CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO LA PERGOLA

presentate l'11 luglio 1996 *

I — Introduzione

1. Con il presente ricorso la Corte è chiamata a stabilire se i privati siano, oppur no, legittimati ad esperire l'azione di annullamento, qual è prevista dall'art. 173 del Trattato, con riguardo alle decisioni che la Commissione abbia adottato per archiviare esposti diretti a promuovere l'esercizio delle competenze di cui essa è investita dagli articoli 169 e 90, n. 3, del Trattato.

II — Gli antecedenti della causa e gli argomenti delle parti

2. L'associazione di diritto tedesco Bundesverband der Bilanzbuchhalter e. V., ricorrente nel presente giudizio, impugna dinanzi la Corte l'ordinanza di irricevibilità resa dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee il 23 gennaio 1995 nella causa T-84/94 [1].

3. Gli antefatti del procedimento sono riportati nell'ordinanza del Tribunale di primo grado prima citata. L'associazione ricorrente aveva denunciato alla Commissione la legge tedesca relativa alla professione di consulente fiscale (*Steuerberatungsgesetz*) per presunta violazione del diritto comunitario, nella parte in cui questa legge riserva il diritto di esercitare l'attività di consulente in materia fiscale e nei settori affini ad alcune determinate categorie professionali. A giudizio della ricorrente tale normativa contraddice gli artt. 59 e 86 del Trattato CE. La Repubblica federale di Germania avrebbe quindi violato gli obblighi ad essa imposti dallo stesso Trattato, previsti agli artt. 5, secondo comma, e 90, nn. 1 e 2, nel mantenere in vigore siffatta legislazione. La Commissione avrebbe dovuto adoperarsi per porre rimedio ad una tale situazione e vegliare sull'applicazione delle norme del Trattato.

La ricorrente aveva chiesto al Tribunale di annullare, *ex* art. 173 del Trattato, la decisione con cui la Commissione aveva ritenuto di non dare seguito alla denuncia della ricorrente. La decisione controversa nel giudizio di primo grado motivava tale rifiuto sulla base del fatto che nella specie non sussisteva alcuna trasgressione del diritto comunitario.

* Lingua originale: l'italiano.

1 — Racc. pag. II-101.

4. Il Tribunale ha dichiarato irricevibile il ricorso. Esso ha ritenuto, richiamando sul punto la giurisprudenza della Corte [2], che la ricorrente non è legittimata ad impugnare il rifiuto della Commissione di promuovere la procedura di inadempimento nei confronti della Repubblica federale di Germania. La Commissione disporrebbe di «un potere discrezionale che esclude il diritto dei singoli di esigere che essa decida in un senso determinato». «Nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 169 del Trattato», prosegue il Tribunale, «coloro che hanno presentato una denuncia non fruiscono della possibilità di adire il giudice comunitario per contestare dinanzi a esso la decisione della Commissione di archiviare la loro denuncia».

5. Il Tribunale ha ritenuto irricevibile il ricorso anche per quanto riguarda la pretesa violazione dell'art. 90, n. 3, del Trattato, sempre in considerazione dell'ampio potere discrezionale che tale articolo conferirebbe alla Commissione. L'esercizio di un potere così configurato, si dice nell'ordinanza censurata, non è accompagnato da alcun obbligo d'intervento della Commissione. Il giudice di primo grado ha infatti concluso che «le persone fisiche o giuridiche che chiedono alla Commissione di intervenire a norma dell'art. 90, n. 3, non hanno titolo per esperire un ricorso avverso la decisione della Commissione di non far uso delle prerogative devolutele dall'art. 90, n. 3». Nella specie non è stata dunque riconosciuta alla ricorrente la legittimazione ad impugnare il rifiuto in parola della Commissione.

6. La ricorrente adduce ora la presunta violazione del diritto comunitario da parte del Tribunale per non avere tale giudice preso in considerazione lo sviamento di potere in cui la Commissione sarebbe incorsa. Quest'ultima, sempre secondo la ricorrente, avrebbe dato un'interpretazione non corretta dei fatti prospettati nel ricorso in primo grado e posti a base del reclamo introdotto dalla stessa ricorrente al fine di promuovere l'azione prevista dall'art. 169 del Trattato. La Bundesverband sostiene al riguardo che, in caso di non esatta valutazione dei fatti, lo sviamento di potere sussiste allorché è nullo il potere discrezionale della Commissione. Così accadrebbe nel caso in esame. La violazione dell'art. 59 del Trattato, prospettata nella denuncia della stessa ricorrente, sarebbe palese. Esisterebbe dunque, ad avviso dell'attrice, un obbligo di intervento della Commissione che, nella specie, avrebbe dovuto necessariamente dar luogo all'esercizio della procedura *ex* art. 169, nonostante la giurisprudenza della Corte riconosca un ampio potere alla Commissione relativamente all'avvio della procedura di inadempimento e, di converso, neghi ai privati la possibilità di ricorrere in giudizio per sindacare l'eventuale rifiuto di iniziare tale procedura. Il Tribunale avrebbe poi, per parte sua, violato il diritto comunitario per non aver né riconosciuto la sostanziale mancanza di un potere discrezionale della Commissione, né valutato correttamente i fatti che hanno dato origine al ricorso.

2 — V., in particolare, sentenza 14 febbraio 1989, causa 247/87, Star Fruit/Commissione (Racc. pag. 291).

7. Quanto all'art. 90, n. 3, la ricorrente deduce che, sebbene la Commissione sia provvista di potere discrezionale, deve comunque ritenersi che la decisione di non intervenire sulla base di tale articolo costituisca un atto soggetto a controllo giurisdizionale, tanto più in quanto nel caso in esame la divergenza della normativa nazionale tedesca dalle prescrizioni comunitarie sarebbe palese e non avrebbe comunque potuto essere negata dalla Commissione.

8. La Commissione chiede il rigetto del ricorso, adducendo che la costante giurisprudenza della Corte in materia di impugnazione del diniego di promuovere procedure di inadempimento non comporta eccezioni di sorta. Il potere discrezionale di cui la Commissione dispone in tale ambito sarebbe tale da escludere che i privati possano interferire nel suo esercizio o censurarlo davanti al giudice. Si tratterebbe di una facoltà di azione situata nell'ambito di relazioni tra entità pubbliche, ed ispirata, non tanto al *principio di legalità*, quanto al *principio di opportunità*.

I poteri della Commissione *ex* art. 169 del Trattato, prosegue la convenuta, sarebbero paralleli alla facoltà riconosciuta agli Stati membri dall'art. 170 del Trattato. Non diversamente dalla Commissione questi ultimi sarebbero infatti facultati, ma certo non tenuti, ai sensi dell'art. 170, ad attivarsi per far sanzionare le eventuali infrazioni al diritto comunitario commesse da altri Stati membri.

9. La Commissione sostiene poi che l'art. 90, n. 3, del Trattato, al pari dell'art. 169, non consente ai privati di impugnare l'eventuale diniego di provvedimenti da essi promossi. La Commissione disporrebbe, in base vuoi all'art. 169, vuoi all'art. 90, n. 3, di ampio potere discrezionale, e non sarebbe, nell'un caso e nell'altro, vincolata ad adottare specifiche misure.

III — Analisi della controversia

A — *Il profilo relativo all'art. 169*

10. Il ricorso non è fondato, a mio avviso, per quanto riguarda la possibilità di impugnare il diniego opposto dalla Commissione alla richiesta della ricorrente di aprire la procedura di inadempimento prevista all'art. 169.

Prescindo dalla considerazione che la Corte [3] ha in precedenti pronunzie negato ai privati il diritto di adire il giudice comunitario in situazioni del genere, data l'ampia discrezionalità di cui gode la Commissione nell'avviare ed espletare la procedura qui considerata. Tale giurisprudenza è costante, ma

3 — V. sentenza 14 febbraio 1989, Star Fruit, citata, e sentenza del 17 maggio 1990, causa C-87/89, Sonito/Commissione (Racc. pag. I-1981).

esigerebbe qualche precisazione. La pura e semplice previsione del potere discrezionale, anche ampiamente configurato, non esime per vero, in via di principio, la Commissione dal dover agire secondo il principio di legalità, né dunque basta nel nostro caso a precludere che l'attività di tale istituzione possa essere censurata dal privato in sede giurisdizionale. Il che risulta confermato dalla ormai copiosa giurisprudenza della Corte in materia di aiuti di Stato [4], che concilia l'ampia discrezionalità amministrativa di cui la Commissione è investita in quel settore del diritto comunitario con la possibilità di sottoporre l'attività da essa esercitata all'esame dei giudici comunitari.

11. A mio avviso vi è comunque un'altra ragione per non riconoscere il diritto rivendicato con il mezzo in esame dai ricorrenti, la quale ha riguardo alla stessa natura della norma in questione. L'art. 169 del Trattato rientra, in definitiva, fra le disposizioni dirette a regolare l'assetto istituzionale della Comunità e a garantirne il buon funzionamento. Si tratta per l'appunto di norme che concernono esclusivamente i rapporti fra gli Stati membri e le istituzioni.

12. Seppure, una volta messo in opera, l'art. 169 crei indirettamente situazioni giuridiche da cui i privati possono trarre beneficio, esso non conferisce a questi ultimi alcun diritto di interferire, alcuna possibilità di ingerenza, nel procedimento stabilito da tale disposizione, né li autorizza a censurare davanti ai giudici l'esercizio delle competenze e facoltà di scelta riservate alla Commissione. La procedura di inadempimento funziona perciò sul piano dei rapporti interistituzionali, che è inaccessibile ai privati.

13. Certo, si potrebbe dire che nel sistema della tutela giurisdizionale vi è una lacuna, non essendo consentito al privato di promuovere il controllo giurisdizionale sulle decisioni con cui la Commissione decide di non aprire la procedura di inadempimento.

Senonché, colmare una tale lacuna col potere di interpretazione che compete alla Corte comporterebbe, se ben si guarda, profonde modifiche del quadro istituzionale; e ciò proprio in un caso in cui gli autori del Trattato hanno chiaramente voluto configurare la norma che ci concerne nel senso sopra visto: l'art. 169 si colloca nel sistema del Trattato come disposizione regolatrice dei rapporti tra Commissione e Stati membri. Questo è il risultato a cui conduce l'interpretazione sistematica della norma: basti pensare che la facoltà di intervento nei procedimenti di inadempimento promossi dalla Commissione, prevista all'art. 37 dello Statuto della Corte di giustizia, è riconosciuta soltanto agli Stati membri ed alle istituzioni della Comunità. Il soggetto privato scompare da una tale visuale, anche nella fase iniziale a carattere precontenzioso. E da qui discende che il singolo è sprovvisto di legittimazione ad impu-

4 — V., *ex multis*, sentenza 28 gennaio 1986, causa 169/84, Cofaz/Commissione (Racc. pag. 391), e, più di recente, sentenza 15 giugno 1993, causa C-225/91, Matra/Commissione (Racc. pag. I-3203), in particolare punto 41.

gnare l'eventuale diniego opposto dalla Commissione a sue eventuali richieste di intervento.

Non voglio con ciò dire che il sistema giuridico comunitario lasci sotto altro riguardo il privato totalmente sprovvisto di tutela. Così non è. Il singolo potrà far valere dinanzi al giudice nazionale l'illiceità del contegno dello Stato che egli assume lesivo degli obblighi comunitari, prospettare, se del caso, al giudice nazionale le questioni pregiudiziali da porre alla Corte secondo la procedura *ex* art. 177 e fruire dei rimedi che gli sono concessi se le sue pretese risultano fondate, ivi incluso il risarcimento dei danni. Anche per queste considerazioni ritengo di dover concludere che il primo mezzo proposto dalla ricorrente va respinto.

B — *Il profilo relativo all'art. 90, n. 3*

14. Quanto al secondo mezzo, va subito detto che la Commissione — e insieme con essa il Tribunale, per il ragionamento sottinteso nella pronuncia impugnata — mostrano di considerare l'art. 90, n. 3, e l'art. 169 come disposizioni parallele, per così dire. L'art. 90, n. 3, conferirebbe alla Commissione poteri di controllo e vigilanza sugli Stati membri, per quel che concerne le imprese pubbliche e le altre ad esse assimilate ai fini ivi considerati, che si configurano come discrezionali sostanzialmente nello stesso senso in cui lo sono i provvedimenti che la Commissione può adottare *ex* art. 169. Sarebbe dunque sempre questa lata discrezionalità ad impedire, secondo il Tribunale (il quale sul punto richiama una sua precedente sentenza resa nel caso Ladbroke Racing [5]), che i privati possano promuovere l'annullamento delle decisioni *negative*, quale sarebbe quella adottata dalla Commissione nel presente caso. Questo è il solo decisivo profilo della motivazione dell'ordinanza qui censurata. Occorre dunque considerarlo più da vicino.

15. L'art. 90, n. 3, diversamente dall'art. 169, si inserisce nel contesto delle norme appositamente dettate per tutelare la concorrenza e per regolare il comportamento delle imprese nel mercato. Qui si tratta, è vero, di un particolare tipo di impresa. L'art. 90 del Trattato riguarda infatti il caso in cui lo Stato membro turba il corretto svolgersi della concorrenza mediante l'influenza da esso esercitata sulle imprese che controlla o alle quali ha conferito speciali privilegi. La norma è perciò volta a garantire gli operatori economici dall'ingerenza che lo Stato membro, per via dei rapporti che esso intrattiene con le imprese che rivestono i caratteri ivi previsti, possa esercitare, così da mettere a repentaglio le fondamentali libertà economiche sancite dal Trattato. Tale disposizione tutela dunque la concorrenza, sebbene compatibilmente con l'adempimento in linea di diritto e di fatto

5 — Sentenza 27 ottobre 1994, causa T-32/93, Ladbroke Racing Limited/Commissione (Racc. pag. II-1015).

della specifica missione affidata alle imprese del tipo che qui viene in considerazione. Non potrebbe essere altrimenti.

16. Quel che va detto, però, è che i beneficiari delle disposizioni dell'art. 90 sono gli operatori economici. Fin dove si applicano le regole dettate a tutela della concorrenza esse valgono nei confronti delle categorie di imprese alle quali l'art. 90 si riferisce, non meno, e non diversamente, da tutte le rimanenti altre. Il n. 3 della disposizione in esame ci dice poi che «la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

17. Ora, non mi sembra che la lettera e lo spirito dell'art. 90 escludano, come invece ritiene il Tribunale, la possibilità di sottoporre al controllo giurisdizionale le decisioni di diniego adottate dalla Commissione riguardo alle denunce di privati che essa non ritiene meritevoli di accoglimento.

L'art. 90 è collocato tra le altre regole di concorrenza che troviamo al titolo V del Trattato. La *sedes materiae* è significativa. La disposizione si allinea con le altre che concernono il comportamento concorrenziale delle imprese, soprattutto con quelle che regolano gli aiuti di Stato. La collocazione e la finalità della norma depongono dunque nel senso che il privato non può, nel nostro caso, risultare spogliato della tutela giurisdizionale di cui egli fruisce nel vitale settore della concorrenza. È chiaro, in ogni caso, che la disposizione in esame non può essere correttamente assimilata all'art. 169 e alle altre norme specificatamente, anzi esclusivamente, destinate a disciplinare i rapporti istituzionali in ambito comunitario. L'argomento del parallelismo tra art. 90, n. 3, e art. 169, dedotto dalla Commissione, non regge.

18. Né, a mio avviso, si può accogliere il punto di vista adottato dal Tribunale, che ha pronunciato l'irricevibilità del ricorso prodotto dall'interessata avverso il provvedimento di diniego, argomentando tale conclusione anche qui in base al sottostante potere discrezionale dell'istituzione.

Il potere discrezionale della Commissione è così lato, dice il Tribunale, che tale istituzione non ha alcun obbligo di intervenire, né dunque di motivare l'eventuale diniego di intervento di fronte alle richieste ad essa rivolte dalle imprese interessate. Il che comporterebbe la mancata legittimazione di questi ultimi soggetti ad esperire ricorsi avverso i provvedimenti con i quali la Commissione rifiuta di impartire direttive o adottare decisioni nei confronti degli Stati, il cui illecito comportamento è denunciato dal privato. La Commissione deciderebbe dunque di non far uso di un potere che il Tribunale definisce come una vera e propria *prerogativa* ad essa riservata dall'art. 90, n. 3.

19. Ora, a mio avviso, la Corte è chiamata nel nostro caso a riflettere sulla giurisprudenza che si è formata, con le sue pronunce e quelle dello stesso Tribunale, quando il potere discrezionale, lato per quanto esso sia, è attribuito alla Commissione in una materia in cui le ragioni dell'interesse pubblico interferiscono nel sistema del Trattato con quelle della libera concorrenza, ma non al punto di soverchiarle. Pensiamo, per esempio, al caso degli aiuti di Stato [6]. Dove c'è libera concorrenza, lì c'è la tutela del privato, che risale alle fondamenta del mercato comune. Il riconoscimento della insindacabilità del potere discrezionale, quando è il privato a promuoverne il controllo, si giustifica pienamente fin dove l'ordinamento comunitario vuole regolare esclusivamente interessi pubblici e rapporti interistituzionali. Ho già detto, tuttavia, come la specie versi in un settore in cui le istanze della concorrenza si intrecciano e vanno conciliate con quelle prese in considerazione dal Trattato per salvaguardare superiori interessi di ordine generale, anche statuali, ma sempre rilevanti per il diritto comunitario.

20. Il caso che ci concerne va dunque visto, a mio avviso, diversamente da come lo considera il Tribunale. Esso è analogo a quello in cui fosse dedotta in giudizio l'ammissibilità del controllo giurisdizionale sulle decisioni negative in materia di aiuti di Stato; una decisione del genere si può così prospettare: la Commissione è sollecitata da un'impresa concorrente a controllare se l'aiuto concesso ad altre imprese sia compatibile con il Trattato e rifiuta di provvedere in tal senso. Sia in quest'ultimo caso, sia in quello ora all'esame della Corte, spetta alla Commissione adottare provvedimenti che si indirizzano agli Stati membri e li vincolano a determinati obblighi di condotta. Lo Stato membro è, dunque, il naturale destinatario delle decisioni e degli altri atti emanati dalla Commissione, ai sensi vuoi degli artt. 92 e 93, vuoi dell'art. 90 [7]. Il che però non toglie, a me pare, che il privato possa censurare in sede giurisdizionale i provvedimenti della Commissione nell'ambito in cui l'art. 90 gli riconosce il diritto a veder applicata nei suoi confronti la disciplina comunitaria posta a tutela della libertà di impresa e di concorrenza.

21. La conclusione a cui sono pervenuto merita un'ulteriore precisazione. I requisiti soggettivi che afferiscono alla legittimazione processuale per impugnare i provvedimenti della Commissione adottati sulla base degli artt. 92 e 93, e che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte e del Tribunale in tale settore, valgono, a mio avviso, nella prospettiva in cui inquadro l'attuale giudizio, anche con riguardo alla situazione del privato tutelata dall'art. 90, n. 3. Di tale profilo della specie il Tribunale non si è però occupato. Esso ha ritenuto assorbente, ai fini della sua decisione, il difetto assoluto di legittimazione ad agire del privato di fronte all'asserita insindacabilità del provvedimento. Il risultato è giustificato nell'ordinanza censurata, come dicevo, esclusivamente con il motivo dell'am-

6 — V., tra le ultime, sentenza 19 maggio 1993, causa C-198/91, Cook/Commissione (Racc. pag. I-2487) e sentenza 15 giugno 1993, Matra/Commissione, citata.

7 — V. sentenza 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, Paesi Bassi e a./Commissione (Racc. pag. I-565), in particolare punti 31 e 32.

piezza del potere attribuito alla Commissione. L'errore sta nel non aver visto che tale potere incontra, sul terreno dell'art. 90, n. 3, i limiti derivanti dal riconoscimento al privato di diritti soggettivi, il cui mancato rispetto può essere fatto valere dall'interessato davanti al giudice comunitario.

22. Per le considerazioni sopra svolte ritengo quindi che l'ordinanza impugnata vada annullata limitatamente al profilo concernente l'irricevibilità del ricorso quanto al diniego opposto dalla Commissione ad aprire il procedimento previsto dall'art. 90, n. 3, del Trattato.

Trattandosi peraltro di un esame in buona parte relativo all'accertamento di elementi di fatto ed al fine di garantire il diritto al doppio grado di giurisdizione, ritengo utile che il Tribunale di primo grado valuti se altre condizioni di ricevibilità del ricorso siano nella specie soddisfatte e si pronunci eventualmente sul merito della lite.

IV — Sulle spese

23. Ai sensi dell'art. 122 del Regolamento di procedura, spetta al Tribunale di primo grado statuire sulle spese relative al ricorso d'impugnazione accolto dalla Corte allorché la causa è rinviata per la decisione al Tribunale.

Dato che propongo di annullare l'ordinanza impugnata e di rinviare la causa al Tribunale, spetterà a quest'ultimo pronunciarsi sulle spese di giudizio.

V — Conclusioni

24. Alla luce delle considerazioni sopra esposte propongo alla Corte di:

— annullare l'ordinanza di irricevibilità pronunciata dal Tribunale di primo grado delle CE il 23 gennaio 1995 nella causa T-84/94;

— riservare al Tribunale la decisione sulle spese di giudizio.