianco* del 2 aprile 2008 (COM (2008) 165), nonché e la *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying [Art. 102 TFUE] to abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertaking* (February, 2009). In dottrina, sul *Libro Verde* del 2005, v. L. DI GIAMBATTISTA, *Damages Actions for Breach of EC Treaty Antitrust Rules: A Critical Assessment of the European Commission's Green Paper*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, 279 ss.; più in generale sul *private enforcement* e sugli strumenti, normativi e non, divisi dalla Commissione UE, v., recentemente, R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*⁷, cit., spec. 295 ss. Sul *private antitrust enforcement* in Europa e negli Stati Uniti, v. i saggi di D.J. GERBER, *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale: Stati Uniti e Europa a confronto*, cit., 10 ss. (e, più ampiamente sul sistema di *private enforcement*) cfr. ID., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press, 1998) e di A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, spec. cap. III; e v. anche AA. VV., *La giustiziabilità delle norme e dei provvedimenti antitrust (Tavola rotonda)*, in AA. VV., *Antitrust e globalizzazione* (Atti del Convegno di Courmayeur, 19-20 settembre 2003), Milano, Giuffrè, 2004, 185 ss.; L. TOFFOLETTI, *Modernizzazione del diritto antitrust comunitario e tutela dei singoli*, *ibidem*, 127 ss.; cfr. inoltre F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 193 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, *Il Private enforcement delle norme sulla concorrenza* (Atti del Convegno di Studi di Milano, del 17 giugno 2008), Milano, Giuffrè, 2009; G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze di giudici nazionali* (Atti del II Convegno di Studio tenutosi l'8 e 9 maggio 2009, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento), Padova, Cedam, 2009; G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* (Quad. Dip. Scienze Giur. Univ. di Trento, n. 67), Lavis, Litogr. Alcione, 2007; G. GUIZZI, *Interessi individuali e interessi collettivi nella disciplina della concorrenza* (2004) e *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive* (2010), ora entrambi in ID., *Mercato concorrenziale: problemi e conflitti - Saggi di diritto antitrust*, Milano, Giuffrè, 2010, rispettiv. 281 ss., e 299 ss.; recentemente, v. infine M. NEGRI, *op. cit.*, t. II, spec. 251 ss.; M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 141 ss. e L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*.

(⁴¹) Regolamento (CE) n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 [101] e 82 [102] del Trattato istitutivo delle Comunità Europee [TFUE], in *G.U.C.E.*, del 4 gennaio 2003, L 1, 1 ss. (modificato da Reg. CE, n. 1419/2006, in *G.U.C.E.*, 2006, L 269, 1 ss.). Esso è in vigore dal 1° maggio 2004. Sul Regolamento (CE) n. 1/2003, la dottrina è sterminata (e v. allora gli AA. Citati nelle due note che precedono, cui *adde* M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., t. I, 80 ss.; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, cit., spec. 29 ss.; W. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement* (2005); ID., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement* (2008), entrambi in *www.ssrn.com*).

(⁴²) Per un tale approfondimento, cfr. autorevolmente M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, cit., *passim*.

(⁴³) V. sul punto L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust - Una prospettiva economica*, Bologna, il Mulino, 2009, 19.



esigenza di coordinamento di tutele funzionalmente e strutturalmente distinte ⁽⁴⁴⁾ – tra *public* e *private enforcement* della disciplina che, complessivamente, protegge la concorrenza (o, meglio, la concorrenzialità del mercato) ⁽⁴⁵⁾.

Al crocevia delle molte questioni implicate da questo travagliato *iter* – capace di sospingere l'attività oggettivamente o soggettivamente “pubblica” giù dall'*olimpo* dell'autorità (e, dunque, della sua regolazione), e così nel mondo *mortale* della gara competitiva (perciò assoggettandola alla tutela *antitrust*) – si ritrova una rinnovata e più ampia nozione di *impresa*. Ma ciò davvero più non sorprende ⁽⁴⁶⁾, anche perchè, già alla luce di queste preliminari osservazioni, sembra legittimo ipotizzare che proprio il terreno dei SIEG sia capace di offrire un angolo visuale privilegiato al fine di traguardare l'attuale ampiezza della nozione di impresa invalsa a livello europeo, rispetto alla correlativa nozione di diritto interno, così come essa faticosamente è venuta formandosi sin dal suo inserimento nell'art. 2082 del Codice civile del 1942 ⁽⁴⁷⁾; e di valutare altresì quanto anche quest'ultima possa risentire della capacità espansiva della prima ⁽⁴⁸⁾.

Per quanto lo sviluppo di tali impegnativi temi non possa trovare esaustiva risposta nel presente lavoro, qui pare importante segnalare, anzitutto, come l'elemento costituito dall'*economicità* dell'attività, svolta in un contesto di mercato anche meramente potenziale – ossia (come meglio si vedrà

⁽⁴⁴⁾ In Europa, oggi, è largamente condivisa la tesi per la quale un “efficace sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese deve avvalersi di un *mix* di strumenti pubblicistici e privatistici”: così, per tutti, M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, cit., 171.

⁽⁴⁵⁾ Per un'analisi volta ad individuare la concorrenza come bene giuridico meritevole di protezione v. recentemente M. LIBERTINI, voce, «Concorrenza», in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010, 191 ss., ivi spec. 220 ss. e 240 ss. (part. 243 ss.). Peraltro, la distinzione tra i due suddetti *binari* di tutela si rende manifesta anche in altri settori: ad esempio, nel caso dei mercati finanziari ove la CONSOB, insieme alla Banca d'Italia e all'ISVAP, si incaricano del *public enforcement* accanto alle tutele tipicamente civilistiche contro gli abusi del *diritto soggettivo* della parte debole del contratto, perpetrati in specie nel contesto dei rapporti bancari (artt. 115 e segg. TUB), finanziari (artt. 21 e segg., TUF) e assicurativi (artt. 165 e segg., CAP), a causa, soprattutto, di *asimmetrie informative* esistenti tra i diversi operatori del mercato (professionali e non professionali). Tuttavia, il caso del diritto *antitrust* è sotto certi aspetti paradigmatico, perché la tutela del mercato la integra protezione di interessi collettivi, propri di “classi” di soggetti (ad es. i “*consumatori*”) operanti sul mercato medesimo (*economic market agents*) che si pongono in modo per così dire *trasversale* rispetto ai singoli settori economici nei quali le specifiche *authorities* sono competenti *ratione materiae*. Sul punto, v. F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie vs. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057 ss.; ID., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *O.D.C.C.*, 1/2012, 5 ss., e ivi spec. 11 s. e 19 ss.

⁽⁴⁶⁾ Sulla centralità di questo concetto nel tempo presente, v. per tutti C. FOIS, *Il «giardiniere» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, cit., e ivi spec. 340 ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, Esi, 2006, e ivi spec. 240 e 246 s. (ma *passim*); A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 649 ss.; G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1 ss.; intorno alla nozione generale, v. la nota che segue e *infra sub ntt.* 72 e 73.

⁽⁴⁷⁾ Si rimanda al testo (e ai riferimenti bibliografici contenuti nelle note) del par. 5.1. Sin da ora, cfr. A. MAZZONI, *La nozione d'impresa nel diritto antitrust*, in AA.VV., *Venti anni di Antitrust - L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci), cit., t. I°, 495 ss.; M. BERTOLISSI, voce «*Impresa pubblica*», cit., spec. 2 s.; V. FERRARO, *Il rapporto tra le nozioni di impresa e di ente pubblico nella giurisprudenza comunitaria* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 802 ss.; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile* (già in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 277 ss., e ora in) ID., *Mercato concorrenziale: problemi e conflitti - Saggi di diritto antitrust*, Milano, Giuffrè, 2010, 5 ss. In passato, v. R. FRANCESCHELLI, *L'impresa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, 285 ss.; i saggi raccolti in P. VERRUCOLI (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 1977 e P.G. JAEGER, *La nozione di impresa dal Codice allo Statuto*, Milano, Giuffrè, 1985, spec. 63 ss.

⁽⁴⁸⁾ V. i punti 8-30 della *Comunicazione* della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (COM 2012/C 8/02). Sull'attuale tendenza di “many social services” ad essere “transferred to competitive market structures”, così assumendo carattere imprenditoriale (a fini *antitrust*), v. P.J. SLOT, *Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine*, cit., e ivi spec. 247, nonché C. HEIDE-JØRGENSEN, *Private Distortions of Competition and SSGIs*, in U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J. W. VAN DE GRONDEN, M. KRAJEWSKI, *Social Services of General Interest in the EU*, cit., 262 ss., e ivi spec. 264, 265-266 and 267 ss.

nel par. 5) il *proprium* del regime di fornitura dei servizi di interesse generale affinché quella possa qualificarsi come *impresa* a fini *antitrust* –, abbia creato a livello interpretativo un substrato comune tra i soggetti incaricati di un SIEG, da un lato, e le “imprese pubbliche” nonché le “imprese cui [gli Stati Membri] riconoscono diritti speciali o esclusivi” (art. 106, comma 1°, TFUE), dall’altro: un comune denominatore rappresentato appunto dalla qualificabilità degli enti erogatori come esercenti *attività economiche* – e dunque come *imprese* a fini *antitrust* (cioè alla stregua degli artt. 101-109, TFUE).

E pare utile sottolineare, inoltre, come tale *assimilazione* abbia permesso alla giurisprudenza europea e poi anche a quella nazionale – quest’ultima agevolata da una diversa formulazione del vaglio di compatibilità con il diritto *antitrust*, contenuta nell’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 – di includere nell’ambito di applicazione dell’art. 106, comma 2°, TFUE dettato con specifico riferimento ai SIEG, anche e proprio quelle “imprese” di cui al par. 1° dell’art. 106, TFUE (quelle, pubbliche o private, dotate di “diritti speciali o esclusivi”), in qualche misura estendendo anche a tali soggetti il regime del secondo paragrafo della citata disposizione ⁽⁴⁹⁾. In particolare, estendendo l’applicazione di un *test* di proporzionalità – divisato *ad hoc* per i SIEG, sebbene per certi versi simile a quello predisposto nell’art. 101, par. 3°, lett. a), TFUE (e art. 4, comma 1°, secondo periodo, L. n. 287/1990) – al fine di verificare l’eventuale superamento dei “limiti ... della specifica missione [pubblica, di interesse generale] loro affidata” (art. 106, par. 2°, TFUE).

Nel prosieguo si prenderanno quali esempi di un (non sempre *cosciente*) *dialogo* tra *Corti* italiane ed europee – nell’ambito sia del *public* quanto del *private antitrust enforcement* – le recenti decisioni annunciate all’esordio (una del Consiglio di Stato e le altre due della Suprema Corte di Cassazione), ove

⁽⁴⁹⁾ Occorre infatti avvertire che la ricostruzione della portata applicativa dell’art. 106, comma 2°, TFUE, ha in certa misura risentito dell’interpretazione dell’art. 106, comma 1°, TFUE : benchè, quest’ultima disposizione imponga degli obblighi agli *Stati membri*, mentre la prima (2° comma) in modo esplicito si rivolge ad alcune categorie di *imprese* (peraltro non necessariamente coincidenti con quelle indicate nel 1° comma) – in ciò dimostrando maggiore coerenza rispetto alla stessa collocazione dell’art. 106, TFUE, che è appunto una norma inserita nel Capo I (“Regole di concorrenza”), del Titolo VI (“Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni”), tra le disposizioni “applicabili alle imprese”, così come anche gli artt. 101 e 102, TFUE –, tuttavia il rigore della delimitazione concettuale delle due disposizioni, degli ambiti oggettivi e soggettivi di applicazione tendono ad offuscarsi proprio a seguito dell’analisi congiunta – sistematica – dei primi due commi dell’art. 106, TFUE. In tal senso, v. Corte Giustizia CE, 6 luglio 1982, cause riun. 188, 199, 190/80, *Francia, Italia, Regno Unito v. Commissione* (c.d. *Trasparenza I*), in *Racc.*, 1982, I-2545 ss., ove la Corte (p.ti. 12 e 26), *non distingue* tra imprese di cui al comma 1° e imprese di cui al comma 2° dell’attuale art. 106, TFUE, e afferma che “tali imprese, nei limiti precisati nel par. 2, sono soggette al complesso delle norme del Trattato” (in senso analogo v. anche C. Giust. CE, 13 maggio 2003, C-463/00, *Spagna v. Comm.*, in *Racc.*, 2003, I-4581 ss.). Sul punto, v. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, cit., spec. 98 ss., 130 ss., 476 ss. e 503 ss.; A. PAPPALARDO, *Diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., 823-824 (testo e nt. 52) e 825, ove si afferma, citando il caso *Corbeau* (spec. pt. n. 13), che la Corte di Giustizia ha da tempo “conferito sostanziale unità alla norma nel suo insieme”; osserva inoltre tale A. (ivi, 824), che la formulazione del comma 2° dell’attuale art. 106, TFUE, sembrerebbe “implicare che le imprese alle quali si rivolge” siano “soggette a *tutte* le norme del Trattato [sul funzionamento dell’Unione Europea], a dispetto del fatto che – con la sola eccezione degli artt. 81 e 82 [oggi artt. 101 e 102, TFUE] – destinatari delle norme del Trattato sono in realtà gli stati membri”, e ciò, si noti, a prescindere da chi siano poi i *beneficiari* di tali disposizioni (singoli cittadini, specifiche categorie di soggetti, ecc.). Nella sent. C. Giust. CE, 21 settembre 1989, C-267/86, *P. Van Eycke v. ASPA* (caso *Van Eycke*), in *Racc.*, 1989, 4769 ss., ivi spec. 4791 (p.to n. 16). Specularmente, la Corte di Giustizia ha affermato che: “sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE [101 e 102 TFUE] riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, è pur vero che tali articoli, in combinato disposto con l’art. 10 CE [4 TUE], che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l’effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese”: così C. Giust. CE, 5 dicembre 2006, cause riun. C-94/04 e C-202/04, casi *Cipolla* e *Meloni*, in *Racc.*, 2006, I-11421 ss., pt. 46.



vengono in considerazione, proprio sotto questo particolare aspetto, tanto la nozione di *impresa*, quanto il *principio di proporzionalità*: nozioni, queste ultime, utilizzate in entrambi i suddetti ambiti ai fini di decidere, rispettivamente, circa l'applicazione o meno del diritto *antitrust* ad un ente incaricato di erogare professionalmente un servizio economico di interesse generale e un ente pubblico non economico dotato di un diritto esclusivo rispetto a servizi di interesse generale e assistito da un divieto legislativamente imposto *prima facie* rispondente a ragioni imperative di interesse pubblico.

4. - 4.1. - Recentemente, il Consiglio di Stato ha deciso ⁽⁵⁰⁾ una controversia relativa ad un consorzio obbligatorio istituito *ex lege* nel 1988, “dotato di personalità giuridica di diritto privato senza scopo di lucro” e beneficiante di pubblico sostentamento – il COBAT – operante nel settore dei rifiuti piombosi e, più in particolare, con riferimento alle attività di raccolta e di smistamento per il riciclaggio delle “batterie esauste”. La prima attività veniva svolta da raccoglitori “incaricati” (dal COBAT, con procedure selettive *ad hoc*); la seconda, dai cosiddetti “riciclatori” (o “smelters”); ed entrambe le categorie di imprenditori partecipavano *ex lege* al consorzio)⁽⁵¹⁾.

La normativa che presiedeva all'istituzione e al funzionamento del COBAT era venuta mutando nel tempo, e in senso pro-concorrenziale, in ragione di sopravvenute regole comunitarie: se in origine sussisteva un obbligo incondizionato in capo a chiunque detenesse batterie al piombo scariche di conferirle al consorzio obbligatorio (direttamente ovvero tramite i raccoglitori “incaricati”), in seguito ad una procedura di infrazione del diritto europeo, era venuta meno l'esclusiva del COBAT ammettendosi ad operare nel settore della raccolta e dell'esportazione dei rifiuti piombosi, anche la categoria dei raccoglitori direttamente “autorizzati” (in base alla normativa, cioè abilitati anche all'esportazione dei rifiuti, e anche indipendentemente da incarichi ricevuti dal consorzio: cfr. l'art. 15, L. 1° marzo 2002, n. 39, legge comunitaria 2001)⁽⁵²⁾.

Quanto meno sino alla definitiva cancellazione del suo statuto *obbligatorio*, avvenuta nel 2008⁽⁵³⁾, il COBAT aveva continuato ad operare imponendo agli altri operatori del settore – ossia ai

⁽⁵⁰⁾ Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Giur. comm.*, 2012, II, 615 ss. (e ivi, 626 ss., v. la nota di B. CALABRESE, *Sull'applicabilità della disciplina antitrust agli organismi di diritto pubblico*).

⁽⁵¹⁾ Il COBAT era stato istituito dall'art. 9-*quinquies*, D.L. 9 settembre 1988, n. 397 (in *Gazz. Uff.*, 10 settembre 1988, n. 213), conv. con modif. nella Legge 9 novembre 1988, n. 475 (in *Gazz. Uff.*, 10 novembre 1988, n. 264), al fine di assicurare il conseguimento dell'obiettivo, previsto come obbligatorio dalla medesima disposizione, della raccolta e dello smaltimento mediante riciclaggio delle batterie al piombo “esauste” (*sic!*). Il Consorzio è stato configurato dalla legge istitutiva come: obbligatorio; dotato di personalità giuridica di diritto privato; senza scopo di lucro; retto da uno statuto approvato con decreto del Ministro dell'ambiente; beneficiario di finanziamento pubblico, alimentato mediante un “sovrapprezzo di vendita sulle batterie”, dal 2006 divenuto “contributo ambientale sulla vendita delle batterie” (*ex* comma 7°, dell'art. 9-*nonies*, D.L. n. 397/1988, così come novellato dall'art. 235, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

⁽⁵²⁾ Il testo originario dell'art. 9-*quinquies*, comma 6°, D.L. n. 397/1988 prevedeva invece un obbligo incondizionato di conferimento delle batterie al piombo esauste al COBAT o in via diretta o tramite raccoglitori “incaricati” (secondo procedure specifiche di tipo concessorio).

⁽⁵³⁾ Infatti, ulteriori modifiche allo statuto normativo del COBAT erano occorse, sia nel 2006, ad opera dell'art. 235, D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che, tra l'altro, aveva permesso la costituzione di consorzi di imprese (facoltativi e) alternativi al COBAT; sia nel 2008, ad opera

suoi potenziali concorrenti – un regime penalizzante e di sostanziale esclusiva a proprio vantaggio, “tradottisi, da ultimo, in un aumento dei costi di produzione di batterie nuove al piombo” (Cons. Stato, caso *COBAT*, punto n. 2); e così provocando, nel 2009, l’emanazione di un provvedimento sanzionatorio da parte dell’AGCM, per violazione (dell’art. 101, TFUE e) dell’art. 2, L. n. 287/1990⁽⁵⁴⁾).

In particolare, secondo l’Autorità garante, il COBAT avrebbe posto in essere – con gli operatori consorziati – condotte contrattuali illecite, concretizzatesi nell’imposizione: (a) di *clausole di esclusiva* ai raccoglitori e (b) di *clausole di decurtazione* delle quote proporzionali del piombo da riciclare (attribuite agli *smelters* in base alla loro capacità produttiva), ove si fossero avvalsi di canali alternativi e/o avessero lavorato il piombo “per conto terzi”, e tali da indurre un’indebita restrizione della concorrenza, in quanto pratiche disincentivanti sistemi di raccolta, smaltimento e riciclo dei rifiuti piombosi autonomi e paralleli rispetto a quello posto in essere tramite il COBAT, il quale così poteva mantenere il controllo del mercato della raccolta e del riciclaggio delle batterie al piombo scariche⁽⁵⁵⁾.

In accoglimento dei numerosi appelli proposti avverso le sentenze di primo grado, la decisione del Consiglio di Stato ribaltava l’esito delle prime cure (che – annullando il provvedimento sanzionatorio dell’AGCM – avevano ritenuto il consorzio *non* soggetto alla disciplina *antitrust* in ragione della natura pubblicistica dell’ente)⁽⁵⁶⁾: dopo aver confermato la natura di impresa del COBAT, si è accertata la sua conseguente soggezione al regime concorrenziale ai sensi dell’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990; e, nel dispositivo, si è affermato che: (a) “la natura giuridica formale del Consorzio è irrilevante in relazione ai suoi doveri di condotta sul mercato, se risulta provato, come lo è, che il Consorzio ha operato in un quadro normativo ed economico di mercato”, cioè come *impresa* a fini *antitrust*; (b) “il quadro normativo”, così come venuto delineandosi a seguito di alcune modifiche normative all’originario regime obbligatorio ed esclusivo, (modifiche occorse nel 2006), “non comportava un obbligo assoluto di conferimento al Consorzio di batterie esauste”; e, infine, che: (c) “il quadro normativo, consentendo l’operare sul mercato di raccoglitori autorizzati, esportatori, consorzi volontari, non rendeva necessitate e perciò lecite clausole contrattuali di esclusiva” (caso *COBAT*, punto n. 32), le quali pertanto (insieme alle clausole “di decurtazione”) dovevano ritenersi illegittime, e dunque invalide, in quanto imposte in violazione dell’art. 2, L. n. 287/1990.

dell’art. 2, comma 30-*octies*, D.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, con il quale – in un rigurgito di dirigismo – si era ripristinata l’obbligatorietà del COBAT. Da ultimo, l’art. 29, D. lgs. n. 20 novembre 2008, n. 188 aveva definitivamente abolito il modello del consorzio *obbligatorio*.

⁽⁵⁴⁾ Provvedimento AGCM n. 19814, del 29 aprile 2009, in *Boll. AGCM*, n. 17 del 18 maggio 2009, 38 ss. Per un’analitica disamina degli illeciti *antitrust* rilevati dall’AGCM, cfr. Cons. Stato, n. 3013/2010, cit., p.to n. 10. Per un’analitica disamina degli illeciti *antitrust* rilevati dall’AGCM, cfr. Cons. Stato, n. 3013/2010, cit., e ivi spec. p.to n. 10.

⁽⁵⁵⁾ V. nota precedente. Occorre inoltre specificare che la normativa in vigore dal 1988, per un verso, rendeva obbligatorio, da parte dei produttori di batterie al piombo, il conferimento delle batterie “*esauste*” al COBAT; e, per altro verso, rendeva obbligatoria l’adesione al COBAT da parte degli *smelters*, i quali vi partecipavano per quote proporzionali (cfr. Cons. Stato, n. 3013/2011, punti nn. 9.1-9.8).

⁽⁵⁶⁾ T.A.R. Lazio, Roma, 9 marzo 2010, sentenze (di eguale tenore) nn. 3572-3578, in *Amb. & Svil.*, 2010, f. 8-9, 750 ss.



Nonostante la peculiare disciplina normativa del COBAT e le clausole da questo imposte ai raccoglitori incaricati e agli *smelters* (si noti: in asserita applicazione delle prescrizioni legislative) avessero favorito l'acquisizione di una *posizione dominante* sul mercato della raccolta e del riciclo di batterie al piombo scariche; e benché le stesse clausole imposte agli altri *players* del mercato rilevante ne potessero anzi configurare un *abuso*, ex art. 3, L. n. 287/1990 (art. 102, TFUE), tuttavia, la decisione ora in esame non prende in considerazione anche tale ulteriore profilo di violazione delle norme *antitrust*.

4.2. - Pochi mesi dopo la decisione resa sul caso *COBAT*, sul fronte del *private antitrust enforcement*, la Suprema Corte, con una sentenza adottata a Sezioni Unite, e una adottata il giorno precedente dalla terza sezione civile⁽⁵⁷⁾, assesta un colpo ulteriore alla tradizionale nozione di *impresa*, almeno così come tale nozione è stata ricostruita e studiata dalla dottrina commercialistica e dalla giurisprudenza italiana a partire dalla (tutt'altro che lineare) trama di disposizioni codicistiche del 1942, e con particolare riguardo al difficile coordinamento con l'art. 1 della coeva legge fallimentare⁽⁵⁸⁾. In questo caso, ad essere messo in crisi pare un aspetto rilevante di quella ricostruzione sistematica eretta al fine di separare le attività economiche imprenditoriali da quelle attività, talora anch'esse *economiche*, ma che, per alcune ragioni, sulle quali qui è impossibile indugiare, sono state tradizionalmente escluse dall'ambito applicativo dell'art. 2082 c.c.: e, più in particolare, sembra entrata in crisi quella classica interpretazione di alcune norme interne, volta a distanziare il cosiddetto ente pubblico *non economico* – e, nella specie, l'Agenzia del territorio – dal *mercato* e dalle sue regole.

Com'è noto, i cosiddetti enti pubblici *non economici* (contemplati implicitamente nell'art. 2093, comma 2°, c.c., e solitamente contrapposti a quelli *economici*, ossia esercenti primariamente o esclusivamente attività commerciali, ed evocati nell'art. 2201, c.c.)⁽⁵⁹⁾, sono stati a lungo ritenuti

⁽⁵⁷⁾ Trattasi, rispettivamente, di Cass., S.U., 30 dicembre 2011, n. 30175 e Cass., Sez. III, civ., 29 dicembre 2011, n. 29736.

⁽⁵⁸⁾ Si richiamano in proposito gli arguti rilievi di P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985, 9 ss., ivi spec. 9-14. Per la tesi dell'impresa come *fattispecie*, G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 108 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 203 ss.; V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* (fond. da V. Buonocore, dir. da R. Costi), Sez. I, t. 2.1, Torino, Giappichelli, 2002, spec. 14 ss. Cfr. inoltre, G. ROSSI, *Riforma dell'impresa o riforma dello Stato?*, in *Riv. soc.*, 1976, 469 ss.; G. MINERVINI, *L'evoluzione del concetto di impresa. Appunti per una ricerca*, *ibidem*, ivi, 496 ss.; P.G. JAEGER, *La nozione d'impresa dal Codice allo Statuto*, cit., spec. 12 ss. e 31 ss. Più recentemente, v. G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, cit., spec. 15 ss. Per l'inquadramento della nozione comunitaria di impresa, v. *infra* par. 5.1 (e cfr. *retro*, nt. 47).

⁽⁵⁹⁾ Per un esempio di ente pubblico *non economico*, cfr. Corte Conti, sez. Controllo Enti, 3 aprile 2008, n. 29 (con nota di S. SIRAGUSA, *Le autorità portuali come figura ibrida di gestione e regolazione*), in *Foro amm. - CDS*, 2008, 1286 ss. L'art. 2201, c.c., spesso viene letto nel senso di subordinare l'obbligo di registrazione nel registro delle imprese da parte dell'ente pubblico (e.g., persone giuridiche pubbliche), e così l'acquisizione della qualifica di imprenditore commerciale in senso formale, al riscontro della condizione per la quale oggetto esclusivo o principale dell'ente debba essere, per l'appunto, l'esercizio di un'attività *commerciale*: e ciò si argomenta proprio a partire dagli artt. 2093, comma 2°, e 2201, c.c.: in tema v. per tutti, F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2009, 59; diff. A[NTEO] GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1990, spec. 206 ss. e 211 ss. (il quale, in sintesi, ritiene che l'art. 2201, c.c. "quale norma dettata per un particolare effetto relativo all'attività commerciale", e dunque in quanto norma speciale rispetto all'art. 2093, comma 2°, c.c., non possa essere ritenuta la norma responsabile dell'acquisto della qualità di imprenditore commerciale dell'ente pubblico).

sottratti al gioco concorrenziale proprio in ragione della *natura pubblica* del *soggetto*, e, dunque, non soltanto per l'*oggetto* statutariamente affidato alla loro cura e/o per le *funzioni* di interesse *pubblico* perseguite dall'ente medesimo; oggetto e/o funzioni che, talora, risultano frutto ed emanazione di pubblici poteri e, tal'altra, consistono nell'espletamento di un SIEG; oggetto e/o funzioni, cui corrispondono – nell'uno come nell'altro caso – diritti esclusivi o monopoli legali rispetto all'esercizio di certe attività che, almeno potenzialmente, possono essere esercitate con metodo economico e per il mercato (consistendo nella produzione e/o scambio di beni e/o servizi).

Trattasi peraltro di decisioni che, dal punto di vista del diritto interno, rappresentano il compimento dell'*iter* giurisdizionale riguardante questioni analoghe già emerse in una serie di decisioni di merito (peraltro non univocamente orientate nel senso fatto proprio dalla Suprema Corte) ⁽⁶⁰⁾. A livello comunitario, poi, il tema comune sotteso a queste decisioni trova corrispondenza in una recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, del 12 luglio 2012, il caso *Compass Datenbank* ⁽⁶¹⁾ (e pertanto successiva a quelle della Suprema Corte qui analizzate), la quale – benchè decisa in

Va ricordata altresì la tesi di G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell'impresa*, in *Diritto commerciale*⁶ (a cura di M. Campobasso), vol. I, Torino, Utet, 2009, 76 ss. (e partic. 78-79), il quale ritiene assoggettabile allo statuto dell'imprenditore – e a quello dell'imprenditore commerciale, in particolare, sia pure con importanti eccezioni – sia gli “enti pubblici che svolgono attività commerciale accessoria” (cioè le cosiddette *imprese-organo* della P.A.), sia gli *enti pubblici economici* di cui, rispettiv. all'art. 2093 e all'art. 2201, c.c.: entrambi tali categorie (enti pubblici economici ed enti pubblici non economici) sarebbero esentate dalle procedure concorsuali (risultando tuttavia soggette, in forza di leggi speciali, a procedure amministrative di liquidazione coatta, speciali o straordinarie), ma non dall'obbligo di tenuta delle scritture contabili dell'imprenditore commerciale. Così, si contesta la tesi che ravvisa nell'esenzione dall'iscrizione nel registro delle imprese accordata ex art. 2201 agli enti pubblici economici l'emersione di una regola più generale in forza della quale *tutti gli enti pubblici* (economici e no) sarebbero *integralmente* sottratti alla disciplina di diritto privato dell'imprenditore commerciale: cioè, in pratica, al suo particolare statuto che è – ed è qui il punto – disciplina dell'attività di (e per il) *mercato*. A maggior ragione oggi, una lettura restrittiva delle esenzioni, cioè dei privilegi, accordabili all'impresa cosiddetta *pubblica* (perché soggettivamente o oggettivamente tale), con attività *commerciale*, pare imporsi proprio alla luce dei principi che presidono alla costituzione e al mantenimento di un *mercato interno* al territorio dell'Unione europea (art. 3, TUE e artt. 26 ss. e 119, TFUE) e – direi – anche alla luce dell'interpretazione degli stessi artt. 106 TFUE e 8, L. n. 287/1990 (quest'ultima legge peraltro costituendo attuazione e pilastro della nostra costituzione economica, così come disegnata, nei suoi tratti essenziali, dall'art. 41, Cost.). Sugli artt. 2093 e 2201 c.c., v. anche C. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano l'attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 80 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.* (fond. da F. Vassalli), vol. 10, t. 1°, Torino, Utet, 1974, 198 s.; G. OPPO, voce «*Impresa e imprenditore*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, IPZS, 1989 (spec. par. 12); ID., *Diritto privato e interessi pubblici* (1993), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. VI, Padova, Cedam, 2000, 29 ss., e ivi spec. 40 ss.; A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, in *Tratt. dir. priv.* (dir. da P. Rescigno), Torino, Utet, 1986, 642 ss., ivi spec. 666 s.; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e impresa privata nel diritto antitrust*, cit., spec. 149 ss. e 165 ss. Inoltre, cfr. M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 230 ss.; M. BERTOLISSI, voce «*Impresa pubblica*», cit., spec. 3 s.; S. CASSESE, voce «*Ente pubblico economico*» in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, Utet, 1960, 574 ss.; ID., *L'impresa pubblica*, in AA. VV., *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* (dir. da F. Galgano), vol. II, Padova, Cedam, 1978, 178 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. sul punto (e in senso analogo): App. Milano, 1° febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2287 ss.; *contra* App. Ancona, 28 maggio 2009, citata in C. SCARPA, *Modernizzazione della PA o abuso di posizione dominante? L'evoluzione normativa attorno alla Agenzia del territorio, in Mercato, concorrenza, regole*, 1/2011, 7 ss., ivi 16-18, ove si dà notizia di altre sentenze favorevoli all'Agenzia, emesse dalle Corti d'Appello di Roma, Firenze, Genova e Napoli, sottolinandosi, tra l'altro, che “le lamentele delle imprese riguardo alla Legge finanziaria per il 2005 [L. 30 dicembre 2004, n. 311] apparivano superate alla luce delle novità comprese nella Legge finanziaria per il 2007 (L. 296 del 27 dicembre del 2006), trascurando il dettaglio che, nel frattempo, il danno per le imprese era stato talvolta assai rilevante”. V. inoltre, AGCM, Prov. 6 novembre 1997, n. 5446, caso *Cerved/Infocamere*, in *Boll. AGCM*, n. 45/1997, 5 ss.

⁽⁶¹⁾ Corte di Giustizia UE, 12 luglio 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH vs. Republik Österreich* (caso *Compass Datenbank*), reperibile in www.eur-lex.europa.eu. In particolare, al pt. n. 33 della citata decisione, si legge come il giudice (l'*Oberster Gerichtshof*) del rinvio (proposto alla Corte di Giustizia ex art. 267, TFUE) avesse sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: “«1) Se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che una pubblica autorità svolge un'attività imprenditoriale qualora memorizzi in una banca dati (il registro delle imprese) i dati comunicati dalle imprese in base a obblighi legali di notificazione e, a pagamento, conceda la consultazione e/o consenta la produzione di copie cartacee, ma ne vieti qualsiasi impiego ulteriore. 2) In caso di risposta negativa alla questione *sub* 1): Se sussista attività imprenditoriale allorché la pubblica autorità, invocando il diritto *sui generis* in qualità di costituente di una banca dati, vieti qualsiasi impiego che vada oltre la concessione della consultazione e la produzione di copie cartacee. 3) In caso di risposta affermativa alle questioni *sub* 1) o *sub* 2): Se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che i principi sanciti nelle [le sentenze *RTE e ITP v. Commissione* del 1995, caso *Magill*, nonché *IMS Health v. NDC* del 2004] (dottrina delle “infrastrutture essenziali”)



modo opposto, sulla base di alcune decisive differenze in punto di fatto – presenta aspetti simili a quelli qui esaminati, riguardando le condotte poste in essere dal Conservatore del Registro delle imprese austriaco rispetto alla propria raccolta di dati (“*Firmenbuch*”) protetta dal diritto d’autore *sui generis* (secondo l’art. 7, par. 1°, della Direttiva n. 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche dati)⁽⁶²⁾, e nei confronti di un’impresa commerciale esercente l’attività economica professionale di raccolta e rielaborazione di informazioni attinenti alle imprese austriache soggette a registrazione.

Tutti questi casi, va subito detto, invariabilmente implicano un’analisi preliminare, condotta in concreto, circa l’estensione del concetto di *impresa* a fini *antitrust* (per la quale dunque si rinvia ai paragrafi 5.1 e 5.3) e un confronto tra disciplina interna e disciplina comunitaria – in particolare la Direttiva n. 2003/98/CE⁽⁶³⁾ – alla stregua, rispettivamente, degli artt. 102 e 106 TFUE e degli artt. 3 e 8, L. n. 287/1990⁽⁶⁴⁾. E sono decisioni che – come meglio si vedrà nei paragrafi 5.3 e 6.3 – si collocano entro quella logica tendenzialmente unificante dei primi due commi dell’art. 106 – e, dunque, anche dell’art. 8, L. n. 287/1990 – di cui si è parlato *retro* (par. 3).

In particolare, tanto la decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 30 dicembre 2011 (di seguito Cass. n. 30175/11), quanto quella resa in data 29 dicembre 2011 (di seguito: Cass. n. 29736/11) dalla Terza Sezione Civile, rigettano i ricorsi dell’Agenzia del Territorio, per la cassazione, rispettivamente della decisione della Corte d’Appello di Torino dell’11 febbraio 2010 e di una sentenza non definitiva resa dalla Corte d’Appello di Bologna in data 10 dicembre 2008.

Queste due corti territoriali, così come è dato riscontrare in altre cause vertenti su casi analoghi⁽⁶⁵⁾, risultavano originariamente adite *ex art. 33, comma 2°, Legge 10 ottobre 1990, n. 287* – nella versione vigente *ratione temporis*⁽⁶⁶⁾ – da alcune società commerciali esercenti attività di servizi del

devono essere applicati anche qualora non sussista alcun ‘mercato a monte’, in quanto i dati tutelati vengono raccolti e memorizzati in una banca dati (registro delle imprese) nell’ambito di attività comportanti l’esercizio di pubblici poteri». Cfr. il caso *Cerved/Infocamere*, cit. (p.ti 24-25).

⁽⁶²⁾ In *G.U.C.E.*, 1996, L 77, 20 ss.

⁽⁶³⁾ Trattasi della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, n. 98, relativa al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico (in *G.U.U.E.*, 31 dicembre 2003, n. 345 L, 90 ss.).

⁽⁶⁴⁾ Peralto, e come visto in precedenza nel caso *COBAT*, non mancano le ipotesi, anche se statisticamente risultano meno frequenti, in cui l’art. 106, par. 2°, TFUE (art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990) sia chiamato in causa in connessione con una violazione del divieto di intese (art. 101, TFUE, e art. 2, L. n. 287/1990). In giurisprudenza, v. recentemente C. Giust. CE, 3 marzo 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance v. Beaudout Père et Fils SARL* (caso *AG2R Prévoyance*); C. Giust., 23 dicembre 2009, C-305/2008, caso *Conisma*, in *Racc.*, 2009, I-12129 ss. V., inoltre, Cass., 16 maggio 2007, n. 11312, in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, 133 ss. e in *Giust. civ.*, 2008, I, 2835 ss.; Cass., 10 gennaio 2008, n. 355, in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, 578 ss.; in *Foro amm. - CDS*, 2008, 75 (s.m.); in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 14-15, 60 (s.m.) (con nota di AMABILI); Cass., 13 febbraio 2009, n. 3869, in *Foro it.* 2010, I, 1902 ss.; in *Foro amm. - CDS*, 2009, 386 ss. e in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, 585 ss.; C. Conti, Sez. Contr. Enti, 3 aprile 2008, n. 29, cit.

⁽⁶⁵⁾ In precedenza, v. anche App. Milano, 1° febbraio 2008, cit. Peralto, la Corte d’Appello di Milano, Sez. I Civ., con decisione adottata nella Camera di consiglio del 4 aprile 2012 (Pres. Dott. G. Tarantola, Cons. Rel. Est. Dott.ssa R. Boiti), a quanto consta ancora inedita, conferma la *ratio decidendi* già espressa pochi mesi prima dalla Cassazione applicandola ad un caso del tutto analogo a quello qui fatto oggetto di analisi.

⁽⁶⁶⁾ Come è noto, il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (in *Gazz. Uff.*, 24 gennaio 2012, n. 19, Suppl. ord. n. 18/L), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27, (in *Gazz. Uff.*, 24 marzo 2012, n. 71, Suppl. ord. n. 53/L), recante: “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività” (uno dei provvedimenti sulle cc.dd. *liberalizzazioni*) ai sensi dell’art. 2, comma 1° (che, *inter alia*, modifica il D. lgs. 26 giugno 2003, n. 168, e, in particolare, l’art. 3), crea un nuovo *tribunale per le imprese*,

cosiddetto terziario avanzato ⁽⁶⁷⁾ e consistenti nella sistematica raccolta, ordinamento e sistemazione di informazioni attinte presso i registri immobiliari e dal catasto nonché, poi, nella cessione a terzi di tali informazioni, *al grezzo* ovvero variamente rielaborate, anche su supporto informatico o per via telematica, dietro pagamento di un compenso (i cosiddetti “*visuristi*”) ⁽⁶⁸⁾.

Dette società di *visuristi* chiedevano, tra l’altro, l’accertamento di un *abuso di posizione dominante* da parte dell’Agenzia del Territorio, ai sensi dell’art. 3, Legge n. 287/1990 ⁽⁶⁹⁾, nonché la condanna al risarcimento dei danni, le domande relative all’accertamento *abuso* risultando accolte in tutte le decisioni qui esaminate ⁽⁷⁰⁾.

Con riferimento al ruolo istituzionale e alle funzioni svolte in concreto dall’ente di diritto pubblico, la decisione della corte piemontese (riportata nella sentenza S.U., n. 30175/2011), giudicò che l’Agenzia del Territorio, “in applicazione di quanto disposto dalla L. n. 311 del 2004, art. 1, commi 367 e segg. (pur dopo le modifiche apportate dalla L. n. 296 del 2006), aveva impedito il libero riutilizzo plurimo dei dati dei pubblici registri ipotecari e catastali”; non solo: aveva altresì “condizionato al pagamento di appositi diritti fissati in base a convenzioni da stipulare con la direzione della medesima agenzia la costituzione di archivi privati riguardanti siffatti dati, utilizzabili professionalmente per un numero indeterminato di servizi”.

presso le sedi dei tribunali situati nei capoluoghi di regione ove già erano presenti le sezioni specializzate per la proprietà industriale ed intellettuale; inoltre, l’art. 2, comma 1°, lett. d), D.L. n. 1/2012 modifica l’art. 33, L. n. 287/1990, attribuendo “alla sezione specializzata in materia di impresa” (così come istituita dalla medesima norma presso il tribunale competente per territorio, c.d. *tribunale delle imprese*), una competenza, pur sempre funzionale, a conoscere delle domande di nullità e di risarcimento del danno nonché dei ricorsi in sede cautelare per l’emanazione di provvedimenti cautelari per violazione di norme *antitrust*, sia nazionali sia europee. Recentemente, sulla questione della competenza *ex art. 33, comma 2°, L. n. 287/1990* e sul coinvolgimento del Giudice di Pace per il caso di azione individuale del consumatore, v. ad es. Cass. 29 gennaio 2010, n. 993, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, 481 e Cass., 23 febbraio 2012, n. 2777, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2012, f. 2. Sui nuovi tribunali per le imprese, v. ad es. L. TENAGLIA, *L’istituzione del tribunale delle imprese*, in *Corr. giur.*, 2012, f. 5, All. n. 2, 75 ss.; P. CELENTANO, *Le sezioni specializzate in tema di impresa* (commento al D.L. 24 gennaio 2012, n. 1), in *Società*, 2012, 808 ss.; e con particolare riguardo alla nuova formulazione dell’art. 33, comma 2°, L. n. 287/1990, v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., t. II, 61 ss.

⁽⁶⁷⁾ G. SANTINI, *Commercio e servizi - Due saggi di economia del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, spec. 415, 418 ss., 424-29 e 431 ss.; G. CHIARINI, *Fattispecie e disciplina dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2011, 19 ss., 42 ss. e 205 ss.

⁽⁶⁸⁾ Per usare la descrizione riscontrabile nella decisione Cass. n. 29736/11, “[l]’attività ... svolta [dalle società attrici in primo grado] consisteva nella redazione di rapporti relativi alla consistenza patrimoniale di persone fisiche e giuridiche, su richiesta, prevalentemente, di studi professionali e di banche; detti rapporti venivano realizzati anche attraverso la consultazione di archivi e registri pubblici, segnatamente di quelli gestiti dall’Agenzia del Territorio, di talché, mentre questa forniva dati grezzi, le imprese operanti nel settore somministravano alla loro clientela informazioni elaborate, frutto non solo della ricerca, ma anche dell’interpretazione di quei dati”.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., ad es., Cass., 17 maggio 2000, n. 6368, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3175 ss. (con nota di F. SEBASTIO, *La posizione dominante e il suo eventuale abuso*); in *Foro it.*, 2000, I, 2802 (con note di G. COLANGELO, *La concorrenza difficile: i servizi di «handling» nel settore aeroportuale*, ivi 2803, e di M. GIORDANO, *Aeroporti e antitrust al vaglio della Cassazione: un decollo mancato*, ivi 2808); in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 403 (con nota di A. CLARONI, *Sull’abuso di posizione dominante nell’esercizio dei servizi di assistenza a terra (handling) aeroportuali*, ivi 409 ss.); in *Danno e resp.*, 2001, 44 ss. (con nota di S. BASTIANON, G. ROSCIONI, *Antitrust e risarcimento del danno tra Cassazione e giurisprudenza di merito*). In dottrina, v. recentemente P. FATTORI, *L’abuso di posizione dominante nell’esperienza dell’Autorità orientamenti attuali e problemi aperti*, e P. BUCCIROSSI, *Interpretazione e applicazione dell’art. 102: un esercizio di analisi economica del diritto*, entrambi in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent’anni di Antitrust ecc.*, cit., t. II°, rispettiv. 703 ss. e 721 ss.; S. BARIATTI, A. SODANO, *Gli abusi di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell’Unione Europea*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* (fond. da F. Galgano), vol. LXIV, cit., spec. 253 ss. e 286 ss.

⁽⁷⁰⁾ In particolare, il giudizio avanti la Corte d’Appello di Bologna – che veniva deciso con sentenza non definitiva 10 dicembre 2008, relativa al solo profilo dell’abuso di posizione dominante, rimettendo la causa in istruttoria per il resto – la società attrice aveva chiesto, oltre all’accertamento dell’abuso, che “venisse affermata la responsabilità [dell’Agenzia del Territorio] per non avere disapplicato la normativa [interna, ritenuta] illegittima” perché contrastante con il diritto comunitario e il relativo risarcimento dei danni.



Proprio “in relazione a tali attività”, la Suprema Corte ha ritenuto che (1) l’Agenzia del Territorio avesse esorbitato dal proprio ruolo di erogatore di un servizio pubblico, consistente nella tenuta e conservazione dei registri immobiliari, ipotecari e catastali; (2) che nel porre in essere le predette condotte fosse stata facilitata, sia da alcune norme di legge emanate tra il 2004 e il 2006 – peraltro adottate in violazione della normativa comunitaria (la Direttiva n. 2003/98/CE) –; sia dalla bozza di Convenzione triennale 2004-2006, prevista tra il Ministero dell’Economia e l’Agenzia; sia, infine da alcune Circolari dell’Agenzia medesima (la n. 2/2005 del 10 febbraio 2005, e la n. 10/2005): atti che, nel loro complesso, avevano ulteriormente limitato e condizionato le facoltà di *riutilizzo* a fini *commerciali* da parte dei privati di dati resi pubblici con la trascrizione o registrazione nei pubblici registri; (3) che, così operando, però, l’Agenzia aveva finito per proporsi essa stessa sul mercato delle informazioni derivabili dai pubblici registri, cioè “come impresa”; (4) e – proprio in quanto tale – avrebbe dovuto rimanere “soggetta all’applicazione del diritto comunitario della concorrenza” (così Cass. n. 29736/11).

Pertanto, benchè incaricata *ex lege* di un servizio pubblico e benchè – in quanto tale – ritenuta suscettibile di beneficiare, in linea di principio, dell’esenzione dalle regole *antitrust* prevista dall’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, rispetto al diritto esclusivo (monopolio legale) di tenuta e conservazione dei documenti ufficiali nei registri ipocatastali, la Suprema Corte ha (5) infine ritenuto che – in base al concreto riscontro di alcuni comportamenti escludenti, posti in essere in danno delle società attrici (i *visuristi*) e in violazione dell’art. 3, L. n. 287/1990 (v. *infra*, par. 6.3) – l’Agenzia del Territorio avesse agito come un’*impresa* e che avesse poi *abusato* della propria *posizione dominante* detenuta sul mercato nazionale dei documenti e informazioni ipocatastali e immobiliari, giustappunto in virtù del diritto esclusivo conferitole. Documenti e informazioni che a loro volta costituivano (e costituiscono), nel loro complesso, la *base di dati* necessaria e insostituibile per poter fornire *sul mercato*, a titolo oneroso, i servizi di *visura* e *reportage* economico-patrimoniali su richiesta e/o per conto di terzi ⁽⁷¹⁾.

Insomma, tutte le decisioni ora sommariamente riassunte si pongono all’attenzione dell’interprete perché concorrono a determinare in modo parallelo sul fronte del *public* e del *private antitrust enforcement* – e, anzi, quasi a parti invertite, stante la natura dei soggetti coinvolti – il *limite* dell’applicazione del diritto della concorrenza con riferimento ad attività di servizio alla collettività (di

⁽⁷¹⁾ In conseguenza di dette condotte abusive della propria posizione dominante detenuta sul mercato dei dati e informazioni fidefacenti, l’Agenzia del Territorio veniva condannata a risarcire i danni subiti dalle società attrici, in quanto ritenuti ingiusti *ex art. 2043 c.c.*; danni che venivano liquidati “attenendosi alle risultanze di una consulenza tecnica d’ufficio e facendo ricorso a criteri equitativi, ancorati al calo di fatturato fatto registrare da dette società nel periodo preso in considerazione” (Cass. S.U. n. 30175/2011). Come già indicato, il procedimento sfociato nella decisione Cass., Sez. III civ., n. 29736/11, era stato definito dalla Corte d’Appello di Bologna (nel 2008) – quest’ultima adita in prime cure *ex art. 33, comma 2°, L. n. 287/1990* – con sentenza non definitiva, rimettendo la causa in istruttoria per quanto atteneva alla questione del risarcimento dei danni da violazione del diritto comunitario/mancata disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto europeo. In generale, sul *danno antitrust*, v. A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, spec. 78 ss. e L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *op. cit.*, *passim*; da ultima, cfr. L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, cit., spec. 35 ss.

interesse generale dunque). Attività che, *prima facie*, sembrerebbero quindi rientrare nell'ambito dell'implementazione di finalità pubbliche: e che pertanto – cioè, proprio in quanto attività rispondenti ad interessi pubblici – parrebbero almeno in linea di principio sottratte alle dinamiche concorrenziali. Ma che, al contrario, ad un'analisi fattuale, condotta alla stregua delle fonti normative e delle decisioni sia interne che comunitarie (e di cui tra poco meglio si dirà), sono risultate capaci di interferire – e perciò vengono ritenute compatibili – con la dinamica concorrenziale del mercato. E, in questo specifico senso, sono state pertanto qualificate in termini di *attività economiche*.

5. - 5.1. - In Italia, come è noto, l'impresa, è fatta oggetto di una generale definizione, benché la sua giuridica rilevanza venga per lo più riferita al *soggetto che professionalmente la esercita* (a cui l'attività imprenditoriale è *imputabile*), ossia all'*imprenditore* ⁽⁷²⁾. L'art. 2082, c.c., richiede, quali altrettanti elementi costitutivi dell'impresa, che questa risulti esercitata *professionalmente* dall'imprenditore, la sua *economicità*, l'*organizzazione* di un'attività di *produzione* e/o di *scambio* di *beni* o di *servizi* per il mercato ⁽⁷³⁾, distinguendosene ulteriormente le *species*, a seconda delle dimensioni (art. 2083, 2202, 2214, comma 3°, 2221 c.c., art. 1, L. fall.); della tipologia di attività condotta (artt. 2135 e 2195 c.c.) e della natura del soggetto che la esercita (artt. 2093 e 2201 c.c.), ques'ultimo a sua volta ulteriormente differenziabile tra imprenditore individuale e "collettivo", a seconda dell'articolazione plurilaterale o unilaterale della compagine che conferisce il capitale di

⁽⁷²⁾ Per tutti, v. P.G. JAEGER, *La nozione di impresa*, cit., spec. 11; V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* (fond. da V. Buonocore, dir. da R. Costi), Sez. I, t. 2.1, Torino, Giappichelli, 2002, 48 ss. e 218 s.; ID., G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.* (dir. da G. Cottino), vol. I (*L'imprenditore*), Padova, Cedam, 2001, spec. 409-413 e 713 ss. (nel quadro ricostruttivo della dialettica tra *istituzionalismo* e *contrattualismo*); valorizza il ruolo necessario dell'intervento dell'imprenditore "per costruire l'ipotesi dell'art. 2082" c.c., A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, cit., spec. 4 s. Sulla *metonimia* tra il termine *impresa* e il termine *imprenditore*, v. A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 ss., ivi spec. 5 e 7 (*sub nt.* 5), il quale, però, sembra propendere la tesi opposta, secondo la quale l'art. 2082, c.c. individua la fattispecie nell'*impresa*: e, in tal senso, v. stt. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 109 ss., ivi spec. 110 s. (*ma passim*); ID., voce «*Impresa e imprenditore*», in *Enc. giur. Treccani* vol. XVI, Roma, IPZS, 1989, I; G.C.M. RIVOLTA, *La teoria giuridica dell'impresa negli Studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 203 ss., ivi spec. 206-208; P. SPADA, voce «*Impresa*», in *Dig. disc. priv. - Sez. Comm.*, vol. VII, Torino, Utet, 1992, 32 ss., ivi spec. 36 ss.; G. SANTINI, *Le teorie sull'impresa (civiltà e laburisti a confronto)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 405 ss.; V. BUONOCORE, voce «*Impresa (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, 734 ss., ivi spec. 736 ss.; e, più recentemente, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese - Lineamenti generali*, in *Tratt. dir. priv.* (dir. da M. Bessone), vol. XXV, Torino, Utet, 2012, 160 s.; parz. diff. P. FERRO-LUZZI, *L'impresa* in AA. VV., *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985, 9 ss., ivi spec. 18 ss.; recentemente cfr. A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, cit., ivi spec. 660 ss. (ove in particolare si argomenta l'attuale insufficienza della nozione d'impresa come fattispecie *monolitica*, a rappresentare – come pure i *conditores* del 1942 si erano prefissati di fare – la *poliedricità* del fenomeno economico, e propendendosi, piuttosto, per la configurabilità di più fattispecie d'impresa, ciascuna corrispondente agli statuti differenziati che oggi pone il nostro ordinamento, ormai integrato con quello comunitario). Per ulteriori rilievi, v. anche V. RICCIUTO, *La riconcettualizzazione del diritto dell'impresa. Impresa pubblica e diritto privato europeo*, in *Contr. impr./Eu.*, 2009, 806 ss.

⁽⁷³⁾ Per tutti, cfr. V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* (fond. da V. Buonocore, dir. da R. Costi), Sez. I, t. 2.1, cit., spec. 61 ss. e 151 ss.; G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.* (dir. da G. Cottino), vol. I, cit., spec. 413 ss. La dottrina prevalente espressasi sulla portata dell'art. 2082 c.c., da tempo esclude dal suo ambito applicativo la figura dell'*impresa in conto proprio*: A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, cit., 62 ss.; ma, in passato, cfr. W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948, spec. 104 ss. e 121 ss.



rischio, posto a servizio dell’iniziativa economica (artt. 2200, 2247, 2325 e 2462 c.c., art. 10, L. fall.)⁽⁷⁴⁾.

Il diritto europeo solitamente prescinde dalla previa e autonoma qualificazione giuridica del soggetto agente in termini d’*imprenditore* – ad esempio parificando gli enti non economici di diritto pubblico e i soggetti privati, quanto a capacità di esercitare un’attività economica qualificabile in termini di *impresa*, a fini *antitrust* –, e si concentra piuttosto sulla definizione di *cosa* si intenda per *impresa*, ossia sul significato di *attività economica*, svolta sistematicamente (*i.e.*, in una prospettiva di durata, ciò peraltro implicando al contempo un certo livello di organizzazione)⁽⁷⁵⁾ *nel e per il mercato*: l’attività non è più vista nella sua dimensione di insieme (o “serie”) di atti legati da un scopo comune, prospettiva che comunque parte da *chi* detti atti ponga in essere e li unifica sotto il profilo soggettivo⁽⁷⁶⁾, quanto piuttosto nella sua dimensione *strumentale* alla tutela del mercato: invero, “la normativa *antitrust* comunitaria considera ... l’impresa in una prospettiva funzionale, nel senso che dà rilievo all’impresa per disciplinare gli effetti che l’esercizio della stessa” – come e in quanto attività economica – “produce nel mercato comune”⁽⁷⁷⁾ (oggi “interno”: cfr. art. 3, par. 3°, primo periodo, TUE e art. 26, TFUE).

A livello comunitario, dunque, il concetto di impresa assume un significato *oggettivo*, incentrato sull’analisi degli *effetti* che lo svolgimento di una certa attività è (o sarebbe) capace di produrre sulla concorrenzialità del rispettivo *mercato rilevante*⁽⁷⁸⁾, talora concorrendo essa stessa a dar vita ad un mercato. Detta nozione risulta quindi ricavata attraverso un approccio metodologico in parte diverso da quello usualmente invalso a livello nazionale, essendo basato sul rilievo empirico dell’esistenza, anche soltanto *potenziale*, di un gioco tra domanda e offerta per i beni o servizi fatti oggetto dell’attività di

⁽⁷⁴⁾ Ovviamente, dopo la riforma del diritto societario del 2003, occorre tenere presente che le s.p.a. e le s.r.l. possono essere originariamente costituite da (ovvero possono successivamente operare con) un unico socio (artt. 2325, comma 2°, e 2462, comma 2°, c.c.). Inoltre, occorre tenere presente che le variabile delle dimensioni e di attività dell’impresa nonché della tipologia di soggetto che la esercita (individuale o collettivo), potranno rilevare ulteriormente ai fini dell’applicazione o meno della L. 27 gennaio 2012, n. 3, e successive modifiche, sulla composizione della crisi da sovraindebitamento.

⁽⁷⁵⁾ In tale elemento molta parte della dottrina italiana che ha analizzato la nozione *comunitaria* di impresa ha ravvisato un punto in comune e parimenti qualificante: cfr. ad es. P. VERRUCOLI, *La nozione di impresa nell’ordinamento comunitario e nel diritto italiano*, in ID. (a cura di), *La nozione di impresa nell’ordinamento comunitario*, cit., 395 ss., ivi spec. 407 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, voce «*Impresa (diritto comunitario)*», in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, Utet, 1983, 5 ss.; *contra*, G. GUIZZI, *Il concetto di impresa, tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., 9 s. (e 14 s.), il quale non ritiene tale conclusione convincente “[p]roprio perché” ai fini del diritto europeo “non si tratta di individuare l’impresa per risalire alla disciplina del soggetto che la esercita, ma di individuarla per regolare il funzionamento del mercato, non sembra che possa darsi rilievo determinante ad un profilo, quale quello organizzativo, di carattere formale”.

⁽⁷⁶⁾ G. AULETTA, voce «*Attività (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, 982 ss. Rileva G. GUIZZI, *Il concetto di impresa, tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., 8 s., che “[n]ell’ordinamento interno la nozione è posta in funzione di una disciplina soggettiva: si muove, sì, da un dato oggettivo – l’attività organizzata – ma per risalire allo statuto dell’imprenditore, per individuare il complesso delle regole cui il soggetto soggiace nello svolgimento dell’attività”.

⁽⁷⁷⁾ G. GUIZZI, *Il concetto di impresa, tra diritto comunitario, ecc.*, cit., 9.

⁽⁷⁸⁾ Sulla definizione di *mercato rilevante* quale risultante di *due distinte variabili*, l’una merceologica (mercato del prodotto o del servizio) e l’altra territoriale (mercato geografico), v. *Comunicazione della Commissione CE sulla definizione di mercato rilevante* (in *G.U.C.E.*, 1997, C 372, 3 ss.). Sul punto v., recentemente v. C. Giust. CE (Grande Sezione), 1° luglio 2008, C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Stato Ellenico* (caso *MOTOE*), in *Racc.*, 2008, I-4863 ss. (spec. ptt. nn. 31-35, e i precedenti ivi citati). In dottrina, M.L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, Torino, Giappichelli, 1997; M. MOTTA, *Competition Policy - Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2004, spec. 102 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., 409 ss. (e part. 418 ss.). Da ultimi v. P. BUCCIROSSI, A. FRIGNANI, *Il mercato rilevante*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell’Unione Europea*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* (fond. da F. Galgano), vol. LXIV, cit., 48 ss.; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*⁴, cit., 92 ss.

volta in volta considerata, *in funzione* di un suo esercizio coerente con le norme sulla concorrenza e con le libertà economiche dettate dai trattati europei ⁽⁷⁹⁾.

Naturalmente, ciò non vuol dire – né del resto è stato mai seriamente contestato dalla dottrina italiana che pur ritiene l'*impresa* la fattispecie definita primariamente, e a livello generale, nell'art. 2082 c.c. – che detta nozione (a livello interno come a livello comunitario) non necessiti di un *terminale di imputazione* degli *atti d'impresa*, ossia di un *soggetto che sopporti il rischio economico* dell'(organizzazione dell') offerta di beni o servizi sul mercato (il rischio d'impresa) e che, in questo contesto, diviene parte del procedimento d'individuazione dell'attività stessa ⁽⁸⁰⁾.

Si vuol dire, più semplicemente, che l'approccio oggettivo e funzionale all'applicazione delle norme sulla concorrenza e alla tutela delle quattro libertà economiche fondamentali (artt. 28-66, TFUE) – cioè delle discipline poste a tutela dell'apertura in senso concorrenziale del "*mercato interno*" (art. 3, par. 3°, TUE, artt. 26-27, TFUE) – guarda direttamente alle caratteristiche dell'attività svolta, in particolare valorizzando la sua *economicità*, intesa come elemento individuabile a partire dall'idoneità dell'attività stessa a dar vita a scambi secondo logiche (appunto) economiche, piuttosto che limitarsi all'esame delle caratteristiche formali del soggetto cui quella sia volta a volta imputabile. Almeno da questo punto di vista, quindi, pare lecito rilevare come gli approcci interni che valorizzino l'impresa come "*fattispecie*" (OPPO) ovvero come "*attività oggettivamente considerata*" (P. FERRO-LUZZI) siano meglio capaci di coordinarsi con la nozione comunitaria.

A questo proposito, preme inoltre richiamare il monito di chi, anche di recente, ci ricorda che, in Italia, "le disposizioni in tema d'impresa sono state concepite (dal legislatore) ed interpretate (dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti) soprattutto in funzione d'uno scopo pratico preciso: individuare i soggetti sottoposti, in caso d'insolvenza, alle procedure concorsuali" ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ A. MAZZONI, *La nozione d'impresa nel diritto antitrust*, cit., ivi spec. 496; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., spec. 18 ss. e 38 ss.; L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali - Contributo allo studio dell'abuso del diritto*, Napoli, Esi, 2004, 187.

⁽⁸⁰⁾ Pare significativo osservare, inoltre, come la questione della rilevanza per così dire dirimente del profilo oggettivo o soggettivo dell'attività d'impresa abbia di recente investito con particolare intensità l'ambito delle cc.dd. *società pubbliche* (*recte*, a partecipazione pubblica), in particolare quelle che esercitano (*recte*, possono essere titolari di) *servizi pubblici locali*: sul punto, v., ad es. M. DE ACUTIS, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo* (Atti del Convegno di Studi di Padova, 8 giugno 2007), Padova, Cedam, 2008, 51 ss.; P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D.L. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani)*, ivi 128 ss. (e partic. 131 s.), ove motivatamente si propende per la soluzione *oggettiva*, che personalmente ritengo maggiormente conforme anche all'analisi di tipo funzionale, *effect-oriented*, già fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria in tema di tutela della concorrenza; in senso diverso v. tuttavia M. CAMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in AA. VV., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* (a cura dei medesimi), Torino, Giappichelli, 2008, 347 ss., ivi spec. 355 (facendo leva sull'obbiettivo difficoltà di distinguere, nell'oggetto sociale delle società partecipate, le attività di servizio pubblico da altre contigue). Sotto distinto profilo si valorizza la *natura* di società, come ente retto dallo statuto previsto dagli artt. 2247 ss. c.c., benchè partecipata da enti pubblici, nell'analisi svolta da C. IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica* (Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione CESEFIN - Alberto Predieri e dalla Fondazione Italiana del Notariato, Bologna, 23 gennaio 2010), Torino, Giappichelli, 2010, 13 ss. In generale, sulla società partecipata dallo Stato, v. l'approfondita disamina di M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, cit., spec. cap V.

⁽⁸¹⁾ Così, G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, cit., ivi 2 e 10 s.



Oggi, tuttavia, specie alla luce della profonda revisione dell'art. 1, l. fall., dal testo del quale parrebbe ormai espunto il tanto problematico riferimento alla nozione di *piccolo imprenditore* di cui all'art. 2083 c.c. ⁽⁸²⁾, mi pare che il tema divenuto più attuale in tema di iniziativa economica sia proprio quello di *individuare i soggetti sottoposti al regime concorrenziale*: e ciò sembra implicare giustappunto un'analisi a partire dal tipo e dalle modalità di esercizio di attività, così come esse vengono svolte in concreto. Inoltre, da tale riscontro possono dipendere le possibili varianti dei correlativi termini normativi di una siffatta soggezione che si riverberano tanto sul piano esterno, quanto sul piano organizzativo dell'impresa. Ed emerge altresì la ragione della centralità della stessa nozione di *impresa* nel diritto *antitrust* (comunitario e nazionale), a prescindere, sia dal fatto che l'ente che la eserciti abbia natura pubblica ovvero risulti statutariamente dedicato a missioni di interesse pubblico (come appunto di solito accade nel caso dei SIEG), sia dal fatto che lo stesso agisca senza fini di lucro ⁽⁸³⁾.

A quest'ultimo riguardo – e come del resto comunemente si ritiene anche nella ricostruzione dell'art. 2082 c.c. ⁽⁸⁴⁾ – ai fini *antitrust* lo scopo di lucro non viene attualmente considerato elemento di per sé essenziale per la qualificazione di una “attività economica” quale *impresa*: invero, anche la Corte di Giustizia ha più volte affermato che “la circostanza che l'offerta di beni e servizi sia fatta senza scopo

⁽⁸²⁾ Ma si veda in proposito l'opinione di G. FERRI JR., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 423 ss., ivi spec. 428 ss.; ID., *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, *ibidem*, 2007, I, 737 ss. Peraltro, va incidentalmente osservato come la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, di cui alla Legge n. 3/2012 (v. *retro*, nt. 74), concorra a rimettere al centro del dibattito – sebbene in una prospettiva diversa (e, in un certo senso, *inversa*) rispetto al passato – non soltanto il tema del limite dimensionale dell'impresa assoggettabile alle procedure concorsuali (sul quale sia permesso il rinvio a M. BIANCHINI, *Orientamenti giurisprudenziali post-riforma in tema di soglie dimensionali e oneri probatori dell'impresa commerciale assoggettabile al fallimento e al concordato preventivo (art. 1, comma 2°, legge fall.)*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 704 ss.), ma anche altri elementi differenziali a quella relativi, e, in particolare, sia la natura del soggetto (persona fisica o no), sia, probabilmente, la stessa natura dell'attività (commerciale o no); elementi che paiono destinati a funzionare come altrettanti e ulteriori criteri di accesso alle diverse procedure delle crisi. Sulla necessità di distinguere in base alla commercialità dell'impresa, v. ora N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della «commercialità»*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 5 ss. e cap. II.

⁽⁸³⁾ In questo senso, dunque, è ormai tratlizia la massima, elaborata dalla Corte di Giustizia sin della fine degli anni Ottanta del XX° secolo, e ora riscontrabile anche nelle sentenze del giudice italiano, secondo la quale è impresa “qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”. Cfr. in tal senso C. Giust. CEE, 16 luglio 1987, *Commissione v. Italia* (caso *Amministrazione Monopoli di Stato*), in *Racc.*, 1987, 2599 ss. (ivi punti nn. 6-7), che è ritenuta la sentenza a partire dalla quale si è tratlaticamente ritenuto che è da considerare un'attività economica, “qualsiasi attività che consiste nell'offrire merci o servizi su un determinato mercato”. Inoltre, per la definizione riportata nel testo, v. ad es., C. Giust. CE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, (caso *Macrotron*), in *Racc.*, 1991, I-1979 ss., ivi spec. 2061 (punto n. 219); più recentemente, v. anche C. Giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Min. Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze et al.* (caso *Cassa di Risparmio di Firenze*), in *Racc.*, 2006, I-289 ss. (spec. pt. nn. 107-108); caso *MOTOE* (2008), cit. (spec. ptt. nn. 21-28). Inoltre cfr. nel medesimo senso, Comm. CE, dec. 13 marzo 1993, IV/33-407, *Cons. Naz. Spedizionieri Doganali* (in *G.U.C.E.*, 1993, L 203), ai sensi della quale l'attività degli spedizionieri doganali deve essere considerata come attività d'impresa e il relativo “ordine professionale” come associazione di impresa ai fini dell'applicazione dell'art. 85 Tratt. CEE (art. 101, TFUE); in tal senso v. anche C. Giust. CE, 19 febbraio 2002, C-39/99, caso *Wouters*, in *Racc.*, 2002, I-1577 ss.; Trib. I Grado CE, 12 dicembre 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris v. Commissione*, in *Racc.*, 2000, II-3929 ss., confermata dalla sentenza della Corte di Giust. CE, 24 ottobre 2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris v. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-9297 ss. Sul significato dell'economicità dell'impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c., cfr. per tutti E. LOFFREDO, *L'economicità dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 1999.

⁽⁸⁴⁾ V. ampiamente E. LOFFREDO, *op. cit.*, e cfr. ad es.: A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*¹⁵, Padova, Cedam, 2013, 42 s. (sebbene con riferimento alla necessità che l'attività economica organizzata abbia come oggetto lo scambio di beni o servizi, si esclude che entro tale nozione rientri l'attività di mera erogazione, ma contemplandosi invece la possibilità che l'esercizio dell'attività d'impresa non abbia uno scopo lucrativo); F. GALGANO, *Diritto commerciale* vol. I, *L'imprenditore*¹³, Bologna, Zanichelli, 2013 (rist.), 23 ss.; M. NOTARI, *Nozioni e categorie di imprese*, in AA. VV., *Diritto delle imprese - Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2012, 29 ss., e ivi 34; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*⁵, vol. I (*Imprenditore - Contratti - Titoli di credito - Fallimento*), Bologna, Zanichelli, 2011, 18 (distinguendosi tra *lucro oggettivo* e *lucro soggettivo*, ma ritenendo entrambi non necessari ai fini del riscontro della *economicità* dell'attività che si voglia qualificare come imprenditoriale, come ad es. nel caso delle cooperative). Cfr. tuttavia la nota seguente.

di lucro non osta a che l'ente che effettua tali operazioni sul mercato vada considerato come un'impresa, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di altri operatori che perseguono uno scopo di lucro" ⁽⁸⁵⁾, di nuovo evidenziandosi la primaria attenzione prestata al *mercato*, ai fini della tutela della sua (attuale o potenziale) competitività.

D'altra parte, ai fini che qui rilevano, integra un'*attività economica* qualsiasi attività consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, a fronte di un *corrispettivo* (o per l'offerta dei quali sia ipotizzabile una domanda e dunque la possibilità di richiedere un corrispettivo) ⁽⁸⁶⁾, escludendosi soltanto quelle che, o coincidano con l'esercizio di una prerogativa dei pubblici poteri (giustizia, pubblica sicurezza, difesa nazionale, ecc.), o consistano in prestazioni di carattere prevalentemente solidaristico, incluse quelle erogate a fondo perduto; e potendosi peraltro in questo caso distinguere attività economiche e attività non economiche in capo ad un medesimo soggetto, a tal fine utilizzando – di nuovo – un criterio di tipo *funzionale*, legato al riscontro degli effetti distorsivi che ciascuna di siffatte attività produrrebbe su un mercato convenzionale (che si vorrebbe *concorrenziale*), ove non fosse assoggettata alle normali regole ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ Caso *MOTOE* (2008), cit., pt. 27. Sul punto, v. anche il caso *Cassa di Risparmio di Firenze* (2006), cit., ptt. 122-123 e il caso *Mitteldeutsche Flughafen* (2012), ptt. 50-51. Tuttavia, va rilevato come sia la *Decisione* della Commissione del 20 dicembre 2011, n. 2012/21/UE, cit., (spec. considerando nn. 3, 15-22, e artt. 5-6) sia le due recenti *Comunicazioni* della Commissione UE (COM 2012/C 8/02) e (COM 2012/C 8/03) – tutte incentrate sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale – si preoccupino di identificare il "margine di utile ragionevole" legittimamente attribuibile all'impresa incaricata di un servizio di interesse generale, dando conto, quindi, di un'elaborazione assai articolata e più sofisticata del concetto di *lucro oggettivo*, la cui presenza – a questo punto – non sembra poter essere considerato ininfluenza, né tanto meno neutrale, nel qualificare come *impresa* una certa attività "economica". Tale rilievo si sposa con i punti 18, lett. c) e d) e 19, lett. b), c) e d) della Comunicazione 2012/C 08/ 02, cit., che si riferiscono allo "scopo di lucro" con riferimento, rispettivamente, alla qualificazione in termini di impresa dei regimi di sicurezza sociale (tendenzialmente *non* economici) e delle attività "economiche". Perciò, questo importante profilo evolutivo nel diritto europeo in tema di *aiuti di Stato* potrebbe avere delle ricadute anche nella (ri)costruzione del concetto italiano di impresa, chiarendo meglio il rapporto tra: attività di pura erogazione a fondo perduto, attività economiche esercitate adottando un *metodo economico* (anche prescindere da un avanzo di gestione o *lucro oggettivo*, bastando un *risultato economico*, ossia la prospettiva della copertura dei costi) e quelle svolte con finalità di ricavarne *anche* un *lucro soggettivo*.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. sul punto C. Giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180 a C-184/98, *Pavel Pavlov et al. vs. Fondo pensione medici specialisti* (caso *Pavlov*), in *Racc.*, 2000, I- 6451 ss. (spec. ptt. nn. 73-82). In dottrina, cfr., sul fronte europeo. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., spec. 285 ss. e 468 ss.; sul significato dell'economicità dell'impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c., cfr. per tutti E. LOFFREDO, *L'economicità dell'impresa*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Sul punto, v. *infra* par. 5.3, testo e ntt. 103-110. Nella *Comunicazione* della Commissione UE, n. 2012/C 8/02, cit. (*retro sub* nt. 20), pt. 9, par. 3°, si precisa che "un soggetto è classificato come impresa sempre relativamente a un'attività specifica. Un soggetto che svolge attività a carattere sia economico che non economico è considerato un'impresa solo per quanto riguarda le prime". Sul punto, cfr. ad es. Trib. I Grado CE, 4 marzo 2003, T-310/99, *FENIN v. Commissione*, in *Racc.*, 2003, II-357 ss., confermata in appello da C. Giust. CE, 11 luglio 2006, C-205/03 P, *FENIN v. Commissione* (caso *FENIN*), in *Racc.*, 2006, I-6295 ss.; Trib. I Grado CE, 12 dicembre 2006, T-155/04, caso *SELEX*, in *Racc.* 2006, II-4497 ss., poi conf. da C. giust. CE, 26 marzo 2009, C-113/07, caso *SELEX II*, in *Racc.*, 2009, I-2207 ss.. Trib. I Grado, 12 dicembre 2006, *SELEX Sistemi integrati s.p.a., v. Commissione et al.*, in *Racc.*, 2006, II-4797 ss. (punti 59-61), conferm. in app. ma su diverse basi da C. Giust., 26 marzo 2009, C-113/2007 P, *SELEX Sistemi integrati s.p.a., v. Commissione et al.* (caso *SELEX II*) in *Racc.*, 2009, I-2207 ss. (ove peraltro si precisa che il nesso tra l'attività considerata e l'esercizio di prerogative sovrane-pubblici poteri non necessariamente risponde al criterio di indispensabilità, bastando un mero rapporto strumentale). Recentemente, v. anche C. Giust. UE, 19 dicembre 2012, C-288/11, *Mitteldeutsche Flughafen AG et al. vs. Commissione et al.* (caso *Mitteldeutsche Flughafen*), punti nn. 29 ss. e 41-49. Cfr. sul fronte nazionale Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 3204 ss. (con nota di A. MUSSA, *Giurisdizione amministrativa ed atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, ivi 3216 ss.), secondo la quale è immune da censura la valutazione dell'AGCM che, pur ravvisando nella *Cassa depositi e prestiti s.p.a.* la permanenza di indubbi profili pubblicistici, ha ugualmente riscontrato nella gestione separata, dopo l'ingresso delle fondazioni bancarie, una finalità di profitto che non si conciliava con il perseguimento dei fini generali di cui al Regolamento (CE) n. 139/04 (dettato in tema di concentrazioni).



Pertanto, si è ormai soliti includere nel novero dei soggetti che possono agire come imprese (imprenditori), oltre alle cosiddette *imprese pubbliche* anche lo Stato stesso o un ente statale, in quanto soggetti che, nelle circostanze date, risultino capaci di agire (anche) come imprese (a fini *antitrust*)⁽⁸⁸⁾.

Insomma, nella prospettiva *oggettiva e funzionale* considerata dalla nozione di impresa forgiata a livello europeo come nozione autonoma e originaria e a mezzo della quale si intenda verificare *in concreto* se operi o meno la tutela *antitrust* (e, sebbene su presupposti in parti distinti, delle quattro libertà fondamentali costitutive del mercato interno)⁽⁸⁹⁾, occorre anzitutto dare risposta al quesito se esista – anche soltanto in potenza – un mercato (e più precisamente, il *mercato rilevante*), ossia un’offerta e/o una domanda di certi beni o servizi in una determinata zona geografica⁽⁹⁰⁾, suscettibili di essere astrattamente soddisfatte in *modo concorrenziale*, cioè in una situazione di almeno potenziale confronto competitivo tra offerte di un certo bene o servizio da parte di più soggetti indipendenti. E il requisito dell’economicità dell’offerta dei beni o servizi, e dunque dell’attività stessa, si lega certo al riscontro di un corrispettivo o controprestazione per il bene prodotto o ceduto e/o il servizio reso, in quanto capace di integrare, per chi lo ceda o lo eroghi, un’astratta possibilità di profitto⁽⁹¹⁾.

È quindi proprio dall’elaborazione di tale ampia nozione comunitaria di impresa⁽⁹²⁾ che occorre partire – in una sorta di *dialogo verticale* tra Corti europee e Corti nazionali – *anche* ai fini

⁽⁸⁸⁾ Sul punto, ci si riferisce di solito alla Direttiva n. 80/723/CEE, del Consiglio, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e, per l’appunto, delle loro imprese pubbliche – la cosiddetta *direttiva Trasparenza* (ora peraltro sostituita dalla già citata Direttiva n. 2006/111/CE, della Commissione, del 16 novembre 2006) – nonché alla sentenza della Corte di Giustizia CEE, 20 marzo 1985, causa 41/83, *Italia v. Commissione* (caso *British Telecom*), in *Racc.*, 1985, 873 ss. (punti 16-20).

⁽⁸⁹⁾ In dottrina, per questo aspetto, v. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, cit., spec. 248 ss.

⁽⁹⁰⁾ V. *retro*, sub nt. 78.

⁽⁹¹⁾ Perciò, la prima domanda alla quale occorre rispondere è se i beni da produrre e/o i servizi da erogare da parte del soggetto considerato siano suscettibili di rilevanza economica e dunque rendendosi necessaria una verifica caso per caso (v. *amplius infra* par. 5.3, testo e ntt. 103-110). Sul punto, v. ora i chiarimenti offerti nei punti nn. 8-30 della *Comunicazione* della Commissione UE sull’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (COM 2012/C 8/02); e quelli ricavabili dalla *Comunicazione* della Commissione UE sulla Disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (COM 2012/C 8/03), pt. 13 e dalla *Decisione* della Commissione del 20 dicembre 2011, riguardante l’applicazione dell’art. 106, par. 2 TFUE, agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2012/21/UE), considerando n. 11 e art. 2.1. In passato, v. C. Giust. CE, 17 febbraio 1993, cause riun. C-159/91 e C-160/91, caso *Poucet et Pistre*, in *Racc.*, 1993, I, 637 ss. Come indicato *retro* nel testo, occorre inoltre ricordare che – proprio in virtù del fatto che “un soggetto è classificato come impresa sempre relativamente a un’attività specifica” (COM 2012/C 8/02, ptt. 9.3) – rimane possibile distinguere, in capo ad un medesimo soggetto (ad esempio incaricato di un pubblico servizio), attività economiche (imprese) ed attività non economiche (*ibidem*, pt. 20): così, ad es., sulla possibilità di distinzione, in capo ad un ente pubblico o che partecipi ai pubblici poteri di attività economiche e attività non economiche, v. ancora il caso *MOTOE* (2008), cit., ptt. 24-26 e il caso *Mitteldeutsche Flughafen* (2012) cit., ptt. 40-49; il caso *AG2R Prévoyance* (2011), cit., ptt. nn. 43 ss. Sulla questione, v. anche, il caso *FENIN* (2006), cit., e i casi *SELEX I* (2003), cit., (spec. ptt. nn. 56-68, 75-77, 86-91 e 104-112) e *SELEX II* (2009) cit., (spec. ptt. nn. 69-82), ove la Corte di Giustizia ha ritenuto che né il servizio sanitario spagnolo (che esercitava un potere monopolistico nei confronti dei fornitori) né il sistema Eurocontrol (che esercitava uno *standard-setting power*) agissero sul mercato come “imprese” ai sensi dell’art. 102, TFUE, pur non escludendo la possibilità di tale qualifica rispetto ad alcune ulteriori attività, appunto, economiche. In dottrina, cfr. ad es. A. MAZZONI, *La nozione d’impresa nel diritto antitrust*, cit., spec. 496 s. e 502 ss.; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nel diritto antitrust*, cit., 141; L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali ecc.*, cit., 189; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, cit., spec. 285 ss.

⁽⁹²⁾ Sulla quale, oltre agli Aa. citati *retro*, sub nt. 47, v. F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, *Contr. imp./EU.*, 1997, 1 ss.; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, cit., spec. 8 ss. e 146 s.; ID., voce «*Impresa comunitaria*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, IPZS (addendum 2008); L. DI VIA, *L’impresa*, in *Trattato dir. priv. europeo* (a cura di N. Lipari), vol. II: *I soggetti - Beni, interessi, valori*, Padova, Cedam, 2003, 54 ss., e ivi spec. 57 ss. e 67 ss.; D. CORAPI, B. DE NONNO, *L’impresa*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione europea*, t. II, in *Tratt. dir. priv.* (dir. da M. Bessone), vol. XXVI, Torino,

dell'applicazione della disciplina *antitrust* nazionale: così come del resto fanno le sentenze qui analizzate, in applicazione del precetto di cui all'art. 1, comma 4°, L. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo il quale “[I]’interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell’ordinamento delle comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”. Questa norma costituisce, nella materia qui considerata, una peculiare applicazione del principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, che garantisce la “automatica recezione dei canoni interpretativi della giurisprudenza comunitaria in materia” e perciò “costituisce un momento significativo del processo di inserimento del diritto comunitario nel sistema delle fonti dell’ordinamento italiano” e “un suggello definitivo” della prevalenza del diritto europeo sul diritto interno degli Stati membri⁽⁹³⁾.

I rilievi che precedono paiono utili per meglio comprendere perché anche la giurisprudenza interna sull'art. 8 (in relazione agli artt. 2 e 3), L. n. 287/1990, sia destinata conformarsi per lo più alle regole divise dalla giurisprudenza comunitaria formatasi intorno all'art. 106, TFUE: norma, quest'ultima, a sua volta basata sul concetto comunitario di *impresa*, a fini *antitrust*, così come elaborato (soprattutto) dalla Corte di Giustizia, alla stregua degli artt. 101 e 102, TFUE⁽⁹⁴⁾. In questo frangente, dunque, il *dialogo* tra Corti europee (e decisioni della Commissione) e quelle nazionali sembra una conseguenza addirittura inevitabile.

Pare infine importante segnalare che l'attività economica (impresa) rilevante ai fini dell'analisi volta a stabilire se rientri o meno in quella – di interesse pubblico – coperta dall'*immunità* dalle norme *antitrust*, *non necessariamente coincide con l'attività di erogazione del SIEG*, potendo talora consistere in un'attività economica ulteriore, svolta (o che potrebbe essere svolta) da un soggetto di diritto pubblico ovvero da quello incaricato di un SIEG su un mercato (anche soltanto potenziale), materialmente individuato in un settore “*collegato*” rispetto a quello ove venga erogato il SIEG.

Come meglio si vedrà nel prosieguo, ciò consente, tra l'altro, di assoggettare alle norme *antitrust* l'attività svolta da un ente in tale mercato adiacente, anche se dotato di personalità giuridica di diritto

Utet, 2006, 1197 ss.; D. CORAPI, voce «*Impresa (dir.comun.)*», in *Enc. dir. - Annali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, 734 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., spec. 54 ss.

⁽⁹³⁾ Così V. MANGINI, *Disciplina del mercato - Lineamenti generali*, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, cit., 428. Tale principio si è affermato e poi consolidato a partire dalla notissima sentenza *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal* (C. Giust. CEE, 9 marzo 1978, causa 106/77), e poi confermato dalla C. Cost. sentt. n. 170/1984 e 389/1989, n. 168/1991, n. 94/1995, nonché da costante giurisprudenza comunitaria e interna (v., ad es., C. Giust. C. Giust. CE, 22 giugno 1989, causa 103/88, *F.lli Costanzo v. Comune di Milano*, in *Racc.*, 1989, 1839 ss., secondo la quale il giudice nazionale è tenuto a disapplicare il diritto interno confliggente con il diritto europeo). Più recentemente, v. l'importante decisione C. Giust., CE, 9 settembre 2003, C- 198/01, caso *CIF*, cit., che ha avuto l'effetto di ampliare l'ambito operativo delle norme *antitrust* rispetto ad aree ove è ancora presente una riserva di competenza normativa da parte degli Stati membri ai sensi degli artt. 106, commi 1° e 2°, TFUE e art. 8 commi 1° e 2°, L. 10 ottobre 1990, n. 287: sul punto, v. ad es. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., spec. 818 ss., 822 s. e 834 ss.; F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, cit., spec. 784-788. Con specifico riferimento all'obbligo di disapplicazione gravante sull'AGCM, v. R. NIRO, *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità del provvedimento*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 193 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto delle concorrenza e funzioni dell'Autorità garante*, cit., spec. 765.

⁽⁹⁴⁾ A. PAPPALARDO, *Diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., 818 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., spec. 468 ss.



pubblico (art. 106, par. 1°, TFUE e art. 8, comma 1°, L. n. 287/1990) e benchè ad esso risulti beneficiario di un diritto esclusivo o speciale o di un monopolio legale (fiscale, recita l'art. 106, par. 2°, TFUE), rispetto ad un determinato servizio, salvo l'operare della *immunità* a suo favore se ricorrono le condizioni di cui all'art. 106, par. 2°, TFUE, e, parallelamente, nell'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, e del cui l'onere probatorio si deve far carico l'impresa che si proclama incaricata del SIEG ovvero direttamente lo Stato o la P.A. che a tale servizio quella ha deputato⁽⁹⁵⁾. Per questo motivo, ed essendo la nozione di impresa ricavata oggettivamente – come attività economica svolta in un contesto almeno potenzialmente competitivo – e in modo funzionale alla stessa instaurazione e/o alla tutela del mercato inteso, per l'appunto, in senso *concorrenziale*, la sua *concreta* individuazione può dirsi procedere in parallelo con l'individuazione del cosiddetto *mercato rilevante*, ed eventualmente in correlazione con il mercato “collegato”, di norma riscontrabile nei settori economici verticalmente integrati.

5.2. - Al fine di asserire la propria *non* assoggettabilità alle norme *antitrust*, la difesa del COBAT si trincerava dietro la propria natura di *organismo di diritto pubblico* e l'assenza *ex lege* di un *fine di lucro* (citando a mo' di precedente favorevole T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 9 maggio 2001, n. 4034)⁽⁹⁶⁾, giacchè il dato letterale della norma *antitrust* – l'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 (così come l'art. 106, par. 2°, TFUE) – farebbe invece riferimento alle *imprese* (pubbliche o private) quali soggetti tenuti al rispetto delle norme sulla concorrenza. Del resto, l'art. 8, comma 1°, L. n. 287/1990 (ma anche l'art.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. il caso *Corbeau* (del 1993), cit. *retro*, sub nt. 13, ove la Corte di Giustizia non discusse espressamente l'art. 106, par. 1°, TFUE, ma considerò in che misura il monopolio sul servizio postale detenuto dalle Poste del Belgio potesse essere giustificato ex art. 106, par. 2°, TFUE, in relazione all'art. 102, TFUE; tuttavia, questa decisione riguarda *anche* l'art. 106, par. 1°, TFUE, perché la Corte, nel momento in cui non ha ritenuto il diritto di monopolio giustificabile ex art. 106, par. 2°, TFUE, sembra averlo giudicato una “misura” statale contraria al par. 1° dell'art. 106, TFUE. Questo caso, dunque, può essere annoverato tra gli esempi di un'illecita estensione di un diritto esclusivo (capace di configurare un monopolio legale) ad un'attività ancillare (come, ad es., nel caso C. Giust. CE, 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT vs. GB-INNO-BM*, in *Racc.*, 1991, I-5941 ss., in virtù della quale si ritenne in violazione dell'art. 106, par. 1°, TFUE una misura normativa che risultava nell'estensione del monopolio legale di RTT ad un'attività collegata in un attiguo *ma separato* mercato); tuttavia, la decisione *Corbeau* sembra suggerire in modo ancora più *tranchant*, che, alla luce dell'art. 106, par. 2°, TFUE, sia possibile invalidare direttamente *misure* statali che stabiliscono monopoli troppo estesi (perciò capaci di invadere i settori limitrofi ove però il monopolio non risulta giustificato da ragioni di interesse generale), in quanto *non proporzionati* alla missione di servizio pubblico (v. *infra* par. 6): e dunque sta a dimostrare l'intenso legame tra i primi due paragrafi dell'art. 106, TFUE. Sul fronte della giurisprudenza nazionale cfr. sul punto: Cass., 13 febbraio 2009, n. 3869, cit.; Cass. 10 gennaio 2008, n. 355, cit.; Cass. 16 maggio 2007, n. 11312, cit. In dottrina, v. ad es. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit., spec. 823 ss., 843 e 847 ss. Per il concetto di “mercato collegato” v. ad es. G. OLIVIERI, *Disciplina del mercato - L'abuso di posizione dominante*, in AA. Vv., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, cit., 466-467.

⁽⁹⁶⁾ Sempre nel tentativo di individuare i termini di un possibile *colloquium* a distanza tra Corti diverse, pare interessante segnalare un'ulteriore sentenza che insiste sulla (non) qualificazione dell'imprenditore in base al dato formale della sua natura di organismo di diritto pubblico: Cass., Sez. Un., 12 maggio 2005, n. 9940, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2008 ss. (caso *Società Interporto di Padova*), ove si è ritenuto, tra l'altro, che “in relazione alla disciplina dei lavori pubblici, gli interporti – costituendo nel loro insieme una delle infrastrutture fondamentali per il sistema nazionale dei trasporti – soddisfano bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; ne consegue che gli enti chiamati a gestire questo servizio pubblico, ricorrendo gli altri requisiti previsti dall'art. 2 l. 11 febbraio 1994 n. 109 (possessione della personalità giuridica e dominanza pubblica, riscontrabile in relazione alla presenza di diversi indici), rientrano tra gli organismi di diritto pubblico di cui alla citata disposizione legislativa”: qui sembra ricorrere il concetto di *essential facility*, ripreso *infra*, par. 5.3 (*sub* ntt. 124, 126) e, par. 6.3 (*sub* ntt. 160-162), il quale, tuttavia, dalle S.U. viene utilizzato per argomentare ed escludere il carattere imprenditoriale dell'ente al quale la gestione di quella risulti affidata; certo è che, ai fini di beneficiare dell'eccezionale deroga all'applicazione del diritto *antitrust*, l'essenzialità dell'infrastruttura non sembra affatto sufficiente, anzi: e v. infatti *infra* nel testo, punti e) ed f).

106, par. 1°, TFUE) testualmente estende “sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione pubblica” l’applicazione delle norme *antitrust* poste a contrasto di intese o pratiche concordate ad oggetto od effetto anticompetitivo (artt. 2 e 4), di abusi di posizioni dominanti (art. 3) ovvero per prevenire concentrazioni ad effetto anticompetitivo (art. 6).

Se è vero, quindi, che secondo le suddette norme, ai fini di determinare la nozione di impresa a fini *antitrust*, lo *status* pubblico o privato del soggetto non fa più differenza, pur sempre di *impresa* deve trattarsi (cioè di un’*attività economica*, secondo quanto visto nel par. 5.1). Perciò, data ormai per acquisita l’applicabilità delle regole *antitrust* alle imprese pubbliche (se non altro *ex art.* 106, par. 1°, TFUE, e art. 8, comma 1°, L. n. 287/1990), è giustappunto sull’ampiezza della nozione di impresa, così come elaborata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale a fini *antitrust*, che si gioca la questione dell’estensione o meno delle norme sulla concorrenza ai casi di specie. In alternativa, si dovrà lasciare il campo alla regolazione amministrativa del mercato⁽⁹⁷⁾.

E quella nozione, come detto in precedenza (par. 5.1), è capace di includere ogni attività: (a) consistente nell’offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente (b) dallo statuto giuridico (c) dalle modalità di finanziamento e (d) dalla sussistenza o meno del fine di lucro (soggettivo) in capo al soggetto che tale attività eserciti⁽⁹⁸⁾.

A proposito – e direi proprio a conferma – del *dialogo* che attualmente sussiste, non soltanto tra le Corti comunitarie e quelle nazionali, ma anche tra l’A.G.O. e i giudici amministrativi, pare interessante notare che il Consiglio di Stato, per risolvere la questione, evoca “[i]n termini ... il precedente [*sic!*] del Consorzio per la tutela del formaggio ‘Grana Padano’ e della società di Certificazione della qualità alimentare”, cioè una decisione della Suprema Corte di Cassazione (n. 355 del 2008), nella quale si è seguito uno schema analogo di ragionamento a quello poi fatto proprio dal giudice di Palazzo Spada, e schematizzabile come segue:

(a) il Consorzio *Grana Padano* – così come, rispettivamente, il COBAT e l’Agenzia del Territorio – risultava incaricato di attività di certificazione di conformità di certi prodotti (nel caso dell’Agenzia, invece trattavasi di servizi di documentazione giuridica e di raccolta ufficiale di documenti e dati relativi a diritto reali sopra certe tipologie di beni) e di vari controlli volti a prevenire abusi e violazioni delle prescrizioni stabilite da un certo provvedimento normativo o regolamentare-

⁽⁹⁷⁾ E occorre altresì riflettere sull’applicabilità della c.d. *INNO doctrine* (C. Giust. CEE, 16 novembre 1977, causa 13/77, *NV GB-INNO-BM v. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak*, caso *INNO v. ATAB*, in *Racc.*, 1977, 2115 ss.), secondo la quale (in un caso riguardante la tassazione del tabacco in Belgio) il combinato effetto degli artt. 4, par. 3°, TEU e 101 e 102, TFUE, hanno portato la Corte di Giustizia a ritenere che uno Stato Membro violi il diritto comunitario mantenendo in vigore una legislazione capace di privare le regole sulla concorrenza della loro effettività: si sanzionano, pertanto, come contrari al diritto europeo gli atti normativi o regolamentari o amministrativi che abbiano l’effetto di privare di significato le norme sulla concorrenza. V. sul punto C. Giust. CE, 9 settembre 2003, C-198/2001, caso *CIF*, cit. (spec. ppt. nn. 45-51) e le *Conclusioni* dell’Avv. Gen. MADURO nel caso *Cipolla* (C-94/04), in *Racc.*, 2006, I-11421 ss. (spec. par. 31-40).

⁽⁹⁸⁾ V. ad es.: C. Giust. UE, 23 dicembre 2009, C-305/2008, caso *Conisma*, cit.; caso *FENIN* del 2006 (spec. pt. n. 25); caso *Wouters* del 2002, cit. (spec. punti nn. 45-49); caso *Eurocontrol* del 1994, cit. (spec. pt. n. 18).



autoritativo. Nel caso *Grana Padano* si trattava del Regolamento (CE) n. 2081/1992, qui da considerarsi *in parallelo*: (i) all'art. 9-*quinquies* nel caso *COBAT* e (ii) all'art. 1, commi 367 ss., L. n. 311/2004, nel caso dell'Agenzia del Territorio (recentemente assorbita dall'Agenzia dell'Entrate), queste ultime norme da leggersi tuttavia in connessione al D.lgs. n. 300/1999, in quanto istitutivo dell'Agenzia (artt. 57 ss.), nonché all'art. 2673, c.c. (in relazione alla natura e alla libera accessibilità dei pubblici registri immobiliari ove vengono trascritti i “*documenti*” rilevanti ai fini della successiva *riutilizzazione* delle informazioni e dati, resi pubblici con la stessa trascrizione).

(b) Tali attività, “in quanto rientranti nei compiti essenziali dello Stato in materia di alimentazione” (nel caso *Grana Padano*) “e, quindi, nell'ambito dei servizi economici di carattere generale”, “sono riconducibili all'esercizio privato di pubbliche funzioni cioè ad attività di diritto pubblico” (caso *COBAT*, punto 12).

Si noti ora come nel caso *COBAT*, sia pure evidentemente con riferimento ai compiti essenziali dello Stato in materia e di cura dell'ambiente e della salute, il discorso possa essere condotto in modo del tutto analogo; mentre, nel caso dell'Agenzia del Territorio, *servizi* di trascrizione di documenti e iscrizione di dati in registri pubblici ufficiali integrano invece delle pubbliche funzioni svolte da un ente dotato *ex lege* di *personalità giuridica pubblica* (D.Lgs. n. 300/1999, artt. 57 e 61), e dunque in relazione al quale la difesa che rivendichi la natura (non di *impresa*, ma) di *organismo di diritto pubblico* parrebbe rivelarsi – *prima facie* – maggiormente insidiosa rispetto agli altri due casi, anche per la presenza della riserva posta dall'art. 51, TFUE, con riferimento all'esclusione dalle norme sulla libertà di stabilimento e sulla libera circolazione dei servizi di quelle attività che sia pure occasionalmente partecipino ai pubblici poteri degli Stati membri e alla quale l'art. 106, par. 2° (la norma omologa all'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990) fa sia pur indiretto riferimento (sul punto si tornerà nel par. 5.3).

(c) Tenendo a mente tale differenza – che tuttavia non impedirà alla Suprema Corte di applicare anche all'Agenzia del Territorio l'art. 3, L. n. 287/1990 – in tutti e tre i casi ci si trova di fronte “ad attività di diritto pubblico” rispetto alla quali il Consiglio di Stato parrebbe *prima facie* ritenere si rimanga “formalmente fuori dalla normativa *antitrust*” (caso *COBAT*, punto 12). In effetti, come già anticipato, la lettera dei commi 1° e 2°, dell'art. 8, L. n. 287/1990, presuppone, per la rispettiva applicazione, che le violazioni (intese, pratiche concordate con oggetto od effetti anticompetitivi nel mercato rilevante, art. 2, L. n. 287/1990; ovvero abusi di posizioni dominanti acquisite sul mercato rilevante, *ex art.* 3, L. n. 287/1990) risultino sempre poste in essere tra o da “*imprese*”.

Occorre rilevare che, a questo specifico riguardo, la giurisprudenza comunitaria già si era occupata di consorzi (specie nel caso *CIF* del 2003) ⁽⁹⁹⁾, non escludendo affatto la qualificazione d'impresa a fini *antitrust* in ragione dell'obbligatorietà dell'ente e della soggezione del suo statuto ad un controllo ministeriale: la Corte di Giustizia, in applicazione del concetto funzionale ed oggettivo d'impresa, impone di condurre un'indagine al fine di verificare *in concreto* se il quadro normativo nazionale crei o meno una situazione tale da escludere a priori ogni possibilità di confronto concorrenziale, cioè ogni margine di scelta circa le condotte che il consorzio (e i consorziati) debbono tenere e tale da impedire la formazione di un *mercato* competitivo nel settore considerato e così la stessa possibilità di qualificare in termini d'impresa il soggetto incaricato del SIEG o per altre ragioni titolare di un diritto esclusivo o di un monopolio legale. Anche in questo frangente, dunque, è possibile cogliere un *dialogo* tra decisioni adottate a livello nazionale e quelle adottate a livello europeo.

(d) Tuttavia, nel caso COBAT, con una improvvisa *virata*, il giudice amministrativo non prosegue subito il ragionamento, verificando il ricorrere delle condizioni in presenza delle quali si possa (e si debba) riscontrare la presenza di una "impresa" a fini *antitrust* secondo l'insegnamento della giurisprudenza comunitaria. Piuttosto, il Consiglio di Stato – peraltro citando ancora una volta la sentenza della Cassazione nel caso *Grana Padano* – afferma che "poiché l'esenzione prevista dal co. 2 dell'art. 8 per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, opera limitatamente 'a tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati', qualora le summenzionate attività svolte da soggetti privati, pur se autoritative, deviano dallo scopo istituzionale per cui quelle pubbliche funzioni sono state conferite, viene meno il nesso funzionale con il carattere non economico dell'attività posta in essere, la quale rientra a pieno titolo nell'ambito dell'attività di

⁽⁹⁹⁾ Caso *CIF* (C-198/2001) del 2003, cit., spec. punti nn. 39 ss. e 56 ss.: la controversia prendeva avvio da un rinvio pregiudiziale effettuato dal T.A.R. del Lazio, adito in sede di impugnazione di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM (del 13 luglio 2000), ove si assumeva che (a) la normativa statale istitutiva del consorzio obbligatorio avrebbe violato gli artt. 10 e 81, Tratt. CE (oggi art. 4 TUE e art. 101, TFUE), imponendo la fissazione dei prezzi di vendita dei fiammiferi e inducendo ad una ripartizione delle quote di produzione tra le imprese consorziate e pertanto se ne dichiarava la disapplicazione (per violazione del diritto comunitario). Proprio in virtù e per l'effetto della disapplicazione della normativa nazionale – che così non poteva più rendere immuni né il consorzio né le imprese consorziate dall'applicazione delle norme *antitrust*, ex art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 o art. 86, comma 2°, Tratt. CE (oggi art. 106, comma 2°, TFUE) – si assumeva inoltre (b) che il consorzio e le imprese aderenti ad esso avessero consolidato tra loro una intesa restrittiva della concorrenza (essa stessa contraria all'art. 81 Tratt. CE, ora 101 TFUE), ripartendosi in concreto le quote di produzione dei fiammiferi. Al fine di giungere a tale decisione, l'AGCM aveva ritenuto di dover distinguere (i) i comportamenti di CIF "più o meno direttamente" imposti dalle disposizioni di legge, da quelli che (ii) invece apparivano come il "risultato di autonome decisioni imprenditoriali", eventualmente selezionando tra queste ultime "quelle che erano semplicemente agevolate da disposizioni normative e quelle riconducibili a libere scelte di CIF". La Corte da parte sua teorizza la necessità di un'indagine *in concreto* al fine di verificare se il quadro normativo nazionale crei o meno, per sua natura, una situazione tale da escludere a priori ogni possibilità di confronto concorrenziale, cioè tale da impedire la formazione di un *mercato* competitivo nel settore considerato – ma altresì conferma il potere dell'Autorità Garante (benchè questa non sia un organo giurisdizionale, ma amministrativo) di *disapplicare* le norme nazionali che si pongano in contrasto con una o più norme europee, in virtù del principio del primato del diritto comunitario (ivi, I-8094, p.to n. 48). Ai fini della determinazione delle conseguenze, nei confronti delle imprese coinvolte nell'intesa (consorzio), della disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo, la Corte infine distingue tra: (a) condotte *imposte* alle imprese coinvolte dalle norme nazionali disapplicate e (b) condotte *soltanto facilitate* dalla normativa interna ovvero *volontariamente assunte* dalle imprese coinvolte: soltanto rispetto alle prime non si dovranno irrogare sanzioni per le attività anticoncorrenziali pregresse, mentre sono sanzionabili quelle azioni (anche pregresse) delle imprese che risultino semplicemente facilitate o incoraggiate dalle norme nazionali poi disapplicate per contrasto con il diritto comunitario (ivi, I-8095 ss., p.ti 53 ss.).



impresa, con conseguente applicazione della disciplina a tutela della concorrenza di cui alla l. n. 287/1990”.

Qui, dunque, sembra addirittura *presumersi* che il Consorzio obbligatorio Grana Padano avesse esercitato un’*attività economica* qualificabile in termini di “impresa” agli effetti dell’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, passando subito a verificarne l’esuberanza rispetto all’incarico di servizio pubblico a quello affidato. Mi pare cioè che si assista ad una sorta di salto logico: eravamo rimasti alla necessità di accertare se l’attività condotta dal Consorzio fosse o meno qualificabile in termini di *impresa* – per farla rientrare, in caso affermativo, nell’ambito applicativo dell’art. 8 – e ci troviamo invece già *catapultati* nella valutazione (logicamente successiva) circa l’esuberanza o meno dell’attività svolta dal soggetto incaricato di un SIEG rispetto a quella in ragione della quale il diritto esclusivo gli era stato autoritativamente intestato, al fine di adempiere ad una missione di interesse pubblico (*i.e.*, il rapporto di proporzionata attinenza tra SIEG e condotta anticoncorrenziale, di cui al par. 6).

Altro è infatti verificare la sussistenza di una situazione di concorrenzialità almeno potenziale in un certo settore, al fine di valutare se l’attività condotta da chi detenga un diritto esclusivo o un monopolio legale integri o meno un’attività d’impresa, secondo un criterio astratto di economicità della stessa: e ciò integra un’analisi *funzionale* a stabilire se possa applicarsi o meno l’art. 8, L. n. 287/1990. Altro conto è comprendere se, oltre a tale attività (si noti, *economica*): (i) se ne eserciti (o si intenda esercitarne) un’altra, rispetto alla quale, per un verso, il *SIEG* rimanga oggettivamente e funzionalmente connesso, ma, per altro verso, rispetto alla quale il diritto esclusivo non risulti più necessario in relazione al fine di interesse pubblico perseguito; ovvero (ii) si eserciti la medesima attività di SIEG, ma con modalità tali da allargarne l’ambito operativo o comunque tali da esorbitare dall’incarico di servizio pubblico ricevuto, di nuovo verificando se sia presente o meno un rapporto necessario di mezzo a fine tra le modalità in concreto poste in essere e le finalità di pubblico servizio per cui il diritto esclusivo era stato concesso dallo Stato (o da sue articolazioni territoriali): ma queste sono valutazioni che, ripetesi, rientrano già nel secondo momento della scansione dell’analisi qui proposta (per le quali cfr. il par. 6).

(e) Il giudice amministrativo infine torna al punto e, in adesione a quanto sostengono anche la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, afferma che “la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico non determina di per sé l’esonero dal rispetto delle regole della concorrenza, se in fatto tale soggetto abbia agito come operatore economico”, peraltro aggiungendo un duplice rilievo, pure derivato dalla giurisprudenza comunitaria (v. *retro*): da un lato, “un soggetto può contemporaneamente svolgere attività economiche rilevanti a fini antitrust accanto natura pubblicistica”; e, dall’altro lato, “per il diritto comunitario è operatore economico un qualsivoglia soggetto, pubblico o privato, che offre beni o servizi sul mercato, anche se non ha istituzionalmente fine di lucro” (caso COBAT, punto 12).

(f) Cosicchè il Consiglio di Stato può concludere che “[n]on rileva, pertanto, l’astratta configurabilità di COBAT come organismo di diritto pubblico, dovendosi verificare in concreto il modo in cui esso ha operato e in particolare dovendosi verificare se, al di là del fine istituzionale di interesse generale non avente carattere commerciale, in concreto non abbia agito secondo criteri imprenditoriali, deviando dal perseguimento neutrale del fine istituzionale” (caso *COBAT*, punto 12).

Siffatta conclusione sembra di nuovo segnare uno iato rispetto alla costruzione della stessa categoria dei SIEG quale *attività di per sé economica* (come risulta anche dall’acronimo), ma *eccezionalmente* sottratta all’applicazione del diritto *antitrust*, dando ad intendere, invece, di privilegiare una ricostruzione secondo la quale l’attività economica (*i.e.*, d’impresa) rilevante, sarebbe soltanto quella che esorbita dalla prestazione di servizio pubblico.

In particolare, non è dato comprendere come mai, in presenza di un consorzio con attività esterna (art. 2612 c.c.), si tenda a ritenere che il carattere imprenditoriale del soggetto che esercita un SIEG assumerebbe rilievo giuridico soltanto con riferimento alle attività che eventualmente esorbitino dalla prestazione di tale servizio: affermare che l’attività svolta rispetto al “fine istituzionale di interesse generale non” avrebbe “carattere commerciale” pare invero in contrasto con la precedente affermazione (dello stesso giudice di Palazzo Spada), per la quale occorrerebbe invece accertare il carattere imprenditoriale dell’attività economica svolta dal soggetto incaricato del SIEG affinché lo si possa far rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 8, L. n. 287/1990 (questa altrimenti risultando “formalmente fuori dalla normativa antitrust” proprio per carenza di “imprenditorialità” nel soggetto incaricato: così nel punto n. 12). Del resto, questo assunto pare implicito in quanto il giudice amministrativo medesimo sembra voler rilevare subito dopo, quando dichiara che anche nello “stesso precedente del Tar Lazio - Roma n. 4034/2001, pur qualificando il COBAT come organismo di diritto pubblico” si era affermato, ciò nonostante, “che il Consorzio non è esonerato dal rispetto del canone di cui all’art. 8, co. 2, l. n. 287/1990, che vieta al monopolista legale condotte anticoncorrenziali che non siano strettamente necessarie per la sua missione”.

Ciò, invero, è quanto si prevede, sia nell’art. 8, L. n. 287/1990, sia nell’art. 106, TFUE, benchè con formulazioni tra loro diverse (¹⁰⁰). Del resto, comunemente la ricostruzione della norma è effettuata nell’ottica *pro-concorrenziale*, cioè ritenendo tanto l’art. 106, par. 2°, TFUE, quanto l’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, quali altrettante eccezioni alla regola dell’applicazione delle norme *antitrust*. Disposizioni, queste ultime, che d’altra parte presuppongono, tutte, la natura *economica*, cioè di *impresa*, delle *attività* considerate; dovendosi allora includere logicamente anche quelle che integrano

⁽¹⁰⁰⁾ Notano la differenza, tra gli altri, M.C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 29 ss, e ivi 32 e G. OLIVIERI, *L’abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, cit., 473.



un SIEG (altrimenti, l'art. 8, comma 1°, non avrebbe senso, riferendosi all'applicabilità proprio delle "disposizioni contenute nei precedenti articoli").

Ancora, se l'attività di prestazione del servizio di interesse generale non fosse da ritenersi già di per sé (almeno potenzialmente) *economica* – cioè d'*impresa* secondo l'interpretazione della giurisprudenza in tema *antitrust* – allora, per un verso, non vi sarebbe spesso alcun motivo di assicurare un diritto esclusivo (o monopolio legale) a chi ne risulti incaricato; per altro verso, non si vedrebbe la ragione di distinguere – come pure fa l'art. 2 del Protocollo n. 26, allegato al TFUE – tra servizi *economici* di interesse generale (quelli di cui qui ci si occupa) e i servizi di interesse generale *non* economici ("SIGNE"), entrambi ricondotti, come ricordato nel par. 2, entro la più generale categoria dei "SIG".

Nel caso di specie – come già accennato – pare infine doversi indurre l'imprenditorialità del soggetto incaricato del SIEG proprio a partire dalla sua natura giuridica di *consorzio* di diritto privato (l'art. 2602, comma 1°, c.c., lo definisce come il "contratto" attraverso il quale "più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese"), che riunisce in sé gli imprenditori operanti nel settore del riciclo dei materiali piombosi, con finalità di profitto, e in quanto connotato da un'attività economica *esterna* (art. 2612, comma 1°, c.c., norma, questa, che ne impone tra l'altro l'iscrizione nel registro delle imprese, proprio ai sensi e per gli effetti dell'art. 2195, c.c.), oltre che almeno in parte *autonoma*, rispetto a quella svolta dai consorziati. In questo senso – va ora osservato – si torna a valorizzare *anche* la nozione *italiana* d'*impresa* (commerciale), in sinergica applicazione con la corrispondente nozione comunitaria e in ottica pro-concorrenziale.

Insomma, nonostante la decisione sul caso COBAT non appaia del tutto lineare sul punto, per le precedenti ragioni si ritiene che debba essere economica (e dunque che vada qualificata come *impresa* a fini *antitrust*) non soltanto l'attività esorbitante dal SIEG, ma, almeno in potenza, anche quella stessa in cui consiste il SIEG. D'altra parte, va pure rilevato che l'esorbitanza dai caratteri di stretta necessità prefigurati dalla giurisprudenza potrebbe essere riscontrata altresì a partire da una specifica *modalità di esercizio* della stessa attività (economica) oggetto di quello specifico incarico del SIEG che risultasse autoritativamente conferito dai pubblici poteri: perciò dovendosi anche in tal caso vagliare se ripristinare o meno l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (ovvero, a livello domestico, degli artt. 2 e 3, L. n. 287/1990) secondo il processo valutativo (principio di proporzionalità) di cui al successivo par. 6.

Nel caso di specie, il COBAT era stato bensì configurato originariamente (dall'art. 9-*quinquies* del D.L. 9 settembre 1988, n. 397) come consorzio obbligatorio, dotato di personalità giuridica, istituito e sussidiato *ex lege* (tramite l'applicazione di un sovrapprezzo sulle batterie al piombo, destinate al riciclo) ed espressamente dedicato fine di interesse generale (formalmente non commerciale), ma

l'attività oggetto del SIEG, anche per la sua natura di consorzio di diritto privato con attività esterna, si rivelava già, in potenza, economica.

Esso infatti aveva esercitato un'attività economica (*i.e.*, d'impresa), in quanto, per un verso, nel settore originariamente riservato all'azione del COBAT, quest'ultimo agiva come monopolista legale, fungendo da raccordo obbligato tra soggetti privati operanti a fini di lucro in fasi diverse di una filiera comune (quella della raccolta, dello smaltimento e riciclo delle batterie al piombo): trattavasi dei raccoglitori, dei riciclatori (c.d. *smelters*) – anch'essi obbligatoriamente consorziati – i quali percepivano un contributo ambientale “anche in fasi economiche connotate dal prezzo del piombo basso”. Pertanto, già a quel punto si sarebbe intravista la possibilità di creare un *mercato* della raccolta e riciclo del piombo, sebbene in parte monopolizzato *ex lege* dal COBAT, ma in parte aperto alla concorrenza tra soggetti autonomi che operavano secondo la logica del perseguimento di (una possibilità di) un profitto.

Per altro verso, tali ulteriori profili si coniugavano con un mutamento della legislazione italiana, che – a partire dal 2002 – era stata adeguata al diritto comunitario, “consentendosi l'operare, sul mercato, oltre che dei raccoglitori ‘incaricati’ dal COBAT, anche dei raccoglitori ‘autorizzati’, e consentendosi altresì la raccolta per l'esportazione” dei rifiuti piombosi.

Infine, sempre a partire dai primi anni duemila, tanto un aumento del prezzo del piombo sul mercato rilevante del materiale riciclato dalle batterie esaurite, quanto gli stessi “meccanismi concreti di raccolta” nel frattempo “posti in essere da COBAT”, avevano permesso a quest'ultimo di accumulare “ingenti profitti, al di là del fine istituzionale non lucrativo”.

Pertanto, rileva il Consiglio di Stato, “il ruolo di COBAT”, da un lato, “non sarebbe più stato necessariamente quello di raccogliere e riciclare le batterie esauste acquisendone la proprietà” per poi cederle ai riciclatori – ruolo che pure il consorzio aveva continuato ad esercitare – “ma piuttosto quello di vigilare sul sistema di raccolta e smaltimento, non necessariamente gestendolo in proprio”; dall'altro lato “in tale mutato assetto normativo, COBAT non avrebbe potuto impedire ai raccoglitori di cedere direttamente le batterie esauste agli *smelters*, e dunque non avrebbe potuto prevedere né clausole di esclusiva nei contratti con i raccoglitori, né clausole di decurtazione nei contratti con gli *smelters*” (punto 8.1).

Infine, il Consiglio di Stato ritiene (nel punto 11.1) immune da vizi la individuazione del *mercato rilevante* e del prodotto offerta dall'AGCM, affermando che, benchè “in astratto, e secondo una nozione merceologica, le batterie al piombo esauste non sono un ‘prodotto’ ma un ‘rifiuto pericoloso’ ... in concreto, anche a causa dell'aumento del costo del piombo, tale ‘rifiuto’ è divenuto un bene contendibile sul mercato, oggetto di scambio, mediante la raccolta e la successiva vendita agli *smelters*. Correttamente va pertanto qualificato ‘prodotto’ oggetto di un mercato di scambio”.



L'insieme di tali circostanze, dunque, non soltanto aveva determinato delle decisive “aperture alla concorrenza in relazione” – si noti – allo stesso “mercato della raccolta e riciclo delle batterie al piombo esauste”, rendendo definitivamente remunerativa una serie di attività (raccolta, conferimento, e smaltimento e riciclaggio dei rifiuti piombosi) che prima non lo erano (dovendo essere anzi sussidiate dallo Stato); ma aveva altresì creato, ove prima non c'erano, le condizioni per un vero e proprio mercato aperto concorrenziale – quello dei materiali piombosi da riciclare – entro il quale, per un verso, il servizio di interesse generale “di tutela ambientale, da perseguirsi mediante raccolta e riciclo delle batterie esauste” aveva cambiato fisionomia, assumendo i “connotati di natura [di attività d'impresa] commerciale” (caso *COBAT*, punto n. 13).

E, per altro verso, nel quale il COBAT assumeva il ruolo di concorrente (quanto meno potenziale) rispetto agli altri operatori (caso *COBAT*, punto n. 14). Rispetto a tal ultimo profilo il consorzio risultava pur sempre dotato, rispetto agli altri soggetti ivi operanti (produttori, raccoglitori e *smelters*), di un diritto esclusivo (di monopolio) in ragione della missione di servizio di interesse generale ad esso affidata, capace di consentirgli (lo nota ancora il Consiglio di Stato) ingenti profitti e, soprattutto, di collocarlo in una *posizione dominante* sul mercato rilevante: ma è questione, quest'ultima, che non viene esplicitamente sviluppata dal giudice di Palazzo Spada.

5.3. - Come anticipato nel par. 4.2, anche l'Agenzia del Territorio rivendicava nelle proprie difese la sua natura di *organismo di diritto pubblico*, dotato *ex lege* di personalità giuridica di diritto pubblico, senza fini di lucro, e pertanto operante al di fuori di logiche concorrenziali e per fini di interesse generale.

Entrambe le decisioni in oggetto respingono siffatti argomenti, benchè, in effetti – e quanto meno sino al suo recente assorbimento nell'Agenzia delle Entrate (a partire dal dicembre 2012) – quella del Territorio, istituita dagli artt. 57, 61 e 64, D. Lgs. 30 luglio 1999, n. 300 ⁽¹⁰¹⁾, abbia rappresentato una delle quattro “agenzie fiscali”, ossia le *braccia operative* del Ministero dell'Economia e delle Finanze (“MEF”); in base al disposto di tale decreto (nell'art. 66, D.lgs. n. 300/1999, riflesso anche negli artt. 1-4 dello *statuto* dell'Agenzia), detto ente era stato chiamato a svolgere – in un regime di riserva assoluta di attività (diritto esclusivo o monopolio) – i compiti già attribuiti al catasto e alle conservatorie dei registri immobiliari, assicurando l'accesso ai dati catastali ai dati cartografici e ai registri immobiliari da essa tenuti e aggiornati: servizi di raccolta e trascrizione, che, con particolare riguardo alla pubblicità immobiliare, erano (e sono) soggetti all'art. 2673 c.c., secondo il quale il conservatore deve rilasciare, a

⁽¹⁰¹⁾ D. Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, *Riforma dell'organizzazione del Governo* (a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), in *Gazz. Uff.*, 30 agosto 1999, n. 203.

chiunque ne faccia richiesta, copia delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni ivi registrati, ovvero un certificato che ne attesti l'assenza. Inoltre, in base alla stessa norma codicistica, su richiesta si deve permettere l'ispezione dei suddetti registri nonché rilasciare copia dei documenti depositati presso l'ente medesimo (¹⁰²).

In merito all'assoggettabilità dell'Agenzia alle regole del mercato, si sarebbe potuto eccepire altresì, che quella, nell'espletamento delle proprie funzioni statutariamente indicate, nonché materialmente affidate dal MEF – peraltro in forza di un regime convenzionale –, e a differenza dei notai (¹⁰³), stesse esercitando un'attività che partecipa(va) “sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri”, secondo quanto prevede l'art. 51, par. 1°, TFUE (ex art. 45, TCE-Nizza); e che perciò avrebbe dovuto considerarsi esclusa “dall'applicazione delle disposizioni riguardanti”, sia la libertà di stabilimento (art. 49, TFUE, ex art. 43, TCE-Nizza), sia la *libertà di circolazione dei servizi* (art. 56, TFUE, ex art. 49, TCE-Nizza, al quale l'art. 51 TFUE è applicabile in virtù del rinvio alla predetta norma da parte dell'art. 62, TFUE).

Tuttavia, va rilevato anzitutto che è la stessa disciplina comunitaria relativa al cosiddetto *riutilizzo* delle informazioni del settore pubblico ad indicare che tale attività va regolata in modo da non ostruire il viatico verso l'instaurazione e il mantenimento del “mercato interno” e verso la libera prestazione di servizi in particolare (Direttiva n. 2003/98/CE) (¹⁰⁴); ed è la stessa normativa che istituisce l'Agenzia del Territorio (D.lgs. n. 300/1999) che, supponendo la stipulazione di una convenzione di servizio tra lo

(¹⁰²) Così, in buona sostanza, Cass. n. 29736/11, a sua volta riportando il *decisum* della Corte d'Appello di Bologna, (sent. non def., 10 dicembre 2008), ricostruisce il ruolo e le funzioni dell'Agenzia del Territorio.

(¹⁰³) Come ha recentemente affermato C. Giust. UE, 24 maggio 2011, C-47/08, *Commiss. et al. vs. Regno del Belgio et al.*, che, nel censurare la legge belga sull'accesso ed esercizio della professione notarile, in quanto pone in essere una discriminazione all'accesso sulla base di requisiti di nazionalità degli aspiranti notai (cfr. l'art. 18, TFUE), ha statuito (punti 73-124) che “le attività notarili, come definite dallo stato attuale nell'ordinamento giuridico belga, non partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45, primo comma, CE” (norma oggi divenuta l'art. 51, co. 1°, TFUE). Si noti però che la *U.S. Supreme Court*, nel caso *U.S. Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd.*, 540 U.S. 736 (2004), in controtendenza rispetto a questo orientamento comunitario, e contraddicendo quanto affermato nel caso *City of Lafayette v. Louisiana Power Light & Co.*, 435 U.S. 389 (1978), ha stabilito che il servizio postale statunitense, alla luce del suo natura e carattere pubblici, dei suoi compiti e delle sue responsabilità, deve essere trattato come parte integrante del Governo, e non come un *market participant*: pertanto, esso non è da ritenersi incluso nella nozione di “*person*” di cui alla § 2 dello Sherman Act, non risultandovi quindi assoggettato. Sulla disciplina dei notai italiani, v. ad es., A. BARONE, P. PICCOLI, *I notai*, in AA. VV., *Le attività autonome* (a cura di L. Nogler), in *Tratt. dir. priv. Un. Eur.* (a cura di G. Ajani e G.A. Benacchio), vol. VI, Torino, Giappichelli, 2006, 277 ss., ivi spec. 280 ss.; v. inoltre, P. MENGOZZI, *Il diritto della concorrenza, le professioni regolamentate e la giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. not.*, 2007, 247 ss.; recentemente, v. AGCM, *Indagine conoscitiva sul settore degli Ordini professionali* (IC34), in *Boll. AGCM*, n. 9/2009, e i *Provvedimenti* nn. 24377-79 (nn. I-749, I-750 e I-753), *ibidem*, n. 23/2013, 9 ss., con i quali l'AGCM ha sanzionato i Collegi notarili di Milano, Bari e Verona, in quanto ritenute *associazioni tra imprese*, per violazione dell'art. 2, L. n. 287/1990, in relazione alla determinazione e applicazione di onorari professionali in base a delle “tariffe” minime ormai vietate (ex art. 3, co. 8°, D.L. n. 138/2011 e s.m.i., nonché ex art. 9, D.L. n. 1/2012, conv. con modif. in L. 24 marzo 2012, n. 27); cfr. anche Cass., 14 febbraio 2013, n. 3715, sull'applicabilità anche ai notai dell'art. 2, comma 1, lett. a), e del comma 3, del D.L. n. 223/06, convertito nella L. n. 248/06, la c.d. “*riforma Bersani*”.

(¹⁰⁴) Con la sua emanazione si era preso atto, anzitutto, del valore sociale ed economico della produzione e della circolazione di informazioni registrate, create e/o certificate dalle Pubbliche amministrazioni degli Stati-membri nell'ambito delle rispettive attività istituzionali. Infatti, il *Considerando* n. 5 precisa che: “... Le informazioni del settore pubblico sono un'importante materia prima per i prodotti e i servizi imperniati sui contenuti digitali. Esse diventeranno una risorsa contenutistica ancora più importante con lo sviluppo dei servizi di contenuti via comunicazioni mobili. Più ampie possibilità di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico dovrebbero, tra l'altro, consentire alle imprese europee di sfruttarne il potenziale e contribuire alla crescita economica e alla creazione di posti di lavoro”. Il *Considerando* n. 25 è chiaro in proposito: gli obiettivi dell'azione proposta con la direttiva consistono nell’“agevolare la creazione di prodotti e servizi a contenuto informativo, basati su documenti del settore pubblico, estesi all'intera Comunità” e “nel promuovere un effettivo uso, oltre i confini nazionali, dei documenti del settore pubblico da parte delle imprese private, al fine di ricavarne prodotti e servizi a contenuto informativo a valore aggiunto e nel limitare le distorsioni della concorrenza sul mercato comunitario”.



Stato e l'ente (distinto da quello, benchè rivestito di personalità giuridica pubblica), non esclude in radice una futura, per quanto improbabile, possibilità di esercitare il servizio tramite il suo affidamento – attraverso procedure ad evidenza pubblica – anche a soggetti diversi da enti direttamente dipendenti e/o controllati dallo Stato: né tale possibilità può essere esclusa *tout court* dall'art. 9, comma 2°, L. n. 287/1990, proprio perché (ed è ancora la citata decisione sul caso dei notai a testimoniarlo) non risulta affatto scontata l'afferenza del servizio in oggetto al novero dei “motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale”.

Inoltre, benché sia nota la protratta e voluta funzionalizzazione delle norme *antitrust* all'instaurazione di un mercato unico, paneuropeo (“mercato interno” di cui, tra l'altro, all'art. 3, par. 3°, TUE), le norme sulle libertà economiche fondamentali e quelle sulla disciplina della concorrenza sono state pensate per operare su piani distinti, sebbene tra loro strettamente connessi.

Pertanto, alla stregua della prevalente lettura unitaria dei precetti contenuti nell'art. 106, TFUE (e, parallelamente, nell'art. 8, L. n. 287/1990), anche ad ammettere l'operare dell'art. 51 TFUE, ciò, di per sé, non esimerebbe l'Agenzia dall'obbligo di osservare le regole sulla concorrenza (*i.e.*, gli artt. 101-109, TFUE), a tal fine potendo soccorrere soltanto: (a) a monte, la non economicità dell'attività, essenzialmente perché caratterizzata, in prevalenza e/o per specifiche modalità di svolgimento (erogazione non proporzionale ai contributi/retribuzione del servizio), da una natura sociale e/o solidaristica del servizio reso (¹⁰⁵); (b) ovvero – ed è ovviamente qui il punto – dalla natura del servizio di interesse generale, esercitato secondo un modello autoritativo supportato da un pregnante interesse pubblico e tale da permettere di creare una riserva assoluta di attività in capo all'autorità stessa ovvero un monopolio legale in capo a soggetti da quest'ultima individuata secondo parametri extra-mercantili: anche nel caso *Compass Datenbank* (del 2012), molto simile – ma non identico – a quello qui analizzato, si afferma (al punto n. 40) che “un'attività di raccolta dati relativi ad imprese, basata su un obbligo legale imposto a queste ultime e sui correlativi poteri coercitivi, rientra nell'esercizio di pubblici poteri. Di conseguenza un'attività di tal genere non configura un'attività economica” (¹⁰⁶).

(¹⁰⁵) C. Giust. CE, 3 marzo 2011, C-437/09, caso *AG2R Prévoyance*, cit., spec. punti nn. 41 ss., ove peraltro si afferma che “lo scopo sociale [di un servizio di interesse generale] non è di per sé sufficiente ad escludere che l'attività considerata sia qualificata come attività economica”, occorrendo verificare in concreto se, da un lato, il regime normativo “possa essere considerato attuativo [del SIEG] e, dall'altro, in quale misura esso sia soggetto al controllo dello Stato che lo ha instaurato, trattandosi di elementi idonei ad escludere il carattere economico di una data attività” (a supporto di tali affermazioni la Corte di Giustizia si richiama ai casi riuniti *Pavel Pavlov et al.*, punto n. 118; caso *Albany*, punto n. 86; caso *Cisal*, punto n. 37 e caso *Kattner Stahlbau*, punti nn. 42 e 43); in tal senso, v. anche C. Giust. CE, 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroport de Paris*, in *Racc.*, 2002, I-9297 (punti nn. 68 ss.); e si può aggiungere anche il caso *FENIN*, cit., per l'assunto per il quale anche attività ancillari ad attività *non economiche*, sono autonomamente distinguibili da queste ultime ma vanno qualificate allo stesso modo se si riscontra che esse sono *interconnesse* (nel senso di *direttamente strumentali*) alle prime; sul punto v. però il caso *SELEX II* (2009), cit. *retro*, sub ntt. 81 e 84. In passato v. anche C. Giust. CE, 19 gennaio 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft v. Commissione* (caso *Eurocontrol I*), in *Racc.* 1994, I-43 ss. (spec. pt. n. 30). E v. le due note seguenti.

(¹⁰⁶) Si noti tuttavia che il pt. n. 13 della *Comunicazione* della Commissione n. 2012/C 08/02 in tema di aiuti di Stato (cit. *retro*, sub nt. 20) afferma che la “decisione di un'autorità [pubblica] di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio (ad esempio perché desidera prestare il servizio internamente), non esclude l'esistenza di un'attività economica. Nonostante tale chiusura del mercato, può esistere un'attività economica se altri operatori sono disposti a fornire il servizio nel mercato interessato [*i.e.*, il mercato rilevante], e hanno le capacità per farlo”. E v. *infra*, sub nt. 108.

Tuttavia, data l'intima connessione tra l'art. 106 e gli artt. 101 e 102 TFUE, anche in tali casi verrà in rilievo il meccanismo di limitazione del regime *antitrust* contemplato in tale norma (e nell'art. 8, L. n. 287/1990), fruibile eccezionalmente purchè, in ogni caso, lo sviluppo degli scambi non ne risulti compromesso (cfr. il par. 2°, ultima parte, dell'art. 106, TFUE; e v. *infra*, par. 6.1). Pertanto, in questo ambito, né lo Stato, né quelle sue articolazioni soggettive che pur legittimamente si avvalsero delle sue prerogative sovrane, potrebbe(ro) ritenersi esentato(e) dall'obbligo di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3°, TUE, il quale, tra l'altro, impone agli Stati membri di astenersi dal porre in essere o mantenere in vigore alcuna *misura* (normativa, regolamentare o amministrativa) in grado di privare di effetto utile gli artt. 101 e 102, TFUE (¹⁰⁷).

Cosicché, alla stregua del caso *SAT-Fluggesellschaft* (o *Eurocontrol I*), del 1994, *Aéroport de Paris* del 2002, del caso *Selex* (o *Eurocontrol II*) del 2006 (Tribunale di I Grado) e del 2009 (Corte di Giustizia), nonché del caso *MOTOE* deciso dalla Grande Sezione nel 2008, si è ritenuto che, se è vero che “le attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri” solitamente non presentano quel “carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato” europeo, tuttavia è altrettanto vero “che la circostanza che un ente disponga, per l'esercizio di una parte delle proprie attività, di prerogative dei pubblici poteri non impedisce, di per sé sola, di qualificarlo come impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza per il resto delle sue attività economiche Infatti, la qualificazione come attività rientrante nell'esercizio dei pubblici poteri o come attività economica dev'essere effettuata separatamente per ogni attività esercitata da un dato ente” (¹⁰⁸).

Ma, allora, la possibile soluzione del problema – come nel caso *COBAT* – sembra indirizzarsi nuovamente verso l'accertamento dell'attività *concretamente* svolta e, se si vuole, “oggettivamente considerata” (P. FERRO-LUZZI). L'analisi si incentra, cioè, sull'attività *così come esercitata* dal soggetto di cui si intenda riscontrare il carattere economico, da valutarsi *funzionalmente* ai fini

(¹⁰⁷) In quanto essi rappresentano senz'altro strumenti primari e necessari per “la realizzazione degli obiettivi dell'Unione” (art. 4, par. 3°, comma 3°, TUE). In generale, per tale assunto si fa riferimento al caso *INNO v. ATAB* del 1977 (causa 13/77), cit. *retro*, sub nt. 97 (spec. ptt. nn. 31-35); inoltre, v. C. Giust. CE, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielli s.p.a.* (caso *Porto di Genova*), in *Racc.*, 1991, I-5889 ss. (spec. ptt. nn. 19-24). Peraltro, tale profilo sembra cogliersi anche nella sentenza delle S.U., n. 30175/2011, punto n. 3.2.3 (laddove, facendo propria le motivazioni dell'impugnata decisione della corte territoriale, ha ritenuto la “normativa nazionale in tema di riutilizzazione delle informazioni ipotecarie e catastali – come vigente all'epoca dei fatti in causa [2004-2006] – incompatibile tanto con l'art. [102, TFUE], quanto con la Direttiva 2003/98/CE ...”).

(¹⁰⁸) Così C. Giust. CE (Grand Chamber), 1° luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio* (caso *MOTOE*), in *Racc.*, 2008, I-4863 ss. (spec. ptt. 24-26); in passato v. anche il caso *British Telecom (Italia v. Commissione)* del 1985 (causa 41/83), cit. (spec. ptt. 16-20). Cfr. inoltre il caso *SAT-Fluggesellschaft (Eurocontrol I)* del 1994, cit. (ptt. 30 e 31); C. Giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris v. Commissione*, cit. (pt. n. 74); caso *SELEX I* del 2006 (Trib. I Grado), cit. (spec. ptt. 75-77 e 86-91); casi, questi ultimi da confrontare con il diverso assunto circa l'ancillarità e la separabilità di funzioni pubbliche e di attività economiche in capo al medesimo soggetto di cui alla decisione della Corte di Giust. UE, nel caso *SELEX II* del 2009, cit. (spec. ptt. nn. 70-79). Recentemente, v. anche il caso *Compass Datenbank* del 2012, cit. *retro*, sub nt. 61 (spec. ptt. 34-42), e le relative Conclusioni dell'Avv. Gen. N. JÄÄSKINEN, del 26 aprile 2012 (p.ti 29-35), reperibili in www.curia.europa.eu. Sul piano nazionale v. AGCM, *Relazione Annuale*, 1997, 178; AGCM, Provv. n. 4045/1996, caso *Adusbef/Autostrade*, in *Boll. AGCM*, n. 27/1996; AGCM, Provv. n. 2665/1995, caso *Telsystem/SIP*, *ibidem*, n. 1-2/1995; AGCM, Provv. n. 412/1992, caso *3C Telecommunications*, *ibidem*, n. 5/1992. E cfr. *retro*, sub nt. 106 e *infra* le ntt. 124, 126 e 160 con riferimento alla *essential facility doctrine*.



dell'apprezzamento degli effetti sul mercato rilevante, questi ultimi così come risultanti dall'applicazione o meno delle norme sulla tutela della concorrenza (¹⁰⁹): ed eventualmente inserendo in quest'ultima parte del descritto processo valutativo la nota tecnica ipotetica “*but for*”, e così rimanendo spazio per verificare altresì la presenza di possibili effetti occlusivi dell'attività stessa (e/o delle sue modalità di svolgimento) rispetto alle libertà economiche fondamentali.

Al fine di individuare *in concreto* la specifica attività facente capo all'Agenzia del Territorio, per poi eventualmente qualificarla come *di impresa* (quanto meno a fini *antitrust*), la Suprema Corte richiama una recente decisione della Corte di Giustizia (il già ricordato caso *Prévoyance* del 2011) ove, in applicazione di un affermato insegnamento, si contempla la possibilità di distinguere, in capo ad un medesimo soggetto, la conduzione di attività *economiche* e anche attività *non economiche* (i.e., sottratte alle dinamiche del mercato e perciò anche alla legge *antitrust*). E un simile approccio risulta confermato anche nel successivo caso *Compass Datenbank* del 2012, ove si afferma (punto n. 38) che “nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, in ordine a una siffatta attività tale ente agisce come impresa mentre, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri”.

Anche nella decisione del 2006 riguardante l'Ente Tabacchi Italiani s.p.a., il Consiglio di Stato aveva già chiaramente affermato che non basta il perseguimento di interessi erariali in capo alla ETI s.p.a. a giustificare la neutralizzazione delle norme *antitrust* (¹¹⁰). In altri termini, data l'assoluta eccezionalità dell'eventuale esenzione dei SIEG dalle norme *antitrust*, nazionali e comunitarie, qui il problema risulta comune al *private* così come al *public antitrust enforcement* e si incentra intorno al duplice quesito se davvero il servizio d'interesse generale stia *fuori dal mercato* e, se esso non possa costituire, ciononostante, il *presupposto* (essenziale) di un mercato rilevante, *collegato* al primo, ove le disposizioni repressive degli abusi di posizione dominante si riespandono e tornano ad applicarsi in pieno.

In ordine a tali profili, la Suprema Corte Sentenza (S.U., n. 30175/2011) anzitutto rileva che “l'indubbio carattere pubblico di una serie di funzioni esplicate dall'Agenzia del territorio, ed in specie di quelle attinenti alla tenuta ed alla pubblicità dei dati ipotecari e catastali, non è risolutivo per dare risposta negativa al quesito posto”, ossia al fine di determinare l'assoggettamento o meno alla disciplina

(¹⁰⁹) In questo senso, v. anche la della Comunicazione della Commissione n. 2012/C 08/02 in tema di aiuti di Stato (cit. *retro*, *sub* nt. 20), ptt. nn. 9, 11 e 12.

(¹¹⁰) Aggiungendosi inoltre che “[i]l diritto antitrust, nella misura in cui è imperniato su norme che presuppongono comportamenti autonomi delle imprese, non può trovare applicazione solo quante volte una condotta anticoncorrenziale sia imposta agli operatori da una normativa nazionale, o questa comunque crei un contesto giuridico suscettibile di per sé stesso di eliminare ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro”: così Cons. Stato Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999, caso *ETI-Ente Tabacchi Italiani*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1239.

antimonopolistica dell’Agenzia del Territorio in ragione della qualifica di ente pubblico attribuitale dall’ordinamento italiano. “E questo non tanto” – continuano le S.U. (punto 3.2.1) – “perché la stessa tenuta dei registri ora richiamati non necessariamente implica l’esercizio di una potestà d’imperio” – che dunque, in linea di principio, viene riconosciuta sussistente (come del resto si riscontra anche nella successiva decisione della Corte di Giustizia nel caso *Compass Datenbank* del luglio 2012) – “quanto soprattutto in considerazione dell’ulteriore attività di carattere economico che lo statuto [art. 4, comma° 1, lett. *e*), *f*), *g*) e, forse, anche lett. *h*)] abilita l’ente a svolgere”, e il cui (potenziale) esercizio viene confermato, sia dalla convenzione stipulata tra MEF e Agenzia nel 2004, sia dalle Circolari emanate da quest’ultima nel 2005. Un’attività *ulteriore* di erogazione di servizi, aggiunge la Suprema Corte, “che è destinata a ricadere nell’applicazione della normativa antimonopolistica a prescindere dal fatto che il medesimo soggetto contemporaneamente eserciti anche funzioni pubbliche non connotate da carattere imprenditoriale” (e di cui pure si trova analitica descrizione negli artt. 2-4 dello statuto dell’ente pubblico).

Tale ultimo passaggio del ragionamento della Corte assume centrale rilievo ai fini che qui più interessano. Se è vero, infatti, che lo Stato e le sue articolazioni strumentali (soggetti di diritto pubblico, quali appunto l’Agenzia del territorio), per ragioni di interesse generale (tutela della fede pubblica, certezza e pubblicità legale) debbono poter riservarsi il *monopolio legale* delle operazioni di iscrizione, aggiornamento e conservazione di certi dati e documenti e delle note di trascrizione di determinati documenti (cfr. artt. 1-3 e 4, comma 1°, lett. *a*)-*d*) e *h*)-*l*) dello statuto dell’Agenzia), riservandosi *ex lege* l’esercizio della relativa attività, non per questo sarebbero precluse – *a latere* di tale pubblica funzione di interesse generale – delle *ulteriori attività* che si sviluppano per la libera accessibilità e disponibilità dei dati medesimi (diritto di accesso ai pubblici registri), e consistenti in: ricerche sistematiche e periodiche, visure, funzionali all’estrazione di dati utili alla clientela (costituita da: banche, notai, commercialisti, avvocati, architetti, ingegneri e società di servizi finanziari assicurativi, di intermediazione procacciamento d’affari o, ancora società che operano nel settore delle informazioni economico-finanziarie e/o della statistica legata ai precedenti settori e così via).

Trattasi, in sostanza, di quelle ulteriori attività di produzione di servizi che la stessa Agenzia del Territorio si riserva(va) di esercitare, secondo quanto prevede(va) l’art. 4, comma 1°, lett. *e*), *f*) (oltre alle lett. *g*) e, forse, anche lett. *h*), pure in qualche misura rilevanti) dello statuto dell’ente, e cioè, rispettivamente: la “gestione dell’osservatorio del mercato immobiliare e di servizi estimativi che può offrire sul mercato” e la “fornitura di servizi, consulenze e collaborazioni nelle materie di competenza, a



soggetti pubblici e privati, sulla base di disposizioni di legge, di rapporti convenzionali e contrattuali”, in analogia con quanto riscontrato dall’AGCM nel caso *Cerved/Infocamere* nel 1997 ⁽¹¹¹⁾.

Ma se così è, allora, rileva la Suprema Corte – qui in sintonia con i rilievi svolti dall’Avvocato Generale JÄÄSKINEN, nelle citate *Conclusioni* del 26 aprile 2012 sul caso *Compass Datenbank* (punti 34 e 43 e seguenti) – che ciò di cui si discute, non è tanto “l’attività istituzionale di tenuta e pubblicità dei dati sopra richiamati”, quanto, piuttosto, “il loro ‘riutilizzo’”, così come detto termine risulta espressamente definito dall’art. 2, n. 4, della Direttiva n. 2003/98/CE, ossia: “l’uso di documenti in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell’ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti” ⁽¹¹²⁾. Ed è appunto per tale motivo che si deve registrare uno scostamento delle decisioni qui esaminate dal caso *Compass Datenbank*, spiegabile proprio con la decisiva differenza (fattuale) data dalla predisposizione della stessa Agenzia governativa italiana ad operare direttamente, con una certa discrezionalità (autonomia) e in concorrenza con soggetti privati, su un mercato già operativo e strettamente connesso all’attività istituzionale (regolata *ex lege*) affidatale.

Dal canto suo, la normativa nazionale, sin dalla L. 30 dicembre 2004, n. 311, aveva inteso disciplinare in modo difforme dalla Direttiva n. 2003/98/CE l’attività di “riutilizzazione commerciale” dei dati afferenti ai registri immobiliari e ipocatastali, riscontrandone l’esercizio “quando i predetti documenti, dati ed informazioni sono ceduti o comunque forniti a terzi, anche in copia o parzialmente o previa elaborazione nella forma o nel contenuto, dai soggetti che li hanno acquisiti, in via diretta o mediata, anche per via telematica, dagli uffici dell’Agenzia del territorio” (art. 1, comma n. 368, L. n.

⁽¹¹¹⁾ La lett. g) dell’art. 4 dello statuto dell’Agenzia del Territorio prevede la possibilità di promuovere e partecipare “ai consorzi e alle società previsti dall’articolo 59, comma 5, del decreto istitutivo”; tale ultima disposizione, a sua volta contempla la possibilità, per il Ministero dell’Economia e delle finanze e per l’Agenzia di costituire o partecipare a società che esercitino “servizi strumentali all’esercizio delle funzioni pubbliche ad essi attribuito”; la lett. h) dell’art. 4, invece, fa generico riferimento ad un’attività di “assistenza agli utenti”. Nel caso *Cerved/Infocamere*, cit. (*retro* nt. 60), l’AGCM, sulla scia di precedenti comunitari (ad es., il caso *Macrotron* del 1991), ha ritenuto di qualificare come “attività economica” a fini *antitrust*, e dunque come imprese, “le attività di diffusione delle informazioni camerali svolte, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, delle Camere di Commercio”, sebbene incaricate *ex lege* allo svolgimento di tale servizio, perché “i dati camerali, oltre a rispondere a una funzione anagrafico-certificativa, possiedono una rilevante utilità economica...” (p.ti 86 ss.).

⁽¹¹²⁾ A proposito della centrale nozione di *riutilizzo* il *Considerando* n. 14 della Direttiva n. 98/2003/CE, aggiunge che “[l]’attività di produzione comprende la creazione e l’assemblamento, e la diffusione può comprendere anche l’assistenza agli utilizzatori”; il *Considerando* n. 9 precisa che, “[a]l fine di evitare sovvenzioni incrociate, il riutilizzo dovrebbe comprendere l’ulteriore uso di documenti all’interno della propria organizzazione per attività che esulano dall’ambito dei compiti di servizio pubblico. Le attività che esulano dai compiti di servizio pubblico comprenderanno, di norma, la fornitura dei documenti che sono prodotti e per i quali viene chiesto il pagamento di un corrispettivo in denaro esclusivamente su base commerciale e in concorrenza con altri sul mercato”. Il *Considerando* n. 17 aggiunge che “... Se gli enti pubblici autorizzano su licenza il riutilizzo di documenti, le relative condizioni dovrebbero essere eque e trasparenti. In tale contesto può rivelarsi importante anche la disponibilità *online* di licenze standard. Gli Stati membri dovrebbero pertanto provvedere a che siano disponibili licenze standard”. Il termine “*documento*” è definito nella Direttiva n. 2003/98/CE, *sub* art. 2, n. 3), come: “a) qualsiasi contenuto, a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva); b) qualsiasi parte di tale contenuto”. Il *Considerando* n. 11, precisa inoltre che “[l]a presente direttiva prevede una definizione generica del termine ‘documento’, in linea con gli sviluppi della società dell’informazione. Tale definizione comprende qualsiasi rappresentazione di atti, fatti o informazioni – e qualsiasi raccolta dei medesimi – a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva) in possesso di enti pubblici. Un documento in possesso di un ente pubblico è un documento del quale lo stesso ha il diritto di autorizzare il riutilizzo.

311/2004). Il comma 367° dell'art. 1, L. n. 311/2004, tuttavia, vietava l'esercizio dell'attività stessa ⁽¹¹³⁾ – sebbene prima d'allora fosse stata ritenuta del tutto lecita ⁽¹¹⁴⁾ – se non entro ben definiti limiti e condizioni ⁽¹¹⁵⁾: in particolare, il comma 371° dell'art. 1, L. n. 311/2004, prevedeva che “[l]e attività di riutilizzazione commerciale sono consentite esclusivamente se regolamentate da specifiche convenzioni stipulate con l’Agenzia del territorio, che disciplinino, a fronte del preventivo pagamento dei tributi dovuti anche ai sensi del comma 370, modalità e termini della raccolta, della conservazione, della elaborazione dei dati, nonché il controllo del limite di riutilizzo consentito” ⁽¹¹⁶⁾.

Inoltre, grazie ad alcune norme successive (D.L. n. 7/2005 e D.L. 262/2006) e ad alcune circolari del 2005, l’Agenzia del Territorio aveva ulteriormente limitato le possibilità di *riutilizzo commerciale* dei documenti conservati nei pubblici registri da parte di imprese di servizi, così creando ulteriori ostacoli all’accesso a questo settore – in precedenza già concepito come un vero e proprio *mercato di sbocco* rispetto ai servizi di interesse generale di conservatoria aperti al pubblico (sulle barriere all’accesso si avrà modo di tornare nel par. 6.2).

Pertanto, vuoi alla stregua della stessa definizione di “riutilizzo” e del principio generale di facoltà di *riutilizzo* dei “documenti” (di cui, rispettivamente agli artt. 2 e 3, Direttiva n. 2003/98/CE) ⁽¹¹⁷⁾, vuoi alla stregua dell’assai più restrittiva normativa italiana (*i.e.*, i commi 367-372, dell’art. 1, L. n. 311/2004) e delle Circolari dell’Agenzia del 2005, le *informazioni* dotate di particolare affidabilità e grado di certezza, per il loro regime di redazione, per la loro fonte e per le modalità di trascrizione, registrazione e di conservazione – questa è, in definitiva, la più specifica tipologia del *bene fatto* oggetto

⁽¹¹³⁾ L’art. 1, comma 367°, L. n. 311/2004, prevedeva che “A fini di contrasto di fenomeni di elusione fiscale e di tutela della fede pubblica, salvo quanto previsto nel comma 371, è vietata la riutilizzazione commerciale dei documenti, dei dati e delle informazioni catastali ed ipotecari, che risultino acquisiti, anche per via telematica in via diretta o mediata, dagli archivi catastali o da pubblici registri immobiliari, tenuti dagli uffici dell’Agenzia del territorio”. Esso è stato abrogato, a decorrere dal 1° settembre 2011, dal comma 4-*bis* dell’art. 5, D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (comma aggiunto dalla relativa legge di conversione).

⁽¹¹⁴⁾ In tal senso, v. Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3110; Cons. Stato, Sez. IV, 24 ottobre 1994, n. 823 e T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. III, 15 dicembre 1998, n. 2935, in *Foro amm.*, 1999, I, 1047 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Si noti peraltro che l’art. 1, comma 369°, L. n. 311/2004, escludeva che si versasse in ipotesi di “riutilizzazione commerciale” – e dunque ammetteva la legittimità del riutilizzo – soltanto “quando i predetti documenti, dati ed informazioni sono forniti al solo soggetto per conto del quale, su preventivo e specifico incarico, risultante da atto scritto, l’acquisizione stessa, previo pagamento dei tributi dovuti, è stata effettuata” (art. 1, comma n. 369, L. n. 311/2004).

⁽¹¹⁶⁾ Il comma 370° prevedeva che “[p]er ciascun atto di riutilizzazione commerciale”, fossero “comunque dovuti i tributi speciali catastali e le tasse ipotecarie, nella misura prevista per l’acquisizione, anche telematica, dei documenti, dei dati o delle informazioni catastali o ipotecari direttamente dagli uffici dell’Agenzia del territorio”. Attualmente, il comma 370°, sostituito *ex art.* 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296, comma 386°, permette in linea generale la riutilizzazione commerciale dei documenti, dati e informazioni, ma assoggettando ad *autorizzazione* i *riutilizzatori commerciali* e prevedendo a loro carico la corresponsione di “tributi” maggiorati del 20%. Inoltre, a norma del medesimo comma, “L’importo fisso annuale e la percentuale di aumento possono comunque essere rideterminati annualmente con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze anche tenendo conto dei costi complessivi di raccolta, produzione e diffusione di dati e documenti sostenuti dall’Agenzia del territorio, maggiorati di un adeguato rendimento degli investimenti e dell’andamento delle relative riscossioni. Con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze sono individuate le categorie di ulteriori servizi telematici che possono essere forniti dall’Agenzia del territorio esclusivamente ai riutilizzatori commerciali autorizzati a fronte del pagamento di un corrispettivo da determinare con lo stesso decreto”.

⁽¹¹⁷⁾ Si sottolinea nuovamente che, sia il termine *riutilizzo*, sia il termine *documento* risultano definiti dall’art. 2, rispettiv., *sub nn.* 4) e 3), della Direttiva n. 2003/98/CE.



di servizio pubblico di interesse generale che qui viene in rilievo ⁽¹¹⁸⁾ –, grazie all'inerente regime *pubblicità* cui sono soggette (artt. 2673 ss. c.c.) possono essere utilizzate: (a) sia dal soggetto (l'utente finale) per questioni di suo diretto interesse (la sua abitazione, il suo capannone, il suo terreno, la sua servitù di passaggio, ecc.); (b) sia da imprese che sistematicamente le rilevano e le elaborano per poi cederle a terzi, in molte forme e a vario titolo, ma pur sempre dietro compenso. Trattasi di soggetti che operano professionalmente, a fini di lucro, nel settore delle informazioni economiche e finanziarie a diversi stadi della *filiera*: (b.1) v'è chi si occupa esclusivamente di reperire le informazioni presso i vari presidi territoriali dell'Agenzia, poi cendendole *al grezzo* ad altre imprese che, invece, (b.2) le elaborano e le registrano in banche di dati, consultabili a pagamento, ovvero ne estraggono informazioni e analisi più sofisticate creando *report specifici* o *settoriali*, su richiesta di terzi – istituzioni finanziarie per lo più (ma anche professionisti) – al fine di valutare la consistenza patrimoniale, e i profili di rischio di coloro che, a vari livelli, si rivolgono al mercato di capitali, alle banche o alle assicurazioni e imprese simili ⁽¹¹⁹⁾.

L'attività di *riutilizzo* dei *documenti* svolta dai soggetti *sub (b)*, oltre ad essere *economica* nel senso di essere svolta a fine di profitto, prima della L. n. 311/2004, era ritenuta – e le decisioni esaminate continuano a ritenerla – legittima, in ragione della libertà di iniziativa sancita nell'art. 41, comma 1°, Cost. Inoltre, essa continua ad apparire giustificata dal regime legale di pubblicità delle fonti di approvvigionamento di tali dati (i registri immobiliari e catastali, appunto) *ex art. 2673, c.c.*, non trovando limiti – tanto meno di utilità sociale (art. 41, comma 2°, Cost.) – capaci di rendere illecita l'attività di raccolta e rielaborazione dei dati attinti presso i registri pubblici (dietro pagamento dei diritti di visura), se non quelli meramente strutturali di accesso, cioè quelli derivanti dall'organizzazione degli uffici (orari di apertura al pubblico, ecc.), peraltro essi stessi soggetti al consueto sindacato di legittimità amministrativa ⁽¹²⁰⁾.

Pertanto, anche a ipotizzare (plausibilmente) che lo Stato non fosse tenuto a permettere lo stabilimento di *altri* soggetti capaci di tenere i registri immobiliari e ipo-catastali dandovi il crisma di pubblica fede (riconoscendo dunque un interesse pubblico ad impedire la possibile creazione di un sistema parallelo di registrazioni fidefacenti) e anche a voler ammettere che la funzione pubblica di certezza degli scambi, della consistenza e dei titoli dominicali che, per suo conto, l'Agenzia del territorio era chiamata ad adempiere, fosse effettivamente capace di caratterizzare i (soli) servizi di

⁽¹¹⁸⁾ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico* (1990), ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, Esi, 333 ss.; per un'espressa qualificazione delle informazioni come beni dotati di "utilità economica", v. il caso *Infocamere/Cerved*, cit. (punti 2/2°; 25/3° e 96/1°).

⁽¹¹⁹⁾ Si è stimato che il settore descritto coinvolga "secondo fonti associative ... circa 400 imprese per un totale di 1.500 addetti e un centinaio di milio di fatturato annuo (2010)": così C. SCARPA, *Modernizzazione della Pa o abuso di posizione dominante? L'evoluzione normativa attorno alla Agenzia del territorio*, cit., ivi 9.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. nuovamente la giurisprudenza citata *retro*, *sub* nt. 114.

trascrizione e conservazione dei registri catastali e immobiliari – a tal fine potendo forse richiamarsi la più limitata esclusione concessa dall’art. 51, TFUE –, tuttavia, nei casi qui analizzati e in altri analoghi più risalenti (¹²¹), si è accertato che detta Agenzia in effetti aveva la possibilità giuridica di operare direttamente e secondo logiche economiche sul *distinto mercato nazionale* dei servizi di “riutilizzo” dei “documenti”, di dati catastali, ipotecari e simili che la stessa registrava e conservava nell’espletamento del servizio di interesse generale affidatole *ex lege* (¹²²).

Proprio in tale *distinto*, sebbene connesso, *mercato* di attività, potenzialmente remunerative (servizi informativi richiesti da terzi dietro accesso oneroso ai dati), l’Agenzia risultava capace di ricoprire il ruolo di un soggetto agente come un’*impresa*, quanto meno a fini *antitrust*: tale qualificazione emergendo – va ribadito – in relazione a funzioni strettamente collegate a quelle istituzionali qualificabili di interesse pubblico generale (quelle connesse alla pubblica fede delle registrazioni da essa effettuate e conservate), che pur sembrerebbero caratterizzarne in prima battuta la natura, giacchè trattasi di funzioni intimamente legate e addirittura presupposte dalle seconde.

Insomma: *altro* è esercitare, in regime di *monopolio legale*, in quanto espletamento di una funzione pubblica di raccolta, registrazione e attestazione della corrispondenza dei dati attinenti ai diritti reali, ai vincoli, ipoteche ecc., insistenti sui beni immobili nonché alle dimensioni e conformazione degli stessi; *altro* è, invece, accentrare in capo all’ente, e accanto a tale pubblica funzione, l’erogazione di *servizi ulteriori* attinenti a quei medesimi dati, per i quali tuttavia è configurabile una specifica domanda in senso economico, ossia un *mercato* ove (non solo potenzialmente, ma concretamente) possono operare più soggetti in concorrenza tra loro; un mercato che, in sintesi, contempla “attività che stanno a valle dell’Agenzia e che talvolta vengono quindi etichettate come «ipo-catastali»” (¹²³).

(¹²¹) Cfr. App. Milano, 1° febbraio 2008, cit. Per un analogo caso, deciso dall’AGCM nell’ambito del *public enforcement*, v. *Cerved/Infocamere*, cit. (ptt. 19-26, 88-89 e 96).

(¹²²) Una possibilità giuridica già contemplata – ripetesi – sia nell’art. 1, comma 370°, L. n. 311/2004, sia nello statuto dell’Agenzia. E va altresì rilevato come tali ulteriori attività affiancassero, anche formalmente, quelle istituzionali, trovando una collocazione comune – ed è una scelta di per sé significativa ai fini dell’indagine – nella medesima disposizione statutaria che contemplava queste ultime: l’art. 4, Statuto dell’Agenzia del Territorio (versione del 2001), rubricato “attribuzioni”, così recita(va): “1. L’agenzia, nel perseguimento della propria missione e dei propri scopi istituzionali, esercita, in particolare, le seguenti funzioni ed attribuzioni: a) gestione dell’anagrafe integrata dei beni immobiliari; b) attività catastali di competenza dello Stato, assicurando l’unitarietà ed il coordinamento operativo del sistema, lo sviluppo di metodologie e criteri uniformi di rilevazione, stima e classificazione, la regolarità dei flussi informativi ed il relativo controllo qualità; c) servizi geotopografici, assicurando le attività di rilevazione e di diffusione, anche individuando le metodologie generali per l’esecuzione; d) servizi di pubblicità immobiliare e di conservazione dei registri immobiliari, semplificando l’accesso alle informazioni; e) gestione dell’osservatorio del mercato immobiliare e di servizi estimativi che può offrire sul mercato; f) fornitura di servizi, consulenze e collaborazioni nelle materie di competenza, a soggetti pubblici e privati, sulla base di disposizioni di legge, di rapporti convenzionali e contrattuali; g) promozione e partecipazione ai consorzi e alle società previsti dall’articolo 59, comma 5, del decreto istitutivo; h) assistenza agli utenti; i) riscossione dei tributi di competenza e relativo controllo; l) gestione del contenzioso e dei procedimenti di volontaria giurisdizione.

“2. Nell’esercizio delle proprie funzioni ed attribuzioni, l’agenzia promuove lo sviluppo di un sistema di conoscenze integrato sul territorio e assicura la disponibilità di informazioni certe e aggiornate”.

Mentre le “attribuzioni” di cui alle lettere da a) a d) e da h) a l), del comma 1°, possono farsi rientrare tra le funzioni istituzionali, quelle elencate *sub lett. e), f) e g)*, paiono piuttosto attività accessorie, non contraddistinte da necessità e da esigenze di interesse pubblico (ambigua peraltro appare la formulazione della lett. h)).

(¹²³) C. SCARPA, *Modernizzazione della PA o abuso di posizione dominante? L’evoluzione normativa attorno alla Agenzia del territorio*, cit., ivi 8. Nel caso *Cerved/Infocamere*, deciso dall’AGCM nel novembre 1997 (p.ti 86 ss., in relazione ai p.ti 27 ss.), si era qualificate come “*imprese*” le Camere di Commercio già e soltanto alla luce della “*utilità economica*” insita nelle informazioni da quelle raccolte in



Si dica subito che questa fondamentale distinzione fonda una sorta di *aftermarket* (o *mercato adiacente*) ⁽¹²⁴⁾ che si viene a creare rispetto al campo ove si esplica (si *deve* espletare) la funzione istituzionale di registrazione (trascrizione) e conservazione dei “documenti” (atti, annotazioni, planimetrie, ecc.) facenti pubblica fede, propria dell’Agenzia del Territorio. Siffatto *mercato a valle* viene delimitato dalla stessa nozione giuridica di “riutilizzo” dei documenti medesimi (in quanto contenenti serie di informazioni “pubbliche”, risultanti dai registri e archivi tenuti dall’Agenzia): e tale definizione assume consistenza grazie all’art. 1, comma 1°, n. 4) della Direttiva n. 98/2003/CE ⁽¹²⁵⁾ nonché, sebbene in modo diverso, alla stregua dell’art. 1, comma 368°, L. n. 311/2004.

In un simile contesto, allora, potrebbe emergere il carattere di potenziale *essential facility* ⁽¹²⁶⁾ del plesso di dati, documenti, planimetrie, ecc., raccolti dall’Agenzia nell’ambito dell’espletamento del proprio SIEG.

adempimento del pubblico servizio loro intestato *ex artt.* 1 e 8, L. n. 580/1993; L. 537/1993; L. 12 febbraio 1995, n. 77, art. 3-*bis*, L. 14 novembre 1995 n. 580; D.L. n. 381/1995; D.P.R. n. 581/1995 e Decr. Min. Industria 7 febbraio 1996 (come successivamente modificati e integrati).

⁽¹²⁴⁾ L’espressione si ritrova in L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorr. e mercato*, 6/1998, 329 ss., ivi a 330. Quanto agli *aftermarkets* (mercati secondari o derivati rispetto al prodotto o servizio, rispetto al quale un’impresa abbia assunto una *posizione dominante*: cfr. *ID.*, *op. cit.*, ivi 343 ss.), v. la notissima decisione *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S. Ct. 2072 (1992), in relazione al divieto di pratiche escludenti, leganti e discriminatorie (rifiuto di di manutenzione e di vendita di parti di ricambio nel mercato della manutenzione e riparazione a valle di quello della vendita di fotocopiatrici) quali altrettante figure di *monopolistic (exclusionary) practices*. Sulle pratiche escludenti e i *tying contracts*, v. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*⁴, St. Paul (Mn), West Publ. Co.-Thompson Reuters, 2011, spec. 315 ss. (per una discussione del caso *Eastman Kodak*, ivi, spec. 320 e 324 ss.), e anche F. DENOZZA, *Antitrust - Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, il Mulino, 1988, spec. 101 ss., 110 s. e 122 s.; più recentemente, v. S. BARIATTI, A. SODANO, *Gli abusi di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell’Unione Europea*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* (fond. da F. Galgano), vol. LXIV, cit., spec. 264 s.; 271 ss. e 302 ss.

⁽¹²⁵⁾ Peraltro, nella medesima norma si aggiunge che: “Lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico non costituisce riutilizzo”. D’altro canto, il comma 2°, lett. a), dell’art. 1 Direttiva n. 2003/98/CE delimita ulteriormente la fattispecie, giacchè “[l]a presente direttiva non si applica ... ai documenti la cui fornitura è un’attività che esula dall’ambito dei compiti di servizio pubblico degli enti pubblici in questione, [compiti] definiti dalla legge o da altre norme vincolanti nello Stato membro o, in assenza di tali norme, dalle comuni prassi amministrative dello Stato membro interessato”.

⁽¹²⁶⁾ Sulla *Essential Facility Doctrine* (“EFD”), v. *retro*, nt. 124 e ad es. A. FRIGNANI, *L’abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, cit., 178 ss., ivi spec. 211 s.; L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorr. e mercato*, cit., spec. 332 ss. e 339 ss.; cfr. anche F. DENOZZA, *Antitrust ecc.*, cit. spec. 53 ss. e 122 ss.; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*⁵, cit., 336 ss. Per ulteriori riferimenti v. J. BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. e mercato*, 6/1998, 355 ss., ivi spec. 362 ss. e 377 ss.; G. GUGLIELMETTI, «Essential facilities» e diritto nazionale, *ibidem*, 389 ss., *passim*. Per un’analisi critica della dottrina v. P. AREEDA, *Essential Facility: an Epithet in need of Limiting Principles*, in 58 *Antitrust Law Journal* (1990), 841 ss. In estrema sintesi, la EFD postula un obbligo proconcorrenziale di *condivisione* – e dunque anche di *contrattazione* (cfr. art. 2597 c.c.) – con imprese impegnate nel medesimo mercato o in mercati attigui o succedanei a quello nel quale la *facility* risulta *essential*, e a condizioni *eque* e comunque non discriminatorie, rispetto a strutture (reti o piattaforme) uniche e irripetibili (se non con investimenti sproporzionati alle prospettive reddituali da esse ricavabili), che consentono al titolare (o concessionario esclusivo) di assumere la posizione di monopolista rispetto al mercato di certi beni o servizi (o i loro stesso sviluppo) e ai mercati (di norma, a valle) che vi risultino strettamente connessi. Nel caso *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948, F. 2d 536, 542 (9th Cir. 1991), la Corte d’appello federale del 9th *Circuit* ricorda che “the essential facility doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm a reasonable access to a product or service that the second firm must obtain in order to compete with the first”. Peraltro occorre ricordare, da un lato, che “[t]he antitrust law requiring a dominant firm to deal with its rivals must be regarded as a severe exception to the general, and quite competitive rule, that firms should develop their own inputs and expertise and conduct their own innovation” (H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*⁴, cit., 321) e, dall’altro, che non vi è necessità che l’attore che allegghi il diniego anticoncorrenziale all’accesso ad una *essential facility* provi l’esistenza di due mercati separati (*Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1513 (10th Cir 1984), *aff’d* 472 U.S. 585 (1985)). Per la distinzione tra le ipotesi in cui viene più propriamente in rilievo la EFD e i casi in cui una sorta di *essential facility* risulta quale diretta conseguenza di una particolare regolazione normativa di una certa attività tale da configurarne l’esclusiva in capo ad un soggetto incaricato di servizio pubblico, cfr. ad es. *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 124 S.Ct. 872 (2004); inoltre v. R.A. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation* (1969), cit., spec. 44 e 47 ss. e *infra*, *sub* nt. 160. Per le connessioni tra EFD e *refusal to deal* (art. 2597 c.c.) v. *CTC Communications Corp. v. Bell Atlantic Corp.*, 77 F.Supp. 2d 124, 147 (D. Me. 1999). Nel diritto europeo, di norma la disponibilità in esclusiva della *essential facility* attribuisce al soggetto titolare quella “speciale responsabilità” che

Questo peculiare carattere delle banche di dati verrebbe in rilievo – anzitutto – come complesso indispensabile e praticamente irripetibile di informazioni “pubbliche”, inserite nei registri facenti pubblica fede e tenuti dagli “enti pubblici” incaricati di tale compito esclusivo, di interesse generale, in forza di una serie di atti normativi e/o amministrativi; e ricordando, inoltre, che in tale ultima nozione rientra anche quella di “organismo di diritto pubblico”⁽¹²⁷⁾, alla quale sembra doversi ricondurre anche il soggetto che, nel caso di specie ne è *ex lege* l’esclusivo titolare, ossia l’Agenzia del territorio (alla stregua degli artt. 56-67, D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300), e che ne gestisce, sempre in modo esclusivo, la tenuta e l’accesso (v. artt. 2673 e seguenti c.c.).

caratterizza l’impresa in *posizione dominante* (e rispetto alla quale il monopolio, legale o naturale, può essere visto come la situazione *estrema* perché in sé pericolosa per la dinamica concorrenziale: sulla *speciale responsabilità* delle imprese in posizione dominante, v. anche S. BARIATTI, A. SODANO, *Gli abusi di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell’Unione Europea*, cit., spec. 274 s.). Proprio da tale *speciale responsabilità* si ricava poi il suddetto obbligo di condivisione, a condizione che il diniego dell’accesso alla infrastruttura non duplicabile: (a) impedisca l’innovazione di prodotti o servizi per i quali tuttavia si dimostri l’esistenza di una domanda (in senso economico), almeno potenziale (tale requisito è soddisfatto anche in relazione a mere varianti o elaborazioni di beni o servizi già esistenti); (b) precluda *ogni* forma di concorrenza anche soltanto potenziale, nel (o nei) mercato(i) a valle; e (c) non sia altrimenti giustificabile (se non dalla volontà di precludere l’accesso al mercato sfruttato in regime di monopolio). In presenza di tali cumulativi requisiti, l’impresa in posizione dominante (monopolista) non può rifiutarsi di concederla in uso a *condizioni economiche eque e comunque non discriminatorie*, secondo quanto prescrive l’art. 102, TFUE (e, parallelamente, l’art. 3, L. n. 287/1990). Sul punto, v. ad es., il caso *Bronner* (C. Giust., 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, in *Racc.*, 1998, I-7791 ss.), il caso *IMS Health v. NDC* (C. Giust. CE, 29 aprile 2004, C-418/01, in *Racc.*, 2004, I-5039 ss., spec. pt. 52, sulla quale *ex multis* v. R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell’antitrust comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, II, 323 ss.; C. OSTI, *Il caso IMS: rifiuto di contrarre e diritti di proprietà intellettuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 455 ss. e R. NATOLI, *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, *ibidem*, ivi, 465 ss.); sul fronte italiano, v. ad es. il caso *Telesystem/Sip*, cit., e AGCM, Prov. 27 aprile 2001, n. 9472, caso *Infostrada/Telecom It.-Tecnologia ADSL*, in *Boll. AGCM*, n. 16-17/2001 (p.ti 177 ss.); Prov. 16 novembre 2004, n. 13752, *ibidem*, n. 47/2004. Recentemente, in tema di abuso tramite la pratica del c.d. *margin squeeze*, posta in essere in presenza di una piattaforma essenziale per l’esercizio di attività economiche nel mercato di sbocco, v. Trib. I Grado UE, 10 aprile 2008 T-271/03, *Deutsche Telekom AG v. Commissione*, conf. da C. Giust. UE, 14 ottobre 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Commissione*, reperibili in www.curia.europa.eu.

⁽¹²⁷⁾ L’art. 2, comma 1°, della Direttiva n. 2003/98/CE definisce *sub n. 1)* come “ente pubblico”, “le autorità statali, regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni formate da una o più di tali autorità oppure da uno o più di tali organismi di diritto pubblico”; e *sub n. 2)* come “organismo di diritto pubblico”, “qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente bisogni d’interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; e b) dotato di personalità giuridica; e c) la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico”. D’altra parte, il Considerando n. 10, precisa che “Le definizioni di ‘ente pubblico’ e di ‘organismo di diritto pubblico’ sono tratte dalle direttive sugli appalti pubblici” – e cioè dalle Direttive nn. 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 98/4/CE – ulteriormente ribadendosi che le “imprese pubbliche non rientrano in tali definizioni”: a questo proposito, qui basti osservare che la distinzione operata dal legislatore comunitario (sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE), tenderebbe a coincidere con la distinzione operata nell’art. 2093 (e rafforzata dall’art. 2201) c.c., tra ente pubblico *non* economico (“ente pubblico”) e dunque anche un “organismo di diritto pubblico”) ed ente pubblico economico (“imprese pubbliche”), concetto nel quale rientrano per lo più le società partecipate dalle Pubbliche amministrazioni (e, in particolare, anche la società partecipata dalle amministrazioni regionali e locali), ciò desumendosi anche da C. Cost. 1° agosto 2008, n. 326, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11 ss. (con nota di R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell’art. 13 del decreto Bersani*), laddove si afferma con riguardo all’art. 13, D.L. n. 223/2006 (in seguito più volte modificato), che “non rientra nella materia dell’organizzazione amministrativa perché non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell’attività amministrativa”, bensì afferendo “invece”, alla “materia” relativa all’“ordinamento civile”, perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private”; sul punto v. anche C. Cost., 8 maggio 2009, n. 149, in *Foro it.*, 2009, I, 1973 ss. In dottrina, si rinvia a G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata* ecc.; A. PERICU, *Servizi* ecc.; M. BERTOLISSI, voce «*Impresa pubblica*», cit. Più recentemente, v. anche M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli Enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, e M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, entrambi in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 2010, rispet. 1 ss. (ivi spec. 2 e 8 ss.) e 21 ss. (e ivi spec. 26 ss.); nonché V. CARIELLO, *Brevi note sul privilegio dell’esonero dello Stato dall’applicazione dell’art. 2497, 1° comma c.c. (Art. 19, 6° comma, D.L. n. 78/2009)*, *ibidem*, 167 ss., ivi spec. 189 ss.; P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D.L. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani)*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, Giappichelli, 2011, 109 ss., e ivi spec. 117 ss.; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell’art. 13 del d.l. n. 223/2006*, cit., ivi spec. 353 ss.



Ma un tale carattere si coglie altresì a partire dal *Considerando* n. 8 della Direttiva n. 2003/98/CE, il quale per un verso afferma che “[g]li enti pubblici raccolgono, producono, riproducono e diffondono documenti in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico”; e per altro verso, significativamente aggiunge che: “[l]’uso di tali documenti per altri motivi costituisce riutilizzo”⁽¹²⁸⁾, così confermandosi la valenza di *spartiacque* di questo termine, il cui particolare significato è evidentemente destinato a prevalere sull’eventuale difforme nozione interna, quanto meno laddove quest’ultima risulti maggiormente restrittiva della libertà degli scambi.

La tesi circa l’esistenza di un mercato rilevante collegato, collocato *a valle* del settore ove l’Agenzia espleta il proprio compito esclusivo e apparentemente insostituibile (anche sul piano pratico, dell’organizzazione e necessaria per adempierlo con la necessaria uniformità e garanzie di certezza su tutto il territorio nazionale) di raccolta e tenuta dei dati ipocatastali, sembra trovare conferma in una segnalazione dell’AGCM (la n. S-764 del 9 dicembre 2006, emessa in relazione al D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni nella L. 24 novembre 2006, n. 286), ove si attesta la coesistenza, in capo all’Agenzia del Territorio, di una *duplice natura*: di *organismo di diritto pubblico*, preposto all’esercizio di funzioni autoritative pubbliche o di servizi a rilevanza pubblicistica (ancorchè talora essi stessi risultino almeno potenzialmente *economici*, come appunto sono i *SIEG*); e, insieme, di ente capace di somministrare, su richiesta di terzi e dietro remunerazione, servizi *a valore aggiunto*, in concorrenza con altri imprenditori; e perciò ritiene che tale duplicità di ruoli in capo al medesimo soggetto andrebbe risolto ricorrendo alla *separazione societaria*, così come previsto dall’art. 8, comma 2-*bis*, L. n. 287/1990⁽¹²⁹⁾: misura quest’ultima, che sembra in effetti capace di rendere più *trasparente* – e dunque meglio controllabile – il grado di inerenza del diritto esclusivo sulla raccolta e tenuta dei dati ipocatastali all’attività per cui venga *ex lege* conferito; e così permettendosi di verificare l’operato dell’ente (soggettivamente) pubblico, allorchè operi – come impresa – su un mercato distinguibile dal settore nel quale esso risulti eccezionalmente esentato dal rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza.

Anche entro tale *ulteriore settore*, infatti, benchè condizionato da una disciplina nazionale eccessivamente restrittiva rispetto alle attività economiche di *riutilizzo commerciale* dei dati ipocatastali, vale la regola – estrapolabile dalla giurisprudenza amministrativa (e sebbene in sede di *judicial review* di un caso di *public enforcement*) – per la quale “laddove la normativa nazionale si limiti a comprimere

⁽¹²⁸⁾ Il *Considerando* n. 8, Direttiva n. 2003/98/CE precisa altresì che le “politiche degli Stati membri possono spingersi oltre le norme minime stabilite dalla presente direttiva, consentendo un più ampio riutilizzo”.

⁽¹²⁹⁾ Tale comma, insieme ai successivi 2-*ter* e 2-*quater*, è stato introdotto dall’art. 11, comma 3°, L. 5 marzo 2001, n. 57; esso recita: “Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quello in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate”. Sul punto, v. ad es. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 settembre 2005, n. 7236, in, *Foro amm. - TAR*, 2005, 2806 (s.m.), intorno all’obbligo di comunicazione all’AGCM (stabilito *ex art.* 8, comma 2-*ter*, L. n. 287/1990), circa la costituzione di società di cui al comma 2-*bis*, ovvero l’acquisizione del *controllo* in società operanti in mercati diversi (ulteriori) rispetto a quello ove operi primariamente il soggetto incaricato di un *SIEG* ovvero ove detenga un monopolio. Su tali nuove norme v. *infra*, par. 6.4.

in qualche maniera la libertà di iniziativa delle imprese, ma lasci sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di essere ostacolata, ristretta o falsata da loro comportamenti autonomi, non vi è dubbio che la disciplina antitrust debba ricevere applicazione”⁽¹³⁰⁾.

Correttamente, dunque, la Corte di Cassazione ha potuto affermare che, quanto meno ai fini *antitrust* – ossia ai fini delle norme che presiedono all’esercizio delle attività economiche che alimentano il, e poi si confrontano nell’ambito del, mercato unico (*rectius*: “interno”), che l’Europa pretende si conformi alla stregua di un’economia capitalistica “aperta e in libera concorrenza” (art. 119, par. 1°, TFUE)⁽¹³¹⁾ – l’Agenzia del territorio vada considerata un’*impresa*, allorchè si cimenti nel, o si predisponga all’esercizio dell’attività di gestione e distribuzione (cessione) a terzi delle informazioni tratte dalla consultazione dei pubblici registri – benchè questi siano tenuti dall’Agenzia medesima quale momento essenziale della sua funzione pubblica e istituzionale –, a fini *lato sensu commerciali*, cioè in cambio di non ben precisati (e variamente computati) diritti di visura, definiti talora come *tributi*, talora come *tariffe*, ma indubbiamente richiesti come un *corrispettivo* a fronte del servizio reso ai terzi dall’ente pubblico.

Questo è, per l’appunto, l’ambito delle informazioni pubbliche inserite nei registri immobiliari e ipocatastali; trattasi di un settore economico configurato in ragione dell’utilità ritraibile da tali dati e dall’alto “valore aggiunto” ulteriormente ricavabile dalla loro successiva rielaborazione. Ed è questo dunque un settore ove la stessa possibilità di accesso ai dati (art. 2673, c.c.) – pur se (illegittimamente) limitata e condizionata dalla normativa interna (cioè, essenzialmente, dall’art. 1, commi 367, 370 e 371, L. n. 311/2004), non a caso ritenuta incompatibile con quella comunitaria (Direttiva n. 2003/98/CE) – e le stesse qualità dei dati stessi, sono caratteristiche capaci di generare una domanda e un’offerta di servizi di recupero, controllo ed elaborazione di informazioni ufficiali e fidejacenti, in quanto appunto provenienti dai registri tenuti dall’Agenzia del Territorio.

Pertanto, questo stesso ambito diventa il possibile *mercato rilevante* relativo alla domanda eventualmente esistente per tali servizi di informazione ed elaborazione dei dati ipocatastali, a livello nazionale; mercato all’interno del quale occorre verificare *in concreto* l’operato dell’Agenzia, allorchè agisca o potenzialmente intenda agire *in qualità d’impresa* e a prescindere dal suo carattere soggettivo di ente pubblico (e più in particolare della sua natura di organismo di interesse pubblico) e dalla sua riconosciuta missione di interesse generale: assecondando cioè una funzione retribuita di informativa dei

⁽¹³⁰⁾ Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999, cit. (caso *ETI*); AGCM, caso *Cerved/Infocamere* (1997), cit., pt. 88.

⁽¹³¹⁾ In tal senso, leggasi, ad esempio, gli artt. 26, 119 e 173, TFUE; trattasi del modello di sviluppo socio-economico – cristallizzato nell’art. 3, par. 3°, TUE – che va sotto il nome di “economia sociale di mercato fortemente competitiva” (concetto per il quale si rimanda a M. LIBERTINI, A “*Highly Competitive Social Market Economy*” as a *Founding Element of the European Economic Constitution*, cit., spec. 496 ss., e Id., voce «*Concorrenza*», cit., 216 s., ove ulteriori riferimenti bibliografici), e più analiticamente sviluppato, in uno con una serie di principi che ordinano le fonti e le competenze legislative primarie e secondarie, dallo stesso art. 3, insieme agli artt. 4, par. 3°, 5 e 6, TUE, nonché dagli artt. 3-7, 12, 14, 18-21, 26-27, 28-66, 101-109, 114, par. 3°, e 169, TFUE.



clienti e per i clienti, in un ambito ove la competizione è giuridicamente possibile (oltre che economicamente appetibile), alla stregua del diritto nazionale e di quello comunitario per la libertà di accesso ai dati (per l'appunto pubblici: cfr. ancora una volta l'art. 2673 c.c.) e in ragione della libertà di iniziativa economica ex art. 41, Cost., nonché e della libertà *tout court* d'impresa, ex art. 16, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

6. - 6.1. - Una volta qualificati il COBAT e l'Agenzia del Territorio come altrettante *imprese* a fini *antitrust*, in correlazione con i rispettivi *mercati rilevanti*, le decisioni in esame possono dichiarare l'astratta possibilità di applicare dell'art. 8, L. n. 287/1990, e dunque passano a verificare se tali enti possano beneficiare o meno di quell'*immunità* dalla disciplina *antitrust* che può essere concessa in ragione della missione di interesse pubblico, con specifico e concreto riguardo alle rispettive condotte *anticoncorrenziali*, collusive (COBAT) ovvero abusive di una posizione dominante (visuristi), poste in essere in virtù della loro posizione di monopolio legale e/o in quanto beneficiarie di un diritto esclusivo, loro rispettivamente intestati soltanto nei limiti in cui ciò sia funzionale ad espletare quella missione di servizio pubblico, di interesse generale.

Infatti, in virtù di quel particolare meccanismo interpretativo, di matrice pretoria – e di cui già si è dato conto al termine del par. 3 ⁽¹³²⁾ – si ritiene ormai pacifico che il par. 2° dell'art. 106, TFUE (e, parallelamente, l'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, sebbene formulato in modo differente dalla prima norma), sia capace di disciplinare anche i casi di imprese pubbliche dotate di diritti speciali o esclusivi: esso dunque “stabilisce i presupposti in presenza dei quali le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale possono eccezionalmente sottrarsi alle norme del trattato”, consentendo peraltro di “giustificare la concessione, da parte di uno Stato membro”, ad un'impresa pubblica ovvero ad un'impresa incaricata di un SIEG, “di diritti esclusivi contrari [alle regole dei trattati e/o alla legge nazionale *antitrust*], qualora l'adempimento della specifica missione affidatale possa essere garantito unicamente grazie alla concessione di tali diritti e purchè lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della comunità” ⁽¹³³⁾. Ed è proprio in questo ambito che le condotte *prima facie* anticoncorrenziali vengono vagliate applicando il *principio di proporzionalità* ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³²⁾ V. *retro*, sub nt. 49 e relativo testo. Sul punto v. anche R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*⁷, cit. 222 ss.

⁽¹³³⁾ C. Giust. CE, 23 ottobre 1997, C-57/94, *Commissione vs. Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1997, I-5699 ss., ivi spec. I- 5777 s. (punti nn. 31-32); C. Giust. CE, 13 maggio 2003, C-463/00, *Spagna v. Comm.*, in *Racc.*, 2003, I-4581 ss. (uno dei numerosi casi *golden share*), ivi spec. pt. n. 82.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Sentenze *Corbeau*, cit., ivi I-2569 ss. (p.ti nn. 16-19) e *Commissione vs. Paesi Bassi*, cit., ivi spec. I-5683 ss. (p.ti nn. 53 e 58-68).

Questo *test* serve per valutare la soggezione o meno alle regole *antitrust* di un soggetto qualificabile in termini di *impresa* (a fini *antitrust*), pubblica o privata, incaricato di un SIEG – o comunque titolare di una *misura* legislativa capace di attribuire un monopolio o riserva legale rispetto all’attività considerata; esso implica uno *scrutinio di merito* delle condotte in concreto tenute dal titolare medesimo; e opera sulla base di un rigoroso criterio di stretta necessità tra il *fine di interesse pubblico del servizio* di cui l’impresa risulti formalmente incaricata e il *diritto esclusivo* o di monopolio o altra “misura” di riserva di attività che, *a tal fine*, risultino *normativamente* attribuiti all’ente, cosicchè quest’ultimo risulti esercitato secondo criteri e modelli *strettamente funzionali* al perseguimento della missione di interesse generale affidatagli. In ogni caso, la non sanzionabilità delle condotte anticoncorrenziali in capo ad un soggetto incaricato di un SIEG viene accordata solo a patto che essa (cioè le condotte stesse, ove tollerate) non comprometta(no) “lo sviluppo degli scambi ... in misura contraria agli interessi dell’Unione”: art. 106, par. 2°, TFUE).

Perciò la deroga all’applicazione delle norme sulla concorrenza in ragione dell’interesse pubblico sotteso al servizio (economico) erogato è – secondo le regole ermeneutiche generali – di stretta interpretazione (¹³⁵). In altri termini, l’art. 106, par. 2°, TFUE e l’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 concedono una *eccezionale immunità* dalla normativa *antitrust* soltanto per quelle condotta, riferibili alle imprese (pubbliche o private) che gestiscano servizi di interesse generale avvalendosi di diritti esclusivi o speciali, oppure che operino in regime di monopolio legale (secondo il testo dell’art. 106, par. 2°, TFEU, “fiscale”), “ma comunque limitatamente a quanto ‘strettamente necessario per la missione affidata’ senza che siffatta” *antitrust immunity* “possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la «stretta necessità»” (¹³⁶).

Ciò, ripetesi, implica una verifica caso per caso delle condotte ritenute anticoncorrenziali, grazie ad un analitico e positivo riscontro della *proporzionalità* dell’uso fatto in concreto del diritto esclusivo, speciale o di monopolio, rispetto alla missione di interesse generale affidata al soggetto qualificato (almeno a fini *antitrust*) come un’*impresa*. Laddove l’interessato e/o lo Stato che lo ha incaricato dimostri(no) che le condotte denunciate come anticoncorrenziali siano effettivamente *vincolate* dalla legge o da altro provvedimento autoritativo dello Stato membro non contrastante con il diritto

(¹³⁵) G. GHIDINI, E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent’anni di Antitrust - L’evoluzione della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., t. I°, 217 ss., ivi 226, ove si sottolinea, tra l’altro, che le norme sui diritti speciali e/o esclusivi di cui all’art. 106, TFUE, esprimono “una indicazione chiaramente restrittiva, eccezionale ed anzi ‘a esaurimento’ (gli Stati membri «non emanano» e altresì «non mantengono misure ...») rispetto a situazioni di mercato ove la concorrenza sia falsata o addirittura impedita, appunto, da quei diritti di fonte istituzionale”; e si tratterebbe, secondo tale dottrina, di una “indicazione di chiara portata strutturale. Ed è anzi da sottolineare come essa si ponga come *postulato necessario delle politiche di liberalizzazione* varate dalla metà degli anni ’80 dalle istituzioni europee, e divenute parte cospicua e caratterizzante dell’*acquis comunitario*”. Nello stesso senso, v. A. PAPPALARDO, *Diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., 842.

(¹³⁶) Cons. Stato, n. 3013/2011, punto 16. Cfr. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999 (caso *ETI-Ente Tabacchi Italiani s.p.a.*), cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2002, n. 33 (caso *Aeroporti di Roma*), *ibidem*, 2002, 132 (pure citati nel caso COBAT).



comunitario, e laddove esse risultino altresì necessitate in funzione de all'esercizio del servizio di interesse generale affidato in regime di esclusiva, *sia* quanto a modalità attuative *sia* quanto a finalità perseguite – secondo i parametri individuati nel più volte caso *CIF* ⁽¹³⁷⁾ –, allora (e soltanto allora) l'attività in questione potrà essere esonerata dall'applicazione della norme *antitrust* in forza dell'art. 106, par. 2°, e 8, comma 2° L. n. 287/1990: e ciò accade, appunto, laddove lo strumento utilizzato (in ipotesi anticoncorrenziale) sia nel complesso ragionevole, cioè *proporzionato* rispetto al fine di interesse pubblico formalmente affidato ⁽¹³⁸⁾.

Ove il suddetto *test* di proporzionalità non sia superato (ovvero laddove si riscontri un intollerabile pregiudizio per lo “sviluppo degli scambi”), allora, il diritto *antitrust* rientra in gioco e le condotte ritenute anticoncorrenziali, non protette da quell'*ombrello* offerto dall'art. 8, L. n. 287/1990 (e dall'art. 106, par. 2°, TFUE), soltanto in ragione del perseguimento della missione pubblica, potranno essere censurate e sanzionate, ricorrendone i consueti presupposti, quali altrettanti *intese* o *abusi di posizione dominante* (artt. 2 e 3, L. n. 287/1990), ossia in ragione di condotte opportunistiche poste in essere grazie a quel ruolo che il soggetto assume proprio in ragione del diritto speciale o esclusivo (o del monopolio legale) ad esso attribuito.

Parallelamente, ove le *misure* normative o finanche amministrative adottate dallo Stato membro (cfr. artt. 4, par. 3°, TUE, e 106, par. 1°, TFUE) ammontassero, sebbene indirettamente, ad una restrizione delle libertà economiche fondamentali (*recte*, del loro effetto utile), sarebbe possibile ritenerle illegittime, e perciò disapplicarle, *anche* per contrasto con gli artt. 28-66, TFUE (cfr., ad esempio, il caso *Cipolla* del 2006, in tema di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi).

6.2. - Nel caso COBAT, le condotte che venivano in rilievo (cioè quelle inizialmente contestate dall'Autorità al COBAT) come intese vietate *ex art.* 101, TFUE e art. 2, L. n. 287/1990, vengono così identificate dal Consiglio di Stato (punto n. 10): (i) nell'instaurazione di un rapporto di esclusiva con i raccoglitori “incaricati”; (ii) nell'instaurazione di un rapporto di esclusiva *di fatto* con gli *smelters*, fissando le quantità di batterie “*esauste*” da conferire a ciascun operatore; (iii) nell'inserimento nei rapporti contrattuali instaurati da COBAT con gli *smelters* della cosiddetta clausola di decurtazione (“in

⁽¹³⁷⁾ C. Giust. CE, 9 settembre 2003, C-198/2001, cit.

⁽¹³⁸⁾ Laddove le finalità siano state imposte dalla legge, ma le modalità risultino discrezionalmente determinabili dall'impresa incaricata del SIEG; e laddove le modalità siano bensì individuate dalla legge, ma in modo tale da consentire un contesto giuridico ove non risulti eliminata ogni possibilità di instaurare un mercato concorrenziale – o nel settore stesso in cui sia stato concesso il diritto esclusivo o il monopolio legale, o in un mercato contiguo –, occorrerà invece dimostrare (con onere a carico dell'impresa o dello Stato: cfr. ad es., Cass. n. 3638/2009, cit.) che le specifiche condotte in concreto poste in essere dal soggetto incaricato di un SIEG o comunque dotato di diritti esclusivi o speciali (come già osservato, l'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, con l'espressione “ovvero operano in regime di monopolio sul mercato” di fatto unifica le fattispecie che invece rimangono distinte – benchè solo formalmente – nell'art. 106, TFUE: v. *retro*, par. 3, testo e nt. 49), nonostante risultino anticoncorrenziali, siano tuttavia *funzionalmente necessarie*, ossia *proporzionate*, allo scopo di interesse pubblico e possano pertanto rientrare legittimamente nell'ambito operativo dell'*antitrust immunity*.

ragione delle quantità direttamente acquistate o comunque ricevute, anche in conto lavorazione, dallo *smelter*”, spiega il Consiglio di Stato); (iv) nell’ostacolare l’accesso di nuovi operatori accanto al COBAT, dando luogo ad un’artificiale chiusura del sistema nel suo complesso (¹³⁹).

Proprio in relazione a tali condotte – che si tentava di difendere in quanto asseritamente necessitate dalla missione di interesse generale affidata *ex lege* al COBAT (difesa dell’ambiente e della salute) – il giudice amministrativo era chiamato ad applicare il suddetto *test* di *proporzionalità*; a tal fine il Consiglio di Stato fa uso dello schema di *necessaria e stretta inerenza* delle attività medesime al regime obbligatorio (e di monopolio) *ex lege*, così come offerto al giudice nazionale dalla Corte di Giustizia nel caso *CIF* del 2003 (e così dandosi luogo ad un dialogo tra Corti *in senso verticale*, si potrebbe qui chiosare).

Posto che – anche in applicazione del precedente costituito dal caso *ETI* del 2006(¹⁴⁰) – possono rientrare nell’immunità dalle regole *antitrust* solo quelle condotte attuative di un diritto esclusivo oppure di un regime di monopolio legale (conferiti in ragione dell’affidamento del SIEG) nei limiti di stretta necessità tra quelle e le oggettive esigenze di gestione del SIEG, cioè limitatamente a quanto “strettamente necessario per la missione affidata”, in linea generale si rileva che la natura obbligatoria del *consorzio*, se per un verso non si poneva *per se* in contrasto con il diritto *antitrust*, per altro verso “non determina per presunzione assoluta condotte necessitate del Consorzio, imponendosi piuttosto una verifica caso per caso” (caso COBAT, punti 16-17): in altre parole il giudice di Palazzo Spada neppure in questa sede ritiene di dover attribuire alla natura giuridica del COBAT un valore dirimente ai fini dell’applicazione dell’*antitrust immunity* *ex art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990*. Anzi, mostra di voler ricorrere, piuttosto, ad una *rule of reason* onde poter distinguere le condotte *necessitate* dalla legge (ossia dalla “missione affidata”), in teoria non sanzionabili anche se anticompetitive, da quelle soltanto *facilitate* dalla disciplina imperativa del SIEG nonché da quelle *discrezionalmente* poste in essere dal COBAT, entrambe queste ultime categorie ritenute in teoria sanzionabili dalla giurisprudenza

(¹³⁹) In particolare, il Cons. Stato n. 3013/2011, cit., pt. 10, rileva che nei rapporti contrattuali instaurati da COBAT con i raccoglitori “incaricati” era stato censurato dall’AGCM l’obbligo contrattuale imposto a questi ultimi di conferire al COBAT l’intero quantitativo di batterie raccolte e il divieto per gli stessi raccoglitori “incaricati” di conferire le batterie “esauste” (*sic!*) raccolte a soggetti diversi dal Consorzio, pena la risoluzione del contratto ed il risarcimento di eventuali danni causati al COBAT. Nei rapporti contrattuali instaurati dal COBAT con gli *smelters* l’AGCM ha censurato, in particolare: (a) “la determinazione, in ambito COBAT, del quantitativo di batterie cedute dal Consorzio al singolo *smelter* in misura proporzionale alla capacità produttiva del singolo operatore”; (b) “la decurtazione del quantitativo di batterie cedute al singolo *smelter* in ragione delle quantità direttamente acquistate o comunque ricevute [da parte terzi], anche in conto lavorazione, dallo *smelter*”. Complessivamente, le disposizioni contrattuali di cui ai contratti con i raccoglitori e gli *smelters* sarebbero state preordinate a restringere la concorrenza, in quanto avrebbero: (a) “disincentivato la formazione di sistemi di raccolta autonomi e paralleli al COBAT stesso”; (b) “disincentivato attività di riciclo indipendenti rispetto a quelle amministrare dal Consorzio”; (c) “determinato, di fatto, il mantenimento dello *status quo* sul mercato nazionale del riciclo”. Inoltre, l’istruttoria condotta dall’AGCM aveva evidenziato come il COBAT, mediante l’esclusività della gestione del ciclo di raccolta e di recupero delle batterie esauste, avesse “nel tempo accumulato ingenti riserve a bilancio, che non si sono tuttavia tradotte in una riduzione del contributo ambientale pagato dai clienti finali di batterie nuove al piombo”. Infine l’AGCM aveva accertato l’esistenza di una seconda *intesa* contraria all’art. 2, L. n. 287/1990 (e all’art. 101, TFUE) e, posta in essere direttamente tra gli *smelters* (v. *amplius* Cons. Stato n. 3013/2011, cit., ivi spec. punti 26 e 27).

(¹⁴⁰) Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999 (caso *ETI-Ente Tabacchi Italiani s.p.a.*), cit.



comunitaria e nazionali, se contrare alle norme *antitrust* (in proposito cfr. i già citati casi *CIF*, *ETI* e *Aeroporti di Roma*).

A tal fine, si rilevano i mutamenti legislativi occorsi nel tempo, che avevano determinato lo *slittamento funzionale* del ruolo del COBAT: da necessario *attore* (impresa) sul mercato della raccolta e del riciclo delle batterie piombo esaurite – *ex lege* dotato di diritti esclusivi in funzione di una “risultato da raggiungere (la tutela ambientale mediante raccolta e riciclo delle batterie esauste”, le cui modalità operative, tuttavia, già *ab initio* non sarebbero state specificamente predeterminate –, ad un ruolo, insieme di impresa e di *controllore* del sistema, in funzione della tutela ambientale (missione di interesse generale) da perseguire con maggiore discrezionalità operativa. Perciò – si aggiunge – “la circostanza che il COBAT fosse un consorzio obbligatorio per legge, nel mutato contesto normativo non comportava che tutte le sue condotte fossero necessitate e che non vi fosse un margine per autonome decisioni ... il legislatore ... non ha previsto modalità attuative vincolanti, sicché residuava per COBAT un ampio margine per adottare modalità che non sacrificassero oltre un ragionevole limite la concorrenza. In definitiva il fine di tutela ambientale poteva essere perseguito anche senza un ruolo di COBAT come gestore diretto, acquirente e rivenditore delle batterie, bensì attraverso un ruolo di controllore degli operatori della raccolta e del riciclo” (caso *COBAT*, punto 19) ⁽¹⁴¹⁾.

D'altra parte, si aggiunge, l'art. 9-*quinquies* del D.L. n. 397/1988 (istitutivo del COBAT) non avrebbe affatto imposto come *unica e/o possibile* modalità di raccolta e smaltimento dei rifiuti piombosi quella che vedeva il COBAT come acquirente e rivenditore delle batterie scariche, così rendendo di riflesso *contra legem* la modalità del “conto lavorazione”; ma avrebbe soltanto indicato genericamente la missione del COBAT, consistente nell’“assicurare la raccolta” delle batterie e nel “cedere” le batterie agli *smelters* (riciclatori) (caso *COBAT*, punto 24.1).

A conclusione di un'analitica valutazione delle clausole contrattuali che legavano, da un lato il COBAT ai raccoglitori incaricati e, dall'altro, il COBAT agli *smelters* (e questi tra di loro), si afferma che “[n]é le clausole di esclusiva né quelle di decurtazione, né la ripartizione del quantitativo complessivo di batterie esauste tra gli *smelters* appaiono giuridicamente necessitati dalle finalità istituzionali di COBAT. L'obiettivo di tutela ambientale mediante la raccolta e riciclo delle batterie esauste, rendeva necessario solo che venisse garantito un meccanismo di raccolta capillare; il meccanismo poteva essere capillare anche attraverso strumenti diversi, tanto più in un mutato contesto economico in cui il nuovo prezzo di mercato del piombo di per sé era diventato un incentivo al riciclo” (caso *COBAT*, punto n. 29) ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴¹⁾ Nel punto n. 20 si aggiunge inoltre che “le condotte di COBAT” neppure avrebbero potuto ritenersi “necessitate dal suo statuto, sicché rimane irrilevante la circostanza che lo statuto di COBAT fosse stato sottoposto ad approvazione ministeriale”.

⁽¹⁴²⁾ Quanto alla *proporzionalità* delle singole condotte che l'AGCM aveva già valutato come anticoncorrenziali – ma che poi erano state ritenute coperte dall'esenzione *ex art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990*, da parte del T.A.R. del Lazio nella decisione di prime cure –, il Consiglio

Cosicchè le “clausole di esclusiva nei contratti con i raccoglitori e di decurtazione nei contratti con gli *smelters* si sono tradotte anche in un vantaggio per COBAT, che attraverso il meccanismo di diventare acquirente e rivenditore delle batterie esauste, ha accumulato utili economici senza che contestualmente si sia proceduto ad una riduzione del contributo ambientale” (punto n. 28): qui, peraltro, evidenziandosi anche l’ulteriore importante profilo attinente al *danno* provocato ai *consumatori*, come classe uniforme di agenti economici e, dunque, quali beneficiari finali o indiretti del *public antitrust enforcement* ⁽¹⁴³⁾.

Come del resto si rileva nel punto n. 21 dell’articolato ragionamento del Consiglio di Stato, da quanto argomentato appare chiaro l’assunto per il quale l’immunità offerta dall’art. 8 comma 2°, L. n. 287/1990 non avrebbe potuto operare nel caso di specie, in quanto le condotte poste in essere dal COBAT (e dai consorziati) risultavano del tutto *sproporzionate* rispetto alla missione di interesse generale affidata: ed è perciò, appunto che esse “rientrano tra violazioni tipiche della disciplina della concorrenza: si tratta da un lato, di atti consortili, e, dall’altro lato, di un’intesa orizzontale tra imprese concorrenti, entrambi preordinati alla ripartizione del mercato” (punto n. 30), per nulla necessitate dalle caratteristiche strutturali di questo né, tanto meno, dalle caratteristiche funzionali del COBAT.

6.3. - Le sentenze della Suprema Corte nei casi che vedevano coinvolta Agenzia del Territorio hanno buon gioco nel riscontrare (i) nella imposizione di irragionevoli restrizioni alla libertà d’accesso ai dati/informazioni pubbliche; (ii) nell’imposizione di gravosi limiti e/o condizionamenti al loro “riutilizzo”, consistenti tra l’altro (iii) nell’imposizione di taluni vincoli alla libertà contrattuale dei soggetti che intendessero riutilizzare le informazioni a fini commerciali (i.e.: l’obbligo di stipulazione di convenzioni *ad hoc* con l’Agenzia, contemplanti, tra l’altro, il pagamento di sostanziosi corrispettivi, vagamente qualificati come “diritti” o “tributi”), altrettante condotte *abusive* di una *posizione dominante*, aggravata dal progettato ingresso della stessa Agenzia nel medesimo mercato sino ad allora popolato per lo più dai visuristi professionali offrendo dei servizi all’utenza a prezzi più bassi ⁽¹⁴⁴⁾.

di Stato spiega, che il “meccanismo ‘conto lavorazione’ che ben avrebbe potuto e dovuto essere contemplato dal COBAT per il raggiungimento dei suoi fini istituzionali, avrebbe consentito un netto risparmio ai produttori di batterie, con conseguente possibilità di riduzione del prezzo del prodotto finito, e vantaggio per i consumatori (caso *COBAT*, punto n. 27).

⁽¹⁴³⁾ Sul punto, v. ad es. F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., spec. 141 ss.; R. PARDOLESI, *Le regole della concorrenza*, in R. PARDOLESI, R. ROMANO, *La concorrenza e la tutela dell’innovazione in Diritto civile* (dir. da N. Lipari e P. Rescigno; coord. da A. Zoppini), vol. IV.I, Milano, Giuffrè, 2009, 3 ss., e ivi 9 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Per il testo dell’art. 3, L. n. 287/1990 v. *retro*, sub nt. 69. Sulla posizione dominante e il suo abuso, v. COMMISSIONE UE, *Comunicazione* del 24 febbraio 2009 (COM 2009/C 45/02), *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in *G.U.U.E.*, 24 febbraio 2009, n. C 45, 7 ss. In dottrina, in generale v. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., spec. 443 ss. e 472 ss. M. SIRAGUSA, *La nozione di abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, cit., 356 ss.; F. DENOZZA, *Antitrust - Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, cit., spec. 45 ss.; R.A POSNER, *Antitrust Law*², cit., spec. 40 ss., 51 ss. e 97 ss.; S. BASTIANON, *L’abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001; più recentemente, v. (con specifico riferimento alla citata COM 2009/C 45/02) G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli Orientamenti comunitari sulla*



In effetti, i comportamenti ascritti all’Agenzia nelle vicende prese in esame possono essere ricondotti alle note *species* dell’imposizione di condizioni eccessivamente gravose per i potenziali concorrenti (art. 102, lett. a), TFUE) e art. 3, lett. a), L. n. 287/1990), di cui può essere sintomo l’imposizione di prezzi “non equi” per i beni o servizi, rispetto ai quali si riscontri la dominanza dell’impresa che li produce o li distribuisce ⁽¹⁴⁵⁾ e delle *pratiche escludenti*: in particolare, queste ultime, per un verso, risultavano tali da *impedire* o *limitare* “la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnologico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”, tra i quali vanno inclusi anche i *visuristi* (art. 102, lett. b), TFUE e art. 3, lett. b), L. 287/1990); e per altro verso, si risolvevano nell’applicazione “nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza” (art. 102, lett. c), TFUE e art. 3, lett. c), L. 287/1990) ⁽¹⁴⁶⁾.

Tuttavia, dato l’interesse generale connaturato al servizio reso dall’Agenzia, la qualificazione delle condotte esaminate in termini di abuso di posizione dominante può avvenire solo al termine di una complessa analisi, volta ad escludere la possibilità per l’ente pubblico di rivendicare l’*antitrust immunity* di cui all’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 (Cass., S.U., n. 30175/2011, punti 3.2.2 e 3.2.3).

In primo luogo, quanto all’astratta qualificazione delle condotte capaci di integrare un abuso di posizione dominante, qui basti ricordare che, alla stregua del diritto (europeo e nazionale) della concorrenza, per un verso, la posizione dominante (individuale o collettiva) è di per sé lecita (in coerenza con una nozione di concorrenza “*workable*”); essa però dà luogo ad una “speciale responsabilità” in capo al soggetto che la detiene nel senso di utilizzare il proprio potere di mercato in

condotta escludente, in *Note e studi Assonime*, 2009, 2, www.assonime.it; S. BARIATTI, A. SODANO, *Gli abusi di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell’Unione Europea*, cit., 253 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Per tutti, cfr. V. MELI, *Lo sfruttamento di posizione dominante mediante l’imposizione di prezzi «non equi»*, Milano, Giuffrè, 1989; ID., *Il diritto di imporre prezzi e altre condizioni contrattuali ingiustificatamente onerose*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, cit., t. I. 370 ss. Discettare di prezzi *non equi* è insidioso per l’evidente collisione con il principio dell’autonomia contrattuale (sul punto v. ad es. F. DENOZZA, *Antitrust - Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, cit.; C. OSTI, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, il Mulino, 1995; v. inoltre G. AMATO, *Il potere e l’Antitrust*, cit., spec. 75 s.; G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 544 ss.; M. LIBERTINI, *Le ragioni della causa nei contratti d’impresa*, in *Jus*, 2009, 273 ss., spec. 276 ss.). In conseguenza di ciò, in giurisprudenza il ricorso alla sanzione per abuso derivante dall’imposizione di prezzi e/o condizioni *iniqui* è raro: C. Giust. CEE, 14 febbraio 1978, caso *United Brands*, in *Racc.*, 1978, 207 ss. (ove si sostiene la necessità di un’analisi della struttura dei costi sostenuti dall’impresa in posizione dominante, ritenendo eccessivo il prezzo che non abbia alcuna ragionevole relazione con il valore economico del prodotto ceduto e/o del servizio fornito); C. Giust. CEE, 13 luglio 1989, caso *Tournier*, in *Racc.*, 1989, 2251 ss. (è iniquo il prezzo basato su elementi irrazionali o arbitrari); AGCM, Provv. n. 1017/1993, *IBAR/Aeroporti di Roma*, in *Boll. AGCM*, n. 6/1993; AGCM, Provv. n. 5446/1997, *Cerved/Infocamere*, cit., p.ti 2, 5 e 12 ss.; AGCM, Provv. n. 17481/2007, *Enel distrib./attivazione fornitura subordinata a pagamenti di morosità pregresse*, in *Boll. AGCM*, n. 39/2007; AGCM, Provv. n. 17713/2007, *Telecom/Morosità pregresse*, in *Boll. AGCM*, n. 47/2007. Inoltre, si noti come il legislatore europeo (Direttiva n. 91/13/CEE) e poi anche quello italiano cerchino di preservare la libertà degli operatori nel definire il contenuto del contratto, impedendo, nell’accertamento della vessatorietà delle clausole dei contratti tra professionisti e consumatori, ogni valutazione attinente “alla determinazione dell’oggetto del contratto” ovvero “all’adeguatezza del corrispettivo dei beni o dei servizi, purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile” (così l’art. 34, comma 2°, Cod. cons.).

⁽¹⁴⁶⁾ G. OLIVIERI, *L’abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, cit., spec. 480 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza - Profili sostanziali*, cit., spec. 481 s. e 487 ss. Sull’accezione molto lata del termine “consumatori” ricorrente negli artt. 101 e 102 TFUE e inclusiva di *tutti i clienti dell’impresa* (e.g., l’Agenzia), inclusi acquirenti intermedi di prodotti o servizi (e.g., i *visuristi*), v. COMMISSIONE UE, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti* (Comunic. n. 2009/C45/02), cit., par. 19.

modo non abusivo (¹⁴⁷): pertanto, la *dominanza sul mercato rilevante* diventa illecita ove la condotta dell'*impresa* cui sia attribuibile siffatta posizione in concreto integri un *abuso* della stessa. E, per altro verso, l'abuso a sua volta può consistere nello sfruttamento *opportunistico* di un potere di mercato o di diritti speciali o esclusivi (inclusi quelli di proprietà intellettuale) in un *mercato succedaneo* e verticalmente integrato rispetto al settore ove si manifesta la dominanza (pur in ipotesi legittimamente) acquisita dall'*impresa* (o dalle imprese) in questione (¹⁴⁸).

Tali comportamenti, infatti, si inscrivevano in un contesto normativo e disciplinare – la L. n. 311/2004 (anche alla luce delle modifiche apportate dal D. lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, di attuazione della Direttiva n. 2003/98/CE), la convenzione stipulata con il Ministero dell'Economia e Finanze, le due circolari del 2005 e lo stesso statuto dell'Agenzia del Territorio (art. 4) – che offriva all'Agenzia del Territorio la facoltà di operare *direttamente* nel suddetto mercato collegato (e integrato) del “*riutilizzo*” dei dati ipocatastali.

La stessa disciplina nazionale consentiva cioè all'Agenzia di (pro) porsi tra i soggetti in grado di offrire servizi onerosi di ricerca, selezione, elaborazione e distribuzione proprio di quei dati relativi ai registri la cui tenuta costituiva la missione di servizio pubblico (e in ragione della quale, dunque, la stessa Agenzia beneficiava di un monopolio legale), sia attraverso la stipulazione di apposite *convenzioni* con imprese di *visuristi*, sia proponendosi di fornire direttamente ai potenziali clienti di queste ultime un servizio di “*ricerca continuativa*” dei dati medesimi, ad un *prezzo* decisamente inferiore a quello (diritti di visura) praticato solitamente, e a condizioni decisamente migliorative rispetto all'insieme costrittivo dei termini del *riutilizzo*, che invece venivano imposti ai visuristi che intendessero procurarsi i documenti presso gli sportelli della stessa Agenzia del Territorio o anche in virtù delle già ricordate convenzioni.

Nel caso di specie (punto 3.2.3), per un verso, la posizione dominante veniva pertanto individuata in capo all'Agenzia del Territorio proprio a partire dalla formale attribuzione del diritto esclusivo

(¹⁴⁷) Sull'individuazione della specifica accezione di concorrenza (*recte*, di mercato concorrenziale) tutelata(o) in seno all'Unione europea, v. M.S. SPOLIDORO, *La disciplina antitrust in Italia* in *Riv. soc.*, 1990, 1292 ss., e, più recentemente, M. LIBERTINI, voce «*Concorrenza*», cit., spec. 217 ss.; in particolare, sul concetto di concorrenza “*workable*” (praticabile), v. ad es. C. Giust. CEE, 25 ottobre 1977, causa 26/76, caso *Metro-Saba I*, in *Racc.*, 1977, 1875 ss.; in dottrina, *ex multis* v. J.M. CLARK, *Toward a Concept of Workable Competition*, in 30 *Am. Econ. Review* (1940), 281 ss., ID., *Competition as a Dynamic Process*, Washington D.C., Brookings Inst., 1961; M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 223 s. (il quale, pur evidenziandone la debolezza analitica, ne riconosce la portata pratica e l'influenza sulla successiva affermazione dell'idea di concorrenza come *processo dinamico*: cfr. *ivi* 233 ss.); V. MANGINI, *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/1990*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, 175 ss.; ID., *Disciplina del mercato - Lineamenti generali*, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, cit., 420-421. Sulla “special responsibility not to allow [the dominant firm's] conduct to impair genuine, undistorted competition on the common market” v. C. Giust. CEE, 9 novembre 1983, causa 322/81, caso *Michelin*, in *Racc.*, 1983, 3461 ss. (pt. n. 10); G. AMATO, *Il potere e l'antitrust - Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., spec. 67 ss.

(¹⁴⁸) Per un caso analogo, v. AGCM, Prov. n. 5446/1997, caso *Cerved/Infocamere*, in *Boll. AGCM*, n. 45/1997 (p.ti 12 ss. e 19-26); A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*⁷, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 591 ss. e 624 ss.; G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, cit., spec. 466 ss. e 475 ss.; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, cit., spec. 202 ss. (ove un'analisi sugli *Orientamenti* della Commissione del 3 ottobre 2008, sulle priorità d'azione nell'applicazione dell'art. 102, TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (in *G.U.U.E.*, del 24 febbraio 2009, C45, 7 ss.).



gestione dei servizi ipo-catastali e cioè di raccolta e di iscrizione, trascrizione degli atti e dati immobiliari, ipotecari, mappe catastali ecc., nei relativi registri (pubblici), quale riflesso della sua funzione istituzionale, conferita *ex lege*, e statutaria (art. 4, statuto dell’Agenzia del Territorio) di conservatore delle relative informazioni (pubbliche), con riferimento al *mercato rilevante*; quest’ultimo a sua volta identificato nel mercato *nazionale* delle attività di raccolta, rielaborazione e cessione *a terzi* a titolo oneroso, delle informazioni ricavate dall’accesso (aperto al pubblico) dei registri e archivi catastali e immobiliari (v. *retro*, par. 5.3). Per altro verso, l’abusività delle suddette condotte, diventava evidente alla luce del *conflitto di interessi* che investiva tale soggetto allorchè, da un lato, l’Agenzia veniva a trovarsi nell’esclusiva (e legittimamente esclusiva) disponibilità dei documenti e, dall’altro, ove venisse richiesta da altre imprese di consentire al loro accesso e al loro *riutilizzo*, nell’ambito dell’esercizio di attività, sicuramente economiche, che si ponevano in (quanto meno potenziale) concorrenza con quelle erogabili (anche) dalla stessa Agenzia del Territorio.

A questo punto, occorre allora domandarsi se il normale vaglio dell’abuso di una posizione dominante – solitamente foriero dell’illiceità delle condotte che lo configurino, oltre che, sul piano del *private enforcement*, dell’obbligo di risarcimento dei relativi danni – possa valere anche nel caso di specie, ove, come detto, la dominanza dell’Agenzia derivava direttamente da una – legislativamente posta – riserva assoluta di attività di interesse pubblico (monopolio legale) sul mercato a monte, in combinazione con una disciplina eteronoma di sostanziale limitazione alla facoltà di *riutilizzo commerciale* dei dati ipocatastali, ai quali un’impresa *visurista* avesse (legittimamente) avuto accesso.

Anzitutto, va rilevato che – se non sono affatto sconosciuti casi e condotte simili, ove gli operatori che sfruttano abusivamente la propria dominanza in un certo settore economico verso mercati collegati (a valle o a monte) sono imprenditori *privati*, in forza di un potere sul mercato o vantaggio concorrenziale guadagnato legittimamente (¹⁴⁹) – la giurisprudenza comunitaria e poi quella nazionale concordano nel ritenere che l’art. 102, TFUE e art. 3, L. n. 287/1990, vadano “interpretat[i] nel senso che si applica all’impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato, anche qualora detta posizione sia dovuta, non già all’attività dell’impresa stessa, bensì al fatto che, a causa di

¹⁴⁹ E ciò può accadere in molti modi, tutti accomunati dalla finalità di ostruzione degli *sbocchi* di mercato da parte del soggetto in posizione dominante (cfr. il concetto di *anticompetitive foreclosure* di cui agli *Orientamenti* della Commissione sull’applicazione dell’art. 102, TFUE, cit., pt. 19, sui quali v. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli Orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, 2009, 5 ss., spec. 16 s.): mettendo in atto *pratiche escludenti* (art. 102, lett. b), TFUE, art. 3, lett. b), L. n. 287/1990), contemplanti il rifiuto ingiustificato di contrattare, ovvero con *pratiche discriminanti* (art. 102, lett. c), TFUE; art. 3, lett. c), L. n. 287/1990), o con vendite sottocosto ossia attraverso i *predatory pricing, price squeeze* ecc. (art. 102, lett. a), TFUE; art. 3, lett. a), L. n. 287/1990), ovvero a mezzo di *pratiche leganti* (art. 102, lett. d), TFUE; art. 3, lett. d), L. n. 287/1990). In generale sulle ipotesi abusive consistenti nel (tentativo di) trasferire la posizione dominante già acquisita in un certo mercato su un mercato diverso - e che si possono concretare in prezzi predatori, rifiuto di contrattare (se non a certe condizioni *escludenti* o *in esclusiva*), altre pratiche discriminatorie e contratti cc.dd. *leganti* (*tying*), v. A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*⁷, cit, spec. 625 s. e 629 s.; G. OLIVIERI, *L’abuso di posizione dominante*, cit., spec. 481-483. Per il diritto europeo, v. ad es. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit., spec. 481 s., 487 ss. e 521 ss.

disposizioni di legge, o di regolamenti, non può esservi concorrenza su detto mercato oppure può esservene unicamente una estremamente limitata”⁽¹⁵⁰⁾.

Questo importante assunto sembra echeggiare anche nelle note decisioni *RTT v. GB-INNO-BM* del 1991⁽¹⁵¹⁾, *ERT v. Dimotiki* del 1991⁽¹⁵²⁾ e, naturalmente, il caso *Corbeau* del 1993⁽¹⁵³⁾: posto che l’art 106 TFUE pretende l’applicazione tendenziale delle norme dei Trattati, e specie di quelle *antitrust*, anche in presenza di affidamenti di SIEG e/o di imprese pubbliche dotate di diritti speciali o esclusivi, con ragioni in parte diverse, la Corte di Giustizia ne ravvisa altrettante violazioni, in relazione all’art. 102, TFUE, nell’introduzione di una riserva di attività ancillari su un mercato connesso o *a valle* rispetto a quelle oggetto di riserva esclusiva in forza di norme statali; nell’inevitabilità di un *conflitto di interessi* tra il titolare del diritto esclusivo e i propri concorrenti su un mercato radiotelevisivo e, direttamente, una *sproporzione* dell’estensione di un monopolio di un servizio postale a servizi non essenziali, rispetto alle necessità di servizio pubblico che esso implicava.

In tutti questi casi, e analogamente a quanto rilevato nel caso COBAT (sebbene applicando l’art. 8, con riferimento ad *intese* illecite ai sensi dell’art. 2, L n. 287/1990), erano proprio i provvedimenti degli Stati-membri di volta in volta interessati ad offrire la copertura legale alla creazione di una posizione dominante (monopolistica) del soggetto investito del pubblico servizio e, ciò che più conta, al suo *abuso*. Insomma, il dialogo tra Corti europee e quelle nazionali spiega l’interazione e insieme avalla la complementarietà tra l’applicazione dell’art. 106 e dell’art. 102, TFUE, da un lato, e degli artt. 8 e 3,

⁽¹⁵⁰⁾ C. Giust. CEE, 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM v. CLT e IPB* (caso *Télémarketing*), in *Racc.*, 1985, 3261 ss., ivi spec. 3279, ove si discuteva (a livello di rinvio pregiudiziale) di talune restrizioni alla concorrenza in materia di pubblicità televisiva, praticate da un organismo pubblico al quale la legge lussemburghese aveva affidato (così si allegava) l’esclusiva per la diffusione di programmi televisivi. La Corte di Giustizia, ha inoltre confermato siffatto orientamento in C. Giust. CE, 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielli* (c.d. *Porto di Genova*), in *Racc.*, 1991, I-5923 ss., ivi spec. I-5928 (punto n. 14): “per giurisprudenza costante l’impresa che fruisce di un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata un’impresa che occupa una posizione dominante ai sensi dell’art. [102, TFUE]”; nonché nel caso *Aéroports de Paris*, del 2002, cit., ove si è ribadito (p.ti 106 ss.) che “l’ADP dispone, in forza [di norme di legge], del monopolio legale della gestione degli aeroporti interessati ed esso solo può dare l’autorizzazione di esercitarvi attività di assistenza a terra e fissare le condizioni di esercizio di queste ultime. Di conseguenza ... si trova in una situazione di potere economico che gli dà la facoltà di ostacolare il mantenimento di un’effettiva concorrenza sul mercato, fornendogli la possibilità di comportamenti indipendenti” da altri *players* operanti nel medesimo settore economico. V. inoltre il caso seminale *INNO v. ATAB* del 1977 (causa 13/77), cit. *retro*, *sub* ntt. 97 e 107.

⁽¹⁵¹⁾ Caso C-18/88, cit. *retro*, *sub* nt. 95 (in virtù della quale si ritenne in violazione dell’art. 106, par. 1°, TFUE una misura normativa che risultava nell’estensione del monopolio legale di RTT ad un’attività collegata in un attiguo ma separato mercato). In precedenza, sulla stessa linea, v. C. Giust. CEE, 3 ottobre 1985, causa 311/85, caso *Télémarketing*, cit.; in seguito, oltre ai casi citati nella nota precedente, v. ad es. C. Giust. CE, 1992, C-271/90, *Spagna vs. Commissione*, in *Racc.*, 1992, I-5833 ss.; C. Giust. CE, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner vs. Landkreis Südwestpfalz* (caso *Ambulanz Glöckner*), in *Racc.*, 2001, I-8089 ss.; C. Giust. CE, 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikations GmbH vs. Telekom-Control-Kommission* (caso *Connect Austria*), in *Racc.*, 2003, I-5147 ss. Sul fronte nazionale, v. ad es. AGCM, Prov. n. 5131/1997, caso *Compagnia Portuale di Brindisi*, in *Boll. AGCM*, n. 25/1997.

⁽¹⁵²⁾ C. Giust. CE, 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT v. Dimotiki*, in *Racc.*, 1991, I-2925 ss.: la Corte ha ritenuto in violazione dell’art. 106, par. 1°, TFUE, la misura normativa adottata dalla Grecia, sulla base della quale l’impresa radiotelevisiva ERT era indotta a violare l’art. 102, TFUE, in virtù di una politica discriminatoria in favore delle proprie trasmissioni. Un’importante aspetto di questa decisione è il fatto che non fu necessario accertare un effettivo abuso della posizione dominante da parte di ERT secondo lo schema indotto dalla normativa nazionale, bastando la mera disponibilità del diritto esclusivo a rendere sufficientemente probabile che la misura normativa in questione violasse l’art. 106, par. 1°, TFUE: in altri termini il conflitto di interessi creatosi in capo ad ERT fece ritenere alla Corte che quest’ultima fosse inevitabilmente indotta ad abusare della posizione dominante derivata dal diritto esclusivo conferitole *ex lege*.

⁽¹⁵³⁾ V. il caso *Corbeau*, C-320/1991, cit.: v. *retro*, *sub* ntt. 13, 49, 95 e 134.



L. n. 287/1990, dall'altro, e proprio in forza di un "nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo", come affermato anche nel caso *Tetra-Pak* del 1996⁽¹⁵⁴⁾.

Cosicchè, alla luce di queste *misure* statali (art. 106, par. 1°, TFUE), adottate discrezionalmente dagli Stati membri o loro articolazioni (artt. 4 e 5 TUE, art. 14 TFUE: v. *retro*, par. 3), e ai sensi dell'art. 8, L. n. 287/1990 (sebbene formulato in modo diverso dall'art. 106, TFUE), gli effetti anticoncorrenziali della condotta del soggetto incaricato formalmente di esercitare un *servizio pubblico*, di *interesse generale* – e che, in ragione di ciò, risulta beneficiario del diritto speciale o esclusivo (monopolio legale), che gli permette di assumere una posizione dominante o, *tout court*, un monopolio nel settore economico preso a riferimento (mercato rilevante) – potrebbero essere ritenuti solo in linea generale e solo *prima facie* accettabili alla stregua del diritto *antitrust*, che – come visto nel par. 5 – si applica comunque a quel soggetto, in quanto *impresa* ai sensi degli artt. 2-7, L. n. 287/1990⁽¹⁵⁵⁾. E così anche nel caso di specie, ove la Suprema Corte (sent. S.U. n. 30175, punto n. 3.2.2) perentoriamente afferma: "che la normativa nazionale non possa dar vita ad un assetto di mercato implicante un abuso di posizione dominante da parte di un soggetto (pubblico o privato che sia) è fuori discussione".

Per meglio dire, le condotte dell'Agenzia *prima facie* legittimate da una specifica normativa interna che riservava l'attività di raccolta (trascrizione) e conservazione dei dati ipocatastali – peraltro limitandone fortemente il "riutilizzo" per scopi diversi dall'uso personale, benchè le informazioni trascritte fossero suscettibili di rielaborazione a fini commerciali – avrebbero potuto essere giustificate, soltanto se simili restrizioni normative avessero risposto "a ragioni imperative di interesse pubblico" e "purché [fossero] idone[e] a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non [andassero] oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo"⁽¹⁵⁶⁾: perciò, soltanto a queste condizioni avrebbe potuto operare la "deroga" (o *immunità*) eccezionale all'applicazione della norma *antitrust* prevista dall'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990⁽¹⁵⁷⁾; quella infatti "ha una funzione di bilanciamento tra il richiamato interesse economico generale e le esigenze cui è ispirata la normativa sulla concorrenza, sicché essa opera solo entro i limiti in cui il sacrificio richiesto su un versante non risulti *sproporzionato* rispetto al vantaggio perseguito sull'altro" (enfasi aggiunta).

Nei casi riguardanti l'Agenzia del Territorio qui esaminati, (a) la posizione di riserva legale di attività (monopolio) rispetto all'attività di tenuta dei registri catastali e immobiliari, (b) il carattere di infrastruttura essenziale che tale plesso di dati riveste rispetto al mercato *a valle* del riutilizzo

⁽¹⁵⁴⁾ C. Giust. CE, 14 novembre 1996, C-333/94 P, *Tetra-Pak III*, in *Racc.*, 1996, I-5951 ss. (pt. n. 27). V. anche Trib. I° Grado CE, 6 ottobre 1994, T-83/91, *Tetra-Pak II*, in *Racc.*, 1994, II-755 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Sul fronte europeo, cfr. il caso *Cipolla* del 2006 (C-94/04 e C-202/04), cit., pt. n. 54.

⁽¹⁵⁶⁾ In tal senso, v. ancora il caso *Cipolla* (2006), cit., p.to n. 61 e il caso *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (2006), cit., p.to n. 37.

⁽¹⁵⁷⁾ Sul punto v. anche A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*⁷, cit., spec. 619 ss.; G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale*⁴, cit., spec. 471 ss.; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nel diritto antitrust*, cit., spec. 233 ss.

commerciale delle informazioni stesse nonché (c) la normativa interna, molto restrittiva circa le stesse facoltà *riutilizzo commerciale* delle informazioni ipocatastali risultanti dai registri tenuti dall’Agenzia del Territorio (rilevandosi così una blocco alla circolazione dei servizi onerosi di “riutilizzo” delle informazioni pubbliche e dunque, in contrasto con gli artt. 56 ss., TFUE e con la Direttiva n. 2003/98/CE), se lette assieme, permettevano all’Agenzia medesima di assumere una posizione dominante sul *contiguo* mercato dei servizi di visura di dati ipocatstali fidefacenti e di fornitura di informazioni e *report* sulla consistenza e solidità finanziaria e patrimoniale relativamente ai soggetti i cui beni risultassero trascritti in quei registri.

Attività economiche rispetto alle quali il complessivo effetto restrittivo della concorrenza derivante dalla stessa normativa interna sembrava riconoscere all’Agenzia un ulteriore diritto esclusivo (in realtà veniva presentato come una ... *naturale* estensione della riserva assoluta di attività nel settore della tenuta dei dati ipocatastali introdotta *ex lege*), così di fatto limitando fortemente il *riutilizzo* (o anche del *riutilizzo plurimo*, cioè reiterato) dei dati derivati dai pubblici registri, se non dietro stipulazione di apposite convenzioni con l’Agenzia, a condizioni così gravose da scoraggiare qualunque operatore economico, oppure verso il pagamento di specifici *diritti* (dovuti ad ogni *riutilizzo*) per poter essere in grado di fornire dei servizi di informazioni che la stessa Agenzia detentrica dei dati all’uopo necessari si riservava statutariamente e concretamente intendeva offrire sul mercato, *ma* a costi decisamente inferiori.

Dunque, nel caso di specie, si trattava di una dominanza già di per sé *sproporzionata* all’interesse pubblico tutelato alla certezza dei dati da quella raccolti nell’adempimento del SIEG: invero, la disciplina statale che conferiva diritti esclusivi all’Agenzia affinché questa potesse espletare le proprie funzioni di interesse pubblico permetteva l’esercizio dei primi ben oltre l’ambito applicativo necessario a far fronte alle seconde, regolando anche attività economiche ulteriori, non strettamente rientranti nell’ambito del servizio di interesse pubblico affidatole; e, per altro verso, vietava ai terzi (o sostanzialmente limitava la facoltà di quel) lo stesso *riutilizzo* delle informazioni (pubblicate nei registri), se indirizzato a fini commerciali, con l’effetto – ritenuto perciò *abusivo* – di “ostacolare la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato” a seguito dell’acquisizione di una posizione dominante monopolistica “o lo sviluppo di detta concorrenza” in un mercato *contiguo* o *a valle* ⁽¹⁵⁸⁾. Eppure, data la già ricordata valenza derogatoria ed eccezionale dell’art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 (art. 106, par. 2°, TFUE), il diritto speciale o esclusivo (o monopolio) eventualmente attribuito

⁽¹⁵⁸⁾ Sul punto, basti il rinvio al noto caso Corte Giust. CEE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman La Roche vs. Commissione* (caso *Hoffman La Roche*), in *Racc.*, 1979, 461 ss.; J. BERTI, *Le essential facilities nel diritto comunitario*, cit., 384 s.; cfr. inoltre DG COMPETITION, *Discussion Paper on the Application of Art. 82 [oggi art. 102, TFUE] to Exclusionary Abuses*, Brussels, EU Commission, December 2005.



al soggetto pubblico o privato incaricato di un servizio pubblico opera *limitatamente* al settore *ex lege* ritenuto meritevole di una tutela differenziata non estendendosi ad attività economiche ulteriori⁽¹⁵⁹⁾.

D'altra parte, va considerato che, in assenza dell'immunità *antitrust* eccezionalmente concessa dall'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 (e come già segnalato all'inizio del paragrafo) sarebbero state sanzionate come abusive, sia la condotta tesa a sfruttare l'*effetto legante* tra l'attività fatta oggetto del proprio diritto esclusivo e il settore di mercato assai contiguo (l'offerta di servizi per il riutilizzo commerciale dei *documenti* pubblici); sia, al contempo, una malcelata *pratica escludente*, che l'Agenzia del Territorio aveva posto in essere a scapito dei visturisti sull'onda di una normativa interna alquanto ambigua e sostanzialmente contraria alla libertà di prestazione di servizi tutelata dal diritto comunitario (artt. 56 ss., TFUE). E ciò tanto più considerando la capacità dell'Agenzia medesima di esercitare *in un diverso settore*, qualificabile come un distinto *mercato* e dunque in linea di principio soggetto alle regole della concorrenza, un'attività decisamente economica.

Il carattere abusivo di tali condotte appariva aggravato dal *conflitto di interessi* connesso alla esplicita intenzione dell'Agenzia di offrire direttamente sul mercato del riutilizzo commerciale dei servizi (in particolare, quello denominato "ricerca continuativa per via telematica") che si ponevano come un'alternativa ai (e perciò in concorrenza con) i servizi già da tempo offerti dalle imprese private previo accesso e visura a pagamento, nei registri immobiliari e catastali tenuti dalla stessa Agenzia, dei dati da riutilizzare sul mercato rilevante *a valle* dell'attività riservata *ex lege*.

Il conflitto di interessi tra i *visuristi* e l'Agenzia conseguente alla sua duplice veste di titolare di un pubblico servizio e di possibile concorrente dei primi è consustanziato – aggiungono le Sezioni Unite (punto 3.2.3) – da una normativa interna che si pone *in contrasto* con la disciplina comunitaria, e che dunque doveva essere *disapplicata* direttamente dalla P.A. (non soltanto dal giudice adito): contrariamente al principio generale dell'art. 3, Direttiva n. 2003/98/CE, il diritto al *riutilizzo* delle pubbliche informazioni non risultava garantito nei termini e secondo i criteri conformi alle modalità e i limiti indicati nella stessa Direttiva: quest'ultima, infatti, contempla la stipulazione di *licenze standard* (artt 6-8 e 10, Direttiva n. 98), in luogo delle convenzioni *ad hoc* proposte dall'Agenzia, le quali peraltro includevano limiti e condizioni economiche eccessivamente gravose, non trasparenti e discriminatorie, come quelle indicate nelle Circolari n. 2/2005 e n. 5/2005 dell'Agenzia medesima; in particolare, secondo il regime normativo e la prassi dell'Agenzia, la tariffazione dei servizi non veniva correlata a criteri di commisurazione ai costi di produzione del servizio di tenuta dei registri e di reperimento delle informazioni ivi trascritte e dei correlativi limiti, "bensì alla mera" e ingiustificata "duplicazione dei

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr.. C. Giust. CE, 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health v. NDC Health* (caso *IMS*), in *Racc.*, 2004, I-5039 ss.; Trib. I Grado, 10 luglio 1991, cause riun. T-69/70/76, in *Racc.*, 1991, II-4865 ss, 535 ss. e 575 ss.; C. Giust. CE, 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91, *RTE e ITP v. Commissione* (caso *Magill*), in *Foro it.*, 1995, IV, 269 ss.; AGCM, Prov. n. 1028/1992, caso *SIP/Sistema GSM*, in *Boll. AGCM*, n. 9/1993; AGCM, Prov. n. 1532/1993, caso *Ducati/SIP*, in *Boll. AGCM* n. 32/1993; cfr. inoltre, AGCM, caso *Cerved/Infocamere*, cit.

tributi o delle tasse previste per l'acquisizione originaria del dato" (Cass., S.U., n. 30175/2011, punto n. 3.2.3, in fine); cosicché, il combinato operare delle norme e delle circolari interpretative produceva – come detto – un effetto limitativo della concorrenza nel mercato rilevante collegato che si poneva in frontale contrasto con quanto previsto dall'art. 8, comma 1°, della Direttiva n. 2003/98/CE.

Insomma, tanto l'abuso di dominanza, quanto il conflitto di interessi qui trovano base e alimento in una "misura" legislativa nazionale – la citata normativa italiana sul riutilizzo dei dati ipo-catastali – fortemente penalizzante per le imprese dei visuristi, ma non per l'Agenzia (e perciò, si deve ritenere, contraria anche alla libertà di circolazione dei servizi). E, sia l'abuso, sia il conflitto di interessi, nel caso di specie vengono ulteriormente esacerbati dalla particolare conformazione dell'attività di pubblico interesse di trascrizione e tenuta dei registri ipocatastali, che si poneva e si pone, rispetto al mercato *a valle* del riutilizzo dei dati come *infrastruttura essenziale* e di fatto non replicabile, anche e proprio in ragione dell'interesse pubblico alla certezza delle informazioni che ne formano oggetto ⁽¹⁶⁰⁾.

In conclusione, la Suprema Corte censura – in quanto appunto *sproporzionato* al perseguimento del fine di interesse generale *ex lege* affidato all'Agenzia (in forza del D.lgs. n. 300/1999 e nello statuto dell'ente pubblico) – l'utilizzazione del suo potere di mercato acquisito in forza del ruolo istituzionale conferitole *a monte* (e derivante dall'intestazione del diritto esclusivo sull'attività di aggiornamento e conservazione dei registri ipocatastali), con modalità e a condizioni abusive, perché capaci di ostacolare o addirittura impedire i servizi *a valle* (attività retribuite di raccolta sistematica, elaborazione e/o distribuzione di informazioni catastali e/o ipotecarie): si censura cioè l'abuso della posizione dominante acquisita con riferimento all'attività di pubblico servizio di registrazione ufficiale e di conservazione dei dati suddetti, rivestiti di un valore economico, quest'ultimo connesso sia alla pubblica fede loro conferita (appunto in forza del particolare procedimento relativo alla loro trascrizione e conservazione)

⁽¹⁶⁰⁾ Pare appena il caso di rilevare che, nel caso di specie, la particolarità di questa sorta di *essential facility* costituita dalla banca di dati e informazioni ipocatastali non deriva da uno sforzo imprenditoriale né da un investimento in innovazione di un'impresa che in tal modo abbia raggiunto (legittimamente) una posizione dominante sul mercato della registrazione fidefacente di tali informazioni (c.d. *autoproduzione*, di cui all'art. 9, L. n. 287/1990), bensì da un generalizzato onere e da un obbligo (fiscale) di trascrizione in capo ai consociati e, correlativamente da obbligo legale di darvi corso unito ad un diritto esclusivo di esercitare tale servizio di raccolta affidato dallo Stato all'Agenzia del Territorio in forza di atti normativi, amministrativi e convenzionali (di cui però può essere verificata la compatibilità con il diritto europeo), in analogia a quanto deciso, con riferimento alla violazione dell'art. 102, TFUE (in connessione, vuoi con l'art. 4, par. 3°, TUE, vuoi con l'art. 106, TFUE), nei casi caso *Deutsche Post* (C. Giust. CE, 10 febbraio 2000, C-147/97 e C-148/97, in *Racc.*, 2000, I-825 ss., spec. pt. 38); caso *Corbeau*, cit. (spec. ptt. 8-10); caso *Höfner e Elser v. Macrotron*, cit. (spec. pt. 28); *CBEM/Telemarketing* (C. Giust. CE, 3 ottobre 1985, caso 311/84, in *Racc.*, 1985, 3261 ss., spec. pt. 18); caso *Sacchi*, cit., spec. ptt. 14 ss.) e nel caso *Aéroports de Paris* (Trib. I Grado CE, 12 dicembre 2000, T- 127/98, cit., spec. pt. 148). Sul fronte nazionale v. ad es. AGCM, Provv. 27 aprile 1995, n. 2970, caso *SIGN/STET-SIP*, in *Boll. AGCM*, n. 17/1995; Provv. 10 gennaio 1995, n. 2262, caso *Telsystem/SIP*, cit., e Provv. 2 marzo 1995, n. 2854, *De Montis Catering Roma/Aeroporti di Roma*, in *Boll. AGCM*, n. 9/1995. Ciò che però appare costante nelle due distinte ipotesi di creazione di un' *essential facility* è il c.d. *aftermarket opportunism* da parte dell'impresa in posizione dominante su un mercato verticalmente integrato (v. *retro*, sub ntt. 124 e 126, e il caso *Deutsche Telecom*, del 2010, ivi cit., quale esempio di "margin squeeze" nel mercato al dettaglio di servizi telefonici e informatici venduti all'ingrosso ad un prezzo pari a quello praticato al dettaglio da un concorrente collocatosi in una posizione dominante grazie ad un' *essential facility* rappresentata da una rete telematica).



sia alla possibilità, giuridicamente contemplata, di farne oggetto di attività di *riutilizzo commerciale* ⁽¹⁶¹⁾.

Per tali ragioni l'antitrust *immunity* offerta dall'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990, qui non poteva operare, così lasciando esposte le condotte dell'Agenzia del Territorio – in quanto agente sul mercato come *impresa* – all'applicazione dell'art. 3 e dell'art. 33, comma 2°, L. n. 287/1990. E la normativa nazionale che fungeva da supporto alle condotte sopra indicate, esorbitanti dall'incarico di pubblico servizio e per giunta abusive ai sensi dell'art. 3, L. n. 287/1990, avrebbe dovuto inoltre essere disapplicata per contrasto con il diritto comunitario, ossia con la Direttiva 2003/98/CE e, più in generale, con la libertà di circolazione di servizi.

6.4. - Al termine di questa analisi, va altresì evidenziato come la normativa *antitrust* italiana abbia introdotto, già a livello di disciplina generale, un insieme di disposizioni ben più specifiche di quanto attualmente risulti dalle corrispondenti norme comunitarie (cfr. l'art. 106, TFUE, e la Direttiva n. 2006/111/CE), offrendo una soluzione di carattere *preventivo* – e in tal modo una tutela generale direi *più avanzata* – rispetto ai possibili *abusi di posizione dominante* da parte di soggetti incaricati di svolgere un SIEG ovvero operanti in regime di monopolio per ragioni di pubblico interesse; e cioè, per meglio dire, rispetto al problema dello sfruttamento abusivo (anticoncorrenziale) dei diritti esclusivi o speciali che di volta in volta vengono attribuiti ad un certo soggetto per consentirgli di erogare il servizio di interesse generale di cui detto soggetto risulti formalmente incaricato.

Infatti, mentre nella disciplina comunitaria si prevede una disciplina di separazione contabile rispetto alle attività di interesse generale sussidiate dallo Stato (artt. 2 e 4, Direttiva n. 2006/111/CE), nella legge italiana si riconosce, sebbene soltanto nel particolare ambito relativo ai SIEG e ai monopoli legali (art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990), il possibile operare della *essential facility doctrine* ⁽¹⁶²⁾.

Un siffatto dovere di condivisione *forzosa* di “beni o servizi, anche informativi” viene configurato nel comma *2-quater*, e a partire dai commi *2-bis*, *2-ter* e così viene ad affiancarsi alla specifica applicazione dell'obbligo (sostanziale) di contrattare su basi non discriminatorie, posto in capo al

⁽¹⁶¹⁾ Invece, nel citato caso *Compass Datenbank* (del 2012), le circostanze concrete – che non rivelavano un tentativo del Governo austriaco (da cui dipendeva direttamente l'Ufficio del Registro delle imprese) di cimentarsi direttamente con l'attività di *riutilizzo* (attività anzi espressamente vietata dalla legge austriaca) dei dati obbligatoriamente registrati nel *Firmenbuch* – permettevano di scindere chiaramente le attività economiche dalle “le attività che si ricollegano all'esercizio di pubblici poteri”, le quali invece “non presentano un carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato FUE” (caso *Compass*, pt. 36 s.; v., in tal senso, C.Giust. CEE, 11 luglio 1985, causa 107/84, *Commiss. vs. Germania*, in *Racc.*, 1984, 2655 ss., ptt. 14-15; il caso, *SAT Fluggesellschaft*, cit., pt. 30, e il caso *MOTOE*, cit., pt. 24), così consentendo alla Corte di non analizzare la questione della sussistenza o meno di un abuso di posizione dominante (ex art. 102, TFUE) nel mercato succedaneo del “riutilizzo commerciale” dei dati iscritti nel pubblico Registro delle imprese austriaco.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. *retro*, par. 5.3 (*sub ntt.* 124 e 126) e nt. 160. Sul punto, v. recentemente C. Giust. CE, 17 febbraio 2011, C-52/09, *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige* (caso *TeliaSonera*), reperibile in www.curia.europa.eu, sulle quali v. G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Merc. conc. regole*, 2/2011, 367 ss.

monopolista *legale ex art. 2597 c.c.* ⁽¹⁶³⁾, sembrando addirittura andare oltre il dovere di consentire un equo accesso ad un' *essential facility*.

Più in particolare, ai sensi dell'art. 8, comma 2-*quater*, L. n. 287/1990, anche in ragione della speciale posizione assunta sul mercato (la cosiddetta *speciale responsabilità*), viene posta in capo alle imprese incaricate di un SIEG ovvero operanti "in regime di monopolio" – e perciò beneficiarie di esenzione, in virtù dell'attribuzione di diritti esclusivi o speciali, dalle regole poste a tutela del mercato concorrenziale (come ad esempio: l'accesso ad un porto, ad un aeroporto, per esercitarvi servizi di cargo o trasporto civile, *handling*, *catering*, ecc. ⁽¹⁶⁴⁾) ovvero la movimentazione di persone e/o merci su rotaia ⁽¹⁶⁵⁾; oppure, come nel caso di specie, a degli archivi registri o banche di dati, per *produrre* e/o distribuire in via professionale e sistematica, informazioni, *report* o *dossier* su certi soggetti e/o beni ⁽¹⁶⁶⁾) – un obbligo giuridico di *accesso* e di *condivisione* – con tutte le "altre imprese direttamente concorrenti" e "a condizioni equivalenti" (*i.e.*, vietandosi discriminazioni), laddove le prime: (a) abbiano dato vita a "società separate" ai sensi del comma 2-*bis* e (b) "rendano disponibili" alle controllate o partecipate operanti in "mercati diversi", "beni servizi anche informativi, di cui abbiano disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte": e ciò al fine di garantire "pari opportunità [e dunque libertà] di iniziativa economica" anche ai *competitors*.

D'altra parte, proprio con il comma 2-*bis* dell'art. 8, L. n. 287/1990, si viene ad imporre la *separazione soggettiva* dell'ente incaricato di rendere il SIEG, da quello che liberamente ingaggi un'attività economica in un mercato limitrofo (e connesso al primo); in tal modo si determina una maggiore trasparenza nei mercati interessati e, insieme, una maggiore chiarezza circa le attività economiche effettivamente condotte, derivante da una separazione giuridica dei *soggetti* esercenti l'attività economica: trattasi di una separazione di attività (economiche) pur imputabili ad un medesimo

⁽¹⁶³⁾ Intorno a tale disposizione, v. recentemente A. MUSSO, *Ditta. Insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2012, spec. 1089 ss. Cfr. inoltre M. LIBERTINI, P.M. SANFILIPPO, voce «Obbligo a contrarre», in *Dig. disc. priv. - Sez. Civ.*, vol. XII, Torino, Utet, 1995, 480 ss., ivi spec. 485 ss. e 515 ss.; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli, 2004, spec. 43 ss.; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza: il Monopolio. Art. 2597*, in *Comm. Cod. Civ.* (fond. da P. Schlesinger), Milano, Giuffrè, 1992, spec. 205 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ V. ad es. Commissione CE, decisione 14 gennaio 1998, *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*, in *G.U.C.E.*, 11 marzo 1998, L 72, 30 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ Tra le prime norme europee sul punto, v. Direttiva n. 91/440/CEE, del Consiglio del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *G.U.C.E.*, 24 agosto 1991, L 237, 25 ss.; Direttiva n. 95/19/CE, del Consiglio del 19 giugno 1995, riguardante la ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, in *G.U.C.E.*, 27 giugno 1995, L 143, 75 ss.; tra le decisioni v. ad es. Commissione CE, decisione 13 dicembre 1994, caso *Eurotunnel*, in *G.U.C.E.*, 31 dicembre 1994, L 354, 66 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ V. ancora il caso *Compass Datenbank* (del 2012), ptt. 40-43. Si possono altresì rilevare delle analogie tra i casi in commento e i provvedimenti dell'AGCM nel caso *Infocamere-Cerved*, cit. (p.ti 5, 2425 e 96) ovvero nei casi di limitazioni illegittime all'accesso agli elenchi degli abbonati ad utenze telefoniche nel caso *SIGN/STET-SIP*, in *Boll.* n. 17/1995 (p.ti 31 ss.), in questi e in altri casi l'AGCM ha rilevato una posizione dominante sul mercato in base al riscontro di un' *essential facility* in capo ad un soggetto esercente un'attività d'impresa e che deteneva il potere esclusivo di utilizzare (ed eventualmente di far utilizzare) l'infrastruttura o base di dati ritenuta essenziale per l'esercizio dell'attività economica nei mercati rilevanti; in base al riscontro della posizione dominante sono stati poi indotte degli obblighi comportamentali proconcorrenziali in capo al detentore della *essential facility*, in particolare quello di consentire a terzi di accedere, cioè di utilizzare, l' *essential facility*, il rifiuto integrando un'ipotesi *abuso* di posizione dominante. Cfr. M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contr. imp./Eu.*, 1999, 260 ss.; S. BASTIANON, *A proposito della dottrina delle Essential Facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Merc. Conc. Regole*, 1/1999, 149 ss.; G. CERVIGNI, *L'intervento pubblico nelle essential facilities: aspetti teorici e analisi istituzionale in Concorr. Mercato*, 1998, 245 ss.



imprenditore, che rispecchia la distinzione tra i singoli mercati considerati; ma che, sul piano del diritto della concorrenza, implica altresì – sebbene soltanto sul piano formale ⁽¹⁶⁷⁾ – una distinta *imputazione soggettiva* delle attività considerate.

A tal proposito, basti qui ricordare che la disciplina codicistica dei cosiddetti *gruppi* impone – *sub artt. 2497-bis e 2497-ter* – diversi doveri di informazione societaria e contabile e correlativi obblighi, sia di deposito, sia di iscrizione nel Registro delle imprese (in una sezione *ad hoc* del predetto registro), tanto del soggetto (non necessariamente una società) che esercita direzione e coordinamento su altra società, quanto di quest’ultima; e così rendendosi pubblici (conoscibili), sia lo stesso *fatto* dell’(attività di) eterodirezione, sia i *rapporti* intercorsi tra le società eterodirette e il soggetto che esercita la direzione unitaria, sia gli *effetti* della stessa attività di direzione e coordinamento sull’attività imprenditoriale delle società controllate, sia con riguardo ai singoli rapporti intercorsi infragruppo, sia con specifico riferimento alla loro gestione da parte di ciascuna società eterodiretta ⁽¹⁶⁸⁾.

Per altro verso, con l’art. 8, comma *2-ter*, L. n. 287/1990, è la stessa disciplina *antitrust* ad imporre l’obbligo di comunicazione preventiva all’AGCM, in ordine alla costituzione (o all’acquisizione del *controllo*, definito nell’art. 7, L. n. 287/1990) ⁽¹⁶⁹⁾ di una società separata per l’esercizio delle attività disgiunte da quelle strettamente afferenti all’esercizio di un SIEG, così creandosi i presupposti per un controllo più tempestivo – e, per l’appunto, *preventivo* – delle condizioni di legittimità relative alla struttura utilizzata e all’individuazione dei mercati considerati come distinti, tali obblighi informativi (adeguatamente sanzionati: cfr. l’art. 8, comma *2-quinquies*, che rinvia ai poteri istruttori di cui all’art. 14 e alle sanzioni di cui all’art. 15, L. n. 287/1990), così svolgendo anche un *effetto deterrente* indiretto.

⁽¹⁶⁷⁾ C. Giust. UE, 20 gennaio 2011, C-90/09 P, *General Química et al. vs. Comm.*, in *Racc.*, 2011, I-1 ss.; C. Giust. CE, 10 settembre 2009, C-97/08P, caso *Akzo Nobel*, in *Racc.*, 2009, I-8237 (spec. ptt. nn. 60 ss.); C. Giust. CE, 14 dicembre 2006, C-217/05, *Confederación Española Empresarios Estaciones de Servicio*, in *Racc.*, 2006, I-11987 ss.; C. Giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riun. C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland et al. vs. Comm.*, in *Racc.*, 2004, I-123 ss.; recentemente v. C. Giust. UE, 8 maggio 2013, C-508/11 P, *ENI s.p.a. vs. Commiss.*, in www.curia.europa.eu, che conferma Trib. I Grado UE, 13 luglio 2011, T-39/07, *ENI s.p.a. vs. Commiss.*, *ibidem* (spec. ptt. 56 ss. e 93-95); Cour de Cassation, 15 novembre 2011, n. 10-21.701 (Prés. Me Foussard; Rapp. Mme Mechel-Amsellem; Av. Général: M. Carre-Pierrat), *Société JC Bramford Excavators Ltd., Société JCB Finance Ltd., Société JCB Sales Ltd., Société JCB Service vs. Société Central Parts*; W.P.J. WILS, *The Undertaking as Subject of EC Competition Law and the Imputation of Infringement to Natural or Legal Person*, in 25 *Eur. Law Rev.* (2000), 2, 106 ss. Cfr. anche gli Aa. citt. nelle due note seguenti.

⁽¹⁶⁸⁾ Sul punto si rinvia a V. CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell’attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 468 ss.; M.T. BRODASCA, *Commento sub art. 2497-bis (Pubblicità)*, in G. SBISÀ (a cura di), *Direzione e coordinamento di società (Artt. 2497-2497septies c.c.)*, in *Commentario alla Riforma delle Società* (dir. da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Milano, Egea-Giuffrè, 2012, 173 ss. Più in generale, cfr., inoltre, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. 27 ss.; G. MERUZZI, *L’informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. imp.*, 2010, 737 ss., ivi spec. 753 ss.; ID., *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, Cedam, 2012.

⁽¹⁶⁹⁾ In merito a tale nozione v., tra molti, P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale* in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust, ibidem*, 1995, 457 ss. (del quale v. pure ID., *Concentrazioni e iniziative legislative italiane in materia antitrust*, in *Dir. econ.*, 1989, 219 ss.); M. LAMANDINI, *Il “controllo” - Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, Giuffrè, 1995; M. NOTARI, *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996; ID. *I “confini” del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 575 ss. Più recentemente, v. F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Il controllo nel pallone. Riflessioni sulle “nozioni” di controllo nella disciplina antitrust alla luce di due decisioni concernenti l’acquisizione di società calcistiche*, in *Riv. soc.*, 2006, 76 ss.

Dal complesso di tali disposizioni pare quindi sostenibile che – nell’ottica complessiva dell’art. 8, L. n. 287/1990 – quel medesimo obbligo ivi imposto di procedere ad una formale distinzione sul piano soggettivo (*ex* comma 2-*bis*) sia capace di sostanziare anche lo stesso riconoscimento della *natura imprenditoriale* dell’attività da condursi *in forma societaria* e in modo *separato* da quella originaria, quest’ultima soltanto risultando eccezionalmente sottratta al regime concorrenziale, alla quale, altrimenti, essa pure sarebbe soggetta.

Cosicché, una volta dato corso all’obbligo di separazione *soggettiva* – cioè sul piano dell’imputazione giuridica formale – delle attività economiche, *ex* art. 8, comma 2-*bis*, L. n. 287/1990, risulta logicamente assai difficile negare, anche sul piano *oggettivo*, la natura *economica* (e dunque, ai fini *antitrust*, imprenditoriale), quanto meno, della *seconda* attività; e dal punto di vista sostanziale, entrambe paiono imputabili al soggetto incaricato di erogare il *SIEG* – la prima direttamente, la seconda indirettamente – e inoltre risultando tra loro legate da tipologie di relazioni che la ricostruzione giurisprudenziale dell’art. 7, e la stessa lettera dell’art. 8, comma 2-*ter*, L. n. 287/1990, non faticano a qualificare come altrettanti rapporti di “*controllo*”⁽¹⁷⁰⁾.

In particolare, rispetto alla seconda attività (economica), valga osservare che, mediante l’obbligo di costituzione di una società separata, ma controllata, dal soggetto incaricato del servizio di interesse generale si è di fatto inteso dichiarare *coram populo* di volerla esercitare professionalmente, anche in ragione del fatto che la norma in esame prescrive l’adozione di una forma organizzativa di esercizio tipicamente utilizzata per condurre un’attività *economica* a scopo di lucro (art. 2247 c.c.): e, di nuovo, a tal fine soccorrono, tra l’altro, le comuni nozioni e regole in ordine agli effetti riconnessi agli obblighi pubblicitari in tema di impresa e, più specificamente, quelli imposti alle società e ai cosiddetti *gruppi di società*.

Proprio tali considerazioni – al netto delle consuete *cautele* e dei *distinguo*, sempre dovuti allorchè ci si appresti a considerare il poliedrico fenomeno societario come necessariamente conformato ad un fine *soggettivamente* lucrativo – sembrano capaci di offrire una conferma ulteriore circa

⁽¹⁷⁰⁾ Per tale nozione cfr. le sentenze e gli Autori citati *retro*, *sub* ntt. 166-169. Va tuttavia osservato che l’aver scisso la titolarità delle attività inizialmente imputabili al medesimo soggetto giuridico può avere l’effetto di rendere quest’ultimo estraneo all’esercizio dell’attività economica fatta oggetto di società separata, ove la prima attività non risulti già di per sè qualificabile in termini di “impresa” a fini *antitrust*: cosicché, almeno in teoria, questo soggetto, inizialmente qualificato in termini di “imprenditore” in quanto esercente due (o più) distinte attività, di cui almeno una *economica* (cioè imprenditoriale a fini *antitrust*) potrebbe *perdere la qualifica* di *impresa* proprio a seguito della separazione soggettiva imposta ai sensi dell’art. 8, comma 2-*bis*, L. n. 287/1990. Tuttavia, ciò non sembra sufficiente ad impedire al soggetto controllante la “società separata” di vedersi imputata una responsabilità per violazione delle norme *antitrust* da parte della propria controllata esercente attività economica, in forza della teoria dell’unità di imputazione delle attività (economiche) svolte rispettivamente dai membri del gruppo quali soggetti formalmente indipendenti (v. ancora il caso *ENI s.p.a. vs. Commissione*, del 2013, spec. ptt. 46-49). Così opinando, peraltro, si intravede una possibile incongruenza tra: (a) l’interpretazione della portata soggettiva dell’art. 2497 c.c., imposta *ex lege* (art. 19, comma 6°, D.L. 1° luglio 2009, n. 78, conv. con modif. in L. 3 agosto 2009 n. 102) e *giusta* la quale si esclude lo Stato e gli enti pubblici territoriali dalla qualifica di soggetti esercenti “attività di direzione e coordinamento”, così esentandoli altresì dalla correlativa responsabilità (sul punto cfr. V. CARELLO, *Brevi note sul privilegio dell’esonero dello Stato dall’applicazione dell’art. 2497*, ecc., cit.) e (b) le norme e l’interpretazione giurisprudenziale ora in parola, le quali invece – proprio in ragione della diversa modalità di ricavare la nozione di impresa a fini *antitrust* (*retro* par. 5.1) – sembrano *indifferenti* alla natura pubblica o privata del soggetto cui viene imputata l’attività *economica*, anche se esercitata attraverso un soggetto giuridicamente distinto dal primo (*i.e.*, a mezzo di una società c.d. *separata*).



l'individuazione del presupposto sistematico idoneo a fondare l'ulteriore obbligo di provvedere a fornire accesso alla *essential facility* detenuta dall'impresa che eventualmente risulti operare beneficiando di un regime di *antitrust immunity ex art. 8, comma 2°*, L. n. 287/1990, non soltanto all'impresa separata, ma *anche ai concorrenti*, e senza poter mettere in atto alcuna discriminazione a loro danno.

7. - Dall'analisi svolta sin qui pare trovarsi conferma del fatto che la decisione del Consiglio di Stato e quelle della Suprema Corte, in modo parallelo – e, anzi, quasi a parti invertite, stante la natura dei soggetti coinvolti: un *consorzio* di diritto privato (sebbene istituito *ex lege* e, fino ad un certo momento, a partecipazione obbligatoria), nella decisione del giudice di Palazzo Spada; l'Agenzia del territorio, quale ente pubblico, nelle sentenze della Cassazione – concorrono in pieno all'opera di costante rideterminazione e affinamento del limite applicativo del diritto della concorrenza: ossia di quella che qui si vorrebbe ora più esplicitamente definire come la *mobile frontiera* dell'applicazione del *diritto dell'impresa*. Tale opera di ricognizione dei confini si lascia qui apprezzare con riguardo ad attività che, pur rientrando nell'ambito di finalità *prima facie* sottratte a dinamiche competitive, perché (e in quanto) rispondenti a interessi pubblici, purtuttavia sono suscettibili di integrare – almeno in prospettiva – un'attività *imprenditoriale* nell'ampio senso in cui tale nozione risulta attualmente individuata alla stregua del diritto *antitrust*, nazionale ed europeo.

Invero, in entrambe le giurisdizioni – e in linea con gli arresti della giurisprudenza comunitaria – si nega che la mera legittimazione legislativa (o anche soltanto regolamentare o provvedimentale) di un soggetto all'erogazione di un servizio di interesse generale, implicante l'attribuzione di un diritto esclusivo o speciale (o un monopolio legale), possa esimerlo dal rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza ove detta attività abbia, anche solo potenzialmente, la capacità di dare vita ad un *mercato* e sia perciò qualificabile come *attività economica*, così rientrando nella nozione comunitaria di *impresa*.

Inoltre, a tal fine ormai di per sé più non rileva, né dunque può soccorrere da sola, l'eventuale natura pubblicistica del soggetto che eroga il servizio (né la mancanza del fine lucrativo). Al fine di verificarne la natura imprenditoriale (ai fini *antitrust*) pesano, invece, le concrete attività condotte dall'ente; e non sono meno importanti le modalità per così dire *operative* a mezzo delle quali le attività medesime vengono esercitate (i *modi* di condurre l'attività).

Questa analisi e il suo positivo riscontro vanno poi rapportati alla cosiddetta *missione istituzionale* di servizio pubblico di volta in volta affidata al soggetto qualificato come impresa: e ciò al fine di controllare se l'esercizio concreto dell'attività volta a volta considerata, condotta in regime di esclusiva (o monopolio), sia effettivamente necessitato dall'attribuzione dell'incarico di interesse generale, chè altrimenti la deroga (eccezionale) all'applicazione del diritto *antitrust* non potrebbe ammettersi. Per condurre un simile vaglio intorno all'attività concretamente esercitata dal soggetto incaricato di un SIEG

– si noti: un vaglio di carattere *oggettivo-sostanziale* – si applica il *principio di proporzionalità* tra mezzo (attività) e fine (interesse pubblico), cioè un approccio funzionale alla tutela del mercato, inteso però come *mercato concorrenziale*.

In altri termini, le norme *antitrust* trovano applicazione con riferimento a soggetti pubblici e privati, l'art. 8, comma 2°, L. n. 287/1990 concedendo una *eccezionale immunità* soltanto alle imprese che gestiscano servizi di interesse generale, ovvero operino in regime di monopolio legale (secondo il testo dell'art. 106, comma 2°, TFEU, "*fiscale*") "ma comunque limitatamente a quanto 'strettamente necessario per la missione affidata' senza che siffatta" *antitrust immunity* "possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la «stretta necessità»": così il Consiglio di Stato nella decisione resa nel caso *COBAT* (n. 3013/2011), a sua volta citando il caso *ETI* del 2006. Ciò implica una verifica caso per caso delle condotte ritenute anticoncorrenziali, misurando in concreto la *proporzionalità* dell'uso fatto del diritto esclusivo o di monopolio rispetto alla missione di interesse generale affidata all'*impresa*.

Rispetto all'approccio oggettivo e funzionale tipicamente comunitario – che privilegia un'attenzione per l'*attività (economica) esercitata* rispetto alle caratteristiche strutturali attinenti alla natura e/o agli attributi istituzionali dell'ente che la conduca (*i.e.*, i suoi profili soggettivi) – e con riferimento alla citata normativa nazionale – che, per altro verso, impone una *separazione* tra le attività istituzionali e quelle connesse (alle seconde non a caso corrispondendo solitamente un *mercato rilevante collegato*) –, mi sembrerebbe possibile riscontrare dei sintomi di ripresa della rilevanza del *profilo soggettivo* dell'impresa.

Detto profilo emerge in tanto in quanto capace di differenziare formalmente il *terminale di imputazione* di un'attività essenziale all'esercizio del SIEG – in relazione alla quale viene concesso un diritto esclusivo o speciale (o monopolio *tout court*) in deroga alle regole generali sulla concorrenza – rispetto ad un'*ulteriore attività economica*, strettamente connessa alla prima (ovvero talora semplicemente una *modalità ulteriore e distinta di esercizio* della prima). Un'attività da svolgersi, di norma, su un mercato adiacente, spesso (verticalmente) integrato rispetto al primo, ove il *soggetto* incaricato del servizio pubblico tenta di estendere indebitamente il proprio diritto speciale o esclusivo (monopolio legale o altro tipo di riserva di attività). E ciò si desume per l'appunto dall'esame del meccanismo applicativo dell'art. 8-*bis*, L. n. 287/1990 (e, sebbene in minor misura, anche europea: cfr. gli artt. 2-4, Direttiva n. 111/2006/CE), alla stregua del quale si impone di *distinguere proprio sul piano soggettivo* l'esercizio di attività (economiche) di interesse pubblico, da quelle *tout court* imprenditoriali.

Ma, si badi, quest'ulteriore recupero della prospettiva soggettiva della nozione di impresa a fini *antitrust* credo si possa concepire solo in un senso preciso e limitato: dovendosi cioè tener fermo il fatto che entrambe queste attività (quella di interesse generale e quella connessa) potrebbero e spesso



dovranno qualificarsi, almeno in potenza, come *attività economiche* alla stregua del diritto della concorrenza; e che tale qualificazione dovrà e potrà aver luogo pur sempre alla stregua dei canoni *oggettivi-funzionali* propri del diritto comunitario (art. 1, comma 4°, L. n. 287/1990).

In questa sorta di *passaggio obbligato* nel ragionamento ricostruttivo-interpretativo che porta a diretto contatto la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale nel confezionare il concetto di *impresa* a fini *antitrust* si riscontra pertanto una sorta di *costante*. Cosicché la relativa nozione potrà essere individuata, a prescindere dalla natura e dalle fonti di finanziamento dell'attività (in ipotesi *economica*), allorché sia configurabile, almeno in via potenziale, un *mercato* per l'attività esercitata e, in relazione all'attività stessa, sia configurabile (almeno) un'astratta possibilità di confronto competitivo in ragione (o in vista) di un'astratta possibilità di profitto; quest'ultimo inteso come una possibilità (ripetesi: anche soltanto astratta) di ritrarre dall'attività svolta (almeno) un *lucro in senso oggettivo*, tale ulteriore elemento trovando conferma nel concetto di *utilizzato* sin dalla sentenza *Altmark* (2003) per computare l'ammontare legittimo della *compensazione* erogabile dai pubblici poteri alle imprese incaricate di pubblico servizio in ragione dello stesso; compensazione che, infatti, per non tradursi in un aiuto di Stato illecito (artt. 107 e 108, TFUE), “non deve eccedere quanto necessario per coprire integralmente o parzialmente i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e” – ed è qui il punto più interessante ai fini della definizione (europea) di impresa – “di un ragionevole margine di profitto” (*Considerando* n. 4, Decisione della Commissione UE, n. 2012/21/UE, del 20 dicembre 2011, emanata in tema di rapporti tra disciplina degli aiuti di Stato e art. 106, par. 2°, TFUE).

Una *costante*, quella della definizione di *impresa* a fini *antitrust*, che pertanto si propaga dal centro alla periferia dell'Unione nel *dialogo* tra le *fonti* europee e quelle nazionali, così come ricostruite nell'ulteriore, parallelo *dialogo* tra la giurisprudenza comunitaria e le corti nazionali, contribuendo a ridefinire i confini delle fattispecie giuridiche per così dire *autoctone*.

Pertanto, il diritto europeo (con il suo ormai irretrattabile primato), da un lato, e il profondo cambiamento nell'economia degli scambi di beni e – oggi soprattutto – di *servizi*, dall'altro, concorrono a determinare anche un ulteriore risultato interpretativo, così collocandosi all'interno di una sequenza *causa-effetto* non facilmente tracciabile nei suoi tutt'altro che lineari sviluppi (circularità). Oggi, invero, la nozione generale di *impresa* – anche a livello domestico – non può essere compresa se non ricorrendo a quel *passepartout concettuale* costituito della tutela della concorrenza o, meglio, dall'affermazione della preminenza della protezione del *mercato* (e, così, dei *consumatori*), come sistema di produzione e di scambio *aperto* e *concorrenziale* ⁽¹⁷¹⁾: un meccanismo che – anche dallo specifico punto di vista dei

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. gli artt. 119, par. 1°, e 173, par. 2°, TFUE. Per il rilievo secondo il quale “oggi”, quando si discute di molti degli istituti e di problemi giuscommercialistici tradizionali – ad esempio quelli relativi all'estensione del concetto di “impresa pubblica” oppure quelli

SIEG – pare capace di esercitare un rilevante *effetto conformativo* sulla stesse modalità di esercizio dell’attività d’impresa, e dunque sulla sua stessa nozione.

Proprio in questa specifica prospettiva pare altresì trovarsi conferma dell’assunto inizialmente ipotizzato (*retro*, par. 3), secondo il quale i SIEG rivestirebbero attualmente una funzione di snodo concettuale per comprendere i diversi pilastri che fondano lo sviluppo e il mantenimento del “mercato interno” e sulla base dei quali si svolge la costruzione dell’ordinamento dell’Unione in vista di una crescita economica *sostenibile* (art. 3, TUE), e individuabili nella tutela della concorrenza, dei *modelli proconcorrenziali della gestione delle attività economiche* – inclusi dunque i servizi pubblici – e, non ultimo, del rispetto dei diritti fondamentali (questi ultimi implicati, per l’appunto, dalle esigenze di tipo sociale sottese all’erogazione di prestazioni tipicamente legate al *welfare state*), andando così a collocarsi nel sistema dei *limiti alla libertà d’intrapresa*, riconosciuti – i primi, così come la seconda – nell’art. 16, Carta di Nizza, in parallelo con l’art. 41, Cost. (cfr., rispettivamente, il primo e il secondo comma).

È per l’appunto in questo articolato contesto, e con riguardo alle specifiche questioni relative all’individuazione delle nozioni di *impresa* nonchè all’applicazione del principio di *proporzionalità* (necessario per delimitare l’area di *antitrust immunity*), che qui si deve in conclusione evidenziare come il dialogo tra le Corti abbia luogo, sia su un piano *orizzontale*, coinvolgendo tanto il *public* quanto il *private antitrust enforcement*, sia in modo *verticale*, il giudice nazionale ricorrendo spesso e abbondantemente agli schemi di ragionamento divisati dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea: con l’effetto – sempre meno facilmente tracciabile nei singoli momenti fondativi (giòva ripeterlo) – di stabilire un reciproco, continuo e pregnante influsso, tra le diverse giurisdizioni individuabili ai vari livelli (nazionale e comunitario), queste ultime a loro volta ingaggiate in una costante dialettica con le fonti positive.

Sicché, mi pare di poter affermare che anche nel faticoso processo di definizione dei SIEG è dato individuare un nuovo punto di emersione dell’attuale centralità della nozione di *impresa* nel panorama giuridico europeo (e dunque anche italiano); e vi si trova altresì conferma della sua *poliedricità*⁽¹⁷²⁾, in dipendenza delle diverse dinamiche dell’economia globalizzata cui faticosamente fanno fronte molteplici reazioni *lato sensu* normative – quelle che concorrono a definire l’“ordine giuridico del mercato”⁽¹⁷³⁾ – così alimentandosi (e non poco) il magmatico quadro delle *fonti*, positive e no.

attinenti alle “società pubbliche” – “parrebbe quasi di non parlar d’altro che di concorrenza, poiché praticamente tutti i testi normativi che hanno inciso sulla sua disciplina (o sulle sue – loro? – discipline) dichiarano di farlo in nome della tutela della concorrenza e del mercato”, v. M.C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 29.

⁽¹⁷²⁾ Di “poliedrica” nozione di impresa – come noto – parlo per primo A. ASQUINI, *Profili dell’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 ss.

⁽¹⁷³⁾ N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato* (1998), in ID., *L’ordine giuridico del mercato*⁵, Bari-Roma, Laterza, 2009, 3 ss.; e v. pure C. FOIS, *Il «giardinere» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell’economia*, cit., spec. 326 ss. e 333 ss.



Perciò – nell’ottica delle consuete esigenze di certezza proprie di ogni attività economica organizzata per il mercato – si rafforza l’esigenza di una sua sempre più precisa definizione, specie alla luce dell’analisi (tecnica) della consistenza del singolo *mercato rilevante*, di volta in volta considerato: del resto, anche la nozione d’impresa invalsa nella ricostruzione prevalente dell’art. 2082, c.c., compendia attività economiche e organizzate rivolte alla produzione e scambio di beni o servizi *per il mercato* (¹⁷⁴). Ed è proprio il *dialogo tra le Corti* a permettere un simile percorso definitorio, e dunque a stimolarne l’affinamento secondo un metodo maggiormente tecnico-analitico, al contempo capace di marcare una differenza rispetto a quella (pur sofferta) ricostruzione della nozione di impresa, così come questa è venuta affermandosi nell’ambito della nostra lunga e prestigiosa tradizione nazionale.

Un siffatto processo appare utile, oggi ancor più di ieri, per traguardare questa fattispecie in netta espansione – basti pensare, per un verso, alla tendenza, propria dei SIEG, ad *invadere* progressivamente l’area di espletamento delle funzioni ed erogazione dei relativi servizi di *welfare* (SIGNE) e, per altro verso, a come attività tradizionalmente ritenute esterne all’ambito dell’impresa (le professioni intellettuali protette, ad esempio) ormai necessitino l’emanazione di norme nazionali *ad hoc* (sebbene talora di dubbia compatibilità con il diritto europeo) per cercare di mantenersi al di fuori dall’arena imprenditoriale (¹⁷⁵) – rispetto a quei fenomeni che, attualmente, ancora non meritano di essere fagocitati nella logica mercantile-concorrenziale, in nome dell’equilibrio tra istanze sociali e politiche

¹⁷⁴ V. *retro*, par. 5.1, testo e nt. 73.

¹⁷⁵ Un significativo esempio di *attività economiche* alle quali risulterebbe tuttavia *ex lege* (nazionale) inapplicabile lo statuto dell’impresa (commerciale), è quello rappresentato dalla specifica disciplina della professione forense (Legge 31 dicembre 2012, n. 247, in *Gazz. Uff.*, 18 gennaio 2013, n. 15, sulla quale v. ad es. i commenti, a cura di G. ALPA, di AA.VV. e dell’UFFICIO STUDI CNF, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 389 ss. e G. SCARSELLI, *Note sulla nuova disciplina dell’ordimento della professione forense*, in *Corr. giur.*, 2013, 301 ss.), seppur in astratto rientrante tra quelle protette (ordinistiche) di cui al D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, recante la riforma degli ordinamenti professionali (e a sua volta attuazione dell’art. 3, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modific. nella Legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modifiche): infatti, negli artt. 3, comma 2°, 4 e 5, comma 2°, lett. m), L. n. 247/2012, dopo aver richiamato (accanto ai tradizionali valori della professione forense) anche i “principi della corretta e leale concorrenza” (rendendosi così finalmente applicabile, ritengo, l’art. 2598 c.c. anche a tali professionisti: ma così aprendosi la via anche alla tutela dei segni distintivi, e in particolare al nome/ditta e insegna dello “studio legale”, e non solo), si contempla l’emanazione di una disciplina *regolamentare* speciale per le *associazioni* (anche multidisciplinari) e per le *società tra avvocati* – benchè queste ultime risultino già *specificamente* disciplinate nel D.Lgs. n. 96/2001 (e perciò suscitando dubbi circa il mancato rispetto della gerarchia delle fonti: così C. IBBA, *Le società tra professionisti: profili generali*, Relazione al Convegno internaz. di Studi, Bolzano, 19 aprile 2013, inedita). Di più, si sente il bisogno di precisare espressamente che la professione forense *non* integra (né perciò la *nuova* società tra avvocati eserciterà) un’attività d’impresa: e ciò benchè, com’è noto, la giurisprudenza comunitaria e nazionale sembrano ormai univocamente orientate in senso contrario, sebbene ai fini specifici dell’applicazione della normativa *antitrust* (cfr. ad es. il caso *Wouters* del 2002, cit., spec. ptt. 46-49; e AGCM, *Provvedimenti* nn. 24377-79, in *Boll. AGCM*, n. 23/2013, 9 ss. (p.ti 45 ss.); A. BERLINGUER, *Il punto (e la linea) su servizi legali e diritto comunitario*, in *Contr. imp./EU*, 2007, 934 ss.). Inoltre, quasi a non voler rischiare alcun fraintendimento, la L. n. 247/2012, ribadendo quanto attualmente disposto dall’art. 16, co. 3°, D.Lgs. n. 96/2001, dichiara le associazioni professionali e le (future) società tra avvocati *non soggette al fallimento né ad altre procedure concorsuali* (ma che dire allora degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che “*concorsuali*” non sono?), sebbene si ammetta che dette società possano assumere anche una “*forma commerciale*” (OPPO; e cfr. l’art. 2249, c.c.); al singolo professionista, avvocato o no (nonché, si potrebbe forse ritenere accedendo ad un’interpretazione costituzionalmente orientata, finanche alle predette società) sembra possa però applicarsi la nuova procedura di *composizione della crisi da sovraindebitamento*, di cui alla L. 27 gennaio 2012, n. 3 (e successive modifiche). Sulle società tra professionisti (o, meglio, società per l’esercizio di attività professionali) contemplate (non dalla citata legge professionale forense né dal citato D. lgs. n. 96/2001, bensì) dall’art. 10, L. 12 novembre 2011, n. 183 (e s.m.i.) nonché dal Regolamento del Ministero della Giustizia, 8 febbraio 2013, n. 34 – e in relazione alle quali, tra l’altro *non* sono state disposte espressamente le esenzioni dalle procedure concorsuali invece concesse alle società tra avvocati (così suscitandosi ora ulteriori dubbi di costituzionalità e comunque creando difficoltà di coordinamento tra le discipline) –, v. M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 3 ss.; ID., *Gli assetti proprietari nelle società tra professionisti*, *ibidem*, 2013, 343 ss.; CNN - COMMISS. STUDI D’IMPRESA, *Studio* n. 41/2012/I, del 22 novembre 2012 (a cura di F.G. NARDONE, A. RUOTOLO, M. SILVA), in *www.notariato.it*. Per la disciplina delle “*professioni non organizzate*” (secondo un sistema “*ordinistico*”), v. la recente L. 14 gennaio 2013, n. 4.

economiche degli Stati membri e della stessa *sostenibilità* dello sviluppo del mercato interno rispetto alla costruzione di una comunità sociale (e non soltanto economica) europea, così come indicato nel fondamentale precetto contenuto nell'art. 3, par. 3°, TUE.