CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE F.G. JACOBS

presentate il 28 gennaio 1999 *

Indice

I — Introduzione ... I-5755

II — Il quadro normativo nazionale ... I-5756

III — I fatti delle cause principali ... I-5762

A — Causa C-67/96, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie ... I-5762

B — Cause riunite C-115/97, C-116/97 e C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen I-5764

C — Causa C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven ... I-5766

IV — Ricevibilità ... I-5769

V — La portata delle questioni proposte ... I-5771

VI — L'art. 85, n. 1, del Trattato ... I-5772

A — Esame comparativo ... I-5774

B — Applicabilità ratione materiae dell'art. 85, n. 1, del Trattato ... I-5784

1. Se esista un'eccezione generalizzata per il settore sociale ... I-5785

2. Se esista un'eccezione per gli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro ... I-5787

a) Se esista un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva ... I-5787

b) La promozione della contrattazione collettiva nel diritto comunitario I-5794

C — Accordo tra imprese ... I-5802

1. Impresa o associazione di imprese ... I-5802

a) Lavoratori subordinati ... I-5803

b) Sindacati ... I-5805

c) Datori di lavoro ... I-5807

2. Accordo o altro tipo di intesa ... I-5808

D — Restrizione della concorrenza ... I-5809

1. L'accordo per l'istituzione di un fondo pensione unico gestito congiuntamente da datori di lavoro e sindacati ... I-5811

a) Restrizione della concorrenza per quanto riguarda i datori di lavoro . I-5812

b) Restrizioni nei confronti delle società di assicurazioni pensionistiche . I-5816

* Lingua originale: l'inglese.

2. L'accordo per chiedere al ministro competente, congiuntamente ai sindacati, di rendere l'iscrizione obbligatoria per tutte le imprese del settore .. I-5818

VII— Articoli 5 e 85 ..... I-5820

VIII —Qualificazione come imprese dei fondi pensione di categoria olandesi I-5822

IX — Articoli 90 e 86 ..... I-5835

A — Applicabilità dell'art. 90, n. 1: imprese che fruiscono di diritti speciali o esclusivi I-5840

B — Applicabilità dell'art. 86: posizione dominate su una parte sostanziale del mercato comune I-5841

C — Provvedimenti nazionali contrari agli artt. 90 e 86 ..... I-5842

1. Compatibilità dell'obbligo di iscrizione con gli artt. 90 e 86 ..... I-5842

a) Le sentenze del tipo ERT I-5844

b) Le sentenze del tipo Höfner e Elser I-5846

c) Le sentenze del tipo Corbeau I-5849

2. Le norme relative alle esenzioni discrezionali dall'iscrizione obbligatoria I-5853

X — Gli effetti giuridici della sentenza della Corte I-5858

XI — Conclusione I-5861

I — Introduzione

1. Nelle presenti cause, deferite alla Corte dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi e dai Kantongerecht (giudici cantonali) di Roermond e Arnhem, si chiede una pronuncia su alcune questioni relative alla compatibilità con le regole di concorrenza del Trattato di un regime d'iscrizione obbligatoria a fondi pensione di categoria. Le questioni sorgono nell'ambito di opposizioni proposte da tre imprese contro ingiunzioni di pagamento emesse dai fondi pensione di categoria per il pagamento dei contributi dovuti ai rispettivi regimi.

2. Le cause sollevano varie questioni di importanza generale, che occorre risolvere preliminarmente all'esame delle più specifiche questioni di merito. Tutte e tre le controversie sono incentrate sulla questione se un regime nazionale in cui, su richiesta dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore economico, viene resa obbligatoria, per tutte le imprese del settore, l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria, sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 5 e 85 ovvero degli artt. 90, n. 1, e 86 del Trat-

tato. Le cause in esame sollevano anche, in relazione agli artt. 5 e 85 del Trattato, la questione se un contratto collettivo tra lavoratori e datori di lavoro di un determinato settore che istituisce un regime pensionistico di categoria rientri nel campo di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Alla Corte viene quindi chiesto per la prima volta di pronunciarsi sul rapporto che intercorre tra le regole di concorrenza del Trattato e accordi stipulati mediante contrattazione collettiva tra le parti sociali. Un'ulteriore questione, riguardante l'applicazione degli artt. 90, n. 1, e 86 del Trattato, è quella se i fondi pensione di categoria olandesi operanti nel quadro di norme che impongono l'iscrizione obbligatoria ad un fondo pensione di categoria costituiscano imprese ai fini delle regole di concorrenza del Trattato.

II — Il quadro normativo nazionale

3. Il sistema pensionistico olandese poggia su tre pilastri:

— Anzitutto, una pensione base prevista per legge, concessa dallo Stato ai sensi dell'Algemene Ouderdomswet [1] (legge istitutiva di un regime generale di pensioni di vecchiaia; in prosieguo: l'« AOW ») e dell'Algemene Nabestaandenwet (legge istitutiva di un regime generale pensioni superstiti), garantisce all'intera popolazione una prestazione di importo fisso, corrispondente ad una percentuale del salario minimo. La prestazione viene ridotta per ciascun anno in cui il beneficiario non è stato assicurato. L'iscrizione è obbligatoria.

— Inoltre, nella maggior parte dei casi la pensione base viene integrata da pensioni complementari erogate per attività lavorative subordinate o autonome; tali pensioni integrative normalmente vengono gestite da regimi collettivi applicabili ad un settore di attività, ad una professione o ai lavoratori di una determinata impresa.

— Infine, è possibile stipulare, su base volontaria, contratti individuali di assicurazione pensione o di assicurazione sulla vita.

4. Le presenti cause riguardano tutte il secondo pilastro, quello dei regimi pensionistici di categoria che erogano pensioni complementari ai lavoratori. Sotto tale profilo, queste ultime sono diverse dal regime di pensioni complementari esaminato nella causa van Schijndel e van Veen [2],

1 — Stb. 1956, 281.

2 — Sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93 (Racc. pag. I-4705).

che concedeva pensioni ai lavoratori che esercivano una determinata attività autonoma.

5. Ai sensi del diritto olandese, in via di principio i datori di lavoro sono liberi di decidere se offrire o meno pensioni complementari ai loro dipendenti. In caso affermativo, essi possono istituire un regime pensionistico aziendale sotto forma di fondo pensionistico aziendale ovvero mediante un contratto di assicurazione pensione di gruppo concluso con una società di assicurazioni. Essi possono altresì istituire un regime pensionistico di categoria congiuntamente ad altri datori di lavoro o aderire ad un siffatto regime già esistente.

6. Nella pratica, tuttavia, i datori di lavoro sono spesso tenuti ad iscrivere i loro dipendenti ad un fondo pensione di categoria obbligatorio. Questi fondi vengono istituiti mediante accordi collettivi tra i lavoratori e i datori di lavoro dei singoli settori dell'economia. Successivamente, lo Stato rende obbligatoria l'iscrizione al regime da essi offerto.

7. La prima serie di norme applicabili ai detti regimi è la Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds del 17 marzo 1949 [3] (legge olandese sull'iscrizione obbligatoria ad un fondo pensione di categoria, più volte modificata; in prosieguo: la «BPW»).

8. La norma fondamentale è contenuta all'art. 3, n. 1. Essa attribuisce al ministro per gli Affari sociali il potere di emanare, su domanda di più sindacati da lui ritenuti sufficientemente rappresentativi, un provvedimento che renda obbligatoria l'iscrizione di tutti i lavoratori di un determinato settore dell'economia ad un fondo pensione di categoria. Il ministro non può esercitare tale potere in mancanza di una domanda specifica. Prima di adottare la decisione, il ministro competente deve consultare, tra l'altro, il Sociaal-Economische Raad (Consiglio economico e sociale) e la Verzekeringskamer (Camera delle assicurazioni), che ha potere di controllo sui fondi pensionistici e assicurativi.

9. In forza dell'art. 3, n. 2, della BPW, tutte le persone rientranti nella sfera di applicazione del provvedimento, nonché i loro datori di lavoro, devono osservare le norme vigenti per i rispettivi fondi pensione di categoria. Gli obblighi imposti da tali norme, compresi quelli contributivi, possono essere fatti valere giudizialmente mediante azioni esecutive. L'art. 18 attribuisce ai fondi il potere di emettere ingiunzioni di pagamento con forza esecutiva per il recupero dei premi non versati.

10. Nel corso dei lavori parlamentari sfociati nell'adozione della BPW, il governo

3 — Stb. 1949, J 121.

illustrò così gli obiettivi delle norme relative all'iscrizione obbligatoria [4]:

«(...) Il progetto in esame mira a stabilire una disciplina nel settore dei regimi pensionistici privati analoga a quella contenuta nella Wet op het Algemeen Verbindend Verklaren van Bepalingen van Collectieve Arbeidsovereenkomsten (legge relativa all'applicabilità erga omnes delle disposizioni dei contratti collettivi di lavoro) in ordine alle condizioni di lavoro. Esso è pertanto diretto ad evitare che alcuni datori di lavoro di un settore, per effetto della mancata concessione di pensioni, possano avere un vantaggio rispetto ad altri datori di lavoro dello stesso settore (...)».

L'allora ministro per gli Affari sociali dichiarò [5]:

«(...) un'assicurazione pensione di categoria come quella prevista dal presente disegno di legge è particolarmente utile in quanto si basa sull'idea dell'assicurazione collettiva, vale a dire sul principio secondo cui gli appartenenti ad un settore economico, datori di lavoro e lavoratori in primo luogo (...) assumono collettivamente a proprio carico la responsabilità di raccogliere i fondi necessari al fine di far sì che tutti coloro che hanno lavorato in tale settore per un numero sufficiente di anni e che hanno superato una certa età possano ricevere le prestazioni loro occorrenti. Qualora si proceda in tal modo a titolo individuale — come avviene in alcuni casi — e ci si limiti a ciò, avviene che coloro che si trovano nelle condizioni più favorevoli possono provvedere a sé stessi in modo relativamente facile, contrariamente a coloro che si trovano in condizioni meno favorevoli».

11. Ai sensi dell'art. 5, n. 2, della BPW, perché il ministro possa rendere obbligatoria l'iscrizione devono essere soddisfatte diverse condizioni. Ad esempio, a norma dell'art. 5, n. 2, punto IV, i datori di lavoro ed i lavoratori devono avere lo stesso numero di rappresentanti nel consiglio di amministrazione, mentre ai sensi del punto V il fondo dev'essere dotato di personalità giuridica.

12. L'art. 5, n. 2, punto II, elenca una serie di materie che devono essere disciplinate dagli statuti e dai regolamenti del fondo pensione. In particolare, ai sensi dell'art. 5, n. 2, punto II, lett. l), gli statuti ed i regolamenti del fondo devono prevedere la possibilità di esenzione, in determinati casi, dall'obbligo di iscrizione o, quanto meno, da alcuni degli obblighi derivanti da quest'ultima.

13. L'art. 5, n. 3, attribuisce al ministro per gli Affari sociali il potere di adottare «richtlijnen» (direttive) in materia di esenzione dall'obbligo di iscrizione. In forza di tale disposizione, il ministro competente ha

4 — Kamerstukken (atti parlamentari) II 1948-1949, 785, n. 5, pag. 2.

5 — Hand. II, 1° febbraio 1949, pag. 1101.

emanato il Beschikking van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegen een bijzondere pensionsvoorziening (decisione del 29 dicembre 1952 relativa all'adozione delle direttive sull'esenzione dall'iscrizione ad un fondo pensione di categoria a seguito dell'iscrizione ad un regime pensionistico speciale; in prosieguo: le «direttive sull'esenzione» o semplicemente le «direttive», come più volte modificato) [6].

14. In forza dell'art. 1 delle direttive, nella versione applicabile ai fatti delle cause principali, le esenzioni vengono concesse dal fondo pensione di categoria stesso. Le esenzione possono essere richieste individualmente da un lavoratore ovvero, come avviene nelle cause principali, da un datore di lavoro per tutti i suoi dipendenti.

15. Ai sensi dell'art. 1, il fondo può discrezionalmente esentare dall'obbligo di iscrizione un'impresa qualora essa abbia già un proprio regime pensionistico e sempreché siano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 1, lett. da a) a d), delle direttive. L'art. 1, lett. a), elenca i tipi di regimi pensionistici alternativi consentiti, ossia un fondo pensione aziendale, un fondo pensione di categoria diverso o un'assicurazione di gruppo stipulata con un assicuratore privato. L'art. 1, lett. b), dispone che le prestazioni concesse dai regimi pensionistici speciali dell'impresa devono essere almeno equivalenti a quelle concesse dai fondi di categoria. L'art. 1, lett. c), prescrive che il regime alternativo deve presentare sufficienti garanzie per l'adempimento dei suoi obblighi pensionistici. L'art. 1, lett. d), dispone che qualora l'esenzione determini l'uscita dei lavoratori dal fondo, deve essere versata una ragionevole compensazione per il pregiudizio subito sotto il profilo tecnico-assicurativo.

16. A norma dell'art. 5 delle direttive, il fondo deve concedere un'esenzione qualora il regime pensionistico speciale dell'impresa interessata soddisfi i primi tre requisiti sopra menzionati e fosse applicabile sei mesi prima della presentazione della domanda a seguito della quale l'iscrizione al fondo è stata resa obbligatoria.

17. A norma dell'art. 8 delle direttive, ogni decisione su una richiesta di esenzione dev'essere motivata e dev'esserne inviata copia alla Camera delle assicurazioni.

18. L'art. 9 delle direttive prevede la possibilità di presentare reclamo («bezwaar») contro il rifiuto di concedere un'esenzione da parte di un fondo pensione. Sul reclamo è competente a decidere la Camera delle assicurazioni. Il governo olandese afferma che la decisione della Camera delle assicurazioni costituisce una semplice proposta di

6 — *Staatscourant* 1953, 1.

conciliazione e non ha forza di legge. La detta decisione è inappellabile.

19. Secondo il governo olandese, in passato poteva concedersi un'esenzione nel caso in cui un'impresa facente parte di un gruppo di imprese perseguisse una propria politica in materia di condizioni di lavoro, o qualora un datore di lavoro fosse soggetto solo temporaneamente all'obbligo di iscrizione. Invece, all'udienza le imprese ricorrenti hanno asserito che nella pratica le esenzioni non sono mai state concesse, o sono state concesse solo assai di rado. Più avanti esaminerò le modifiche recenti in materia di esenzioni.

20. L'art. 3, n. 4, della BPW conferisce al ministro competente il potere di abolire l'obbligo di iscrizione per l'intero settore. In forza dell'art. 3, n. 5, della BPW, ogniqualvolta vengono modificate le norme che regolano il fondo pensione, il ministro competente deve abolire l'obbligo di iscrizione, salvo che dichiari di non avere obiezioni nei confronti delle modifiche.

21. La seconda serie di norme applicabili ai fondi pensione di categoria è contenuta nel Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (legge sui fondi pensione e sui fondi di risparmio; in prosieguo: la «PSW», come modificata a più riprese). Questa legge stabilisce un quadro generale di riferimento per tutte le categorie di fondi pensione e di fondi risparmio. Il suo obiettivo è tutelare gli assicurati, nel caso in cui un datore di lavoro istituisca un regime di questo tipo, garantendo che i fondi destinati alle pensioni siano effettivamente utilizzati a tal fine.

22. Per conseguire questo obiettivo, l'art. 2, n. 1, della PSW impone ai datori di lavoro di scegliere uno fra i tre regimi diretti a tenere distinti i fondi raccolti a fini pensionistici dal resto del patrimonio dell'impresa. Il datore di lavoro può aderire ad un fondo pensione di categoria, istituire un fondo pensione aziendale o stipulare polizze assicurative individuali o di gruppo con una società di assicurazioni.

23. L'art. 1, n. 6, della PSW chiarisce che la norma è applicabile anche ai fondi pensione di categoria l'iscrizione ai quali sia stata resa obbligatoria ai sensi della BPW.

24. Ai sensi degli artt. 6a e 6b della PSW, introdotti nel 1990, il consiglio di amministrazione di ciascun fondo deve, su richiesta di un certo numero di iscritti, istituire un «deelnemersrad» (consiglio degli iscritti) con funzioni consultive in ordine alla gestione del fondo.

25. Nell'interesse degli iscritti al regime, gli artt. 9 e 10 della PSW precisano le modalità di gestione dei fondi raccolti. La regola generale è contenuta nell'art. 9, che impone

ai fondi pensione di trasferire il rischio relativo agli impegni connessi alle pensioni o di riassicurarlo. Pertanto, al fine di evitare il rischio di cattiva amministrazione o di investimenti sbagliati da parte del fondo, quest'ultimo può utilizzare le somme raccolte unicamente per stipulare contratti con società di assicurazioni.

26. In deroga alla suddetta regola, l'art. 10 autorizza i fondi ad amministrare e investire essi stessi i capitali raccolti, a proprio rischio. In tal caso, essi devono previamente presentare alle autorità competenti un piano di gestione che indichi dettagliatamente il modo in cui essi intendono affrontare il rischio attuariale e quello finanziario. Il piano deve essere approvato dalla Camera delle assicurazioni. Inoltre, i fondi sono soggetti ad un controllo permanente. I conti attuariali profitti e perdite del regime devono essere periodicamente sottoposti all'approvazione della Camera delle assicurazioni. Sembra che, nella pratica, tutti i fondi pensione di categoria esistenti amministrino direttamente a proprio rischio i contributi pensionistici raccolti e che l'eccezione sia quindi divenuta la regola [7].

27. Gli artt. 13-16 della PSW dettano le norme relative all'investimento dei capitali raccolti. Ai sensi dell'art. 13, i beni del regime, insieme alle entrate previste, devono essere sufficienti a coprire gli impegni in materia di pensioni. A norma dell'art. 14, gli investimenti devono essere effettuati «op solide wijze» (in modo prudente).

28. Nelle cause in esame assume un certo rilievo anche la normativa fiscale olandese. Secondo la Commissione, ai sensi del diritto olandese le agevolazioni fiscali relative alle pensioni sono limitate ai casi in cui la pensione complessiva non ecceda un livello «ragionevole». In pratica tale livello è fissato al 70% dell'ultima retribuzione per una carriera lavorativa di 40 anni. In pratica, pertanto, tali norme limitano l'entità delle prestazioni che i regimi pensionistici possono accordare.

29. Secondo il governo olandese, attualmente nei Paesi Bassi esistono 81 fondi pensione di categoria e per 66 di essi l'iscrizione è obbligatoria. Secondo i fondi convenuti nelle cause principali, il 91,6% degli iscritti ad un fondo pensione di categoria è iscritta ad un fondo a cui è obbligatorio iscriversi. Nei Paesi Bassi l'80% dei lavoratori dipendenti è obbligatoriamente iscritto ad un fondo pensione di categoria.

30. Riguardo ai 15 fondi pensione di categoria per i quali lo Stato non ha reso obbligatoria l'iscrizione, il governo olandese afferma che tale intervento statale nella maggior parte dei casi non è necessario, in quanto o esistono accordi collettivi che di fatto obbligano tutti i datori di lavoro appartenenti alla categoria ad iscri-

7 — E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers: juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, Zwolle 1989, pag. 364.

vere i propri dipendenti al fondo, ovvero nel settore esiste solo un numero limitato di grandi imprese che hanno comunque scelto di iscrivere i propri dipendenti al fondo pensione di categoria pertinente. Il governo olandese afferma che i restanti fondi di categoria su base volontaria riguardano solo pochi settori minori o settori nei quali non esiste più un'attività economica di rilievo.

III — I fatti delle cause principali

A — *Causa C-67/96, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*

31. La parte convenuta nella causa principale, la Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (in prosieguo: il «Fondo per l'industria tessile» o il «Fondo»), è un fondo pensione di categoria costituito ai sensi della BPW, operante nel settore tessile. La ricorrente nella causa principale, la Albany International BV (in prosieguo: la «Albany»), è un impresa operante, tra l'altro, nel detto settore.

32. Secondo le parti della causa principale ed il governo olandese, l'iscrizione a vari fondi pensione, ciascuno relativo ad un diverso ramo dell'industria tessile, è stata resa obbligatoria su richiesta dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori con decreto emanato nel 1952. Sono avvenute diverse fusioni e, nel 1975, la fusione degli ultimi due fondi rimasti nel settore tessile e l'istituzione di un unico fondo per l'intero settore ha reso necessaria l'emanazione di un nuovo decreto che rendesse obbligatoria l'iscrizione al Fondo convenuto nella causa principale. L'Albany ha adempiuto il suo obbligo di partecipazione a tale regime fin dal 1975.

33. Dal 1975 in poi il Fondo ha operato sulla base di un regime cosiddetto ad importo fisso. Le prestazioni pensionistiche non erano commisurate alla retribuzione, bensì consistevano in un importo fisso per ciascun anno di attività. Secondo l'Albany, la pensione massima a cui un lavoratore poteva aspirare dopo cinquant'anni di servizio era pari ad appena 200 NLG al mese.

34. Nel 1981 l'Albany ha pertanto istituitò un regime pensionistico complementare, gestito da una società di assicurazioni. Esso garantiva ai dipendenti prestazioni che, cumulate con la pensione base ai sensi dell'AWO e con la pensione complementare concessa dal Fondo, determinavano una pensione complessiva, per 40 anni di servizio, pari al 70% dell'ultima retribuzione.

35. A partire dal 1° gennaio 1989, in seguito a negoziati tra le parti sociali del settore, il Fondo ha modificato le norme relative al regime pensione complementare

e ha introdotto un regime pensionistico agganciato alla retribuzione. L'obiettivo del regime è analogo a quello del regime complementare dell'Albany: portare i lavoratori con 40 anni di servizio a beneficiare di una pensione complessiva pari al 70% dell'ultima retribuzione.

36. L'Albany ha ritenuto che il proprio regime pensionistico rimanesse comunque più vantaggioso per i lavoratori rispetto al nuovo regime del Fondo e che le modifiche da apportare al proprio regime, divenute necessarie dopo la modifica del regime obbligatorio di categoria, fossero sproporzionatamente onerose. Essa ha pertanto chiesto al Fondo di esentarla dall'obbligo di partecipazione.

37. Il Fondo ha respinto la richiesta con decisione 28 dicembre 1990. Esso ha sostenuto, tra l'altro, che ai sensi delle direttive sulla concessione di esenzioni non esisteva alcun obbligo a suo carico di concedere l'esenzione, in quanto lo speciale regime pensionistico dell'Albany non era in vigore sei mesi prima della presentazione della domanda di rendere obbligatoria la partecipazione al regime pensionistico. L'Albany avrebbe pertanto avuto diritto ad un'esenzione soltanto qualora avesse istituito il proprio regime prima del 1975.

38. L'Albany ha presentato reclamo contro la detta decisione dinanzi alla Camera delle assicurazioni. Con lettera del 18 marzo 1992, quest'ultima precisava alle parti che a buon diritto, in forza delle direttive sull'esenzione, il Fondo aveva reputato di non essere tenuto a concedere un'esenzione.

39. Essa aggiungeva però:

«Poiché l'autrice del reclamo, al momento dell'introduzione di detta modifica (il 1° gennaio 1989), aveva già provveduto da molti anni a garantire, per i suoi dipendenti, un regime pensionistico complementare almeno equivalente al regime dal Fondo introdotto a tale data, riteniamo opportuno chiedere al Fondo di avvalersi del suo potere di concedere un'esenzione, oppure — qualora il fondo in questione possa dimostrare a questa Camera delle assicurazioni, il che non è ancora avvenuto, che nella specie non è giustificata una posizione flessibile — di consentire in ogni caso un termine di preavviso».

40. Nonostante questa decisione, il Fondo non ha riconsiderato la sua decisione e, su sua istanza, l'11 novembre 1992 è stata notificata all'Albany un'ingiunzione, ai sensi dell'art. 18 della BPW, di pagamento dei contributi regolamentari per l'anno 1989, oltre ai relativi interessi e alle spese di riscossione.

41. L'Albany ha proposto opposizione a tale ingiunzione dinanzi al Kantongerecht di Arnhem, sostenendo, tra l'altro, che il

sistema olandese di iscrizione obbligatoria era incompatibile con le regole di concorrenza del Trattato.

42. Il Kantongerecht ha fatto propria la considerazione della Camera delle assicurazioni secondo cui il regime dell'Albany era almeno equivalente al regime introdotto dal Fondo a partire dal 1° gennaio 1989. Esso ha inoltre ritenuto che i rapporti tra il Fondo e gli iscritti debbano rispondere a «esigenze di ragionevolezza e di equità e/o ai principi generali di buona amministrazione». Pertanto, un fondo pensione di categoria, nel decidere se concedere o meno un'esenzione, deve tenere nel massimo conto il parere della Camera delle assicurazioni, organo indipendente indicato dalla legge.

43. Riguardo all'asserita violazione del diritto comunitario, il Kantongerecht, con sentenza 4 marzo 1996, ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un fondo pensionistico di categoria ai sensi dell'art. 1, n. 1, sub b), della BPW costituisca un'impresa ai sensi degli artt. 85, 86 o 90 del Trattato CE.

2) In caso di soluzione affermativa della questione sub a), se l'imposizione dell'obbligo d'iscrizione per le imprese industriali sia una misura adottata da uno Stato membro che annulla l'effetto utile delle regole di concorrenza che si applicano alle imprese.

3) In caso di soluzione negativa della questione sub b), se altre circostanze possano rendere l'obbligo d'iscrizione incompatibile con quanto disposto dall'art. 90 del Trattato e, in caso affermativo, quali».

B — *Cause riunite C-115/97, C-116/97 e C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*

44. Con decreto 28 giugno 1958 (in prosieguo: il «decreto del 1958» o il «decreto»), emanato in seguito a una domanda presentata l'8 marzo 1958 dai rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro del settore del commercio di materiali da costruzione, il segretario di Stato per gli Affari sociali aveva reso obbligatoria l'iscrizione alla Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen (in prosieguo: il «Fondo pensione di categoria del settore del commercio di materiali da costruzione» o il «Fondo»). Il decreto, che era fondato sulla BPW, è stato successivamente modificato in varie occasioni.

Esso stabilisce che l'iscrizione è obbligatoria per i lavoratori di età compresa fra 23 e 64 anni occupati in un'impresa esclusivamente o prevalentemente operante nel commercio all'ingrosso di materiali da costruzione.

45. Secondo le parti della causa principale, il Fondo opera sulla base di un regime ad importo fisso. Le prestazioni pensionistiche concesse non sono agganciate alla retribuzione, ma consistono in un ammontare fisso per ciascun anno di lavoro, uguale per tutti i lavoratori. Secondo il Fondo, la pensione massima, che può variare a seconda della durata della carriera lavorativa, è pari a 5 300 NLG all'anno. In pratica, la maggior parte dei lavoratori del settore raggiunge una pensione complessiva pari al 70% dell'ultima retribuzione.

46. La Brentjens' Handelsonderneming BV (in prosieguo: la «Brentjens») ha iniziato la sua attività nel 1963. Il 1° gennaio del 1968 essa ha dato vita ad un regime pensionistico per i suoi dipendenti presso la società di assicurazioni De NV Levensverzekerings Maatschappij de Nederlanden van 1870, divenuta in seguito Generali Levensverzekeringsmaatschappij NV (in prosieguo: la «Generali»), società di diritto olandese cui è applicabile la Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (legge sul controllo delle assicurazioni del 1993), appartenente al gruppo italiano Assicurazioni Generali.

47. Nel 1989 il Fondo è venuto a conoscenza dell'esistenza della Brentjens e con effetto dal 1° gennaio 1990 ha incluso la stessa nel proprio regime pensionistico dispensandola dal versamento dei contributi per i periodi precedenti. Il Fondo si è quindi impegnato a rispettare, per il periodo compreso tra il 1963 ed il 1° gennaio 1990, il preesistente regime pensionistico della Brentjens.

48. La Brentjens ha sostenuto che il regime pensionistico convenuto con la Generali era più vantaggioso rispetto a quello offerto dal Fondo relativamente al livello sia dei contributi che delle prestazioni e ha chiesto un'esenzione dall'iscrizione obbligatoria. Con decisione del 23 agosto 1994, il Fondo ha respinto la richiesta della Brentjens. Avverso tale decisione, quest'ultima ha presentato reclamo alla Camera delle assicurazioni, che lo ha respinto e ha considerato corretta, con una decisione del 18 maggio 1995, la decisione del Fondo.

49. Il 13 maggio 1996 il Fondo ha notificato alla Brentjens tre distinte ingiunzioni di pagamento dei contributi dovuti ai sensi del suo regolamento pensione per gli anni 1990-1994, 1995 e 1996.

50. Contro le ingiunzioni la Brentjens ha proposto opposizione, intentando tre cause distinte dinanzi al Kantongerecht di Roermond. Risulta che la Brentjens e la Generali abbiano anche presentato congiuntamente una denuncia alla Commissione per violazione degli artt. 3, lett. g), 5 e 85, 90 e 86, e

52 e 59 del Trattato da parte dei Paesi Bassi e del Fondo.

51. Il 18 marzo 1997 il Kantongerecht ha pronunciato tre sentenze identiche, con le quali ha respinto tre dei quattro motivi dedotti della Brentjens. In relazione al quarto motivo, relativo all'incompatibilità dell'obbligo di iscrizione al Fondo con il diritto comunitario, il Kantongerecht ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni:

«1) Se l'art. 85, n. 1, del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che sussiste un accordo tra imprese o una decisione di un'associazione di imprese che restringa la concorrenza o pregiudichi il commercio fra gli Stati membri, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CE, qualora all'interno di un determinato settore economico le parti sociali stipulino accordi in materia pensionistica, in base ai quali per l'intero settore economico di cui trattasi viene istituito un unico fondo pensione di categoria, al quale in via di principio saranno iscritti obbligatoriamente tutti i lavoratori appartenenti al detto settore economico e che otterrà il diritto esclusivo alla gestione delle somme accantonate per le pensioni nel settore in questione.

2) Se gli artt. 3, lett. g), 5 e 85 del Trattato CE, in combinato disposto fra loro, debbano essere interpretati nel senso che sussiste una violazione di dette disposizioni qualora i pubblici poteri impongano l'obbligo di iscriversi ad un unico fondo pensione di categoria, come descritto sub 1), per imprese di un determinato settore economico.

3) Se la nozione di "impresa", ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato CE (artt. 85-94 del Trattato CE), debba essere interpretata nel senso che rientra nel suo ambito un fondo pensione di categoria ai sensi della "Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds" (legge sull'iscrizione obbligatoria ad un fondo pensione di categoria).

4) Se gli artt. 86 e 90 del Trattato CE, in combinato disposto fra loro, debbano essere interpretati nel senso che sussiste una violazione di detti articoli qualora i pubblici poteri attribuiscano ad un fondo pensione di categoria un diritto esclusivo, il quale comporta una notevole limitazione della libertà di affidare la gestione di un sistema pensione ad un assicuratore privato».

C — *Causa C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*

52. L'opponente nel procedimento principale, la Maatschappij Drijvende Bokken BV (in prosieguo: la «Drijvende Bokken»), opera nel settore del noleggio di gru galleggianti, di regola unitamente a rimor-

chiatori, per l'impiego nell'industria offshore, nelle attività di costruzione ed edilizie, nelle costruzioni e riparazioni navali, nell'industria chimica e per sollevare carichi pesanti su pontoni e navi.

53. La parte convenuta nel procedimento principale, la Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (in prosieguo: il «Fondo portuale» o il «Fondo»), è un fondo pensione di categoria ai sensi della BPW. Con decreto 9 settembre 1959 (in prosieguo: il «decreto del 1959» o il «decreto»), il segretario di Stato per gli Affari sociali e per la Sanità, facente vece del ministro, ha reso obbligatoria l'iscrizione al Fondo per i lavoratori dipendenti di sesso maschile aventi almeno 18 anni di età, abitualmente occupati presso un'impresa portuale situata nella zona portuale di Rotterdam e dintorni. Con decreto 17 dicembre 1991 la portata del decreto è stata estesa ai lavoratori abitualmente occupati presso un'impresa portuale o ad essa equiparata.

54. Secondo la Drijvende Bokken, il Fondo opera sulla base di un regime ad importo fisso in cui le prestazioni pensionistiche non sono agganciate alla retribuzione.

55. La Drijvende Bokken ha ritenuto di non rientrare nell'ambito di applicazione del decreto e ha pertanto aderito ad un altro fondo pensione. A seguito dell'estensione del campo di applicazione del decreto avvenuta nel 1991, il Fondo ha sostenuto che la Drijvende Bokken vi rientrava e che l'iscrizione al Fondo dei dipendenti di questa era obbligatoria. Il Fondo ha pertanto notificato alla Drijvende Bokken un'ingiunzione di pagamento, intimandole di versare contributi pensionistici, oltre a interessi e spese, per un importo pari a 132 000 NLG.

56. La Drijvende Bokken ha proposto opposizione all'ingiunzione di pagamento dinanzi al Kantongerecht. Essa ha sostenuto, anzitutto, di non rientrare nell'ambito di applicazione del decreto e, in subordine, che l'obbligo di iscrizione era incompatibile con le regole di concorrenza comunitarie.

57. Il Kantongerecht ha considerato che i dipendenti della Drijvende Bokken non erano occupati in un'impresa portuale ai sensi del decreto e che pertanto l'opposizione della Drijvende Bokken era fondata.

58. Nel giudizio d'appello promosso dal Fondo, l'Arrondissementsrechtbank (Tribunale distrettuale) ha dichiarato che i dipendenti della Drijvende Bokken erano occupati in un'impresa portuale o in un'impresa ad essa equiparata e che pertanto il decreto era applicabile. Esso ha inoltre respinto la censura della Drijvende Bokken secondo cui la regola dell'iscrizione obbligatoria al Fondo è in contrasto con le regole di concorrenza comunitarie, rilevando che il Fondo non poteva essere considerato alla

stregua di un'impresa ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato, bensì, piuttosto, come un istituto previdenziale.

59. Il ricorso della Drijvende Bokken dinanzi allo Hoge Raad è basato esclusivamente sul motivo secondo cui la regola dell'iscrizione obbligatoria è in contrasto con il diritto comunitario. Lo Hoge Raad ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se debba essere considerato un'impresa ai sensi degli artt. 85, 86 o 90 del Trattato CE un fondo pensionistico di impresa, quale [il Fondo], a cui devono obbligatoriamente aderire in forza della [BPW] tutte le categorie associate alla vita dell'impresa oppure una o più categorie determinate.

2) Qualora varie organizzazioni, che successivamente sono state considerate dal ministro come sufficientemente rappresentative delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori ai sensi dell'art. 3, n. 1, della [BPW], chiedano al ministro, in base a detta disposizione legislativa, di rendere obbligatoria la partecipazione ad un determinato fondo pensionistico ai sensi della stessa legge, se detta azione comune delle stesse organizzazioni debba essere considerata come un accordo fra imprese, oppure come una decisione di associazioni di imprese, oppure come una pratica concordata ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CE, che — ai sensi della stessa disposizione del Trattato — 1° può pregiudicare il commercio tra Stati membri e 2° ha per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

3) Se il fatto di rendere obbligatoria detta partecipazione debba essere considerato una misura che può far venir meno l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese, o quanto meno una misura con cui uno Stato membro impone o favorisce l'adozione di accordi incompatibili con l'art. 85 o rafforza i loro effetti, oppure se ciò si verifichi solo in determinate circostanze e, in quest'ultimo caso, quali siano tali circostanze.

4) Qualora l'ultima delle questioni precedenti debba essere risolta negativamente, se altre circostanze possano far sì che la partecipazione obbligatoria sia incompatibile con il disposto dell'art. 90 del Trattato CE e, in caso affermativo, quali siano tali circostanze.

5) Se la partecipazione obbligatoria possa essere considerata come l'attribuzione ad un fondo pensionistico d'impresa di un diritto esclusivo ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato CE e se in tal modo si conceda a siffatto fondo pensionistico

una posizione dominante, di cui esso abusa con il mero esercizio del diritto esclusivo assegnatogli, in particolare poiché per effetto della partecipazione obbligatoria il commercio fra gli Stati membri può essere pregiudicato, e in quanto, in violazione dell'art. 86, n. 2, lett. b), la prestazione dei servizi viene limitata a danno delle imprese obbligatoriamente iscritte ed eventualmente dei lavoratori. Oppure se la partecipazione obbligatoria possa creare una situazione in cui un fondo pensionistico è indotto a commettere siffatto abuso, o quanto meno è posto in una situazione nella quale esso non potrebbe porsi senza violare l'art. 86, mentre in ogni caso non si garantisce un sistema di concorrenza non falsata.

6) Qualora la partecipazione obbligatoria sia incompatibile con il diritto comunitario, se ciò comporti che il detto obbligo non è valido giuridicamente».

IV — Ricevibilità

60. Nella causa C-67/96, Albany, i governi francese e olandese, richiamandosi alle sentenze Meilicke [8], Telemarsicabruzzo [9] e Max Mara [10], sostengono che le questioni potrebbero essere irricevibili, in quanto il giudice a quo non illustra in modo sufficiente il contesto di fatto e di diritto in cui esse si inseriscono. Anche la Commissione esprime qualche dubbio al riguardo. Nelle cause riunite da C-115/97 a C-117/97, Brentjens, il governo francese solleva un'obiezione analoga.

61. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che le informazioni sul contesto di fatto e di diritto fornite nelle decisioni di rinvio pregiudiziale servono essenzialmente a due scopi.

62. Anzitutto, esse consentono alla Corte di fornire un'interpretazione utile al giudice nazionale [11]. Come ha osservato la Corte, l'esigenza di un'informazione adeguata vale in modo del tutto particolare nel settore della concorrenza, caratterizzato da situazioni di fatto e di diritto complesse [12]. Al riguardo, nelle loro osservazioni scritte, le parti nei procedimenti principali, il governo olandese e la Commissione hanno fornito alla Corte un gran numero di informazioni sulle circostanze di fatto in cui sono sorte le controversie e sulla normativa olandese.

8 — Sentenza 16 luglio 1992, causa C-83/91 (Racc. pag. I-4871).

9 — Sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Telemarsicabruzzo e a. (Racc. pag. I-393).

10 — Ordinanza 21 dicembre 1995, causa C-307/95 (Racc. pag. I-5083).

11 — V. sentenze Meilicke, citata alla nota 8, punto 26, e Telemarsicabruzzo, citata alla nota 9, punto 6.

12 — Sentenza Telemarsicabruzzo e a., citata alla nota 9, punto 7, e ordinanza 19 marzo 1993, causa C-157/92, Banchero (Racc. pag. I-1085, punto 5).

Ritengo pertanto che, nonostante tutte le possibili lacune delle decisioni di rinvio dei giudici nazionali, la Corte sia in grado di fornire una soluzione utile alle questioni sollevate dai giudici nazionali.

63. L'obbligo di fornire informazioni adeguate circa il contesto di fatto e di diritto serve anche ad un secondo scopo, ossia dare ai governi degli Stati membri e agli altri interessati la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto CE della Corte. Incombe alla Corte vigilare affinché tale possibilità sia salvaguardata [13]. A tale proposito occorre tener presente che agli interessati vengono notificate solo le decisioni di rinvio [14].

64. Per quanto riguarda, anzitutto, il contesto di diritto, concordo con i due governi e con la Commissione che nella causa Albany il Kantongerecht fornisce informazioni relativamente scarse, limitandosi a menzionare talune disposizioni della BPW applicabili nella fattispecie. Tuttavia, le due decisioni parallele di rinvio nelle cause Brentjens e Drijvende Bokken sono state notificate ai governi e alla Commissione rispettivamente quattro e tre mesi prima della conclusione della fase scritta nella causa Albany, in conseguenza del fatto che il procedimento nella causa Albany era stato sospeso. Il rinvio pregiudiziale dello Hoge Raad nella causa Drijvende Bokken, in particolare, contiene una dettagliata esposizione del contesto normativo olandese. I governi francese e olandese e la Commissione hanno presentato le loro osservazioni scritte nella causa Albany dopo quelle presentate nella causa Brentjens e parallelamente a quelle presentate nella causa Drijvende Bokken. Dalle osservazioni presentate nella causa Albany risulta che essi erano a conoscenza delle altre due decisioni di rinvio pregiudiziale. È chiaro, quindi, che coloro che intendevano presentare osservazioni erano sufficientemente edotti circa il contesto normativo olandese in tempo utile per prendere posizione sulle questioni sollevate.

65. In secondo luogo, per quanto riguarda il contesto di fatto, non concordo con l'affermazione secondo cui nelle cause Albany e Brentjens le ordinanze di rinvio non sono abbastanza chiare. Le ordinanze spiegano chiaramente i motivi per i quali i giudici quibus necessitano di un'interpretazione del diritto comunitario per poter pronunciare le loro sentenze nelle rispettive cause ed il ragionamento su cui si basano le loro questioni.

66. Ritengo pertanto che le questioni deferite in tutti e tre i procedimenti siano ricevibili.

13 — Ordinanze Max Mara, citata alla nota 10, punto 8, e 13 marzo 1996, causa C-326/95, Banco de Fomento e Exterior (Racc. pag. I-1385, punto 7).

14 — Ordinanze Max Mara, citata alla nota 10, punto 8, e 20 marzo 1996, causa C-2/96, Sunino e Data (Racc. pag. I-1543, punto 5).

V — La portata delle questioni proposte

67. Concordo con la Commissione sul fatto che le questioni proposte dai giudici nazionali sollevano cinque diversi problemi.

68. Il primo problema è, anzitutto, quello di stabilire se sussista violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato qualora i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro appartenenti ad un determinato settore economico stipulino un accordo collettivo per istituire un unico fondo pensione di categoria avente il diritto esclusivo di amministrare i contributi riscossi e chiedano congiuntamente alle autorità di rendere obbligatoria l'iscrizione al Fondo per tutti gli appartenenti a tale settore [15]. In secondo luogo, si pone il problema se uno Stato membro violi il combinato disposto degli artt. 5 e 85 del Trattato nel caso in cui, su domanda dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, renda obbligatoria l'iscrizione al fondo pensione di categoria per tutte le imprese appartenenti al corrispondente settore economico [16]. Il terzo problema è quello se i fondi pensione di categoria olandesi siano da considerarsi «imprese» ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato [17]. Il quarto problema è quello se uno Stato membro contravvenga al combinato disposto degli artt. 86 e 90 del Trattato nel caso in cui renda obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria ed attribuisca a quest'ultimo un diritto esclusivo di amministrare i contributi riscossi [18]. Infine, qualora tale iscrizione obbligatoria fosse dichiarata contraria al diritto comunitario, quali sarebbero le conseguenze giuridiche di questa decisione [19].

69. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken chiedono alla Corte di valutare, quale sesta questione, la compatibilità della normativa olandese con il combinato disposto degli artt. 90 e 52 o 59 del Trattato. Esse sostengono che nella causa Albany il Kantongerecht di Arnhem solleva indirettamente il problema chiedendo, nella terza questione, se «altre circostanze» possano rendere l'obbligo d'iscrizione incompatibile con l'art. 90 del Trattato.

70. Dall'ordinanza di rinvio nella causa Albany risulta che il Kantongerecht ha modellato le proprie questioni sulle ultime tre questioni formulate dallo Hoge Raad nella causa van Schijndel [20], che la Corte non ha risolto per motivi di ordine procedurale. È inoltre chiaro che il Kantongerecht ha inteso le tre questioni come riguardanti soltanto le regole di concorrenza comunitarie. Nessun elemento del fascicolo di causa indica che le parti o il

15 — Prima questione nella causa Brentjens e seconda questione nella causa Drijvende Bokken.

16 — Seconda questione nella causa Brentjens, terza questione nella causa Drijvende Bokken e, in una certa misura, seconda questione nella causa Albany.

17 — Terza questione nella causa Brentjens e prima questione nelle cause Drijvende Bokken e Albany.

18 — Quarta questione nella causa Brentjens, questioni quarta e quinta nella causa Drijvende Bokken e terza questione nella causa Albany.

19 — Sesta questione nella causa Drijvende Bokken.

20 — Cause riunite C-430/93 e C-431/93, citate alla nota 2.

giudice nazionale abbiano trattato l'applicabilità degli artt. 52 o 59 del Trattato, che impongono l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi all'interno della Comunità. Nella causa Albany, a differenza della fattispecie in esame nella causa Brentjens, in cui è implicata una società di assicurazioni straniera che opera tramite la sua filiale olandese, non pare sussista alcun elemento transfrontaliero. Ritengo pertanto che la questione del Kantongerecht, nonostante la formulazione apparentemente ampia, non possa essere interpretata nel senso che riguarda anche l'applicabilità degli artt. 52 o 59 del Trattato.

VI — L'art. 85, n. 1, del Trattato

71. Passo ora all'esame della prima questione, e cioè quella di stabilire se sussista violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato qualora i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro di un particolare settore economico stipulino un accordo collettivo per istituire un unico fondo pensione di categoria avente il diritto esclusivo di amministrare i contributi riscossi e chiedano congiuntamente alle autorità di rendere obbligatoria l'iscrizione al fondo per tutti gli appartenenti al corrispondente settore.

72. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken sostengono che in tali circostanze i datori di lavoro di un determinato settore contravvengono all'art. 85, n. 1, del Trattato. I loro argomenti sono formulati come segue.

73. Anzitutto, si è in presenza di «accordi tra imprese» ai sensi dell'art. 85, n. 1. Ogni contratto collettivo tra rappresentanti dei lavoratori e rappresentanti dei datori di lavoro implica un accordo tra datori di lavoro per negoziare congiuntamente e per essere vincolati dai risultati della contrattazione. Nelle presenti cause tutti i datori di lavoro si sono impegnati ad iscrivere i propri dipendenti ad un unico fondo pensione di categoria e ad osservarne le regole.

74. In secondo luogo, gli accordi «restringono il gioco della concorrenza». Si restringe la concorrenza tra le imprese datrici di lavoro in quanto viene armonizzato per l'intero settore un importante fattore di costo, si limita la libertà di scegliere il regime pensione più conveniente e i datori di lavoro non possono attirare i lavoratori offrendo regimi pensionistici più vantaggiosi. Per quanto riguarda le assicu-

razioni sulla vita, le società di assicurazione vengono escluse da una parte importante del mercato.

75. In terzo luogo, gli accordi avrebbero anche l'effetto di «pregiudicare il commercio tra Stati membri». I datori di lavoro interessati svolgono attività di carattere transfrontaliero. Inoltre, si impedisce alle società di assicurazione straniere di offrire servizi transfrontalieri o di stabilirsi direttamente, mediante proprie filiali, nei Paesi Bassi.

76. Infine, gli accordi hanno un considerevole impatto sulla concorrenza e sul commercio tra Stati membri. Ciascun fondo pensione di categoria copre un intero settore economico. Inoltre, poiché i detti accordi esistono virtualmente in tutti i settori dell'economia olandese, deve tenersi conto del loro effetto cumulativo.

77. La Commissione, i tre governi che hanno presentato osservazioni alla Corte al riguardo e i fondi parti nei procedimenti principali concordano tutti sul fatto che non sussiste violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. A sostegno di questa conclusione essi adducono vari argomenti.

78. Essi sostengono innanzi tutto che l'art. 85, n. 1, non è applicabile ratione materiae ai contratti collettivi stipulati tra i rappresentanti dei lavoratori e quelli dei datori di lavoro. In via subordinata, essi asseriscono che non esiste alcun accordo tra «imprese», che non si restringe il gioco della concorrenza né viene pregiudicato il commercio intracomunitario e che in ogni caso, in base alla regola «de minimis», gli accordi non rientrano nella sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, in quanto il loro impatto sulla concorrenza o sul commercio è trascurabile.

79. Questi argomenti sollevano la questione fondamentale del rapporto intercorrente tra il divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato e gli accordi collettivi stipulati tra i rappresentanti delle parti sociali, questione che la Corte non ha ancora avuto occasione di prendere in considerazione [21]. Date la sua relativa novità e le possibili, importanti conseguenze della soluzione che darà la Corte, può essere utile esaminare come affrontano il problema le normative antimonopolistiche di alcuni Stati membri e degli Stati Uniti.

21 — V. tuttavia le conclusioni presentate dall'avvocato generale Lenz nella causa C-415/93, Bosman e a. (Racc. 1995, pag. I-4921, paragrafi 273 e 274), decisa con sentenza 15 dicembre 1995; v. inoltre la decisione della Commissione 30 settembre 1986, 86/507/CEE (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee; GU L 295, pag. 28) e la risposta all'interrogazione scritta n. 777/89 (GU 1990, C 328, pag. 3). In prosieguo esaminerò più dettagliatamente queste tesi.

A — *Esame comparativo*

80. In Francia il divieto di cartelli [22] è applicabile agli accordi collettivi stipulati tra le parti sociali. Secondo il Conseil de la Concurrence (Autorità competente in materia di concorrenza) i contratti collettivi, per loro natura, non esulano dal campo di applicazione delle regole di concorrenza. La libertà di contrattazione collettiva è vista come una semplice variante della libertà contrattuale ed è soggetta ad analoghi limiti generali, compreso il divieto di cartelli [23]. I sindacati vengono considerati alla stregua di operatori economici che, congiuntamente ai datori di lavoro, sono in grado di influenzare il gioco della concorrenza [24]. Tuttavia, il Conseil de la Concurrence ha dichiarato compatibili con le norme francesi sulla concorrenza la maggior parte delle clausole degli accordi di cui trattasi dopo averne valutato gli effetti restrittivi o dopo aver messo a confronto il loro effetto anticoncorrenziale con i vantaggi sociali che esse comportavano [25].

81. Fornisce un buon esempio di ragionamento di questo tipo un Avis (parere) del Conseil de la Concurrence in un caso, analogo alle presenti cause, riguardante il regime francese di «prévoyance collective» [26]. Il detto regime fornisce prestazioni sociali complementari al sistema previdenziale dello Stato. Esso copre tre tipi di rischio: il primo corrisponde a malattia e maternità, il secondo a incapacità lavorativa e invalidità, il terzo alla morte. È stato istituito, quanto meno in parte, mediante accordi collettivi tra le parti sociali. Questi accordi designano tra l'altro un «organisme de prévoyance» quale parte competente in via esclusiva alla gestione del fondo. Spesso l'iscrizione al regime viene resa obbligatoria per l'intero settore, su richiesta congiunta dei lavoratori e dei datori di lavoro, mediante decisione del ministro competente.

82. Un'associazione di «assureurs-conseils» che intendeva offrire servizi sul mercato della «prévoyance» aveva impugnato dinanzi all'autorità per la concorrenza gli ultimi due dei suddetti elementi, vale a dire il diritto esclusivo del gestore competente e l'obbligo di iscrizione di datori di lavoro che non avevano preso parte alla contrattazione collettiva. Il Conseil de la Concurrence ha dichiarato che gli «organismes de prévoyance» erano prestatori di servizi ed erano pertanto soggetti alle norme sulla concorrenza. Anche i lavoratori e i datori di lavoro erano assoggettati alle norme sulla concorrenza, direttamente o indirettamente, per il tramite dei loro rappresentanti, quanto al contenuto degli accordi collettivi da essi stipulati. Nel designare un'unica controparte contrattuale, tuttavia, i rappresentanti delle parti sociali si limitavano ad esercitare il loro normale diritto di scegliere il fornitore di

22 — Art. 7 dell'Ordonnance n. 86-1243 del 1° dicembre 1986.

23 — Conseil de la Concurrence, 26 giugno 1990, Décision n. 90-D-21, Syndicats d'artistes-interprètes.

24 — CA Paris, 1re Chambre, 6 marzo 1991, Syndicat français des artistes interprètes et autres, riportata in *Contrats-Concurrence-Consommation*, 1991, 108: «[L]a prohibition édictée par l'ordonnance... intéresse toute forme de concertation, quels qu'en soient les auteurs et les victimes directes, dès lors qu'objectivement elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché».

25 — V. la motivazione della decisione del Conseil de la Concurrence, citata alla nota 23.

26 — Conseil de la Concurrence, Avis N° 92-A-01 del 21 gennaio 1992 Syndicat français des assureurs-conseils.

servizi col quale trattare. Quanto all'estensione dell'accordo all'intera categoria, il Conseil ha dichiarato che esso contribuiva, in primo luogo, ad instaurare pari condizioni di concorrenza nel settore e, in secondo luogo, al progresso economico e sociale. Non si configurava pertanto alcuna violazione delle norme sulla concorrenza.

83. In Finlandia, la legge 480/1992 relativa alla concorrenza (Laki kilpailunrajoituksista) all'art. 2, n. 1, esclude dal proprio campo di applicazione gli accordi relativi al mercato del lavoro. Secondo i lavori preparatori, i contratti collettivi sulle condizioni di lavoro sono pertanto esclusi dall'applicazione delle norme sulla concorrenza. Si afferma tuttavia che queste ultime sono applicabili accordi collettivi che non riguardano le condizioni di lavoro, bensì, ad esempio, i rapporti commerciali tra il datore di lavoro e i suoi clienti [27].

84. La suprema Corte amministrativa si è pronunciata sulla portata di tale eccezione in una causa [28] riguardante un contratto collettivo per l'industria cartaria che limitava la possibilità dei datori di lavoro di subappaltare a terzi determinati lavori (ad esempio di pulizia), tradizionalmente svolti da dipendenti. La Corte ha dichiarato che soltanto le clausole riguardanti direttamente le condizioni di lavoro, come, ad esempio, le retribuzione, l'orario e la tutela contro i licenziamenti, erano escluse dalla sfera di applicazione del divieto di cartelli. Le restrizioni sottoposte al suo esame non rientravano quindi nell'eccezione. I lavoratori erano sufficientemente tutelati da una disposizioni di legge che vietava il licenziamento in caso di subappalto.

85. In Danimarca, l'art. 2, n. 1, della legge sulla concorrenza, recentemente adottata, [29] dispone che essa è applicabile a qualunque tipo di attività economica. Secondo i lavori preparatori, la nozione di «attività economica» dev'essere interpretata in modo ampio, e comprende tutti i tipi di attività economica sui mercati di beni e servizi. Ai fini dell'applicazione della legge non sono necessarie né l'esistenza di un fine di lucro né una forma giuridica particolare.

86. L'art. 3 precisa che la legge non è applicabile alle retribuzioni e alle condizioni di lavoro. Secondo i lavori prepara-

27 — Kom. 1987:4, pag. 61; HE 148/1987 vp., pag. 14 e HE 162/1991 vp., pag. 9.

28 — KHO taltio 1586, 11 aprile 1995.

29 — Lov n. 384, 10 giugno 1997.

tori, tale eccezione è limitata al rapporto tra lavoratori e datori di lavoro.

87. Dai lavori preparatori risulta altresì che l'eccezione contenuta nella nuova legge deve essere interpretata in conformità dell'interpretazione data alle previgenti leggi sui monopoli. Presenta quindi ancora una certa importanza una sentenza della Corte Suprema del 1965 [30]. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi su un accordo collettivo che determinava l'esclusione di taluni gruppi di consumatori dalla fornitura di capi d'abbigliamento prodotti in maniera più economica. Essa ha dichiarato che l'eccezione non era applicabile, in quanto l'accordo non si limitava a disciplinare retribuzioni e condizioni di lavoro. Inoltre, la legge era applicabile ratione personae alle «parti sociali» nella misura in cui esse trattavano «tali interessi economici». Pertanto, il divieto di cartelli danese è applicabile alle norme di accordi collettivi «relativi ad un'attività economica» e che «non riguardano le retribuzioni o le condizioni di lavoro».

88. In Germania, il Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge federale contro le restrizioni della concorrenza; in prosieguo: il «GWB») esclude dal proprio campo di applicazione taluni settori dell'economia e taluni accordi. Tuttavia, non vengono espressamente menzionati né il mercato del lavoro né i contratti collettivi.

89. Il divieto generale di cartelli riguarda soltanto gli accordi «che possano influenzare (...) la produzione o le condizioni di mercato in relazione alla commercializzazione di beni o alla prestazione di servizi commerciali» [31]. Secondo i lavori preparatori, il lavoro subordinato non può essere classificato tra le «prestazioni di servizi commerciali». Pertanto, si afferma, gli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro relativi alle retribuzioni e alle condizioni di lavoro sono esclusi dal divieto di cartelli [32].

90. In più occasioni gli organi giurisdizionali e l'Ufficio federale per i cartelli hanno dovuto valutare la legittimità di contratti collettivi tra lavoratori e datori di lavoro che riguardavano l'orario di apertura dei negozi o, più in generale, gli orari di attività in taluni settori industriali, direttamente o indirettamente, attraverso la regolamentazione degli orari di lavoro.

91. Il Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro) ha dichiarato [33] che i contratti collettivi tra lavoratori e datori di lavoro in linea di principio esulano dall'ambito di

30 — Ufr. 1965.634H v. Ufr. 1965B.260.

31 — «... soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder *gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen».

32 — Amtliche Begründung für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 2/1158, pag. 30.

33 — Sentenza 27 giugno 1989, 1 AZR 404/88, parzialmente riprodotta in WuW/E VG 347.

applicazione ratione materiae delle regole di concorrenza, e ciò per vari motivi. Anzitutto, il Bundesarbeitsgericht ha affermato preliminarmente che la contrattazione collettiva costituisce una delle attività tutelate dai diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 9, n. 3, del Grundgesetz (costituzione tedesca). In secondo luogo, il mercato del lavoro fruiva di uno status particolare (ordnungspolitische Sonderstellung). In terzo luogo, non erano soddisfatte le condizioni per l'applicazione del n. 1 del GWB: i sindacati non potevano essere classificati come imprese ai fini del diritto della concorrenza, in quanto non operavano sul mercato dei beni e servizi. Pertanto, gli accordi collettivi non costituivano accordi tra imprese. Di conseguenza, anche i prerequisiti necessari per la conclusione dei detti accordi, vale a dire la decisione dei datori di lavoro di negoziare congiuntamente, dovevano fruire dell'esenzione dall'applicazione delle norme sulla concorrenza. In quarto luogo, non era possibile effettuare una messa a confronto degli interessi in gioco,in quanto non esistevano criteri normativi chiari. In quinto luogo, il divieto di cartelli si sarebbe applicato solo nel caso di collusione abusiva da parte di datori di lavoro che intenzionalmente utilizzassero il contesto degli accordi collettivi per occultare un cartello in contrasto con le norme sulla concorrenza sul mercato di beni o servizi.

92. Il Bundeskartellamt (Ufficio federale per i cartelli) ha raggiunto una conclusione diversa. In un parere relativo ad un accordo collettivo che armonizzava direttamente la cessazione delle attività commerciali il sabato e nei periodi festivi nel settore della distribuzione all'ingrosso [34], l'Ufficio ha considerato che i detti contratti avevano un'incidenza diretta sul mercato dei beni e dei servizi commerciali, e che non erano pertanto esclusi a priori dall'applicazione del n. 1 del GWB. Esso ha distinto tali contratti da quelli che si limitano a regolamentare l'orario di lavoro.

93. In un'altra occasione, tale Ufficio si è spinto anche oltre [35]. I datori di lavoro e i lavoratori del settore del commercio al dettaglio avevano concordato di armonizzare gli orari di lavoro che impedivano indirettamente ai negozianti di aprire dopo una determinata ora. L'Ufficio ha considerato che la regolamentazione dell'orario di lavoro mediante accordi collettiva costituivi un caso particolare, data la sua duplice natura. Da una parte, gli orari di apertura costituivano un importante fattore di concorrenza nel settore del commercio al dettaglio. I sindacati e i datori di lavoro influenzavano indirettamente, ma in modo reale, l'attività delle imprese sui mercati dei beni e servizi ed esercitavano quindi un'attività economica. D'altra parte, la contrattazione collettiva, nei limiti in cui riguardava le condizioni di lavoro, era garantita dai diritti fondamentali. In quello specifico caso eccezionale di conflitto soltanto una messa a confronto degli interessi in gioco poteva condurre ad una soluzione accetta-

34 — Lettera del Bundeskartellamt del 31 gennaio 1961 – Z 2 – 121 100 – 465/60, riprodotta in WuW/E BKartA 339.

35 — Osservazioni scritte presentate dal Bundeskartellamt in un procedimento dinanzi al Landgericht di Berlino del 3 aprile 1989 – P-178/88, riassunte in WuW 1989, pagg. 563 e 564.

bile. Nella fattispecie in esame doveva prevalere l'interesse della concorrenza.

94. Il Kammergericht (Corte d'appello regionale di Berlino), pronunciandosi su un ricorso in appello [36] relativo ai medesimi orari di lavoro sui quali il Bundeskartellamt aveva espresso il proprio parere [37], ha adottato un terzo tipo di ragionamento. Esso ha dichiarato che né gli accordi collettivi né le relative parti contraenti erano esclusi a priori dal campo di applicazione della normativa tedesca sui cartelli. Gli accordi collettivi sulle condizioni di lavoro e sulle retribuzioni, tuttavia, erano normalmente legittimi ai sensi del n. 1 del GWB, in quanto non erano atti ad influenzare le «condizioni di mercato in relazione alla commercializzazione di beni o alla prestazione di servizi commerciali». Per quanto riguarda gli accordi collettivi particolari in esame, l'influenza indiretta ma reale della limitazione degli orari di apertura dei negozi sul mercato dei beni determinava, in via di principio, una violazione del divieto di cartelli. Tuttavia, gli accordi sull'orario di lavoro stavano al centro (im Kernbereich) del diritto fondamentale alla contrattazione collettiva sancito dalla costituzione tedesca. Tali accordi erano integralmente esclusi dai divieti contenuti nelle leggi ordinarie.

95. Nel Regno Unito, ai sensi del Fair Trading Act del 1973, il Segretario di Stato poteva sottoporre le pratiche restrittive all'esame della Monopolies and Mergers Commission (Commissione dei monopoli e delle fusioni), perché essa ne valutasse gli effetti sul pubblico interesse. Fino a poco tempo fa tale disposizione non era mai stata applicata: tradizionalmente nel Regno Unito le norme sulla concorrenza non vengono fatte valere in questioni relative ai rapporti fra datori di lavoro e lavoratori [38]. Nel 1988 si è avuto il primo procedimento del genere ai sensi dell'Act: esso riguardava pratiche attuate in materia di lavoro nel settore televisivo e cinematografico. La Monopolies and Mergers Commission ha concluso che le pratiche in questione non si ponevano in contrasto con l'interesse pubblico [39]. La situazione non sembra sostanzialmente diversa ai sensi del nuovo Competition Act 1998 (legge sulla concorrenza del 1998), che si ispira ampiamente agli artt. 85 e 86 del Trattato.

96. Negli Stati Uniti l'attività sindacale è, in via di principio, esclusa dal divieto di cartelli contenuto alla section 1 dello Sherman Act [40] mediante due esenzioni, una «legale» («statutory») e una non prevista per legge («non-statutory»). Tali

36 — Sentenza del Kammergericht del 21 febbraio 1990 – Kart. U 4357/89, riprodotto in WuW/E OLG 4531.

37 — V. nota 35.

38 — R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, terza edizione, 1993, pag. 77. V. anche, nel previgente Restrictive Trade Practicies Act 1976, le eccezioni relative al lavoro di cui alle sections 9, n. 6 (beni) e 18, n. 6 (servizi): accordi relativi alla retribuzione, alle condizioni di impiego, all'orario e alle condizioni di lavoro non erano registrabili.

39 — Labour Practicies in TV and Film-making, Cm 666 (1989).

40 — «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations is hereby declared to be illegal» (Qualsiasi contratto, accordo sotto forma di trust o altro, ovvero qualsiasi intesa restrittiva degli scambi commerciali fra i vari Stati o con paesi stranieri è illegale in forza dal presente provvedimento).

esenzioni, tuttavia, hanno una portata limitata.

97. Per quanto riguarda l'esenzione «legale», sin dal 1914 il Congresso emanò il Clayton Act, che era inteso ad esentare dal divieto di intese gli atti unilaterali dei sindacati nelle controversie di lavoro. Esso disponeva, tra l'altro, che «[i]l lavoro dell'uomo non è un prodotto commerciale». Poiché i giudici federali, interpretando l'Act in senso restrittivo, avevano in parte frustrato lo scopo del legislatore [41], nel 1932 il Congresso approvò il Norris-La Guardia Act, diretto ad ampliare il campo di applicazione dell'esenzione preesistente. Nella sentenza United States/Hutcheson [42], la Corte Suprema ha posto tre condizioni all'applicazione di tale esenzione legale. In primo luogo, deve esistere una controversia di lavoro. In secondo luogo, il sindacato deve agire nel «proprio interesse» e, in terzo luogo, il sindacato non deve agire d'intesa con gruppi che non rappresentano i lavoratori subordinati, e cioè con i datori di lavoro.

98. Sebbene l'esenzione legale non riguardi gli accordi tra sindacati e datori di lavoro, nella giurisprudenza successiva la Corte Suprema ha riconosciuto l'esistenza di un'esenzione non prevista per legge, ancorché limitata in linea di principio agli accordi sulle retribuzioni e sulle condizioni di lavoro. Nella sentenza Connell [43] la Corte Suprema ha dichiarato:

«L'esenzione non prevista per legge trae la propria origine dalla forte politica sociale diretta a favorire la creazione di associazioni di lavoratori al fine di eliminare la concorrenza in materia di retribuzioni e di condizioni di lavoro. Il successo dei sindacati nell'organizzazione dei lavoratori e nella standardizzazione delle retribuzioni influenzerà in ultima analisi la concorrenza sui prezzi tra gli imprenditori, ma gli obiettivi della legge federale in materia di lavoro non potrebbero mai essere conseguiti qualora si ritenesse che questi effetti sulla concorrenza tra imprese fossero in contrasto con le leggi antitrust. La Corte ha pertanto ammesso che la politica sociale richiede tolleranza sulla riduzione della concorrenza basata su differenze di retribuzione e di condizioni di lavoro (...). La politica sociale chiaramente non esige, tuttavia, che un sindacato sia libero di imporre restrizioni dirette alla concorrenza tra i datori di lavoro alle cui dipendenze si trovano i suoi iscritti. Pertanto, mentre l'esenzione legale consente ai sindacati di porre in essere talune restrizioni mediante atti unilaterali (...), l'esenzione non prevista per legge non offre un'analoga tutela qualora un sindacato ed una parte diversa da un sindacato concordino di limitare la concorrenza in un determinato settore economico».

41 — Duplex Printing Press Co. v Deering, 254 US 443.
42 — 312 US 219.
43 — Connell Construction/Plumbers and Steamfitters Local Union No 100, 2 giugno 1975, 421 US 616.

(«The non-statutory exemption has its source in the strong labour policy favouring the association of employees to eliminate competition over wages and working conditions. Union success in organising workers and standardising wages ultimately will affect price competition among employers, but the goals of federal labour law never could be achieved if these effects on business competition were held a violation of the antitrust laws. The Court therefore has acknowledged that labour policy requires tolerance for the lessening of business competition based on differences in wages and working conditions.... Labour policy clearly does not require, however, that a union have freedom to impose direct restraints on competition among those who employ its members. Thus, while the statutory exemption allows unions to accomplish some restraints by acting unilaterally..., the non-statutory exemption offers no similar protection when a union and a non-labour party agree to restrain competition in a business market.»)

99. Gioverà esaminare brevemente le tre principali sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti relative alla portata dell'esenzione non prevista per legge.

100. La causa United Mine Workers of America/Pennington [44] riguardava una asserita intesa tra i sindacati e alcune grandi società carboniere per imporre, tra l'altro, i salari indicati in un accordo collettivo a tutti gli operatori del settore, indipendentemente dalle loro possibilità finanziarie, al fine di estromettere dal settore stesso le piccole imprese.

101. Con una decisione a maggioranza (6 contro 3) la Corte Suprema ha dichiarato che tale comportamento non fruiva dell'esenzione dal divieto di intese. L'esenzione prevista per legge non era applicabile in quanto esisteva un accordo tra sindacato e datori di lavoro. Un accordo collettivo sui prezzi di vendita del carbone avrebbe costituito una manifesta violazione delle norme in materia di concorrenza. Per contro, i salari erano il nucleo principale delle materie sulle quali vertevano le trattative tra imprenditori e sindacati. Quindi, l'effetto sul mercato del prodotto derivante dall'eliminazione della concorrenza sui salari tra datori di lavoro riuniti in un gruppo di partecipanti ad una trattativa non era, in linea di principio, «il tipo di restrizione che il Congresso intendeva eliminare con lo Sherman Act». Pertanto, un sindacato aveva il diritto di stipulare accordi salariali con una controparte rappresentante più datori di lavoro e tentare, nel perseguimento dei propri interessi, e non attraverso un accordo con tutti o con alcuni dei datori di lavoro di tale organizzazione, di ottenere gli stessi salari da altri imprenditori. Tuttavia, «un gruppo di datori di lavoro non può accordarsi per eliminare dei concorrenti dal settore e il sindacato è responsabile insieme ai datori di lavoro qualora esso partecipi a detta intesa». Di conseguenza, l'asserita intesa tra il sindacato e i grandi produttori di carbone per garantire livelli salariali uni-

44 — Sentenza 7 giugno 1965, 381 US 657.

formi nell'intero settore economico non era esentata dall'applicazione delle norme sulla concorrenza.

102. La sentenza Meat Cutters/Jewl Tea Co. [45], pronunciata lo stesso giorno, riguardava l'orario di apertura dei negozi. Un sindacato locale che potenzialmente rappresentava tutti i macellai della zona considerata aveva concordato con un'associazione di venditori al dettaglio di prodotti alimentari che i reparti macelleria dei negozi di alimentari sarebbero rimasti aperti soltanto dalle 9 alle 18, dal lunedì al sabato. Di fronte ad un rischio di sciopero se non avesse accettato tali condizioni, un datore di lavoro aveva firmato il contratto e successivamente aveva citato in giudizio il sindacato, chiedendo l'annullamento del contratto ai sensi dello Sherman Act.

103. La maggioranza dei giudici (6 contro 3) ha considerato che le norme antitrust non erano applicabili, senza essere però d'accordo sulla motivazione di tale conclusione. Tre giudici della maggioranza hanno sostenuto che la limitazione degli orari di vendita era così intimamente connessa ai salari, all'orario e alle condizioni di lavoro, che una trattativa condotta liberamente e in buona fede in ordine a tale disposizione era esente all'applicazione dello Sherman Act. Gli altri tre giudici della maggioranza, dissenzienti nella sentenza United Mine Workers of America/Pennington, hanno considerato che la contrattazione collettiva su materie obbligatoriamente soggette a contrattazione ai sensi delle pertinenti norme di diritto del lavoro esulava per sua natura dall'ambito di applicazione della normativa in materia di concorrenza. Essi hanno affermato innanzi tutto che i giudici dovevano rispettare la volontà del legislatore, e che non esistevano criteri normativi che consentissero ad un giudice competente in materia di concorrenza di distinguere fra accordi collettivi favorevoli e accordi collettivi pregiudizievoli nei confronti della concorrenza.

104. La minoranza ha ritenuto che l'accordo riguardasse direttamente il mercato dei prodotti e non avesse alcun effetto favorevole nei confronti della concorrenza. Esso era pertanto vietato dallo Sherman Act.

105. Nella sua recente sentenza Brown/Pro Football [46] la Corte Suprema si è trovata di fronte ad un caso in cui alcuni imprenditori avevano collettivamente e unilateralmente imposto talune condizioni di lavoro ai propri dipendenti, dopo un mancato esito della contrattazione collettiva. La causa riguardava un caso, piuttosto singolare, di contrattazione tra la National Football

45 — Sentenza 7 giugno 1965, 381 US 676.

46 — 116 S. Ct. 2116 (1996).

League ed il sindacato dei giocatori di football.

106. La maggioranza dei giudici (8 contro 1) ha considerato che l'esenzione non prevista per legge riguardava accordi tra più datori di lavoro, stipulati dopo il mancato esito di una trattativa per recepire i termini dell'ultima migliore offerta in buona fede dei datori di lavoro in materia salariale, in base al presupposto che tale comportamento era indiscutibilmente una questione di diritto del lavoro e di politica sociale. La maggioranza ha rilevato, anzitutto, che la stessa contrattazione con più datori di lavoro costituiva un metodo di contrattazione collettiva consolidato, importante e diffuso, che offriva vantaggi sia ai lavoratori che ai datori di lavoro. In secondo luogo, assoggettare tale prassi alla normativa in materia di concorrenza equivaleva a chiedere ai giudici competenti in materia di concorrenza di risolvere una gran quantità di questioni pratiche relative alle modalità con le quali andava condotta la contrattazione collettiva sulle condizioni di lavoro — proprio il risultato che l'esenzione mirava ad evitare. In terzo luogo, permettere la configurabilità di una responsabilità in base alle norme in materia di concorrenza rischiava di introdurre di instabilità e incertezza nella contrattazione collettiva.

107. Il giudice dissenziente (il giudice Stevens) ha sostenuto che né le politiche sottostanti alle leggi in materia di lavoro e di concorrenza né lo scopo dell'esenzione non prevista per legge fornivano una giustificazione per l'esenzione dal controllo in base alle norme in materia di concorrenza di un'azione collettiva intrapresa dai datori di lavoro per ridurre i salari al di sotto del livello che sarebbe stato raggiunto in un mercato libero.

108. Le conclusioni di questo esame comparativo possono essere riassunte come segue.

109. In tutti gli ordinamenti esaminati gli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro sono in qualche misura esclusi dal divieto di cartelli anticoncorrenziali. Tuttavia, questa esclusione non è illimitata.

110. I fondamenti giuridici da cui discendono tale esclusione e i meccanismi giuridici per la sua concessione sono molto diversi. Si possono avere:

— la supremazia di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva (Germania);

— un'esenzione espressa contenuta nelle leggi in materia di concorrenza o in

altre leggi (Danimarca, Finlandia, esenzione legale negli Stati Uniti);

— creazioni giurisprudenziali (esenzione non prevista per legge negli Stati Uniti);

— la prescrizione di una condizione specifica, normalmente non soddisfatta dagli accordi in cui trattasi, senza la quale non si ha violazione del divieto di cartelli (Germania);

— un'applicazione delle condizioni generali relative alla violazione del divieto di cartelli in modo tale da ottenere il risultato desiderato (Francia);

— una prassi tradizionale di non applicazione delle regole di concorrenza alle relazioni fra le parti sociali (Regno Unito).

111. Anche la portata dell'esclusione varia. Tuttavia, i giudici sollevano regolarmente le seguenti questioni:

— se gli accordi in esame riguardino i salari, l'orario di lavoro o le altre condizioni di lavoro, che costituiscono l'oggetto centrale della contrattazione collettiva;

— in che misura gli accordi incidano sui mercati dei beni e servizi sui quali operano i datori di lavoro;

— in che misura gli accordi pregiudichino soggetti terzi. I terzi potenzialmente pregiudicati sono imprese che operano sullo stesso mercato e non hanno preso parte alla contrattazione, le imprese che operano su altri mercati e i consumatori;

— se gli accordi perseguano un fine anticoncorrenziale;

— se sia più opportuno applicare regole fisse e rigorose o procedere ad un esame comparativo, caso per caso, degli interessi in gioco.

112. In questo contesto, passerò ora all'esame dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Esaminerò nell'ordine, in primo luogo, l'applicabilità ratione materiae dell'art. 85, n. 1, del Trattato, quindi, la questione se esista un accordo o una pratica concordata

tra imprese e, infine, la questione se tali accordi o pratiche concordate restringano in modo sensibile la concorrenza.

B — *Applicabilità ratione materiae dell'art. 85, n. 1, del Trattato*

113. Secondo i Fondi e i governi olandese, francese e svedese, in linea di principio l'art. 85, n. 1, non è applicabile ratione materiae agli accordi collettivi in materia pensionistica stipulati tra rappresentanti dei lavoratori e rappresentanti dei datori di lavoro. I loro argomenti possono essere riassunti come segue.

114. In primo luogo, i suddetti accordi attengono a questioni sociali e favoriscono la realizzazione degli obiettivi del Trattato in campo sociale. L'applicabilità dell'art. 85, n. 1, metterebbe a rischio il conseguimento di tali obiettivi.

115. In secondo luogo, l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato priverebbe le parti sociali del diritto fondamentale alla contrattazione collettiva, sancito da vari strumenti tanto internazionali quanto europei.

116. In terzo luogo, l'applicabilità dell'art. 85, n. 1, sarebbe incompatibile con varie norme di diritto comunitario che espressamente stimolano e promuovono la contrattazione tra i rappresentanti delle parti sociali.

117. Questi argomenti sollevano due questioni distinte, che intendo esaminare separatamente.

118. Il primo argomento riguarda l'oggetto degli accordi. Esso solleva la questione se un dato accordo, indipendentemente dalla forma da esso assunta, esuli dal campo di applicazione delle norme sulla concorrenza allorché abbia ad oggetto questioni sociali quali le condizioni di lavoro o le pensioni ed abbia un obiettivo sociale. In altre parole, esiste nel diritto comunitario della concorrenza un'eccezione generalizzata per il settore sociale?

119. Il secondo e il terzo argomento riguardano il contesto in cui vengono conclusi gli accordi. Essi sollevano la questione più specifica se gli accordi collettivi tra datori di lavoro e lavoratori fruiscano di uno status speciale in base al diritto comunitario, con la conseguenza che in linea di principio non sia loro applicabile l'art. 85,

n. 1. Esiste un'eccezione per la contrattazione collettiva tra lavoratori e datori di lavoro?

sociali del Trattato. Pertanto, essi fanno parte di quel settore sociale che in linea di principio non è soggetto all'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

1. *Se esista un'eccezione generalizzata per il settore sociale*

120. L'art. 85, n. 1, del Trattato fa parte del «regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» che rientra, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato, nell'azione della Comunità.

123. Non condivido questo parere. La Corte ha costantemente affermato che «il Trattato, quando ha inteso sottrarre talune attività all'applicazione delle regole di concorrenza, ha stabilito un deroga espressa a tale fine» [47] esempi di siffatte norme del Trattato sono l'art. 42, primo comma, in relazione all'agricoltura, l'art. 223, n. 1, lett. b), in relazione al materiale militare, e, in una certa misura, l'art. 90, n. 2, in relazione a talune imprese.

121. L'art. 3, lett. i), dispone che l'azione della Comunità comprende anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 include tra i compiti della Comunità, tra l'altro, quello di «promuovere (...) uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale».

124. Per quanto riguarda il settore sociale, nel Trattato non vi è alcuna disposizione che, analogamente all'art. 42, escluda espressamente l'applicazione delle regole di concorrenza o la subordini ad una decisione del Consiglio.

122. Secondo i Fondi, dalle succitate disposizioni discende che il settore sociale non è soggetto alle regole di concorrenza. Date le peculiarità di tale settore, il diritto della concorrenza non può e non deve interferire con esso. I Fondi fanno valere che gli accordi collettivi tra i rappresentanti dei lavoratori e quelli dei datori di lavoro hanno lo scopo di promuovere gli obiettivi

125. Inoltre, la Corte ha inequivocabilmente confermato l'applicabilità delle regole di concorrenza comunitarie a taluni altri settori «speciali» che esulano dalla sfera di applicazione delle regole di concorrenza in alcuni Stati membri. L'applicabilità

47 — V., ad esempio, sentenza 30 aprile 1986, cause riunite 209/84-213/84, Pubblico ministero/Asjes e a. (Racc. pag. 1425, punto 40).

delle regole di concorrenza a questi settori è stata spesso contestata, con argomenti basati sulle peculiarità dei settori in questione e sulla contradditorietà degli obiettivi politici elencati all'art. 3 del Trattato.

126. La Corte, tuttavia, ha regolarmente respinto questi argomenti e ha applicato gli artt. 85 e 86 a settori i quali i trasporti [48], l'energia [49], le banche [50] e le assicurazioni [51], in base al fatto che esistono altri meccanismi, come ad esempio le esenzioni ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, con i quali il diritto comunitario della concorrenza consente di tener conto delle peculiarità di taluni rami dell'economia [52]. In tali casi la Corte non ha ritenuto che l'esistenza di obiettivi politici contraddittori — quali, ad esempio, quelli di cui agli artt. 3, lett. f) (politica comune nel settore dei trasporti) e lett. t) (misure comunitarie in materia di energia) — impedisse di per sé l'applicazione delle regole di concorrenza ai settori interessati. Il fatto che la Comunità persegua una determinata politica non comporta che quel settore dell'economia sia per ciò stesso sottratto alle regole di concorrenza.

127. Inoltre — elemento questo che nei casi in esame assume particolare rilievo — in una serie di importanti pronunce la Corte ha già sancito il principio dell'applicabilità delle regole di concorrenza al settore sociale, in particolare agli ambiti del lavoro e delle pensioni. La Corte ha così riconosciuto tale principio in relazione al mercato del lavoro nelle sentenze Höfner e Elser [53] e Job Centre [54], e in relazione alle pensioni nelle sentenze Poucet e Pistre [55] e Fédération Française des Societés d'Assurances [56]. Occorrerà analizzare queste sentenze più estesamente. Per il momento basti osservare che, nell'esame della questione se gli organismi interessati dovessero essere qualificati come imprese ai sensi degli artt. 85 e 86, la Corte ha implicitamente ammesso l'applicabilità ratione materiae delle regole di concorrenza in questi settori. Recentemente, nella sentenza Sodemare e a., la Corte — senza nemmeno esaminare la questione se organismi senza fini di lucro impegnati in attività di assistenza sanitaria andassero qualificati come imprese — ha semplicemente applicato le regole di concorrenza e ha constatato che non esisteva alcun accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1 [57].

128. Questa conclusione non è inficiata dalla sentenza García e a., sulla quale si basa in particolare il governo francese [58]. In detta causa era in discussione l'applicabilità ratione personae della terza direttiva «assi-

48 — Sentenze Pubblico ministero/Asjes e a., citata alla nota 47, punto 40, e 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e a. (Racc. pag. 803).

49 — Sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a. (Racc. pag. I-1477).

50 — Sentenza 14 luglio 1981, causa 172/80, Züchner (Racc. pag. 2021, punti 6-9).

51 — Sentenza 27 gennaio 1987, causa 45/85, Verband der Sachversicherer/Commissione (Racc. pag. 405).

52 — Sentenza Verband der Sachversicherer, citata alla nota 51, punto 15.

53 — Sentenza 23 aprile 1991, causa 41/90 (Racc. pag. I-1979).

54 — Sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96 (Racc. pag. I-7119).

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

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

57 — Sentenza 17 giugno 1997, causa C-70/95 (Racc. pag. I-3395, punto 43).

58 — Sentenza 26 marzo 1996, causa C-238/94 (Racc. pag. I-1673).

curazione non vita» [59], che è fondata sulle norme relative alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento. La Corte ha dichiarato che l'art. 2, n. 2, della direttiva doveva «essere interpretato nel senso che regimi di previdenza sociale come quelli di cui trattasi nelle cause principali sono esclusi dall'ambito d'applicazione della direttiva».

129. Contrariamente a quanto sostenuto dal governo francese, il punto 14 della detta sentenza riguarda l'ambito di applicazione ratione personale della direttiva, vale a dire gli organismi cui essa è applicabile, e non l'applicabilità delle regole di concorrenza al settore sociale. La Corte, richiamandosi alla motivazione della sentenza Poucet, si è limitata a ribadire la propria giurisprudenza relativa all'applicabilità ratione personae delle regole di concorrenza a talune istituzioni che erogano prestazioni sociali. Inoltre il punto 12 della sentenza conferma che la Corte ha seguito l'impostazione adottata nelle già citate sentenze Poucet e Pistre e Fédération Française des Sociétés d'Assurance e a. Come ho già rilevato, tale impostazione presuppone che il settore delle pensioni e delle altre prestazioni sociali non siano ipso facto esclusi dall'ambito di applicazione ratione materiae delle regole di concorrenza.

130. Ritengo pertanto che non esista alcuna eccezione generalizzata che escluda dalle regole di concorrenza il settore sociale nel suo complesso [60].

2. Se esista un'eccezione per gli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro

131. Come ho già rilevato, per sostenere la tesi secondo cui agli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro andrebbe attribuito un regime giuridico particolare vengono addotti due argomenti. Il primo è basato su un asserito diritto fondamentale alla contrattazione collettiva e il secondo sul fatto che lo stesso diritto comunitario favorisce la conclusione di accordi collettivi del genere.

a) Se esista un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva

132. I Fondi, i governi olandese e francese e la Commissione fanno valere che da vari atti internazionali risulta l'esistenza, nell'ordinamento giuridico comunitario, di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva. Applicare l'art. 85, n. 1, a detti

59 — Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/49/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (GU L 228, pag. 1).

60 — V., al riguardo, le conclusioni dell'avvocato generale Lenz per la sentenza Bosman, nelle quali egli ha affermato: «A mio avviso (...) non esistono prescrizioni contenutistiche secondo le quali gli accordi riguardanti i rapporti di lavoro sarebbero sottratti, in linea generale ed assoluta, all'ambito di applicazione delle norme del Trattato relative alla concorrenza» (sentenza citata alla nota 21, paragrafo 273 delle conclusioni). Al punto 138 della sentenza la Corte ha dichiarato che non occorreva pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

accordi, si sostiene, equivarrebbe a privare i lavoratori e i datori di lavoro di tale diritto fondamentale.

133. L'ordinamento giuridico comunitario prevede realmente un siffatto diritto fondamentale? Si tratta di una questione di principio, in quanto se tale diritto esiste, qualunque pregiudizio sostanziale arrecato ad esso, foss'anche nel pubblico interesse, potrebbe risultare illegittimo [61].

134. A fini di analisi distinguerò tre diritti: anzitutto, il diritto dei singoli di costituire un sindacato o un'associazione di imprenditori e di aderirvi; quindi, il diritto generico di un sindacato o di un'associazione di agire collettivamente per tutelare gli interessi professionali degli iscritti e, infine, il diritto specifico alla contrattazione collettiva dei sindacati e delle associazioni di imprenditori, in esame nelle cause principali.

135. In sé il Trattato CE, sebbene — come si vedrà in prosieguo — favorisca la contrattazione collettiva, non riconosce esplicitamente nessuno dei tre diritti sopra indicati.

136. Ai sensi della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori [62], i datori di lavoro e i lavoratori hanno il diritto di costituire organizzazioni professionali o sindacali e di aderirvi «per la difesa dei loro interessi economici e sociali» (art. 11). I lavoratori e i datori di lavoro hanno «il diritto, alle condizioni previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, di negoziare e concludere accordi collettivi» (art. 12). Pertanto, la Carta prevede i tre «diritti» summenzionati.

137. Tuttavia, la Carta ha effetti giuridici molto limitati. Essa non è un atto normativo della Comunità, bensì una dichiarazione politica solenne adottata dai capi di Stato o di governo di 11 dei 12 Stati in quel momento membri della Comunità, e non è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale. Nell'Accordo sulla politica sociale allegato al Trattato sull'Unione europea gli stessi 11 Stati membri che avevano adottato la Carta non hanno voluto attribuire efficacia giuridica ai diritti che essi avevano sostenuto a livello politico nella Carta.

138. La giurisprudenza della Corte fornisce maggiori chiarimenti sulla questione generale del riconoscimento dei tre diritti in esame da parte del diritto comunitario. La Corte ha costantemente affermato che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la

61 — Sentenza 5 ottobre 1994, causa C-280/93, Germania/Consiglio (Racc. pag. I-4973, punti 78 e 87).

62 — Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, approvata dai capi di Stato o di governo degli Stati membri della Comunità europea riuniti a Strasburgo il 9 dicembre 1989.

Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito» [63]. «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste, a questo proposito, un particolare significato» [64].

139. Nella sentenza Union Syndicale — Service public européen — e a. [65], la Corte ha dichiarato: «Il principio della libertà sindacale riconosciuto dall'art. 24 bis dello Statuto del personale implica, secondo i principi generali del diritto del lavoro, non solo la facoltà dei dipendenti di costituire liberamente associazioni di loro scelta, ma altresì la facoltà, per dette associazioni, di compiere, nei limiti del lecito, qualsiasi attività che si renda necessaria per la tutela degli interessi professionali dei loro membri». La Corte ha di conseguenza riconosciuto, in primo luogo, il diritto individuale di costituire un'associazione e di aderirvi e, in secondo luogo, il diritto collettivo di agire. La natura fondamentale di questi due diritti è stata confermata nelle sentenze Bosman [66], in relazione alla libertà di associazione in generale, e Maurissen e Union Syndicale/Corte dei conti, più specificamente con riguardo ai sindacati [67]. Non è ancora stata risolta la questione se esista o meno un terzo specifico diritto fondamentale alla contrattazione collettiva.

140. Passo ora all'esame degli atti internazionali pertinenti fatti valere dai Fondi, da alcuni Stati membri e dalla Commissione.

141. La Commissione in particolare asserisce che il diritto alla contrattazione collettiva sulla retribuzione e sulle condizioni di lavoro è un diritto fondamentale garantito dall'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, dall'art. 6 della Carta sociale europea, dall'art. 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e dalle convenzioni nn. 87 e 98 dell'Organizzazione internazionale del lavoro.

142. Tuttavia un esame degli atti normativi internazionali pertinenti non permette di corroborare questa asserzione.

143. Considerando anzitutto la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, il diritto pertinente essenziale garantito dalla Convenzione (art. 11) è il diritto soggettivo di costituire un sindacato e di aderirvi. Tale diritto è riconosciuto anche dalla Carta sociale europea (art. 5), dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 22), dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (art. 8), nonché dalla Convenzione concernente la libertà sindacale e la tutela del

63 — Parere 2/94 del 28 marzo 1996 (Racc. pag. I-1759, punto 33).

64 — Sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT (Racc. pag. I-2925, punto 41).

65 — Sentenza 8 ottobre 1974, causa 175/73 (Racc. pag. 917, punto 14).

66 — Citata alla nota 21, punti 79 e 80.

67 — Sentenza 18 gennaio 1990, cause riunite C-193/87 e C-194/87 (Racc. pag. I-95, punti 11-16 e 21).

diritto sindacale e dalla Convenzione sul diritto di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, entrambe adottate nel quadro nell'Organizzazione internazionale del lavoro.

144. Per quanto riguarda il diritto dei sindacati di agire collettivamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è richiamata all'espressione «per la difesa dei propri interessi» contenuta all'art. 11, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo per dichiarare che la libertà di associazione comprende i diritti «indispensabili per l'effettivo esercizio» o «gli elementi imprescindibili» della libertà di associazione sindacale [68]. L'art. 11, quindi, «tutela la libertà di proteggere gli interessi dei lavoratori iscritti ad un sindacato mediante l'azione sindacale, la cui realizzazione ed il cui svolgimento devono essere consentiti e resi possibili dagli Stati contraenti» [69].

145. Tuttavia, quest'affermazione apparentemente ampia sembra valida soltanto per un nucleo di attività specifiche. Fino ad oggi, il solo diritto espressamente riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è quello di essere «sentiti» dalle autorità dello Stato [70]. D'altro canto, un sindacato non ha il diritto di essere consultato dalle autorità dello Stato [71], né quest'ultimo è tenuto a concludere contratti collettivi [72] e l'art. 11 non implica necessariamente un diritto di sciopero, in quanto gli interessi degli iscritti possono essere perseguiti con altri mezzi [73].

146. Per quanto riguarda il diritto alla contrattazione collettiva, contrariamente a quanto affermato dai Fondi, dalla Commissione e dai governi in precedenza citati, soltanto l'art. 6 della Carta sociale europea pare riconoscerne espressamente l'esistenza. Tuttavia, il semplice fatto che un diritto sia contemplato dalla Carta non significa che esso venga generalmente annoverato tra i diritti fondamentali. La struttura della Carta è tale che i diritti in essa previsti rappresentano obiettivi politici più che diritti azionabili, e gli Stati firmatari devono semplicemente scegliere quali dei diritti menzionati nella Carta si impegnano a tutelare.

147. L'art. 4 della «Convenzione sul diritto di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva», accuratamente redatta, non impone agli Stati contraenti alcun obbligo di «stimolare e favorire» la con-

68 — Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 27 ottobre 1975, Sindacato nazionale di polizia/Belgio (Racc. Serie A, n. 19, punto 39).

69 — Sentenza Sindacato nazionale di polizia/Belgio, citata alla nota 68, punto 40.

70 — Sentenze Sindacato nazionale di polizia/Belgio, citata alla nota 68, punto 39; 6 febbraio 1976, Sindacato dei macchinisti svedesi/Svezia (Racc. Serie A, n. 20, punto 40).

71 — Sentenza Sindacato nazionale di polizia/Belgio, citata alla nota 68, punto 38.

72 — Sentenza Sindacato dei macchinisti svedesi/Svezia, citata alla nota 70, punto 39.

73 — Sentenza 6 febbraio 1976, Schmidt e Dahlström/Svezia (Racc. Serie A, n. 21, punto 36).

trattazione collettiva. Essa non riconosce alcun diritto.

148. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si registra una significativa assenza di qualsiasi riferimento al diritto alla contrattazione collettiva. Nella sentenza Sindacato dei macchinisti svedesi/Svezia, ad esempio, la maggioranza della Commissione per i diritti dell'uomo si è pronunciata a favore del riconoscimento del diritto dei sindacati a stipulare contratti collettivi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato di non doversi pronunciare sulla questione, in quanto tale diritto non era in discussione e veniva riconosciuto al sindacato ricorrente dal diritto nazionale [74]. Da allora, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mai espressamente riconosciuto l'esistenza di tale diritto. Anzi, essa è chiaramente riluttante a operare tale riconoscimento.

149. In primo luogo, l'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'art. 6 della Carta sociale europea esprime questa riluttanza. In relazione all'art. 6, n. 1, che impone agli Stati contraenti di «promuovere la consultazione reciproca tra lavoratori e datori di lavoro», la Corte ha affermato che «[l]a prudenza nella scelta dei termini dimostra che la Carta non prevede un vero e proprio diritto alla consultazione» [75]. Quanto all'art. 6, n. 2, che impone allo Stato di «promuovere, laddove necessario e opportuno, l'istituzione di meccanismi per la negoziazione su base volontaria tra lavoratori e datori di lavoro», la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «la formulazione prudente (...) dimostra che la Carta non conferisce alcun effettivo diritto alla conclusione di siffatti accordi (...)» [76].

150. In secondo luogo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente sottolineato che «la libertà di associazione sindacale costituisce soltanto una forma o un aspetto particolare della libertà di associazione», e che «l'art. [11] non garantisce ai sindacati alcun trattamento speciale» [77].

151. In terzo luogo, occorre prendere in esame la sentenza Gustaffson [78]. La Corte era chiamata a pronunciarsi su una controversia tra un sindacato e un datore di lavoro che si rifiutava di partecipare alla contrattazione collettiva nel suo settore economico. Con atti di boicottaggio ed

74 — Sentenza Sindacato dei macchinisti svedesi/Svezia, citata alla nota 70, punto 38.

75 — Sentenza Sindacato nazionale di polizia/Belgio, citata alla nota 68, punto 38. La Corte si è pronunciata sul significato dell'art. 6, n. 1, della Carta, nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

76 — Sentenza Sindacato dei macchinisti svedesi/Svezia, citata alla nota 70, punto 39. La Corte si è pronunciata sul significato dell'art. 6, n. 2, della Carta, nuovamente nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

77 — Sentenza Schmidt e Dahlström/Svezia, citata alla nota 73, punto 34.

78 — Sentenza 25 aprile 1996, Gustaffson/Svezia, R.J.D., 1996-II, n. 9.

altre iniziative il sindacato esercitava pressioni nei suoi confronti affinché esso si unisse ai datori di lavoro firmatari di un contratto collettivo di categoria. Il datore di lavoro sosteneva che essere obbligato a partecipare all'accordo collettivo sarebbe equivalso, in pratica, ad essere obbligato ad entrare a far parte di un'associazione di datori di lavoro. Pertanto, a suo parere, il governo svedese avrebbe dovuto intervenire per tutelare la sua libertà negativa di non aderire ad un'associazione di datori di lavoro.

152. È interessante prendere anzitutto in considerazione due pareri dissenzienti.

153. Nel loro parere parzialmente dissenziente, otto giudici hanno sostenuto che in realtà la pretesa del datore di lavoro era basata non sulla libertà negativa di non aderire ad un'associazione di datori di lavoro, bensì su quella di non partecipare alla contrattazione collettiva. Essi hanno interpretato la giurisprudenza precedente nel senso che «il diritto alla contrattazione collettiva non è un elemento intrinseco della libertà di associazione». A loro parere, pertanto, l'art. 11 non era applicabile [79].

154. Due giudici dissenzienti hanno sostenuto il punto di vista opposto. Essi hanno rilevato che il diritto alla contrattazione collettiva è parte integrante della libertà di associazione. Pertanto, la Corte avrebbe dovuto mettere a confronto il diritto positivo del sindacato alla contrattazione collettiva con il diritto negativo dell'imprenditore a non essere costretto a partecipare alla contrattazione collettiva contro la sua volontà [80].

155. I due pareri concordavano sul fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe dovuto prendere una posizione definitiva circa l'esistenza di un siffatto diritto.

156. Per contro, la maggioranza dei giudici di tale Corte ha optato per una terza soluzione. Riguardo alle attività sindacali essi hanno anzitutto dichiarato che «[c]onsiderata la delicatezza delle questioni politiche e sociali implicate nella messa a confronto degli interessi in gioco (...) e le notevoli differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali nella specifica materia in esame, gli Stati contraenti dovrebbero poter disporre di un ampio margine di discrezionalità nella scelta dei mezzi da impiegare» [81]. La sentenza si è poi limitata a sottolineare che la Corte non vedeva «motivi per dubitare che l'attività sindacale

79 — Parere parzialmente dissenziente dei giudici Ryssdal, Spielmann, Palm, Foighel, Pekkanen, Loizou, Makarczyck e Repik nella sentenza Gustaffson/Svezia, citata alla nota 78.

80 — Parere dissenziente del giudice Martens, condiviso dal giudice Matscher, nella sentenza Gustaffson/Svezia, citata alla nota 78, punto 6.

81 — Sentenza Gustaffson/Svezia, citata alla nota 78, punto 45.

perseguisse interessi legittimi conformi all'art. 11 della Convenzione». Essa proseguiva inoltre precisando che «in questo contesto occorrerebbe altresì rammentare che vari atti internazionali riconoscono la legittimità della contrattazione collettiva» [82]. È quindi chiaro che la Corte ha accuratamente evitato di concludere nel senso che la Convenzione garantisce il diritto alla contrattazione collettiva.

157. L'analisi che precede mi induce a trarre le seguenti conclusioni in merito alla questione se il diritto comunitario riconosca o meno un diritto alla contrattazione collettiva.

158. L'ordinamento giuridico comunitario tutela il diritto di costituire sindacati e associazioni di datori di lavoro e di aderirvi, diritto che sta al centro della libertà di associazione.

159. A mio parere, anche il diritto di agire collettivamente per difendere gli interessi dei lavoratori è tutelato dal diritto comunitario nei limiti in cui è indispensabile per fruire della libertà di associazione.

160. Tuttavia, non si può sostenere che non esiste sufficiente convergenza tra gli ordinamenti giuridici nazionali e gli atti giuridici internazionali quanto al riconoscimento di uno specifico diritto fondamentale alla contrattazione collettiva.

161. Inoltre, la contrattazione collettiva, così come qualunque altro negoziato tra soggetti della vita economica, secondo me è sufficientemente tutelato dal principio generale della libertà contrattuale. Pertanto, a tal fine non occorre un più specifico diritto fondamentale. In ogni caso, si potrebbe sostenere che giustificate restrizioni al preteso diritto alla contrattazione collettiva sarebbero identiche a quelle relative alla libertà contrattuale.

162. In questo contesto si può anche rammentare che nella sua giurisprudenza relativa alla libera circolazione dei lavoratori e alla parità di retribuzione, la Corte verifica regolarmente se le clausole degli accordi tra lavoratori e datori di lavoro contravvengano al divieto di discriminazione in base alla nazionalità [83] o al sesso [84]. Questa potrebbe essere considerata un'applicazione della regola generale secondo cui possono essere apportate restrizioni all'esercizio di un diritto fondamentale, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti [85]. È incontestabile

82 — Sentenza Gustaffson/Svezia, citata alla nota 78, punto 53.

83 — Sentenze 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou (Racc. pag. I-47), e 24 settembre 1998, causa C-35/97, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5325).

84 — Sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607).

85 — Sentenza 17 ottobre 1995, causa C-44/94, Fishermen's Organisations e a. (Racc. pag. I-3115, punto 55).

che nel contesto delle cause in esame l'art. 85, n. 1, persegua un obiettivo importante del Trattato, ossia la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno [art. 3, lett. g)].

163. Da quanto precede discende che i lavoratori e i datori di lavoro, pur essendo liberi in linea di principio di stipulare i suddetti accordi nel modo che ritengono opportuno, devono però, come qualunque altro soggetto della vita economica, rispettare i limiti imposti dal diritto comunitario. Il semplice riconoscimento di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva non basterebbe quindi ad escludere quest'ultima dall'applicabilità delle regole di concorrenza.

164. Tuttavia, dall'analisi che precede risulta chiaramente anche che vi è consenso, a livello internazionale, sulla legittimità ed opportunità, dal punto di vista sociale, della contrattazione collettiva.

165. Ciò mi conduce all'esame del secondo argomento addotto contro l'applicabilità delle regole di concorrenza, vale a dire che queste ultime sono incompatibili con varie disposizioni del Trattato che promuovono la contrattazione collettiva.

b) La promozione della contrattazione collettiva nel diritto comunitario

166. L'art. 118 del Trattato dispone che «la Commissione ha il compito di promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri nel settore sociale, in particolare per le materie riguardanti:

(...)

— il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori».

167. L'art. 118 B del Trattato recita:

«La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali, il quale possa sfociare, se esse lo ritengono opportuno, in relazioni convenzionali».

168. Oltre a ciò, l'Accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati membri della Comunità europea ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, allegato al Protocollo sulla politica

sociale [86], a sua volta allegato al Trattato sull'Unione europea, contiene le disposizioni che seguono.

169. Ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo, «[l]a Comunità e gli Stati membri hanno come obiettivi (...) il dialogo sociale (...)».

170. L'art. 2, n. 4, dispone: «Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive (...)».

171. A norma dell'art. 3, n. 1, «[l]a Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello comunitario (...)».

86 — GU 1992, C 191, pag. 90.

172. L'art. 4, n. 1, dispone: «Il dialogo tra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi».

173. Ai sensi dell'art. 4, n. 2, «[g]li accordi conclusi a livello comunitario sono attuati (...), nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 2, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione».

174. Dalle suddette disposizioni i Fondi, i governi olandese e francese e la Commissione traggono le conclusioni che seguono. Il Trattato e l'Accordo sulla politica sociale promuovono espressamente la contrattazione collettiva e la conclusione di accordi tra le parti sociali. Il diritto comunitario ammette che il dialogo tra le parti sociali possa contribuire allo sviluppo della legislazione a livello sia nazionale che comunitario. È pertanto chiaro che l'art. 85 del

Trattato non è applicabile a questa categoria di accordi.

175. Nelle sue osservazioni scritte, la Commissione sostiene che, se l'art. 85 fosse applicabile, la maggior parte degli accordi collettivi risulterebbe restrittiva della concorrenza e pregiudizievole per il commercio tra Stati membri. Ai sensi dell'art. 85, nn. 1 e 2, i detti accordi sarebbero pertanto vietati e nulli. Risulterebbe improbabile persino un'esenzione ex art. 85, n. 3, in quanto, secondo la Commissione, questa disposizione non consente di prendere in considerazione obiettivi di natura sociale.

176. In una certa misura, condivido questi argomenti.

177. Ciò deriva, anzitutto, da un'interpretazione sistematica del Trattato. Vengono in rilievo due gruppi di norme potenzialmente contrastanti. Da una parte vi sono le summenzionate norme che promuovono la conclusione di accordi collettivi. Esse muovono chiaramente dal presupposto che in via di principio gli accordi collettivi tra le parti sociali sono legittimi. D'altra parte, vi è l'art. 85. L'art. 85, n. 1, vieta talune categorie di accordi. Tali accordi vietati sono nulli ipso iure a norma dell'art. 85, n. 2. Soltanto nel caso in cui ricorrono le condizioni previste dall'art. 85, n. 3, la Commissione può dichiarare inapplicabile il divieto di cui all'art. 85, n. 1.

178. Come dimostrano le cause in esame e l'esame comparativo delle normative nazionali, in ogni ordinamento giuridico esiste una potenziale frizione tra questi due gruppi di norme. Vero è che i normali accordi collettivi su materie centrali della contrattazione collettiva, quali la retribuzione ed altre condizioni di lavoro, restringono la concorrenza tra lavoratori: questi ultimi non possono offrire le loro prestazioni per un salario inferiore al minimo concordato. Tuttavia, lo scopo principale dei sindacati e della contrattazione collettiva è proprio quello di evitare che i lavoratori si gettino in una «corsa al ribasso» riguardo alle retribuzioni e alle condizioni di lavoro. Questo è il motivo per il quale la contrattazione collettiva è favorita da tutti gli ordinamenti giuridici nazionali, da atti internazionali e più in particolare dallo stesso Trattato; inoltre, la legislazione comunitaria nel settore dell'occupazione contiene precise disposizioni relative a provvedimenti da attuare mediante contrattazione collettiva così come mediante atti normativi [87]. Qualora accordi del genere rientrassero nel divieto di cui all'art. 85, n. 1, occorrerebbe rivolgersi alla Commissione per ottenere un'attestazione negativa o un'esenzione. I suddetti accordi tuttavia, per loro stessa natura, non si inseriscono agevolmente nel quadro delle regole di concorrenza.

87 — V., ad esempio, artt. 4, 6, 17, n. 3, e 18, n. 1, della direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU L 307, pag. 18).

179. Gli autori del Trattato o non erano consci del problema oppure non sono riusciti a trovare una soluzione di comune accordo. Di conseguenza, il Trattato non offre un orientamento chiaro. Occorre quindi trovare una soluzione in conformità dei principi di interpretazione consolidati. Poiché entrambi i gruppi di norme sono costituiti da disposizioni del Trattato di pari rango, nessuno dei due ha priorità assoluta nei confronti dell'altro, né va svuotato di contenuto. Poiché le norme del Trattato che favoriscono la contrattazione collettiva presuppongono la legittimità, in linea di principio, degli accordi collettivi, l'art. 85, n. 1, non può essere stato destinato ad applicarsi agli accordi tra le parti sociali su questioni fondamentali quali la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Pertanto, gli accordi collettivi tra le parti sociali sul salario e sulle condizioni di lavoro devono essere automaticamente escluse dall'ambito di applicazione delle regole di concorrenza.

180. Questa conclusione di massima è corroborata anche da considerazioni di natura pratica.

181. Si ammette generalmente che gli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro impediscono dispendiosi conflitti di lavoro, riducono i costi contrattuali mediante una contrattazione collettiva e basata su regole precise e promuovono la prevedibilità e la trasparenza. Un certo equilibrio dei poteri contrattuali delle due parti concorre a garantire un risultato equilibrato per entrambe e per la società intera.

182. Inoltre, gli accordi collettivi su salari, orario o altre condizioni di lavoro, pur potendo limitare la concorrenza tra lavoratori, probabilmente non hanno effetti restrittivi significativi sulla concorrenza tra datori di lavoro. Per quanto riguarda la concorrenza dal punto di vista della domanda sul mercato del lavoro, normalmente ciascun imprenditore rimane libero di offrire ai suoi dipendenti condizioni più vantaggiose. Per quanto riguarda la concorrenza sul mercato dei prodotti o servizi in cui operano i datori di lavoro, gli accordi sui salari o sulle condizioni di lavoro si limitano ad armonizzare uno dei numerosi costi di produzione. Essi incidono pertanto su un solo aspetto della concorrenza [88]. In secondo luogo, come risulta dalla prassi della Commissione [89], la vicinanza al mercato del fattore di cui trattasi costituisce un criterio importante per valutare il carattere significativo dell'effetto restrittivo. Nel caso di accordi collettivi relativi ai salari e alle condizioni di lavoro, sul prezzo finale dei prodotti o servizi di cui trattasi incidono, prima che essi raggiungano il mercato, molti altri fattori. In terzo luogo, ed è forse l'elemento più importante, i costi del fattore di produzione sono armonizzati soltanto in apparenza, in quanto in termini economici il lavoro — a differenza delle

88 — Decisione Irish Banks' Standing Commitee (GU 1986, L 295, pag. 28, punto 16).

89 — Comunicazione della Commissione sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE [GU 1993, C 43, pag. 2, punto III, 2, lett. d)].

materie prime — non è un bene omogeneo. Il fatto che dei lavoratori ricevano il medesimo salario nominale non significa che i costi reali per i rispettivi datori di lavoro siano identici. I costi reali possono essere determinati soltanto prendendo in considerazione la produttività dei lavoratori. La produttività in sé è determinata da molti fattori quali, ad esempio, la capacità professionale, la motivazione, l'ambiente tecnologico, l'organizzazione del lavoro. Tutti questi fattori possono essere, e sono in realtà influenzati, dai datori di lavoro. Questo è appunto lo scopo di una gestione efficiente delle risorse umane. Pertanto, la concorrenza sul lavoro, intesa come fattore di costo, è in realtà forte. Infine, quale conferma empirica della mancanza di effetti significativi sulla concorrenza, si può prendere in considerazione il fatto che sono occorsi 40 anni perché la Corte fosse chiamata per la prima volta a pronunciarsi in una causa relativa alla compatibilità di un accordo collettivo con l'art. 85, e che nel resoconto sulle normative nazionali effettuato in precedenza non è emerso neppure un caso vertente su normali accordi relativi ai salari e alle condizioni di lavoro.

183. Questa conclusione favorevole al riconoscimento di una limitata esclusione, dall'applicabilità delle norme in materia di concorrenza, degli accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro non è in contrasto con gli argomenti precedentemente svolti per sostenere l'inesistenza di un'eccezione per il settore sociale considerato nel suo complesso. La differenza principale sta nel fatto che per la contrattazione collettiva propugno un'eccezione basata non soltanto sulla materia oggetto dell'accordo, ma principalmente sul quadro nel quale tale accordo è stato stipulato.

184. La ratio che giustifica l'ampiezza del campo di applicazione ratione materiae delle regole di concorrenza è semplice. Si può presumere che gli operatori economici privati, quando concludono accordi tra loro, normalmente agiscano nel proprio interesse e non nell'interesse pubblico. Pertanto, i risultati di detti accordi non sono necessariamente conformi all'interesse pubblico. Le autorità competenti in materia di concorrenza dovrebbero quindi poter valutare gli accordi stipulati tra soggetti economici privati anche in settori particolari dell'economia, quali banche e assicurazioni, e perfino nel settore sociale. Di conseguenza, il Trattato contiene soltanto un numero molto limitato di eccezioni per settore all'applicabilità delle regole di concorrenza, basate esclusivamente sulla materia oggetto dell'accordo. Come ho già detto, la Corte dovrebbe continuare ad interpretare tali eccezioni in senso restrittivo.

185. Tuttavia, favorendo la conclusione di accordi collettivi tra le parti sociali, il Trattato riconosce la possibilità di un'eccezione alla presunzione generale relativa alle conseguenze degli accordi tra soggetti economici privati, giacché normalmente questa particolare categoria di accordi persegue l'interesse pubblico. Ciò trova conferma nei diritti nazionali e nelle prassi delle autorità competenti in materia di concorrenza e dei giudici degli Stati mem-

bri, che considerano la contrattazione collettiva come un'attività che normalmente adempie un'apprezzabile funzione sociale. Considerare la contrattazione collettiva come rientrante nel campo di applicazione delle regole di concorrenza, infatti, determinerebbe un'inversione della prassi generalmente seguita negli Stati membri. Ciò non soltanto imporrebbe la notificazione degli accordi ai sensi del diritto della concorrenza comunitario e/o nazionale ma li renderebbe anche soggetti ad impugnazione dinanzi agli organi giurisdizionali.

186. Tuttavia, ritengo che occorra porre dei limiti alla proposta esenzione dalle regole di concorrenza per gli accordi collettivi conclusi tra le parti sociali.

187. Ciò deriva, in primo luogo e soprattutto, dall'interpretazione del Trattato da me adottata in precedenza. Se da un lato l'art. 85, n. 1, non può interferire con la maggior parte degli accordi promossi dalle norme sulla contrattazione collettiva, dall'altro quelle stesse norme non possono svuotare l'art. 85, n. 1, di ogni significato.

188. Ciò risulta in modo evidente dalla formulazione del Trattato: gli artt. 117 («... tale evoluzione [il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera] risulterà... dal funzionamento del mercato comune...») e 118 («Senza pregiudizio delle altre disposizioni del presente Trattato...») sembrano presupporre che le regole di concorrenza si applichino entro certi limiti agli accordi collettivi conclusi tra le parti sociali. Quanto all'Accordo sulla politica sociale, il preambolo del Protocollo afferma espressamente che «il presente protocollo e il suddetto accordo lasciano impregiudicate le disposizioni del trattato».

189. Inoltre, l'esame delle normative nazionali da me effettuato in precedenza ha dimostrato che possono esservi casi nei quali la contrattazione collettiva viene utilizzata come quadro per la conclusione di accordi tra datori di lavoro che producono gravi effetti anticoncorrenziali su terzi o su altri mercati. In realtà tutti gli accordi menzionati, esaminati dai vari giudici e dalle varie autorità nazionali, riguardavano terzi o altri mercati. Nessuno di essi costituiva un normale accordo sui salari o sulle condizioni di lavoro.

190. Propongo quindi tre condizioni per la concessione dell'esenzione ipso facto di tali accordi.

191. In primo luogo, come ha osservato la Commissione, l'accordo dev'essere stipulato nel quadro formale della contrattazione collettiva tra le parti sociali. Un coordinamento unilaterale tra datori di lavoro estraneo alla contrattazione collettiva non dev'essere escluso automatica-

mente, indipendentemente dall'oggetto di tale coordinamento.

192. In secondo luogo, l'accordo dev'essere stipulato in buona fede. In tale contesto occorre tener conto degli accordi che apparentemente riguardano materie fondamentali della contrattazione collettiva, come l'orario di lavoro, ma che fungono semplicemente da copertura per una seria restrizione della concorrenza tra datori di lavoro sul mercato dei loro prodotti. Anche in questi casi eccezionali le autorità competenti in materia di concorrenza devono poter esaminare l'accordo di cui trattasi.

193. In terzo luogo, occorre delimitare la portata dell'esclusione della contrattazione collettiva, di modo che tale esclusione si estenda ai soli accordi per i quali è realmente giustificata. Non sarà semplice trovare un criterio in base al quale tracciare un confine esatto e allo stesso tempo soddisfare il requisito della certezza del diritto. Tenterei di suggerire, quale possibile criterio, quello secondo cui l'accordo collettivo deve riguardare materie fondamentali della contrattazione collettiva, quali i salari e le condizioni di lavoro e non deve incidere direttamente su terzi o su altri mercati. Il criterio dovrebbe consistere nello stabilire se l'accordo si limiti a modificare o a creare diritti e obblighi nell'ambito del rapporto di lavoro tra lavoratori e datori di lavoro o se ecceda tale ambito, incidendo direttamente sui rapporti tra datori di lavoro e terzi, quali clienti, fornitori, datori di lavoro concorrenti o consumatori. L'esame delle normative nazionali da me effettuato in precedenza fornisce vari esempi di quest'ultimo tipo di accordi. Avendo potenziali effetti negativi sulla concorrenza, questi ultimi dovrebbero essere soggetti ad un esame in base alle regole di concorrenza da parte della Commissione o delle altre autorità competenti per verificare se sussistesse effettivamente una restrizione significativa della concorrenza. In caso affermativo, la Commissione dovrebbe poter mettere a confronto i diversi interessi in gioco e, se del caso, concedere un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Sia la Corte che la Commissione hanno ripetutamente ammesso la possibilità di tenere conto in tale contesto di motivi di ordine sociale, in particolare interpretando le condizioni di cui all'art. 85, n. 3, in senso lato, così da comprendere i motivi concernenti la tutela dell'occupazione [90].

194. Pertanto, la mia conclusione sulla questione relativa all'esenzione dall'applicabilità delle regole di concorrenza degli accordi collettivi è che gli accordi collettivi tra le parti sociali stipulati in buona fede su aspetti fondamentali della contrattazione collettiva quali salari e condizioni di lavoro che non incidono direttamente su terzi e su altri mercati non sono considerati dall'art. 85, n. 1, del Trattato.

90 — Sentenze 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro/Commissione (Racc. pag. 1875, punto 43), e 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione (Racc. pag. 2545, punto 42); decisioni della Commissione 4 luglio 1984, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 85 del Trattato CEE (IV/30.810 — Fibre sintetiche; GU 1984 L 207, pag. 17, punto 37), e 23 dicembre 1992, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del Trattato CEE (IV/33.814 — Ford/Volkswagen; GU 1993, L 20, pag. 14, punto 23).

195. Se gli accordi in esame nelle presenti cause rientrino nell'esenzione.

196. Si ricorderà che secondo il diritto olandese i datori di lavoro sono liberi, in linea di principio, di decidere se offrire o meno pensioni complementari ai loro dipendenti. A tal fine essi possono stipulare accordi collettivi qualora le parti sociali convengano solo su pensioni minime. In questi casi le imprese datrici di lavoro decidono in che modo disporre dei contributi raccolti. Le parti sociali possono anche concordare di istituire un regime pensionistico di categoria. Quest'ultimo può essere gestito dai rappresentanti delle parti sociali o da una società di assicurazioni. Una volta stabilito di istituire un fondo pensione di categoria, le parti sociali devono decidere se chiedere al ministro competente di rendere l'iscrizione al fondo di categoria obbligatoria per l'intero settore.

197. L'esistenza di diverse queste varie possibilità di scelta fa sì che gli accordi in esame possano essere considerati come tre distinti accordi aventi il seguente contenuto:

a) per ciascun dipendente appartenente ad una determinata categoria i datori di lavoro concordano un contributo pensionistico di ammontare determinato;

b) con i contributi raccolti viene istituito un unico regime pensionistico di categoria gestito congiuntamente da rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro;

c) le parti sociali chiedono congiuntamente al ministro competente di rendere obbligatoria l'iscrizione per tutte le imprese del settore.

198. Per quanto riguarda il primo accordo, i contributi pensionistici versati dai datori di lavoro formano parte della retribuzione percepita dai dipendenti [91]. Tali contributi sollevano la stessa problematica dei salari e delle altre condizioni di lavoro. Pertanto, la contrattazione collettiva sui contributi pensionistici armonizzati è una trattativa sul contenuto del contratto di lavoro subordinato e non incide direttamente su terzi. Essa rientra perciò nell'esenzione da me caldeggiata in precedenza.

199. Per quanto riguarda gli altri due accordi, la situazione è più complessa. Essi potrebbero essere considerati meramente strumentali al primo accordo. Si può tuttavia sostenere, sulla base del criterio suggerito sopra, che essi non devono rientrare nell'esenzione. Da un lato, vi è una restrizione della libertà dei datori di lavoro partecipanti di affidare la gestione dei fondi a società di assicurazioni (o della loro

91 — Sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889).

libertà di gestirli direttamente). Dall'altro, le parti sociali tentano congiuntamente di obbligare i datori di lavoro che non hanno preso parte alla contrattazione collettiva a conformarsi ai risultati di quest'ultima. Pertanto, i due accordi non costituiscono semplici negoziati collettivi concernenti il contenuto del rapporto di lavoro, ma riguardano direttamente i rapporti dei datori di lavoro con i terzi e non rientrano nell'esenzione da me proposta.

200. Passo pertanto ad esaminare l'art. 85, n. 1, in relazione a questi ultimi due accordi.

C — *Accordo tra imprese*

201. Secondo i governi olandese, francese e svedese e la Commissione, non sussiste accordo tra «imprese», così che l'art. 85, n. 1, del Trattato non è applicabile ratione personae. Si sostiene che i lavoratori non sono «imprese», in quanto non sono soggetti indipendenti che esercitano attività economiche ma sono alle dipendenze dei loro datori di lavoro. I loro rappresentanti, ossia i sindacati, non svolgono attività economiche, quanto meno non quando conducono contrattazioni collettive sulle condizioni di lavoro o sulle pensioni. Pertanto, una delle due parti degli accordi in questione non può essere qualificata come impresa.

202. Per quanto concerne l'argomento secondo cui da parte dei datori di lavoro sussisterebbe implicitamente un «accordo tra imprese» o una «decisione di un'associazione di imprese», il governo olandese sostiene che i datori di lavoro che partecipano alla contrattazione collettiva sulle pensioni svolgono un'attività sociale, non un'attività economica.

203. La Commissione giunge alla medesima conclusione. Tuttavia, dalle sue osservazioni non risulta in modo chiaro attraverso quale ragionamento vi sia pervenuta. Essa si limita a richiamare l'attenzione della Corte sulle possibili conseguenze di una conclusione in senso contrario.

204. Valuterò anzitutto se gli operatori economici implicati possono essere qualificati come imprese o associazioni di imprese. Esaminerò quindi la questione se sussista o meno un accordo o un'altra forma di intesa.

1. *Impresa o associazione di imprese*

205. La Corte ha dichiarato che «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi

entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento» [92]. A tale proposito, può essere utile formulare due osservazioni preliminari.

206. Anzitutto, ritengo che la nozione di «impresa» nel sistema dell'art. 85 svolga una duplice funzione. Da un lato — e questa è la funzione più ovvia — essa rende possibile determinare le categorie di soggetti economici cui sono applicabili le regole di concorrenza. Tale questione sorge ad esempio nelle cause concernenti enti pubblici [93]. In esse il criterio consiste nel valutare se tale soggetto eserciti un'attività di natura economica o commerciale. Dall'altro, essa serve a stabilire a quale soggetto sia imputabile un dato comportamento. Questa seconda questione si pone, ad esempio, nelle cause riguardanti il rapporto tra società madri e società controllate [94]. In tale caso, il criterio sta nel valutare se esista un soggetto indipendente che agisce in nome proprio ovvero se esista semplicemente un «rappresentante» privo di autonomia decisionale.

207. In secondo luogo, la Corte ha dichiarato che «nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione d'impresa dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica *dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo*» [95]. Pertanto, quella di «impresa» è una nozione relativa, il cui significato va accertato in concreto con riferimento alla specifica attività presa in esame. Nella sentenza Höfner e Elser [96], ad esempio, un organo pubblico che svolgeva, tra l'altro, attività di collocamento è stato per tale motivo qualificato come impresa. Per converso, nella sentenza Diego Calì & Figli [97] la Corte ha dichiarato che una società a responsabilità limitata cui lo Stato aveva affidato compiti di sorveglianza preventiva contro l'inquinamento non rientrava nell'ambito di applicazione ratione personae delle regole di concorrenza in relazione a tale specifica attività.

208. Quanto alle presenti cause, esaminerò nell'ordine le questioni se a) i lavoratori subordinati, b), i sindacati o c) i datori di lavoro vadano qualificati come imprese o associazioni di imprese ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza.

a) Lavoratori subordinati

209. Nella sentenza Suiker Unie e a. la Corte ha affermato che i lavoratori formano con i loro datori di lavoro una «entità economica» [98]. «Organi ausiliari facenti parte dell'impresa del commit-

92 — Sentenza Höfner e Elser, citata alla nota 53.

93 — V, ad esempio, sentenze 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson (Racc. pag. 2479); Höfner e Elser, citata alla nota 53, e 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT Fluggesellschaft (Racc. pag. I-43).

94 — Sentenza 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, Viho/Commissione (Racc. pag. I-5457), e sentenze ivi richiamate al punto 16.

95 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydrotherm/Gerätebau (Racc. pag. 2999, punto 11; il corsivo è mio).

96 — Citata alla nota 53.

97 — Sentenza 18 marzo 1997, causa C-343/95 (Racc. pag. I-1547).

98 — Sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73 (Racc. pag. 1663, punto 539).

tente» [99] non possono essere considerati imprese. Nella detta sentenza la Corte ha semplicemente dovuto distinguere tra lavoratori subordinati e agenti di commercio indipendenti quanto ai rispettivi rapporti con i terzi. La Corte ha quindi potuto fondare il suo ragionamento sulla imputabilità al datore di lavoro di attività svolte dai suoi dipendenti.

210. Nei casi in esame, tuttavia, è in discussione il rapporto intercorrente tra i dipendenti e i loro datori di lavoro. Attraverso i loro sindacati i primi partecipavano a trattative sulle pensioni complementari e sulla loro gestione. Tali pensioni formano parte della loro retribuzione [100]. A tal fine i dipendenti agiscono autonomamente e nel proprio interesse. Il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Suiker Unie e a. non è quindi direttamente pertinente.

211. Pertanto, si pone la questione di stabilire come qualificare il fatto che i dipendenti offrono il proprio lavoro in cambio di una retribuzione.

212. Si potrebbe sostenere che si tratti di un'attività economica analoga alla vendita di prodotti o alla prestazione di servizi. Tale asserzione potrebbe — forse — essere vera dal punto di vista economico. Non ritengo tuttavia che essa sia esatta dal punto di vista giuridico.

213. In primo luogo, è difficile concepire come il termine «impresa» possa essere interpretato nel senso di «lavoratore subordinato». Interpretare il Trattato in modo tale da far rientrare il secondo termine nel primo travalicherebbe, a mio parere, i limiti imposti dalla formulazione del Trattato stesso.

214. In secondo luogo, l'interpretazione funzionale del termine «impresa», adottata nella giurisprudenza della Corte, conduce al medesimo risultato. Riguardo agli enti pubblici, la Corte valuta se l'attività di cui trattasi sia — almeno potenzialmente — esercitata da soggetti privati che agiscono provvedendo alla fornitura di beni o servizi [101]. Anche singole persone fisiche possono essere qualificate come imprese [102] qualora agiscano come soggetti economici autonomi sul mercato dei beni e servizi. In casi del genere la ragione è che i soggetti in esame svolgono la «funzione» di un'impresa. L'applicazione degli artt. 85 e 86 è giustificata dal fatto che tali enti pubblici o singoli operano sugli stessi mercati o su mercati simili in base a principi analoghi a

99 — Ibidem, punto 542.

100 — Sentenza Barber, citata alla nota 91.

101 — V. sentenze Diego Cali & Figli, citata alla nota 97, e Höfner e Elser, citata alla nota 53.

102 — V. recentemente, relativamente agli spedizionieri doganali italiani, la sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3851).

quelli a cui sono soggette le imprese «normali» [103].

215. Il lavoro dipendente è per sua natura il contrario dell'esercizio autonomo di un'attività economica o commerciale. I lavoratori subordinati normalmente non sopportano direttamente il rischio economico di una determinata operazione. Essi sono soggetti alle direttive del loro datore di lavoro. Essi non offrono servizi a clienti diversi, bensì lavorano per un unico datore di lavoro. Esiste pertanto un'importante differenza funzionale tra un lavoratore dipendente e un'impresa di servizi. Tale differenza si riflette nel loro diverso status giuridico in vari settori del diritto comunitario [104] o nazionale.

216. In terzo luogo, il regime del diritto comunitario della concorrenza non è concepito per essere applicato ai lavoratori subordinati. Gli esempi di pratiche anticoncorrenziali di cui agli artt. 85, n. 1, e 86 o le condizioni per l'esenzione di cui all'art. 85, n. 3, sono chiaramente formulate con riguardo ad operatori economici la cui attività consiste nel fornire beni o servizi. L'art. 85, n. 1, lett. a), ad esempio, fa riferimento ai «prezzi d'acquisto o di vendita» e ad «altre condizioni di transazione». I lavoratori subordinati, per contro, sono interessati dai «salari» e dalle «condizioni di lavoro». Per applicare l'art. 85, n. 1, ai lavoratori subordinati occorrerebbe pertanto ricorrere a disagevoli analogie tra il mercato dei beni e servizi ed il mercato del lavoro.

217. Di conseguenza, a mio parere, in linea di principio i lavoratori subordinati esulano dall'ambito di applicazione ratione personae del divieto contenuto all'art. 85, n. 1. Il tempo probabilmente dirà se tale principio valga anche in certi settori di confine quale, ad esempio, quello dello sport professionistico.

b) Sindacati

218. Poiché i lavoratori subordinati non possono essere qualificati come imprese ai sensi dell'art. 85, i sindacati o altre associazioni rappresentative dei lavoratori non costituiscono «associazioni di imprese».

219. Se, tuttavia, i sindacati siano essi stessi «imprese».

220. Il solo fatto che un sindacato sia un'associazione senza fini di lucro non

103 — Per un confronto analitico con le imprese «normali» v. sentenza Commissione/Italia, citata alla nota 102, punti 36-38.

104 — Ad esempio artt. 48 e 59 del Trattato.

priva automaticamente l'attività da esso svolta della sua natura economica [105].

221. Un sindacato è un'associazione di lavoratori. È pacifico che le associazioni possono anche essere considerate alla stregua di «imprese» qualora esercitino esse stesse un'attività economica [106].

222. Occorre tener presente che un'associazione può agire o nel proprio interesse, entro certi limiti indipendentemente dalla volontà dei suoi membri, ovvero come organo esecutivo di un accordo tra questi ultimi. Nel primo caso i suoi atti sono imputabili all'associazione, mentre nel secondo sono i membri di questa che ne rispondono.

223. Riguardo alle normali associazioni commerciali, le conseguenze di tale distinzione spesso hanno scarsa rilevanza, in quanto l'art. 85 si applica allo stesso modo agli accordi tra imprese e alle decisioni di associazioni di imprese [107]. Esse possono rivestire una certa importanza quando la Commissione deve decidere a chi rivolgere la propria decisione e a chi infliggere un'ammenda [108].

224. Tuttavia, nel caso dei sindacati questa distinzione acquista un'importanza decisiva giacché il sindacato, quando agisce in veste di mero rappresentante, costituisce semplicemente l'organo esecutivo di un accordo tra i suoi membri, i quali — come ho già rilevato in precedenza — non sono destinatari del divieto di cui all'art. 85, n. 1.

225. Rispetto alle attività sindacali occorre quindi procedere in due fasi: bisogna chiedersi anzitutto se una determinata attività sia imputabile al sindacato e, in caso affermativo, se tale attività abbia natura economica.

226. Certo, vi sono casi in cui l'attività dei sindacati soddisfa entrambe le condizioni. Taluni sindacati possono ad esempio gestire per proprio conto supermercati, casse di risparmio, agenzie di viaggio o altre attività economiche. Quando agiscono in tale veste sono loro applicabili le regole di concorrenza.

105 — V. sentenze 29 ottobre 1980, cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, Van Landewyck e a./Commissione (Racc. pag. 3125, punto 88), e Fédération Française des Sociétés d'Assurances e a., citata alla nota 56, punto 21.

106 — Questa conclusione è implicita nella sentenza 21 marzo 1974, causa 127/73, BRT (Racc. pag. 313, punto 7), nonché nelle conclusioni presentate per tale sentenza dall'avvocato generale Mayras (Racc. pag. 322) e in quelle presentate dall'avvocato generale Lenz per la sentenza Bosman, citata alla nota 21, paragrafo 256.

107 — Conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella causa Bosman, citata alla nota 21, paragrafo 258.

108 — V. le questioni sollevate nella causa T-18/96 R, SCK e FNK/Commissione (Racc. 1996, pag. II-407), e nelle cause riunite T-213/95 e T-18/96, SCK e FNK/Commissione (Racc. 1997, pag. II-1739).

227. Nella specie, tuttavia, i sindacati conducono una contrattazione collettiva con i datori di lavoro sulle pensioni per i lavoratori appartenenti al settore. Al riguardo essi agiscono come meri rappresentanti dei lavoratori appartenenti ad un determinato settore e non per proprio conto. Ciò basta a dimostrare che nei casi in esame i sindacati non agiscono come imprese ai sensi del diritto della concorrenza.

c) Datori di lavoro

228. Nelle presenti cause i datori di lavoro esercitano attività economiche su vari mercati di beni e di servizi. Sotto tale profilo, essi vanno qualificati come imprese.

229. Per poter produrre i detti beni o servizi essi assumono lavoratori subordinati. Assumere personale è pertanto parte integrante delle loro attività economiche principali.

230. Come ho già rilevato, il governo olandese sostiene che i datori di lavoro che prendono parte ad una contrattazione collettiva sui salari o sulle condizioni di lavoro non svolgono un'attività economica, bensì un'attività di carattere sociale, e non possono, quanto meno in relazione a quest'ultima, essere qualificati come imprese. La Commissione perviene alla medesima conclusione.

231. Poiché, in ogni caso, propongo un'eccezione limitata all'applicabilità ratione materiae delle regole di concorrenza, che riguarda i tipi di accordi cui fanno riferimento il governo olandese e la Commissione, in realtà non occorre esaminare tale argomento in dettaglio. Tuttavia, ritengo sia utile porre in rilievo che i datori di lavoro svolgono attività economiche.

232. In primo luogo, i datori di lavoro impegnati nella contrattazione collettiva sulle condizioni di lavoro, sui salari o sulle pensioni normalmente non sono mossi, o quanto meno non soltanto mossi, da considerazioni di carattere sociale. Esistono, più realisticamente, motivazioni economiche, ad esempio la prevenzione di dispendiosi conflitti sindacali, minori costi di transazione grazie ad una negoziazione regolamentata ed una migliore programmazione, più certa e trasparente, dei costi di produzione.

233. In secondo luogo, il successo economico di un'impresa sui mercati nazionali e internazionali di beni e di servizi dipenderà dalla sua capacità di stipulare un accordo

collettivo ottimale con i propri dipendenti, il che inciderà sulla sua struttura dei costi. La contrattazione con i lavoratori costituisce pertanto parte integrante della sua attività economica sul mercato e non può esserne artificialmente isolata.

234. In terzo luogo, il concetto stesso di contrattazione collettiva implica che ciascuna parte tuteli i propri interessi. I lavoratori subordinati tentano di ottenere i maggiori vantaggi sociali possibili. I datori di lavoro cercano di difendere gli interessi economici delle imprese interessate. Presumibilmente un risultato ottimale per entrambe le parti e per la società è garantito attraverso un equilibrio del potere contrattuale di ciascuna delle parti. Non sarebbe pertanto neppure auspicabile che i datori di lavoro fossero influenzati da considerazioni di natura non economica.

235. Pertanto, quando partecipano alla contrattazione collettiva i datori di lavoro rimangono imprese.

236. Ne consegue che nelle cause in esame le associazioni di datori di lavoro sono associazioni di imprese.

2. *Accordo o altro tipo di intesa*

237. Atteso che né i lavoratori né i loro rappresentanti sono imprese, concentrerò il mio esame sulla questione se un accordo collettivo tra le parti sociali contenga o meno un accordo implicito tra le imprese datrici di lavoro.

238. Nella sentenza BNIC la Corte ha dichiarato che «l'ambito giuridico entro il quale ha luogo la conclusione di detti accordi [tra imprese] e sono adottate dette decisioni [da parte di associazioni di imprese], come pure la definizione giuridica di tale ambito data dai vari ordinamenti giuridici nazionali sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza e in particolare dell'art. 85 del Trattato» [109].

239. Nella sentenza Frubo/Commissione la Corte ha affermato che «l'art. 85, n. 1, si applica alle associazioni solo nell'ipotesi in cui la loro attività o quella delle imprese affiliate produca gli effetti vietati da tale norma. Ogni diversa interpretazione disconoscerebbe all'art. 85, n. 1, la sua effettiva portata» [110].

109 — Sentenza 30 gennaio 1985, causa 123/83 (Racc. pag. 391, punto 17).

110 — Sentenza 15 maggio 1975, causa 71/74 (Racc. pag. 563, punti 30 e 31).

240. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte risulta che un accordo può essere verbale [111] o tacito [112] e che è sufficiente che le imprese in questione abbiano espresso l'intenzione comune di comportarsi in un determinato modo [113].

241. Per poter stipulare un accordo collettivo le parti sociali devono coordinare la loro azione mediante accordi conclusi ad hoc ovvero istituzionalizzati tramite associazioni. Come minimo, esse devono concordare di negoziare congiuntamente e di conformarsi al risultato della trattativa ottenuto dai loro rappresentanti.

242. Pertanto, alla luce della summenzionata giurisprudenza della Corte non può esservi dubbio sul fatto che da parte dei datori di lavoro esista un accordo implicito tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1. Come minimo esiste una pratica concordata, anch'essa prevista dall'art. 85, n. 1.

243. Nell'unica decisione adottata in relazione al rapporto intercorrente tra l'art. 85, n. 1, e accordi collettivi stipulati tra le parti sociali, la Commissione si è conformata a questa impostazione. Nel procedimento Irish Banks' Standing Committee [114], un'associazione di banche irlandesi chiedeva un'attestazione negativa in relazione ad un accordo concernente l'orario di apertura stipulato tra le banche interessate e «i sindacati dei dipendenti bancari».

La Commissione ha considerato, in primo luogo, che le regole di concorrenza erano applicabili al settore bancario e, in secondo luogo, che «le banche che partecipano agli accordi per i quali è stata chiesta un'attestazione negativa sono delle imprese ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE». Essa ha quindi affermato: «La domanda d'attestazione negativa riguarda gli accordi (...) tra le parti a nome delle quali la domanda è stata fatta. Pertanto, si può considerare che gli accordi costituiscono accordi tra imprese ai fini dell'applicazione dell'articolo 85».

244. Concludo pertanto nel senso che ogni accordo collettivo tra le parti sociali presuppone un accordo implicito tra le imprese della parte datoriale.

D — *Restrizione della concorrenza*

245. Il problema è se gli accordi impliciti tra datori di lavoro — qualora non siano esentati dalle regole di concorrenza —

111 — Sentenza 20 giugno 1978, causa 28/77, Tepea/Commissione (Racc. pag. 1391, punto 41).

112 — Sentenza 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG/Commissione (Racc. pag. 3151, punto 38).

113 — Sentenze 15 luglio 1970, causa 41/69, ACF Chemiefarma (Racc. pag. 661, punto 112), e Van Landewyck e a./Commissione, citata alla nota 105, punto 86.

114 — Citata alla nota 21.

«abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza» ai sensi dell'art. 85, n. 1.

246. I Fondi e il governo olandese sostengono che gli accordi collettivi di cui trattasi non hanno né l'oggetto né l'effetto di restringere il gioco della concorrenza. I detti accordi hanno un fine sociale e non sono intesi a limitare la concorrenza tra le imprese interessate. Se qualche forma di restrizione esiste, essa è dovuta non all'azione dei datori di lavoro, bensì a quella dello Stato, che rende obbligatorio l'accordo per tutte le imprese del settore.

247. Prima di iniziare l'analisi è opportuno formulare due osservazioni preliminari.

248. Innanzi tutto, nelle presenti cause l'interazione tra gli accordi collettivi in esame e l'intervento dello Stato è complessa. Esiste l'accordo collettivo tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Esso presuppone due accordi impliciti, uno tra lavoratori dipendenti e l'altro tra datori di lavoro. Infine, vi è l'intervento del governo olandese che rende obbligatoria l'iscrizione al fondo.

249. L'analisi dev'essere incentrata sulle conseguenze dell'accordo implicito tra datori di lavoro e quindi sul nesso causale esistente in ciascun caso tra detto accordo e gli effetti sui vari operatori e sui vari mercati.

250. In secondo luogo, nelle presenti cause è necessario svolgere un'analisi attenta, che tenga conto delle peculiarità del contesto economico.

251. Contrariamente a molte normative nazionali in materia di concorrenza, le regole di concorrenza comunitarie sono applicabili a quasi tutti i settori dell'economia (ad esempio agricoltura, banche, assicurazioni, energia, trasporti, settore sociale) e a quasi tutte le categorie di accordi (ad esempio accordi verticali). L'ampiezza di questo ambito di applicazione rende sempre più importante, nell'accertare se in un caso specifico vi sia una violazione delle regole di concorrenza, il fatto di tenere conto delle caratteristiche economiche specifiche di un dato settore o di un certo tipo di accordi.

252. Per quanto riguarda l'interpretazione dell'espressione «impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza» di cui

all'art. 85, n. 1, norme ben definite, che identifichino semplicemente le restrizioni al comportamento di singoli operatori, normalmente offrono una base solida per poter presumere l'esistenza di un effetto anticoncorrenziale e favoriscono altresì un'auspicabile certezza del diritto. Tuttavia, in casi concernenti settori specifici [115] o specifiche categorie di accordi [116], la Corte è andata oltre tale impostazione meccanicistica e ha condotto un'analisi più approfondita. In relazione all'oggetto e alla natura degli accordi in esame, nel presente procedimento devono pertanto essere presi in considerazione il contesto economico e la motivazione economica, talvolta complessa, su cui essi si basano.

253. Passo ora agli accordi collettivi in esame nelle presenti cause. Come ho rilevato in precedenza, essi possono essere scomposti in tre elementi giuridicamente ed economicamente indipendenti.

254. Come ho già detto, il primo elemento, ossia l'accordo tra datori di lavoro che armonizza i contributi pensionistici per un intero settore, sfugge all'applicazione dell'art. 85, n. 1. Si tratta infatti di un accordo relativo alla retribuzione dei lavoratori, che costituisce una materia fondamentale della contrattazione collettiva e non incide direttamenti su terzi o su altri mercati. Ad esso, pertanto, non sono applicabili le regole di concorrenza.

255. In questo contesto, quindi, vengono in rilievo soltanto la seconda e la terza parte degli accordi, che hanno — o quanto meno così si sostiene — conseguenze per le società di assicurazioni e per i datori di lavoro che non hanno partecipato agli accordi collettivi di cui trattasi. Occorre inoltre rammentare che è pertinente soltanto l'accordo implicito tra datori di lavoro. Per tale motivo, esaminerò la questione se vi sia una restrizione significativa della concorrenza determinata da un accordo implicito tra datori di lavoro per quanto riguarda, in primo luogo, l'accordo per l'istituzione di un fondo pensione di categoria unico gestito congiuntamente da datori di lavoro e sindacati e, in secondo luogo, l'accordo per chiedere al ministro competente, congiuntamente ai sindacati, di rendere obbligatoria l'iscrizione per tutte le imprese del settore.

1. *L'accordo per l'istituzione di un fondo pensione unico gestito congiuntamente da datori di lavoro e sindacati*

256. Per meglio comprendere le ragioni che stanno alla base dell'accordo è utile tener presenti le opzioni a disposizione dei lavoratori e dei datori di lavoro. Esistono

115 — Sentenze della Corte 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG (Racc. pag. I-5641, punto 31); 12 dicembre 1995, causa C-399/93, Oude Luttikhuis e a. (Racc. pag. I-4515, punto 10), e sentenza del Tribunale di primo grado 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services e a./Commissione (Racc. pag. II-3141, punti 136 e 137).

116 — Sentenze 30 giugno 1966, causa 56/65, Société Technique Minière (Racc. pag. 261); 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis (Racc. pag. I-935); 8 giugno 1971, causa 78/70, Deutsche Grammophon (Racc. pag. 487); 8 giugno 1982, causa 258/78, Nungesser/Commissione (Racc. pag. 2015), e 28 gennaio 1986, causa 161/84, Pronuptia (Racc. pag. 353).

accordi collettivi laddove le parti sociali si limitano a concordare contributi pensionistici individuali minimi. In tali casi le imprese datrici di lavoro decidono in che modo disporre dei contributi raccolti. Esse possono scegliere liberamente di istituire un fondo pensione aziendale o di stipulare una polizza di gruppo specifica per la loro impresa con una società di assicurazioni, ovvero di istituire un fondo pensione comune con altri datori di lavoro.

257. Nelle cause in esame i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro hanno optato per una terza soluzione, ossia l'istituzione di un fondo pensione comune gestito congiuntamente dai rappresentanti delle parti sociali del settore.

258. Come può essere considerato un accordo del genere dal punto di vista del diritto della concorrenza? Anzitutto, esso rappresenta una forma di cooperazione volontaria orizzontale tra imprese appartenenti al medesimo settore per quanto riguarda la gestione delle pensioni dei loro dipendenti. Soltanto il successivo intervento del governo olandese rende obbligatoria la partecipazione al fondo. Inoltre, tale cooperazione non avviene su una base ad hoc, bensì all'interno di una struttura permanente, separata dalle imprese partecipanti.

259. Pertanto, l'istituzione dei fondi pensione come forma istituzionalizzata di cooperazione è per molti versi identica a quella che viene comunemente definita istituzione di un'impresa comune a carattere cooperativo.

260. Esaminerò separatamente gli effetti degli accordi in questione a) sulle imprese datrici di lavoro e b) sulle società di assicurazioni.

a) Restrizione della concorrenza per quanto riguarda i datori di lavoro

261. Se l'istituzione del fondo pensione restringa in modo significativo la concorrenza tra datori di lavoro.

262. Riguardo ad una cooperativa agricola d'acquisto la Corte ha affermato:

«(...) il fatto di organizzare un'impresa nella forma giuridica specifica di una società cooperativa non costituisce di per sé un comportamento anticoncorrenziale (...) [Q]uesta forma giuridica è vista con favore sia dal legislatore nazionale sia dalle autorità comunitarie, in quanto rappresenta un fattore di ammodernamento e di

razionalizzazione del settore agricolo e contribuisce all'efficienza delle imprese» [117].

263. Nella sua «Comunicazione relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese» [118], la Commissione ha affermato:

«(...)

I. La Commissione vede con favore la cooperazione fra piccole e medie imprese, sempreché essa permetta loro di lavorare più razionalmente e di accrescere la loro produttività e capacità concorrenziale in un mercato più grande. La Commissione ritiene che è suo compito agevolare la cooperazione tra le piccole e medie imprese. Ma anche la cooperazione tra grandi imprese può essere auspicabile dal punto di vista economico e non dar luogo a obiezioni sotto il profilo della politica della concorrenza.

(...)

È possibile che anche altre forme di cooperazione tra imprese, non richiamate più avanti, non siano vietate a norma dell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato CEE (...).

(...)

II. La Commissione ritiene che non restringano la concorrenza i seguenti accordi:

(...)

2. *Accordi aventi esclusivamente per oggetto:*

a) *la cooperazione contabile,*

b) *la garanzia in comune del credito,*

c) *la organizzazione comune dell'incasso,*

d) *uffici comuni di consulenza aziendale o fiscale.*

117 — Sentenza Oude Luttikhuis e a., citata alla nota 115, punto 12.

118 — GU 1968, C 75, pag. 3, rettifica in GU 1968, C 84, pag. 14.

Trattasi in questi casi di una cooperazione in settori che non influiscono sull'offerta di prodotti e di servizi né sulle decisioni economiche delle imprese interessate, cosicché non ne consegue alcuna restrizione della concorrenza».

264. Al punto 15 della sua «Comunicazione sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'art. 85 del trattato CEE» [119], la Commissione afferma:

«Talune categorie di I[mprese] C[omuni] sfuggono al divieto delle intese, giacché non hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. È il caso, tra l'altro:

(...)

— delle I[mprese] C[omuni] che svolgono attività neutrali dal punto di vista della concorrenza ai sensi della comunicazione del 1968 concernente la cooperazione tra imprese. Le forme di cooperazione ivi descritte non restringono la concorrenza in quanto:

(...)

— riguardano unicamente l'esecuzione tecnica della contabilità dell'impresa;

— riguardano attività lontane dal mercato».

265. Il ragionamento sui cui si basano la sentenza della Corte e le due comunicazioni è che la cooperazione istituzionalizzata in materia di gestione che consente alle società interessate di conseguire economie di scala significative e che riguarda attività lontane dai mercati dei prodotti o servizi generalmente favorisce lo sviluppo della concorrenza.

266. Lo stesso vale per i fondi pensione di categoria.

267. L'istituzione di un fondo pensione di categoria unico offre diversi vantaggi ai datori di lavoro partecipanti. Anzitutto, essa consente di ottenere economie di scala

119 — GU 1993, C 43, pag. 2.

per i servizi essenziali all'amministrazione di un regime previdenziale, quali la gestione dei contributi e dei versamenti o il loro deposito. L'amministrazione, inoltre, risulta assai più semplice nei casi in cui un lavoratore passi da una società all'altra all'interno del medesimo settore.

268. Inoltre, un fondo di categoria si trova in posizione migliore sul mercato finanziario e nel rapporto con i prestatori di servizi (consulenti, società di assicurazioni). Si producono pertanto effetti fortemente favorevoli alla concorrenza.

269. D'altro canto, analogamente alla contabilità congiunta o agli uffici di consulenza fiscale, la cooperazione in materia di gestione del fondo riguarda un settore che non «influisc[e] sull'offerta di prodotti e di servizi né sulle decisioni economiche delle imprese interessate». Al contrario, la cooperazione si inserisce in un settore addirittura più lontano dal mercato del prodotto rispetto, ad esempio, alla ricerca e sviluppo in comune.

270. Di conseguenza, l'istituzione di un fondo pensione di categoria costituisce una forma efficiente e razionale di cooperazione che favorisce la concorrenza tra imprese e che, in linea di principio, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1.

271. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken sostengono invece che sussiste violazione dell'art. 85, n. 1, in quanto viene limitata la loro libertà di organizzare propri regimi pensionistici.

272. In relazione alle norme di una cooperativa agricola che limitavano le possibilità di recesso dei soci, la Corte ha dichiarato:

«Tuttavia, ciò non significa che le clausole statutarie che disciplinano i rapporti tra la società e i suoi soci, in particolare quelle relative allo scioglimento del rapporto sociale e quelle che impongono ai soci di consegnare alla cooperativa tutto il latte prodotto, siano automaticamente sottratte al divieto posto dall'art. 85, n. 1, del Trattato.

Infatti, per sfuggire a tale divieto, le limitazioni imposte dagli statuti delle cooperative ai loro soci per garantirne la fedeltà devono limitarsi a quanto necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa e in particolare per garantirle una base commerciale sufficien-

temente estesa nonché una certa stabilità della partecipazione societaria» [120].

273. Pertanto, mentre le imprese, in determinate circostanze, possono creare cooperative, le connesse restrizioni *contrattuali* alla loro libertà commerciale devono essere limitate al minimo indispensabile.

274. A mio parere, un fondo pensione di categoria su base volontaria, che prevede limiti alla facoltà di recesso, può costituire un caso analogo qualora determinate restrizioni contrattuali accessorie intese a garantire la fedeltà dei soci siano indispensabili per «garantir[gli] una base commerciale sufficientemente estesa nonché una certa stabilità della partecipazione societaria».

275. Nel caso di specie, tuttavia, la situazione è diversa. Dal fascicolo non emerge alcun elemento da cui risulti che le restrizioni controverse trovino la propria origine direttamente negli accordi in esame. La libertà di istituire regimi pensionistici speciali risulta limitata non per effetto degli accordi che istituiscono i Fondi, bensì dal provvedimento del governo olandese che rende obbligatoria l'iscrizione. Non esiste quindi alcun nesso causale diretto tra gli accordi originari di alcuni datori di lavoro per istituire un fondo pensione comune e le difficoltà in cui sono di fatto incorse le ricorrenti nelle cause principali quando hanno cercato di essere esentate dall'obbligo di iscrizione. La limitazione della loro libertà dipende dall'intervento del governo olandese. La compatibilità di tale intervento con gli artt. 5 e 85, n. 1, nonché con gli artt. 86 e 90, n. 1, rappresenta una questione diversa, che esaminerò più avanti.

b) Restrizioni nei confronti delle società di assicurazioni pensionistiche

276. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken sostengono che il divieto di stipulare accordi per l'istituzione di pensioni complementari con società di assicurazioni private incide negativamente sulla situazione concorrenziale di queste ultime. Infatti viene ad esse impedito di concludere contratti di assicurazione di gruppo con datori di lavoro appartenenti ad un determinato settore e per tale motivo esse vengono escluse da una parte importante del mercato olandese delle assicurazioni. Per giunta, si produce un effetto cumulativo, in quanto l'obbligo di iscrizione esiste praticamente in tutti i settori dell'economia olandese.

277. Esaminerò anzitutto gli effetti degli accordi originari tra alcuni datori di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori al fine di istituire un fondo pensione di categoria comune da essi gestito congiuntamente. A tale scopo esaminerò l'accordo in abstracto, senza prendere in considerazione

120 — Sentenza Oude Luttikhuis, citata alla nota 115, punti 13 e 14.

il successivo intervento del governo, muovendo quindi dal presupposto che esista un fondo pensione su base volontaria. Poi esaminerò gli effetti della decisione del governo che ha reso obbligatoria l'iscrizione.

278. Quanto all'istituzione di un fondo pensione di categoria su base volontaria, occorre tener presente che un singolo datore di lavoro può optare per l'istituzione di un fondo pensione aziendale o per la stipulazione di un contratto di assicurazione di gruppo per i suoi dipendenti con una società di assicurazioni.

279. Dal punto di vista della concorrenza entrambe le scelte risultano neutre. La scelta è equiparabile a quella di un imprenditore che decide di «acquistare» determinati servizi (ad esempio pulizia, contabilità) da fornitori esterni ovvero di «produrli» all'interno della propria impresa. In tali casi, la scelta di non instaurare rapporti contrattuali con fornitori esterni è tutelata dalla libertà contrattuale. Un rifiuto di contrarre avrebbe rilevanza soltanto nel contesto di un'impresa in posizione dominante.

280. La decisione di alcuni datori di lavoro di cooperare tra loro per istituire un fondo unico non peggiora la situazione delle società di assicurazioni pensionistiche. Come si è già detto, tutti i datori di lavoro partecipanti sono liberi di non offrire trattamenti pensionistici oppure di offrirli mediante un fondo pensione aziendale. Dal punto di vista delle società di assicurazioni, il fatto che più datori di lavoro decidano di versare i contributi pensionistici in un unico fondo comune anziché avere fondi pensione aziendali separati non fa alcuna differenza.

281. Come ho già rilevato, inoltre, dal fascicolo non risulta che l'accordo collettivo originario che ha istituito un fondo pensione congiunto contenesse alcuna restrizione della libertà dei membri di recedere dal fondo e di stipulare accordi più vantaggiosi con società di assicurazioni esterne. Pertanto, un fondo pensione su base meramente volontaria, senza esclusiva e senza limitazioni al diritto di recesso è privo di qualunque reale effetto di esclusione.

282. Infine, tutte le parti e il governo olandese concordano sul fatto che i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro possono affidare la gestione di un fondo di categoria ad una società di assicurazioni. Le società di assicurazioni hanno quindi un'ulteriore possibilità di offrire i loro servizi di gestione a grandi fondi che rappresentano un elevato numero di lavoratori e di datori di lavoro.

283. La decisione, da parte dei rappresentanti delle parti sociali, di amministrare il fondo congiuntamente e di non stipulare un contratto di gestione con una società di assicurazioni costituisce inoltre un rifiuto che in linea di principio rientra nella libertà contrattuale e potrebbe rilevare soltanto ai fini dell'art. 86.

284. Pertanto, per quanto riguarda i datori di lavoro che hanno aderito all'accordo originario per l'istituzione di un fondo pensione di categoria, non vi sono reali effetti di esclusione per le società di assicurazioni. La scelta di un imprenditore di aderire ad un fondo pensione di categoria anziché affidare la gestione dei contributi ad una società di assicurazioni è protetta dalla libertà contrattuale.

285. Anche in questo caso, quindi, gli argomenti delle ricorrenti nella causa principale sono essenzialmente diretti contro gli effetti dell'obbligo di iscrizione. È esclusivamente quest'obbligo a limitare la libertà dei datori di lavoro di stipulare polizze di assicurazioni di gruppo con le società di assicurazioni. L'effetto secondario di tale obbligo è che queste ultime non hanno accesso al potenziale mercato dell'assicurazione pensione complementare. Come ho già detto, la compatibilità dell'intervento del governo olandese con il diritto comunitario costituisce una questione diversa, che esaminerò più avanti.

286. Di conseguenza, l'accordo implicito originario tra datori di lavoro per l'istituzione di un fondo pensione di categoria comune da essi amministrato congiuntamente con i rappresentanti dei lavoratori non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1. Se esistono effetti restrittivi, essi sono causati dall'intervento del governo olandese.

2. *L'accordo per chiedere al ministro competente, congiuntamente ai sindacati, di rendere l'iscrizione obbligatoria per tutte le imprese del settore*

287. Oggetto di questo esame è la richiesta congiunta al ministro che venga resa obbligatoria l'iscrizione per tutte le imprese del settore.

288. Per quanto riguarda i datori di lavoro, l'accordo può essere considerato come un'azione coordinata diretta ad ottenere l'intervento del governo al fine di creare pari condizioni di concorrenza tra tutti i datori di lavoro del settore.

289. Anzitutto, tale azione va tenuta distinta dall'azione diretta contro le imprese concorrenti esterne per costringerle ad aderire o a conformarsi ad un determinato accordo. In tale fattispecie, i mezzi normalmente utilizzati sono ad esempio il boicottaggio e gli accordi di esclusiva reciproca con acquirenti o fornitori. In questi casi le imprese responsabili dell'in-

frazione hanno spesso sostenuto di aver agito al fine di impedire atti di concorrenza sleale o pratiche di dumping o, in maniera più generale, a tutela del pubblico interesse. La Corte e la Commissione hanno costantemente affermato che spetta ai pubblici poteri o ai giudici e non alle imprese private tutelare gli interessi del pubblico in materie quali la sicurezza dei prodotti o la tutela contro la concorrenza sleale [121].

290. Inoltre si è appena dimostrato che l'accordo originario tra taluni datori di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori per l'istituzione di un fondo pensione unico non è in contrasto con l'art. 85, n. 1. Pertanto, la richiesta congiunta di cui trattasi può essere considerata distinta da una richiesta proveniente da talune imprese per estendere ad altre imprese del medesimo settore gli effetti di un accordo vietato.

291. A mio parere, tuttavia, quest'ultimo punto non ha importanza decisiva ai fini della valutazione della legittimità del comportamento in esame. Il semplice tentativo, da parte di talune imprese, di persuadere le autorità pubbliche ad estendere gli effetti di un determinato accordo ad altri operatori economici non ricade sotto al divieto di cui all'art. 85, n. 1 [122].

292. In primo luogo, tale azione in sé non pregiudica la concorrenza o la libertà di chiunque di prendervi parte. Qualunque restrizione è conseguenza di un'azione successiva dello Stato.

293. In secondo luogo, la richiesta congiunta alle autorità pubbliche è caratteristica delle nostre società democratiche. Le persone fisiche o giuridiche sono legittimate ad organizzarsi e a presentare congiuntamente le proprie richieste al governo o al legislatore. Le autorità pubbliche devono in tal caso decidere se l'azione proposta sia nel pubblico interesse. Esse hanno il potere esclusivo, ma anche la responsabilità esclusiva, di decidere in merito.

294. Pertanto, una richiesta congiunta di rendere obbligatoria l'iscrizione non rientra neppure nella sfera di applicazione dell'art. 85, n. 1.

295. Poiché nessuno dei due accordi restringe la concorrenza, non occorre esa-

121 — Sentenza della Corte 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBBB/Commissione (Racc. pag. 19, punto 37), sentenza del Tribunale di primo grado 12 dicembre 1991, causa T-30/89, Hilti/Commissione (Racc. pag. II-1439, punti 115-119), e decisione della Commissione 30 novembre 1994, relativa ad una procedura d'applicazione dell'articolo 85 del Trattato CE (Caso IV/33.126 e 33.322 — Cemento) (GU L 343, pag. 112, punto 8).

122 — Decisione Cemento, citata alla nota 121.

minarne gli effetti sul commercio intracomunitario.

296. Concludo nel senso che l'art. 85, n. 1, non è applicabile ratione materiae agli accordi collettivi tra le parti sociali con i quali datori lavoro concordino di versare per ciascun dipendente appartenente ad un determinato settore un contributo pensionistico di importo determinato, in quanto si tratta di accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro conclusi in buona fede su materie fondamentali della contrattazione collettiva, quali i salari e le condizioni di lavoro, che non incidono direttamente su terzi e su altri mercati. Nella specie, l'art. 85, n. 1, non è applicabile ratione personae né ai lavoratori subordinati né ai sindacati, in quanto nel contesto della contrattazione collettiva essi non agiscono alla stregua di un'impresa ai sensi delle regole di concorrenza. Per quanto riguarda i due accordi impliciti tra datori di lavoro, per l'istituzione di un fondo pensione di categoria unico amministrato congiuntamente dalle parti sociali e per chiedere al ministro competente, congiuntamente ai sindacati, di rendere obbligatoria l'iscrizione, l'art. 85, n. 1, ancorché in linea di principio applicabile, non è violato, in quanto nessuno dei due accordi restringe la concorrenza.

297. Pertanto, non sussiste violazione dell'art. 85, n. 1, nel caso in cui i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro di un determinato settore economico concordino collettivamente di istituire un fondo pensione di categoria unico e di chiedere congiuntamente alle autorità di rendere l'iscrizione allo stesso obbligatoria per tutti gli appartenenti alla categoria.

VII — Articoli 5 e 85

298. La questione è se uno Stato membro violi gli artt. 5 e 85 del Trattato nel caso in cui, su richiesta dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, renda obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria per tutte le imprese del settore interessato.

299. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken sostengono che, anzitutto creando il quadro normativo dell'iscrizione obbligatoria e poi rendendo obbligatoria l'iscrizione ai tre fondi, il Regno dei Paesi Bassi ha, da un lato, favorito e, dall'altro, rafforzato gli effetti di un accordo contrastante con l'art. 85. A loro parere ciò equivale ad una violazione degli artt. 5 e 85, come interpretati dalla Corte nelle sentenze Meng [123] e Ohra Schadeverzekeringen [124].

123 — Sentenza 17 novembre 1993, causa C-2/91 (Racc. pag. I-5751).

124 — Sentenza 17 novembre 1993, causa C-245/91 (Racc. pag. I-5851).

300. I Fondi, i governi olandese, francese e svedese e la Commissione fanno valere che nella specie non esiste un accordo contrastante con all'art. 85, n. 1, che possa essere favorito o i cui effetti possano essere rafforzati ai sensi della giurisprudenza della Corte. Secondo i Fondi, inoltre, i Paesi Bassi non hanno delegato, nel senso indicato dalla succitata giurisprudenza, la responsabilità di prendere decisioni in materia economica ad operatori economici privati.

301. La giurisprudenza della Corte ha stabilito i seguenti principi [125]. L'art. 85, di per sé, riguarda soltanto il comportamento delle imprese. Pertanto, in linea di principio, esso non riguarda i provvedimenti di natura legislativa o regolamentare degli Stati membri. Tuttavia, il combinato disposto degli artt. 85 e 5, secondo comma, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche aventi carattere di legge o di regolamento, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese. Ciò si verifica in tre casi: laddove uno Stato membro, anzitutto, imponga o agevoli l'adozione di accordi, decisioni o pratiche concordate contrastanti con l'art. 85; in secondo luogo, qualora ne rafforzi gli effetti e, in terzo luogo, qualora tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni che incidano sulla sfera economica.

302. Riguardo alle prime due situazioni, per dichiarare illegittimi i provvedimenti nazionali la Corte richiede un collegamento con un comportamento anticoncorrenziale da parte di imprese [126]. Così, misure statali che impongano o favoriscano un accordo tra imprese o ne rafforzino gli effetti non rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 5 e 85 nel caso in cui tale accordo non violi l'art. 85, n. 1 [127]. Come si è già detto, nella fattispecie gli accordi non restringono la concorrenza e pertanto non rientrano nel settore di applicazione dell'art. 85, n. 1.

303. Con riguardo alla terza ipotesi, ossia quella in cui le pubbliche autorità abbiano delegato i propri poteri ad operatori economici privati, la legislazione dei Paesi Bassi attribuisce al ministro competente il potere esclusivo di rendere obbligatoria l'iscrizione ad un determinato fondo. Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della BPW, le parti sociali si limitano a presentare una richiesta al ministro. La Verzekeringskamer ed il Sociaal Economische Raad, che in ogni caso sono enti pubblici, hanno soltanto un diritto ad essere consultati. Al riguardo, occorre rammentare che il ministro competente ha il potere di far cessare l'iscrizione obbligatoria (art. 3, n. 4, della BPW) e deve adottare una nuova decisione che renda obbligatoria l'iscrizione qualora vengano

125 — Sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke (Racc. pag 4769, punto 16); Meng, citata alla nota 123, punto 14; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff (Racc. pag. I-5081, punto 14); Ohra Schadeverzekeringen, citata alla nota 124, punto 10; 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Racc. pag. I-2517, punto 14); 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto (Racc. pag. I-2883, punti 20 e 21); 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, DIP e a. (Racc. pag. I-3257, punti 14 e 15); Sodemare e a., citata alla nota 57, punti 41 e 42; 18 giugno 1998, causa C-266/96, Corsica Ferries France (Racc. pag. I-3949, punti 35, 36 e 49), e Commissione/Italia, citata alla nota 102, punti 53 e 54.

126 — V. i dispositivi delle sentenze Meng, citata alla nota 123, e Ohra, citata alla nota 124.

127 — V., per un esempio recente, sentenza Corsica Ferries France, citata alla nota 125, punto 51.

modificate le norme che disciplinano il regime pensionistico (art. 3. n 5, della BPW). Il potere di adottare decisioni in merito all'iscrizione obbligatoria spetta quindi al ministro competente e non è rimesso ad un accordo fra le parti sociali.

304. Più avanti risulterà chiaro che la delega di poteri decisionali ai Fondi in materia di singole esenzioni dall'obbligo di iscrizione costituisce una questione diversa, che va esaminata nel contesto della lex specialis [128] dell'art. 90, n. 1.

305. Pertanto, se la giurisprudenza della Corte relativa all'art. 5 va mantenuta in essere, non sussiste alcuna violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato.

VIII — Qualificazione come imprese dei fondi pensione di categoria olandesi

306. La questione è se i fondi pensione di categoria olandesi siano «imprese» ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato. Più precisamente, occorre accertare se l'attività dei fondi pensione di categoria in esame, vale a dire l'erogazione di pensioni complementari ai lavoratori, abbia natura economica [129].

307. Le caratteristiche essenziali dei fondi in esame sono le seguenti:

— erogano pensioni di vecchiaia complementari;

— sono stati originariamente istituiti mediante accordi collettivi tra le parti sociali e riguardano un intero settore dell'industria;

— l'iscrizione ad essi è stata resa obbligatoria mediante decreto ministeriale, salvo un'eventuale esenzione in taluni casi;

— sono regimi a carattere contributivo, che operano secondo il principio della capitalizzazione;

128 — Sentenza 5 ottobre 1994, causa C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle (Racc. pag. I-5077, punto 15).

129 — V. supra, paragrafo 207.

— l'entità dei contributi e delle prestazioni è fissata dal consiglio di amministrazione del fondo;

— l'entità delle prestazioni pensionistiche dipende dalle riserve costituite con i contributi, dai risultati finanziari degli investimenti dei fondi e dai costi di gestione;

— i regimi perseguono uno scopo sociale;

— sono presenti i seguenti elementi di solidarietà a livello di categoria. I fondi hanno l'obbligo effettivo di accettare qualunque datore di lavoro o lavoratore appartenente alla categoria. Non esiste selezione dei rischi mediante questionari o visite mediche. Inoltre non esiste alcun nesso tra rischio e contributi. Tutti gli iscritti versano un contributo medio che non tiene conto ad esempio dell'età dei lavoratori. I contributi dei lavoratori delle piccole e medie imprese sono uguali a quelli dei lavoratori delle grandi imprese. In caso di inabilità al lavoro vengono concesse esenzioni dall'obbligo di versare contributi;

— i rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori devono avere lo stesso numero di membri nel consiglio di amministrazione del fondo;

— la gestione deve mantenere l'equilibrio finanziario;

— gli investimenti dei fondi devono essere prudenti (op solide wijze);

— analogamente a quanto avviene per le società di assicurazioni private, la gestione è soggetta al controllo della Camera delle assicurazioni;

— il fondo non ha fini di lucro.

308. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken sostengono che i fondi pensione in esame sono imprese. La Commissione condivide questo parere.

309. I Fondi e i governi olandese, francese, tedesco e svedese sono concordi nel ritenere

che i fondi pensione non vadano qualificati come imprese.

310. Prima di passare alle sentenze più specifiche — Poucet e Pistre [130], van Schijndel [131] e FFSA [132] —, è utile richiamare alcuni principi generali relativi alla qualificazione delle attività di un'entità secondo il diritto comunitario della concorrenza.

311. Come si è già detto, la Corte ha generalmente adottato un approccio funzionale [133]. Il criterio base consiste cioè nel valutare se l'entità considerata svolga un'attività che, quanto meno in linea di principio, potrebbe essere svolta da un'impresa privata a fini di lucro.

312. Adottando quest'interpretazione funzionale la Corte ha respinto in quanto non pertinenti taluni argomenti ricorrenti. In primo luogo, non rilevano né lo status giuridico dell'entità né le sue modalità di finanziamento [134]. Così, ad esempio, la Corte ha affermato che autorità pubbliche quali il Bundesanstalt für Arbeit [135] tedesco o l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato italiana [136] erano impegnate in attività di natura economica aventi ad oggetto attività di collocamento o la fornitura di beni e la prestazione di servizi sul mercato dei tabacchi lavorati. Per contro, le regole di concorrenza sono state ritenute inapplicabili ad una società privata che svolgeva un'attività di controllo dell'inquinamento affidatale da uno Stato membro [137]. In secondo luogo, il fatto che un'entità non abbia fini di lucro [138] o persegua obiettivi non economici [139] è, in linea di principio, irrilevante. In terzo luogo, il fatto che a talune entità sia stato affidato dallo Stato lo svolgimento di determinati compiti nell'interesse pubblico non significa che esse siano imprese, giacché in tal caso l'art. 90, nn. 1 e 2, sarebbe privo di significato. Pertanto, le regole di concorrenza si applicano, ad esempio, alle attività nel settore delle telecomunicazioni pubbliche [140], dei prestatori di servizi postali [141], delle emittenti televisive pubbliche [142] e delle imprese portuali [143]. Infine, la mera circostanza che determinate attività siano di norma affidate ad uffici pubblici non è sufficiente ad escludere le dette

130 — Citata alla nota 55.

131 — Citata alla nota 2.

132 — Citata alla nota 56.

133 — V. supra, paragrafo 214.

134 — Sentenze Höfner e Elser, citata alla nota 53, punto 21, e Job Centre, citata alla nota 54, punto 21.

135 — Sentenza Höfner e Elser, citata alla nota 53.

136 — Sentenze 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia (Racc. pag. 2599, punti 6-16), e 14 dicembre 1995, causa C-387/93, Banchero (Racc. pag. I-4663, punto 50).

137 — Sentenza Diego Calì & Figli, citata alla nota 97.

138 — Sentenza Van Landewyck e a./Commissione, citata alla nota 105, punto 88; conclusioni dell'avvocato generale Lenz per la sentenza Bosman, citata alla nota 21, paragrafo 255.

139 — Sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, Sacchi (Racc. pag. 409, punti 13 e 14).

140 — Sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, Italia/Commissione (Racc. pag. 873, punti 18 e 19).

141 — Sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau (Racc. pag. I-2533, punto 8).

142 — Sentenze ERT, citata alla nota 64, punto 33, e 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261, punto 17).

143 — Sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova (Racc. pag. I-5889, punto 9).

attività dall'ambito di applicazione delle regole di concorrenza [144].

313. In alcuni casi la Corte ha adottato un'impostazione che travalica quest'interpretazione funzionale. Nella sentenza IAZ, ad esempio, la Corte ha affermato che «l'art. 85, n. 1, si applica del pari alle associazioni d'imprese qualora la loro attività o quella delle imprese ad esse aderenti miri a produrre gli effetti che esso intende reprimere» [145]. Analogamente, il Tribunale di primo grado ha dichiarato che «l'art. 85, n. 1, del Trattato CEE (...) si rivolge ad entità economiche costituite da un insieme di elementi materiali ed umani che può concorrere alla realizzazione di un'infrazione della stessa disposizione» [146].

314. Per contro le attività di un'entità possono sfuggire all'applicazione delle regole di concorrenza in due casi. Anzitutto, le suddette norme non sono applicabili alle attività che lo Stato svolge «esercitando il potere d'imperio» [147] né agli organi dello Stato che agiscono «nella loro veste di pubblica autorità» [148]. A questo proposito non ha alcuna rilevanza il fatto che lo Stato eserciti il proprio potere d'imperio direttamente tramite un organo che parte dalla pubblica amministrazione o tramite un ente privato cui ha conferito diritti speciali o esclusivi [149]. Un'entità agisce esercitando un potere pubblico se l'attività di cui trattasi costituisce «una missione di interesse generale che rientra nei compiti essenziali dello Stato» e se siffatta attività «per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è assoggettata si ricollega (...) all'esercizio di prerogative (...) che sono tipiche prerogative dei pubblici poteri» [150]. In secondo luogo, dal punto 22 della sentenza Höfner pare doversi desumere che le regole di concorrenza non si applicano qualora l'attività di cui trattasi sia sempre stata esercitata, e sia necessariamente esercitata, da entità pubbliche [151].

315. Passo ora all'esame di tre casi nei quali era in discussione la qualificazione di entità simili a quelle in esame nel caso di specie.

316. Nella sentenza Poucet e Pistre [152] la Corte ha dichiarato che taluni enti francesi che gestivano il regime di assicurazione malattia e maternità dei lavoratori autonomi dei settori diversi dall'agricoltura e il regime di assicurazione vecchiaia per gli artigiani non andavano qualificati come imprese ai fini del diritto della concorrenza.

144 — Sentenza Höfner e Elser, citata alla nota 53, punto 22.

145 — Sentenze 8 novembre 1983, cause riunite 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ e a./Commissione (Racc. pag. 3369, punto 20), e Frubo/Commissione, citata alla nota 110, punti 30 e 31.

146 — Sentenza 17 dicembre 1991, causa T-6/89, Enichem Anic/Commissione (Racc. pag. II-1623, punto 235).

147 — Sentenze Commissione/Italia, citata alla nota 136, punti 7 e 8, e Diego Calì & Figli, citata alla nota 97, punti 16 e 17.

148 — Sentenza Bodson, citata alla nota 93, punto 18.

149 — Sentenze Commissione/Italia, citata alla nota 136, punti 7 e 8, e Diego Calì & Figli, citata alla nota 97, punti 16 e 17.

150 — Sentenze SAT, citata alla nota 93, punto 30, e Diego Calì & Figli, citata alla nota 97, punti 22 e 23.

151 — Sentenza Höfner e Elser, citata alla nota 53.

152 — Citata alla nota 55.

317. Tali regimi presentavano le seguenti caratteristiche:

— il regime della pensione di vecchiaia forniva la pensione base;

— i regimi erano stati istituiti per legge;

— l'iscrizione ai regimi era obbligatoria;

— il regime pensionistico non era a capitalizzazione: esso operava con un sistema a ripartizione utilizzando direttamente i contributi degli iscritti per finanziare le pensioni dei lavoratori collocati a riposo;

— i regimi avevano un fine sociale, in quanto miravano a fornire agli iscritti una copertura contro i rischi di malattia o vecchiaia indipendentemente dalla loro situazione economica e dal loro stato di salute al momento dell'iscrizione;

— nel regime di assicurazione contro la vecchiaia il principio di solidarietà si esprimeva nella circostanza che i contributi versati dai lavoratori in servizio servivano a finanziare le pensioni dei lavoratori collocati a riposo. Tale principio si traduceva anche nella concessione di diritti a pensione senza contropartita contributiva e di diritti a pensione non proporzionali ai contributi versati. Infine, la solidarietà interveniva tra i vari regimi previdenziali, giacché i regimi eccedentari partecipavano al finanziamento dei regimi che accusavano difficoltà finanziarie strutturali.

318. Concludendo sulla natura dei regimi, la Corte ha dichiarato:

«Da quanto precede si desume che i regimi previdenziali così concepiti si fondano su un sistema di iscrizione obbligatoria, indispensabile per l'applicazione del principio della solidarietà e per l'equilibrio finanziario dei regimi stessi».

319. Gli enti che gestivano i suddetti regimi avevano le seguenti caratteristiche:

— la gestione era stata loro affidata per legge;

— l'attività delle casse previdenziali era sottoposta al controllo dello Stato;

— le casse previdenziali applicavano la legge e non avevano alcuna possibilità di influire sull'importo dei contributi, sull'impiego dei fondi e sulla determinazione dell'entità delle prestazioni.

320. Concludendo sulla natura delle attività delle casse, la Corte ha dichiarato:

«(...) [G]li enti che concorrono alla gestione del pubblico servizio della previdenza sociale svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale. Tale attività si fonda infatti sul principio della solidarietà nazionale e non ha alcuno scopo di lucro. Le prestazioni corrisposte sono prestazioni stabilite per legge e indipendenti dall'importo dei contributi.

Ne consegue che detta attività non è un'attività economica (...)».

321. Nelle mie conclusioni nella causa van Schijndel e van Veen [153] ho concluso che i fondi pensione olandesi per i fisioterapisti in attività, che avevano caratteristiche analoghe a quelle dei fondi in esame nel caso di specie, non agivano, quanto ai rapporti con i loro iscritti, alla stregua di imprese. Tuttavia, a causa della carenza di informazioni sul contesto in fatto e in diritto, mi ero limitato ad esprimere un parere provvisorio.

322. Il regime e il fondo presentavano le seguenti caratteristiche:

— il regime erogava pensioni complementari;

— il regime era stato creato dai lavoratori del settore professionale dei fisioterapisti;

— l'obbligo di iscrizione era stato sancito mediante un decreto ministeriale adottato in forza di una legge olandese sulle pensioni;

— il regime era del tipo a capitalizzazione, ossia le pensioni venivano finanziate mediante riserve, anziché mediante i contributi correnti. Esso non era finanziato con fondi statali;

— il regime dei fisioterapisti svolgeva una funzione sociale. La legge in forza della quale era stata resa obbligatoria l'iscrizione mirava a garantire che le presta-

153 — Citata alla nota 2, paragrafi 53-65 delle conclusioni.

zioni pensionistiche fossero adeguate in corrispondenza all'aumento del livello generale dei redditi, che gli esercenti la professione più giovani contribuissero ai maggiori oneri del versamento di pensioni ai colleghi più anziani, e che fosse prevista la concessione di diritti a pensione per gli anni precedenti l'entrata in vigore dei regimi;

— il regime comprendeva elementi di solidarietà tra gli iscritti. In via di principio, veniva riscosso un contributo dello stesso importo e veniva erogata una pensione dello stesso importo. Ciò si verificava indipendentemente dall'età alla quale un singolo iscritto aveva cominciato a esercitare la professione e dal suo stato di salute al momento dell'iscrizione. In caso di inabilità al lavoro la copertura assicurativa veniva mantenuta senza versamento di contributi;

— il fondo che amministrava il regime non aveva fini di lucro;

— il consiglio di amministrazione era costituito esclusivamente da iscritti al fondo;

— gli amministratori non ricevevano una retribuzione, ma unicamente rimborsi spese.

323. Nelle mie conclusioni ho seguito il ragionamento svolto dalla Corte nella sentenza Poucet e Pistre e ho considerato — in via provvisoria, come ho detto — che il fondo somigliava più ad un ente previdenziale che ad un assicuratore privato. Quanto ai rapporti con i suoi iscritti, il fondo non agiva come un'impresa, ma come un'istituzione sociale incaricata dagli esercenti la professione del compito di occuparsi delle loro pensioni. La Corte non ha affrontato la questione se il fondo costituisse un'impresa ai sensi dell'art. 85, n. 1.

324. Successivamente, nella sentenza FFSA e a.[154], la Corte ha notevolmente chiarito e precisato la sua giurisprudenza relativa all'applicabilità delle regole di concorrenza ai regimi pensionistici e alle istituzioni che li gestiscono.

325. Il regime integrativo di assicurazione per la vecchiaia dei coltivatori diretti francese, controverso in tale causa, presentava le seguenti caratteristiche:

— il regime erogava pensioni complementari;

— era stato istituito ed era regolato dalla legge;

154 — Citata alla nota 56.

— l'iscrizione era facoltativa;

— il regime era del tipo a capitalizzazione, operava in base al sistema della capitalizzazione e non a quello della ripartizione;

— i contributi erano direttamente proporzionali al reddito;

— le prestazioni a cui esso dava diritto dipendevano solo dall'ammontare dei contributi versati nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente incaricato della gestione. Le prestazioni e i contributi erano stabiliti non dalla legge bensì dal consiglio di amministrazione dell'ente incaricato della sua gestione;

— il regime perseguiva un fine sociale. Esso era stato istituito dal governo per tutelare una fascia di popolazione caratterizzata da un reddito più basso e da un'età media più elevata rispetto alle altre categorie socio-professionali e il cui regime di base di assicurazione per la vecchiaia risultava insufficiente;

— esistevano elementi di solidarietà. I contributi non erano collegati ai rischi assicurativi. Non veniva richiesto preliminarmente un questionario o un esame medico e non veniva operata una selezione. Gli assicurati che si trovavano nell'impossibilità di versare i contributi a causa di malattia potevano essere esentati dall'obbligo di versamento. Il versamento dei contributi poteva essere temporaneamente sospeso per ragioni connesse alla situazione economica degli assicurati. In caso di premorienza dell'assicurato un importo corrispondente ai contributi versati veniva messo a disposizione non degli eredi, ma del regime;

— l'ente di gestione era un organismo senza fini di lucro amministrato da volontari;

— la gestione era controllata dallo Stato;

— i fondi raccolti potevano essere utilizzati soltanto per determinati investimenti autorizzati dal governo.

326. Gli elementi essenziali della pronuncia della Corte sono i seguenti:

«Si deve rilevare anzitutto, al riguardo, che l'iscrizione al regime Coreva è facoltativa, che detto regime opera in base al principio della capitalizzazione e che le prestazioni cui dà diritto dipendono solo dall'ammon-

tare dei contributi versati nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente incaricato della gestione. [L'ente di gestione] esercita quindi un'attività economica in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita.

(...)

Gli elementi ispirati al principio di solidarietà presenti nel detto regime, così come le altre caratteristiche (...) non sono tali da infirmare tale qualificazione.

Anzitutto, (...) il principio della solidarietà ha una portata molto limitata, che discende dal carattere facoltativo del regime. Stando così le cose, non è tale da privare del suo carattere economico l'attività esercitata dall'organo incaricato della gestione di tale regime.

Inoltre si deve osservare che il perseguimento di un fine sociale, le esigenze di solidarietà, così come le altre norme (...), segnatamente in ordine ai diritti e agli obblighi dell'ente incaricato della gestione e degli assicurati, allo statuto dell'ente stesso ed alle restrizioni cui esso è sottoposto per gli investimenti, potrebbero senza alcun dubbio rendere meno competitivo il servizio fornito dal regime Coreva rispetto al servizio analogo offerto dalle società di assicurazione sulla vita. Queste limitazioni non possono impedire tuttavia che l'attività esercitata dall['ente di gestione] venga considerata alla stregua di un'attività economica. Rimane da chiarire se tali limitazioni possano essere invocate, ad esempio, per giustificare il diritto esclusivo del detto ente di fornire assicurazioni per la vecchiaia i cui contributi siano deducibili dal reddito imponibile da lavoro.

Infine, il solo fatto che l['ente di gestione] non persegua un fine di lucro non priva l'attività che ess[o] svolge della sua natura economica, poiché (...) questa può dar luogo a comportamenti che le norme sulla concorrenza intendono reprimere.

La questione posta dal giudice a quo va quindi risolta dichiarando che un ente, il quale, senza perseguire scopodi lucro, gestisce un regime di assicurazione per la vecchiaia destinato ad integrare un regime di base obbligatorio, istituito per legge a titolo facoltativo, e il quale opera, nel rispetto delle norme stabilite dalle autorità amministrative, in particolare per quanto riguarda le condizioni di adesione, i contributi e le prestazioni, secondo il principio della capitalizzazione, è un'impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del Trattato».

327. Prima di trattare le diverse caratteristiche dei fondi in esame nel caso di specie,

può essere utile trarre alcune conclusioni generali dalla citata giurisprudenza.

328. In primo luogo, come ho già rilevato nelle mie conclusioni nella causa van Schijndel e van Veen, i regimi pensionistici si presentano in una gamma di forme diverse, che vanno dai regimi pubblici di previdenza sociale, ad uno degli estremi della gamma, ai regimi privati individuali gestiti da assicuratori privati, all'altro estremo. La difficoltà consiste nella classificazione delle categorie intermedie di regimi: è una questione di gradazione che richiede l'esame di una serie di criteri.

329. In secondo luogo, nella sentenza FFSA e a. la Corte ha chiarito e perfezionato la sua analisi della questione. Sono pertanto in grado di riconsiderare il parere provvisorio da me espresso nelle conclusioni per la sentenza van Schijndel e van Veen.

330. In terzo luogo, dalla giurisprudenza relativa alla nozione di impresa — in particolare dalla sentenza Höfner e dal punto 20 della sentenza FFSA e a. — risulta chiaramente che l'elemento decisivo è quello di stabilire se una determinata attività sia *necessariamente esercitata da entità pubbliche o da loro rappresentanti*. Contrariamente a quanto sostenuto dai Fondi, la questione va tenuta distinta da quella relativa al se e alla misura in cui la concessione di determinati diritti esclusivi sia necessaria per lo svolgimento di funzioni di interesse pubblico. Tale ultima questione rileva solo ai fini dell'art. 90, n. 2, del Trattato. Dall'art. 90 discende che il fatto che la concessione di diritti esclusivi sia necessaria non priva di per sé le attività di un'entità della loro natura economica.

331. In quarto luogo, secondo la giurisprudenza, in particolare secondo il punto 21 della sentenza FFSA e a., rileva anche il fatto che un ente sia in grado di seguire una determinata linea di comportamento che le norme sulla concorrenza intendono reprimere.

332. Alla luce di quanto precede esaminerò ora il problema di stabilire quali caratteristiche dei fondi olandesi in esame siano pertinenti alla questione relativa alla natura economica o meno della loro attività.

333. Ritengo che non siano pertinenti le seguenti caratteristiche.

334. Anzitutto, le modalità con le quali il regime o l'ente di gestione è stato istituito e lo status giuridico del regime sono irrilevanti ai fini della qualificazione delle attività di un fondo. Nella sentenza FFSA e a. la Corte ha dichiarato che le attività della *Caisse Centrale de la Mutualité Sociale Agricole* francese, che gestisce un regime istituito per legge, avevano natura econo-

mica. Né nella sentenza Poucet e Pistre né nella sentenza FFSA e a. è stato menzionato lo status giuridico dei diversi organismi previdenziali. Il fatto che la Corte non abbia ritenuto questo aspetto pertinente alla sua analisi è perfettamente coerente con la sua giurisprudenza [155]. La circostanza che nella fattispecie i regimi pensionistici integrativi siano stati istituiti mediante un accordo collettivo e siano gestiti congiuntamente dai rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro nella forma giuridica di fondazione (stichting) non ha quindi alcuna relazione con la qualificazione delle loro attività.

335. In secondo luogo, in base al punto 20 della sentenza FFSA e a., sono irrilevanti anche le norme che disciplinano la composizione dell'ente di gestione, le restrizioni cui esso è sottoposto per quanto riguarda gli investimenti e le modalità di controllo su di esso da parte delle autorità pubbliche. Nella sentenza Poucet e Pistre la Corte menzionava ancora come elemento rilevante il controllo da parte dello Stato [156]. Tuttavia, nella sentenza FFSA e a. tale elemento non viene menzionato, nonostante il fatto che il governo francese abbia sollevato la questione [157]. Pertanto, nella specie non ha rilevanza il fatto che i rappresentanti delle parti sociali siedano in egual numero nel consiglio di amministrazione del fondo, che l'amministrazione abbia l'obbligo di mantenere l'equilibrio finanziario e di effettuare investimenti prudenti e che l'amministrazione sia controllata dalla Camera delle assicurazioni. Al contrario, concordo con la Albany, con la Drijvende Bokken e con la Brentjens sul fatto che l'identità del meccanismo di controllo per le società di assicurazioni e per i fondi pensione significa che le loro attività sono analoghe.

336. In terzo luogo, non rileva nemmeno il fatto che i fondi perseguano un obiettivo sociale e non abbiano fini di lucro. Nella sentenza Poucet e Pistre la Corte pare aver attribuito una certa importanza a questi due elementi [158]. Al punto 15 della sentenza FFSA e a., tuttavia, riassumendo la fattispecie oggetto della sentenza Poucet e Pistre, la Corte non li ha menzionati. Conformemente alla sua impostazione generale, di non tener conto dell'obiettivo perseguito né della mancanza di fini di lucro [159], ai punti 20 e 21 della sentenza FFSA e a. essa ha dichiarato che queste due caratteristiche non potevano influenzare il suo giudizio.

337. Per contro, ai fini di questo esame rilevano i seguenti elementi.

338. In primo luogo, alla luce della sentenza FFSA e a. (punto 16), e contrariamente a quanto da me sostenuto in via provvisoria nelle conclusioni per la sentenza van Schijndel e van Veen, le modalità operative del regime pensionistico costituiscono un fattore importante. Ritengo che

155 — V. supra, paragrafo 312 e note 134-137.
156 — Punto 14, letto congiuntamente al punto 16.
157 — Punto 11.
158 — Punto 18.
159 — V. supra, paragrafo 312 e note 138 e 139.

un regime pensionistico non a capitalizzazione ma che opera secondo il sistema della ripartizione, nel quale le pensioni in corso dei lavoratori collocati a riposo vengono finanziate con i contributi correnti, debba essere necessariamente gestito dallo Stato direttamente o indirettamente tramite enti che agiscano come suoi rappresentanti o in maniera analoga. Non vedo alcuna possibilità — nemmeno in linea teorica — che imprese private possano offrire sul mercato un regime pensionistico basato sul principio della ripartizione senza un intervento statale. Nessuno sarebbe disposto a pagare le pensioni di altri senza la garanzia che la generazione successiva faccia lo stesso. È proprio questa la ragione per la quale storicamente è stato necessario introdurre sistemi di questo tipo, gestiti o quanto meno posti sotto la tutela dallo Stato. Di conseguenza ho qualche difficoltà ad accettare il punto di vista secondo cui le attività di un siffatto regime possono avere natura economica. È chiaro invece che il mercato ha prodotto regimi pensionistici che operano sulla base del principio della capitalizzazione. Il fatto che le attività di tali regimi, come quelle di molte altre attività assicurative, siano disciplinate dal legislatore nell'interesse dei consumatori e degli investitori non le priva del loro carattere economico. Le restrizioni alle attività dei detti regimi potrebbero dover essere valutate alla luce dell'art. 90 del Trattato. È quindi significativo che nella fattispecie i fondi pensione di categoria operino sulla base di un sistema a capitalizzazione.

339. In secondo luogo, rilevano anche i meccanismi decisionali ed i fattori finanziari che incidono sull'entità dei contributi e delle prestazioni.

340. D'altro canto, i regimi nei quali l'ammontare delle prestazioni e dei contributi è fissato dal legislatore devono essere tenuti distinti da quelli in cui esso viene fissato da una decisione autonoma del consiglio di amministrazione del fondo. A tale proposito rileva il principio alla base del punto 21 della sentenza FFSA e a. e di altre pronunce della Corte [160] esaminate in precedenza: le entità indipendenti in grado di produrre effetti che le regole di concorrenza mirano a reprimere devono essere assoggettate a queste ultime.

341. Al riguardo, il governo tedesco e la Commissione sostengono che, poiché gli effetti giuridici degli accordi collettivi tra le parti sociali sono analoghi a quelli della legge, nella fattispecie la situazione è equiparabile a quella di cui alla causa Poucet e Pistre, in cui le prestazioni e i contributi erano fissati per legge. A mio parere, tuttavia, non occorre prendere posizione sulla questione di stabilire fino a che punto gli accordi collettivi e la legge producano effetti giuridici analoghi. Nella specie le decisioni relative ai contributi ed alle prestazioni non vengono prese dalle parti sociali nel quadro formale della contrattazione collettiva, bensì a maggioranza dal consiglio di amministrazione del fondo. Risulta inoltre che il principale obiettivo

160 — V. supra, paragrafo 313 e note 145 e 146.

del consiglio di amministrazione è quello di favorire gli interessi di tutti gli iscritti al fondo, e che tali interessi possono differire da quelli dei sindacati e delle associazioni di datori di lavoro che nominano i membri del consiglio di amministrazione.

342. D'altro canto, i regimi nei quali lo Stato garantisce un determinato livello di contributi o di prestazioni sono diversi da quelli in cui non v'è intervento statale. La Corte ha dato rilievo a questo aspetto nella sentenza Poucet e Pistre, in cui esisteva una solidarietà tra i vari regimi previdenziali [161], giacché i regimi eccedentari partecipavano al finanziamento dei regimi che accusavano difficoltà finanziarie. Tale elemento è stato menzionato, con riferimento alla sentenza Poucet e Pistre, anche nella sentenza FFSA e a. [162]. Per contro, nelle presenti cause — come nella causa FFSA e a. — l'entità delle prestazioni dipende solo da quella dei contributi, dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente di gestione e dai costi da esso sostenuti.

343. In terzo luogo, rilevano gli elementi di solidarietà che formano parte del regime. Ciò risulta chiaramente dalle sentenze Poucet e Pistre [163] e dalla sintesi del suo oggetto contenuta nella sentenza FFSA e a. [164]. Tuttavia, in quest'ultima sentenza la Corte ha ritenuto che gli elementi di solidarietà inerenti al regime fossero estremamente limitati e non potessero privare l'attività del regime della sua natura economica [165]. Nella fattispecie gli elementi di solidarietà a livello di categoria non sono né più numerosi né più forti rispetto a quelli di cui alla causa FFSA e a., in cui non esisteva alcun nesso tra contributi e rischio, né una selezione dei rischi mediante questionari o esami medici. Il fondo pensione aveva l'obbligo di accettare qualunque lavoratore e datore di lavoro appartenente alla categoria [166]. In caso di malattia venivano concesse esenzioni dall'obbligo di versare i contributi [167]. L'unica differenza pare consistere nel fatto che alcuni dei fondi olandesi richiedono il versamento di contributi forfettari mentre nella causa FFSA e a. i contributi erano proporzionali al reddito. Tuttavia, poiché risulta che i fondi olandesi eroghino anche pensioni forfettarie non commisurate ai salari, la differenza è irrilevante. Pertanto, anche nei casi in esame gli elementi di solidarietà non sono abbastanza forti da privare le attività dei fondi della loro natura economica.

344. Tutte le caratteristiche pertinenti dei fondi pensione complementare olandesi sin qui considerati indicano che le loro attività hanno natura economica. Tuttavia, sorge la questione se tale conclusione sia infirmata dal fatto che l'iscrizione alla maggior parte di tali fondi viene resa obbligatoria dal governo olandese in base ad una particolare disciplina di legge. Occorre infatti tener

161 — Punto 12.
162 — Punto 15.
163 — Punti 10 e 18.
164 — Punto 15.
165 — Punto 19.
166 — Punto 9.
167 — Punto 10.

presente che nella causa FFSA e a. l'iscrizione era facoltativa.

345. Nella sentenza Poucet e Pistre, la Corte ha dichiarato che un sistema di iscrizione obbligatoria era indispensabile per l'applicazione del principio della solidarietà e per l'equilibrio finanziario dei regimi controversi [168]. Nella sintesi dell'oggetto della sentenza Poucet e Pistre contenuta nella sentenza FFSA e a. la Corte ha ribadito questa conclusione e ha dichiarato che gli elementi di solidarietà che formavano parte dei regimi in esame implicavano necessariamente che i diversi regimi venissero gestiti da un unico ente e che l'iscrizione agli stessi fosse obbligatoria [169]. Pertanto, l'iscrizione obbligatoria era stata considerata come una conseguenza necessaria della presenza di forti elementi di solidarietà. Tuttavia, non è chiaro se si trattasse di una condizione preliminare per giungere alla conclusione della natura non economica delle attività del fondo.

346. Nella sentenza FFSA e a. la Corte si è basata sul fatto che l'iscrizione era facoltativa per concludere che le attività del regime avevano natura economica [170]. Concordo con questa conclusione. L'iscrizione facoltativa costituisce un indizio particolarmente significativo nel senso dell'equiparabilità delle attività di cui trattasi a quelle di un assicuratore privato e della necessità di una loro sottoposizione al controllo delle autorità competenti in materia di concorrenza.

347. Tuttavia, la giurisprudenza mostra che la Corte non ha ancora risolto il problema in esame, vale a dire se dall'obbligatorietà dell'iscrizione ad un determinato regime debba trarsi qualche conclusione. Secondo me non se ne dovrebbero trarre, salvo, innanzi tutto, consentire agli Stati membri di sottrarre le attività di determinati organismi dall'ambito di applicazione delle norme sulla concorrenza rendendo semplicemente obbligatoria l'iscrizione al regime. In secondo luogo, l'iscrizione obbligatoria va considerata come una concessione di diritti esclusivi. Dall'art. 90, n. 1, del Trattato risulta che le imprese che fruiscono di siffatti diritti esclusivi rimangono imprese e sono assoggettate alle regole di concorrenza.

348. Di conseguenza, concludo nel senso che le attività dei fondi olandesi che erogano pensioni complementari hanno natura economica e che essi pertanto costituiscono imprese ai sensi del diritto comunitario della concorrenza.

IX — Articoli 90 e 86

349. La questione successiva è quella di stabilire se uno Stato membro contravvenga al combinato disposto degli artt. 90,

168 — Punto 13.
169 — Punto 15.
170 — Punti 17 e 22.

n. 1, e 86 del Trattato qualora istituisca un regime di iscrizione obbligatoria a fondi pensione di categoria quale quello olandese e nell'ambito di detto regime renda obbligatoria l'iscrizione a taluni fondi pensione di categoria.

350. È utile a questo punto rammentare le principali caratteristiche del regime olandese.

351. Una prima serie di norme (relative all'obbligo di iscrizione a livello di categoria) stabilisce le condizioni alle quali il governo può rendere obbligatoria l'iscrizione ad un determinato fondo per tutte le imprese appartenenti ad un dato settore. Le parti sociali rappresentanti un settore economico chiedono congiuntamente al ministro di rendere obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione. Il ministro valuta quindi se le norme che regolano le attività del fondo rispondano a tutte le condizioni previste dalla legge. Prima di adottare una decisione il ministro consulta vari organi, tra i quali la Camera delle assicurazioni; quindi emana un decreto con cui viene resa obbligatoria l'iscrizione per tutte le imprese e per tutti i lavoratori appartenenti al settore. In caso di modifica delle norme che disciplinano il regime, il ministro deve emanare un nuovo decreto.

352. Esiste poi una seconda serie di norme (quelle relative alle esenzioni individuali) riguardanti i casi in cui singole imprese o singoli datori di lavoro possono essere esentati dall'obbligo di iscrizione qualora aderiscano o intendano aderire a speciali regimi pensionistici alternativi.

353. Per poter essere esentato, il regime alternativo deve soddisfare varie condizioni. Soprattutto esso deve erogare prestazioni almeno equivalenti a quelle erogate dai fondi pensione di categoria.

354. Il fondo pensione di categoria decide esso stesso su ogni richiesta di esenzione. Il fondo è tenuto a concedere l'esenzione nei casi in cui i regimi pensionistici alternativi erano in vigore già sei mesi prima della presentazione della domanda in conseguenza della quale la partecipazione al fondo pensione è stata resa obbligatoria («il motivo di esenzione dei sei mesi»). In tutti gli altri casi il fondo decide discrezionalmente.

355. È prevista la possibilità di presentare reclamo («bewzaar») avverso il rifiuto di un fondo di concedere l'esenzione. Sul reclamo decide la Camera delle assicurazioni. Secondo il governo olandese, tuttavia, la decisione della Camera delle assicurazioni costituisce una mera proposta di conciliazione e non è vincolante. La decisione della Camera delle assicurazioni non è impugnabile.

356. Dalle ordinanze di rinvio, in particolare da quella del Kantongerecht nella causa Albany, risulta che in via di principio i giudici civili sono competenti a pronunciarsi sulla legittimità delle decisioni dei fondi. Ciò può essere conseguenza diretta o indiretta del fatto che i fondi sono persone giuridiche organizzate in forma di fondazione («stichting») privata.

357. Tuttavia, non è del tutto chiara l'estensione dei poteri di controllo dei giudici civili sulle decisioni discrezionali dei fondi in materia di esenzione. Il giudice a quo (il Kantongerecht) nella causa Brentjens ha affermato:

«Il fatto che il fondo pensione di categoria non abbia considerato necessario avvalersi della sua facoltà di concedere un'esenzione alla Brentjens non costituisce oggetto di valutazione da parte del Kantonrechter poiché detta facoltà risulta dalla stessa politica di gestione del fondo pensione di categoria».

358. Tuttavia, altre affermazioni dei giudici a quibus e un inciso che compare nella sentenza di rinvio nella causa Albany sembrano implicare che il potere di controllo è limitato:

«Anche il rapporto fra il Bedrijfspensioenfonds e un iscritto si informa ad esigenze di ragionevolezza e di equità e/o ai principi generali della buona amministrazione».

359. Da questo inciso risulta anche che i giudici olandesi nutrono qualche dubbio circa i principi che regolano la materia. Anche questo potrebbe essere conseguenza della natura ibrida delle decisioni dei fondi pensione.

360. Secondo il governo olandese, dal 26 aprile 1998 vige una versione emendata della direttiva sull'esenzione. Anzitutto, mentre in precedenza il solo motivo di esenzione obbligatoria era il motivo di esenzione dei sei mesi, sono stati aggiunti tre nuovi casi di esenzione obbligatoria. Attualmente deve concedersi l'esenzione anche nei casi in cui:

— l'impresa datrice di lavoro faccia parte o stia per far parte di un gruppo di imprese che non rientra nell'ambito di applicazione del fondo pensione di categoria di cui trattasi;

— l'impresa datrice di lavoro abbia stipulato un proprio accordo collettivo aziendale con i propri dipendenti e sia pertanto esentata dall'obbligo di parte-

cipazione ad un accordo collettivo generale; o

— il rendimento di un fondo pensione di categoria in termini di redditività degli investimenti sia significativamente inferiore, per un periodo di parecchi anni, ai risultati di un portafoglio tipo previamente indicato dal fondo. Vengono fissati i principi contabili da applicare ai fini della valutazione di tale rendimento.

361. In secondo luogo, sono state introdotte nuove norme per valutare l'equivalenza del regime alternativo e calcolare la predetta compensazione delle perdite attuariali [171].

362. In terzo luogo, è stata eliminata la possibilità di reclamo alla Camera delle assicurazioni.

363. Tuttavia, poiché ai procedimenti principali si applica la precedente versione delle direttive sulle esenzioni, la versione emendata non è direttamente pertinente nel caso di specie.

171 — V. supra, paragrafo 15.

364. Occorre rammentare, infine, che di fatto non è stata resa obbligatoria l'iscrizione a 15 fondi pensione di categoria.

365. Passo ora all'analisi del combinato disposto degli artt. 90, n. 1, e 86.

366. L'art. 90, n. 1, dispone:

«Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 7 e da 85 a 94 inclusi».

367. L'art. 86 dispone:

«È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione

dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

(...)».

368. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken sostengono che il sistema olandese dei fondi pensione di categoria viola tali disposizioni sotto un duplice profilo. Anzitutto, a loro dire, il sistema è tale che i servizi offerti dai fondi in materia di pensioni non soddisfano, o non soddisfano più, le esigenze delle imprese. A tale proposito essi si richiamano alla sentenza Höfner e Elser [172]. A loro parere, inoltre, dalla sentenza GB-Inno-BM [173] discenderebbe che ai fondi non dev'essere consentito di decidere essi stessi in materia di esenzioni individuali dall'obbligo di iscrizione.

369. I Fondi, i governi olandese e francese e la Commissione concordano — anche se per ragioni diverse — sul fatto che gli artt. 90, n. 1, e 86 non sono violati e che comunque il sistema olandese è giustificato a norma dell'art. 90, n. 2.

370. In relazione agli artt. 90, n. 1, e 86 vorrei formulare due osservazioni preliminari.

371. In primo luogo, è importante considerare la collocazione degli artt. 90, n. 1, e 86 nel sistema del Trattato. Come ho già detto [174], gli artt. 85 e 86 riguardano le imprese, non gli Stati membri. Tuttavia, esiste un principio generale — che discende dall'art. 5, secondo comma — in base al quale gli Stati membri devono astenersi dall'emanare o dal mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le norme sulla concorrenza [175]. Ho già esaminato in precedenza la giurisprudenza relativa agli artt. 5 e 85 che applica tale principio generale all'intervento statale nel contesto degli accordi tra imprese [176]. L'art. 90, n. 1, costituisce un'altra applicazione — legale — di tale principio generale [177]. Laddove sia applicabile ratione personae, l'art. 90, n. 1, costituisce una lex specialis rispetto all'art. 5, secondo comma [178].

372. Inoltre, occorre tener presente che l'applicabilità dell'art. 90, n. 1, o addirittura una violazione di tale disposizione, non produce conseguenze automatiche per quanto riguarda l'applicabilità alle imprese interessate degli artt. 85 e 86. Restano soggette alle norme sulla concorrenza le imprese che fruiscono di diritti esclusivi [179].

172 — Citata alla nota 53.

173 — Sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88 (Racc. pag. I-5941).

174 — V. supra, paragrafo 301.

175 — Sentenze 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM (Racc. pag. 2115, punti 30 e 31); Ahmed Saeed Flugreisen, citata alla nota 48, punto 48, e ERT, citata alla nota 64, punto 35.

176 — V. supra, paragrafi 298-305.

177 — Sentenze GB-Inno-BM, citata alla nota 175, punti 32 e 42, e Ahmed Saeed Flugreisen, citata alla nota 48, punto 50.

178 — Sentenza Centre d'inséminiation de la Crespelle, citata alla nota 128, punto 15.

179 — Sentenze 29 novembre 1978, causa 83/78, Pigs Matketing Board/Redmond (Racc. pag. 2347, punti 43 e 44); CBEM, citata alla nota 142, punti 16 e 17, e Centre d'insémination de la Crespelle, citata alla nota 128, punti 24-27.

L'unica eccezione a questa regola si ha nel caso in cui il comportamento controverso non sia imputabile all'impresa, vale a dire qualora il comportamento anticoncorrenziale sia imposto da una normativa nazionale o quest'ultima crei un contesto giuridico che di per sé elimina qualunque possibilità di concorrenza [180]. Di conseguenza, e indipendentemente dalla soluzione data dalla Corte alle questioni relative all'art. 90, n. 1, i singoli fondi rimangono, in linea di principio, soggetti alle regole di concorrenza.

373. Per risolvere le questioni poste dai giudici nazionali occorre accertare, in primo luogo, se i fondi siano imprese cui i Paesi Bassi hanno conferito diritti speciali o esclusivi; in secondo luogo, se i fondi detengano una posizione dominante entro una parte sostanziale del mercato comune e, in terzo luogo, se i Paesi Bassi abbiano, ai sensi dell'art. 90, n. 1, emanato o mantenuto in vigore qualche «misura contraria alle norme del (...) Trattato», in particolare all'art. 86, che non possa essere giustificata in forza dell'art. 90, n. 2.

A — *Applicabilità dell'art. 90, n. 1: imprese che fruiscono di diritti speciali o esclusivi*

374. Secondo il governo olandese, il decreto ministeriale che rende obbligatoria l'iscrizione si limita a creare obblighi in capo alle imprese interessate, ma non conferisce diritti esclusivi in materia di assicurazione pensione o addirittura di pensioni complementari.

375. A mio parere, questo argomento è erroneo, in quanto i contributi che i lavoratori e i datori di lavoro versano per le pensioni complementari devono obbligatoriamente essere amministrati dai fondi. Pertanto, questi ultimi fruiscono di un diritto esclusivo alla raccolta e all'amministrazione dei contributi. Sotto questo profilo, il diritto esclusivo dei fondi rappresenta semplicemente l'altra faccia della medaglia dell'obbligo dell'intera categoria di iscrivere i lavoratori ad un determinato fondo di pensione complementare.

376. Si potrebbe inoltre sostenere che ai sensi della normativa olandese sulle esenzioni individuali i fondi fruiscono di un altro diritto esclusivo, ossia quello di decidere discrezionalmente sulle domande di esenzione individuale dall'obbligo di iscrizione.

377. Di conseguenza, i fondi rientrano nel tipo di impresa cui è applicabile l'art. 90, n. 1.

180 — Sentenza 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, Commissione e Francia/Ladbroke Racing (Racc. pag. I-6265, punti 32-37).

B — *Applicabilità dell'art. 86: posizione dominate su una parte sostanziale del mercato comune*

378. Secondo l'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken, ciascun fondo detiene una posizione dominante sul mercato dei servizi di assicurazione pensione complementare in un determinato settore dell'economia.

379. I Fondi sostengono di essere soggetti economici relativamente poco importanti sul mercato dell'assicurazione pensione, in cui operano molte altre imprese. A loro parere, gli argomenti delle ricorrenti nella causa principale sono basati su una definizione estremamente restrittiva del mercato in questione.

380. Inizialmente, nelle sue osservazioni scritte, la Commissione ha contestato l'esistenza di una posizione dominante, soprattutto sulla base degli argomenti addotti dai Fondi. All'udienza, tuttavia, essa ha adottato la posizione contraria e si è allineata al riguardo al governo francese, sostenendo che laddove l'iscrizione veniva resa obbligatoria, sul mercato non esisteva più una scelta alternativa né relativamente all'offerta né relativamente alla domanda.

381. Non occorre che mi dilunghi sulla questione. La Corte ha costantemente dichiarato che un'impresa che fruisce di un monopolio legale relativamente alla prestazione di taluni servizi su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata un'impresa che occupa una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [181]. Pertanto, il fatto che la posizione del fondo pensione sia conseguenza di un intervento governativo è irrilevante [182].

382. Quando l'iscrizione è obbligatoria, le altre forme di assicurazione pensione private non rappresentano un'alternativa valida alla pensione complementare di categoria. Ai fini delle pensioni complementari, i lavoratori e i datori di lavoro semplicemente non possono iscriversi ad un altro fondo. Pertanto, è analogamente irrilevante il fatto che ciascun fondo gestisca un solo regime pensionistico e che ne esistano molti altri, più importanti [183].

383. Infine, ciascun fondo pensione copre l'intero territorio olandese, e quindi una parte sostanziale del mercato comune. Di conseguenza, ciascun fondo detiene una posizione dominante relativamente all'offerta dell'assicurazione pensione comple-

181 — Sentenze CBEM, citata alla nota 142, punto 16; Höfner e Elser, citata alla nota 53, punto 28; ERT, citata alla nota 64, punto 31; Merci Convenzionali Porto di Genova, citata alla nota 143, punto 14; 12 febbraio 1998, causa C-163/96, Raso e a. (Racc. pag. I-533, punto 25), e Corsica Ferries France, citata alla nota 125, punto 39.

182 — Sentenza CBEM, citata alla nota 142, punto 16.

183 — Sentenza 13 novembre 1975, causa 26/75, General Motors (Racc. pag. 1367, punto 9).

mentare in un dato settore economico nei Paesi Bassi.

C — *Provvedimenti nazionali contrari agli artt. 90 e 86*

384. Come ho già detto, l'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken contestano la compatibilità del sistema olandese con gli artt. 90, n. 1, e 86 in base a due argomenti, richiamandosi alle sentenze Höfner e Elser e GB-Inno-BM.

385. Quanto al primo argomento, ossia quello secondo cui i servizi pensionistici offerti dai fondi non soddisfano, o non soddisfano più, le esigenze delle imprese, le ricorrenti nella causa principale sostengono che le prestazioni pensionistiche offerte sono troppo modeste, non commisurate ai salari e quindi sistematicamente inadeguate. A loro parere, esistono altri effetti secondari negativi, in quanto i datori di lavoro devono prendere ulteriori accordi in materia pensionistica e non possono stipulare una polizza di gruppo globale relativa all'assicurazione pensione con una società di assicurazioni. Pertanto, le imprese debbono operare con più regimi pensionistici, il che determina un aumento delle spese amministrative ed implica altri sprechi in termini di efficienza.

386. Riguardo poi all'argomento secondo cui i fondi non dovrebbero poter decidere essi stessi sulle esenzioni individuali dall'iscrizione obbligatoria, le ricorrenti nella causa principale sostengono che i fondi sono collocati in posizione tale da poter scegliere il grado di concorrenza cui sono esposti.

387. A mio parere, tali argomenti sollevano due questioni distinte, cioè la questione di stabilire se e in che misura, da un lato, l'obbligo di iscrizione ai fondi pensione di categoria in quanto tale e, dall'altro, le norme sulle esenzioni individuali discrezionali siano compatibili con gli artt. 90, n. 1, e 86.

1. *Compatibilità dell'obbligo di iscrizione con gli artt. 90 e 86*

388. L'art. 90, n. 1, costituisce, come ho già detto, un'applicazione particolare dell'art. 5, secondo comma, e impone degli obblighi agli Stati membri, non direttamente alle imprese. Dalla sua interazione con l'art. 86 discende che esso non può costituire la base giuridica appropriata per attribuire agli Stati membri la responsabi-

lità di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese soltanto perché essi avvengono nell'ambito della loro giurisdizione. Può quindi configurarsi una violazione dell'art. 90, n. 1, soltanto qualora esista un nesso causale tra un intervento legislativo o amministrativo di uno Stato membro, da un lato, e un comportamento anticoncorrenziale da parte di talune imprese, dall'altro. La Corte ha dichiarato che nel contesto dell'art. 90, n. 1, i presunti abusi devono essere «conseguenza diretta» del contesto legislativo nazionale [184].

389. Questo è uno dei motivi per i quali si pone un dilemma fondamentale riguardo all'applicabilità dell'art. 90, n. 1. Da un lato, il conferimento di diritti esclusivi, o, in altri termini, l'istituzione di un monopolio legale, costituisce un provvedimento strutturale nazionale che tipicamente favorisce i comportamenti anticoncorrenziali. Dall'altro, la formulazione dell'art. 90 sembra implicare che in linea di principio la concessione di diritti esclusivi *in quanto tale* non può essere il tipo di provvedimento che gli autori del Trattato hanno inteso vietare con l'art. 90, n. 1.

390. Mettendo in discussione l'iscrizione obbligatoria, le imprese ricorrenti nella causa principale contestano in realtà il diritto esclusivo dei fondi in quanto tale. Proprio in questo consiste il dilemma.

391. La Corte ha costantemente dichiarato che la semplice istituzione di una posizione dominante attraverso la concessione di diritti esclusivi normalmente non è in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86 [185].

392. Questo principio generale sta alla base della pronuncia della Corte nella causa Centre d'insemination de la Crespelle [186]. La controversia riguardava il monopolio francese per la prestazione di determinati servizi agli allevatori detenuto dai centri di inseminazione artificiale. La Corte ha anzitutto richiamato il principio sopra menzionato. Essa ha quindi affermato che in via eccezionale sussisteva violazione degli artt. 90, n. 1, e 86 se l'impresa in questione esercitando semplicemente il diritto esclusivo conferitole non poteva evitare di abusare della propria posizione dominante. La Corte ha poi esaminato la questione dell'esistenza o meno di un nesso causale tra il diritto nazionale e l'asserito abuso, chiarendo che il semplice conferimento del diritto esclusivo normalmente non bastava a rendere inevitabile l'abuso, nel senso da essa precisato con tale formulazione [187]. La Corte ha dichiarato, alla luce dei fatti, che

184 — Sentenza Centre d'insémination de la Crespelle, citata alla nota 128, punto 20.

185 — V., ad esempio, sentenze CBEM, citata alla nota 142, punto 17; Höfner e Elser, citata alla nota 53, punto 29; Merci Convenzionali Porto di Genova, citata alla nota 143, punto 16, e Corbeau, citata alla nota 141, punto 11.

186 — Citata alla nota 128.

187 — V., per un'analoga argomentazione, sentenze Banchero, citata alla nota 136, e Job Centre, citata alla nota 54.

la normativa nazionale non «induceva» i centri ad abusare della loro posizione dominante. In un diverso punto della sentenza essa ha poi esaminato la questione se i centri in questione avessero commesso un abuso ai sensi dell'art. 86 di cui fossero stati gli unici responsabili.

393. Tuttavia, sebbene i diritti esclusivi normalmente non siano in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86, la Corte ha costantemente dichiarato che la facoltà degli Stati membri di concedere diritti esclusivi non è senza limitazioni. Essa ha affermato:

«(...) pur presupponendo [l'art. 90, n. 1,] l'esistenza di imprese concessionarie di taluni diritti speciali ed esclusivi, da ciò non consegue tuttavia che tali diritti speciali ed esclusivi siano necessariamente compatibili col Trattato. Ciò dipende dalle diverse norme cui l'art. 90, n. 1, fa rinvio» [188].

394. Per quanto riguarda la portata di queste limitazioni, le formule impiegate dalla Corte non sono del tutto coerenti [189].

Occorre pertanto esaminare le principali sentenze in cui la Corte ha dovuto risolvere la stessa complessa questione, vale a dire la questione se un siffatto diritto esclusivo sia compatibile con gli artt. 90, n. 1, e 86. In tali casi il dilemma in precedenza menzionato era particolarmente pronunciato.

395. Le sentenze guida relative alla compatibilità di un diritto esclusivo con l'art. 90, n. 1, possono essere suddivise in tre gruppi. Per comodità le chiamerò sentenze del tipo ERT [190], sentenze del tipo Höfner e Elser [191] e sentenze del tipo Corbeau [192]. Esaminerò il ragionamento su cui si basano le pronunce appartenenti a ciascun gruppo e l'applicherò alle cause in esame.

a) Le sentenze del tipo ERT

396. La sentenza ERT riguardava un caso in cui a determinare un conflitto di interessi era stato il cumulo di due diritti esclusivi: il diritto, da parte di un'impresa radiotelevisiva, di diffondere i propri programmi e quello di ritrasmettere programmi stranieri. L'impresa monopolista era stata indotta a sfruttare abusivamente la propria posizione dominante da una politica discriminatoria che favoriva i suoi programmi.

188 — Sentenza 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione (Racc. pag. I-1223, punto 22).

189 — V., ad esempio, sentenze Merci Convenzionali Porto di Genova, citata alla nota 143, punto 17, e 25 giugno 1998, causa C-203/96, Dusseldorp e a. (Racc. pag. I-4075, punto 61).

190 — Sentenza ERT, citata alla nota 64; v. inoltre sentenze Merci Convenzionali Porto di Genova, citata alla nota 143, e Raso e a., citata alla nota 181.

191 — Sentenze Höfner e Elser, citata alla nota 53, e Job Centre, citata alla nota 54.

192 — Sentenze Corbeau, citata alla nota 141; Corsica Ferries France, citata alla nota 125, e Sacchi, citata alla nota 139.

397. Nella causa Raso e a. [193], il regime italiano controverso non soltanto concedeva alle imprese portuali il diritto esclusivo di fornire lavoro temporaneo a talune imprese, ma consentiva loro altresì di competere con imprese che dipendevano dai loro servizi. Anche in questo caso era inevitabile un conflitto di interessi, in quanto con il mero esercizio del suo monopolio l'impresa portuale poteva falsare a proprio vantaggio il gioco della concorrenza sul mercato secondario.

398. Nella sentenza Merci Convenzionali Porto di Genova [194], la Corte, pronunciandosi sui diritti esclusivi concessi alle imprese e compagnie portuali italiane, ha dichiarato:

«A questo proposito emerge dalla fattispecie descritta dal giudice nazionale e discussa dinanzi alla Corte che le imprese cui sono stati riconosciuti diritti esclusivi, secondo le modalità definite dalla normativa nazionale di cui è causa, sono per questa ragione indotte ad esigere il pagamento di servizi non richiesti, o a fatturare prezzi sproporzionati (...)» [195].

399. Non risulta del tutto chiaro, né dal passaggio citato né dal resto della sentenza, se il quadro normativo contenesse effettivamente, oltre alla concessione di diritti esclusivi, ulteriori elementi che giustificassero l'applicazione dell'art. 90, n. 1. Nondimeno, poiché la Corte ha fatto riferimento alla «fattispecie descritta dal giudice nazionale», sarei incline a classificare anche questo caso nel primo gruppo.

400. Nelle tre cause summenzionate non era semplicemente il monopolio in sé a violare gli artt. 90, n. 1, e 86, bensì l'insieme del monopolio e di elementi ulteriori che rendeva assai probabili gli abusi. Provvedimenti strutturali eccedenti la concessione di un diritto esclusivo inducevano le imprese in questione a sfruttare abusivamente la loro posizione dominante. Solo per questa ragione lo Stato poteva essere ritenuto responsabile — almeno in parte — del comportamento anticoncorrenziale dell'impresa monopolista.

401. Ci si chiede se le cause all'esame della Corte presentino una situazione del tipo ERT e se esistano elementi strutturali, oltre all'esistenza del diritto esclusivo, che inducano i fondi a sfruttare abusivamente la loro posizione dominante.

402. Si sostiene anzitutto che non è ancora stata provata l'esistenza di alcun abuso concreto, come ad esempio la fissazione di

193 — Citata alla nota 181.
194 — Citata alla nota 143.
195 — Punto 19.

contributi eccessivamente elevati o di prestazioni eccessivamente basse.

403. Questa circostanza non è in sé decisiva. Dall'economia dell'art. 90, n. 1, e dalla giurisprudenza della Corte [196] risulta che la questione non è se gli abusi siano stati effettivamente commessi, bensì se il contesto normativo induca — o possa indurre — le imprese a commetterli.

404. Tuttavia non vedo nel sistema olandese alcun elemento che induca i fondi a commettere siffatti abusi. Anzi, essi sono controllati da varie autorità nazionali e da un consiglio in rappresentanza degli iscritti. Essi devono investire i capitali raccolti in modo prudente. Le norme fiscali fissano massimali alle prestazioni pensionistiche. Al riguardo, il margine di manovra dei fondi è quindi limitato. Di conseguenza, anche in caso di abusi concreti di questo genere, in base dell'art. 86 ne risponderebbero soltanto i fondi.

405. Nella legislazione olandese non esistono elementi strutturali aggiuntivi che inducano i fondi a sfruttare abusivamente la loro posizione dominante.

b) Le sentenze del tipo Höfner e Elser

406. La sentenza Höfner e Elser [197] riguardava un caso in cui alla Corte era stato chiesto di pronunciarsi sulla legittimità del monopolio delle attività di collocamento esistente in Germania. La Corte ha dichiarato:

«(...) Uno Stato membro viola (...) i divieti contenuti in queste due disposizioni solo quando l'impresa considerata è indotta, con il semplice esercizio del diritto esclusivo conferitole, a sfruttare la sua posizione dominante in modo abusivo.

Secondo l'art. 86, seconda frase, lett. b), del Trattato, una siffatta pratica abusiva può, in particolare, consistere in una limitazione della prestazione, a danno dei richiedenti del servizio considerato.

Orbene, uno Stato membro crea una situazione in cui la prestazione è limitata qualora l'impresa alla quale ha conferito

196 — Sentenze Raso e a., citata alla nota 181, punto 31, e GB-Inno-BM, citata alla nota 173, punti 23 e 24.

197 — Citata alla nota 53.

un diritto esclusivo estendentesi alle attività di collocamento di personale direttivo di aziende non sia manifestamente in grado di soddisfare la domanda presente sul mercato per tale tipo di attività e qualora l'esercizio effettivo di queste attività da parte di società private sia reso impossibile dal mantenimento in vigore di una disposizione di legge che vieta dette attività a pena di nullità dei corrispondenti contratti» [198].

407. La sentenza Job Centre [199] riguardava un caso in cui l'Italia aveva rafforzato attivamente un analogo monopolio delle attività di collocamento comminando sanzioni penali. La Corte ha confermato la sua pronuncia nella causa Höfner. Essa ha sottolineato le peculiarità del mercato della prestazione di servizi di collocamento dei lavoratori e ha dichiarato:

«In un mercato così esteso e differenziato, per di più soggetto, a causa dello sviluppo economico e sociale, a grandi mutamenti, gli uffici pubblici di collocamento rischiano di non essere in grado di soddisfare una parte rilevante di tutte le domande di prestazioni» [200].

408. In queste due cause, contrariamente alle cause del tipo ERT, lo Stato non aveva fatto altro che conferire un diritto esclusivo. Nondimeno, la Corte ha rilevato che, a causa del particolare contesto economico e della natura dei servizi interessati, l'impresa monopolista era necessariamente indotta a sfruttare abusivamente la propria posizione dominante, limitando costantemente «la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori», ai sensi dell'art. 86, lett. b). In tali circostanze eccezionali la Corte ha quindi ritenuto giustificato stabilire una vera e propria eccezione al principio del rispetto della facoltà degli Stati membri di concedere diritti esclusivi.

409. Tuttavia, facendo riferimento, nella sentenza Höfner e Elser, ad un'impresa che non sia palesemente in grado di soddisfare la domanda, la Corte ha chiarito che essa esercitava solo un controllo marginale sulla legittimità dei monopoli.

410. Sorge la questione se le cause in esame presentino una situazione del tipo di quella oggetto della sentenza Höfner e Elser, in cui il fondo, con il semplice esercizio del suo diritto esclusivo, sia necessariamente indotto ad abusare della sua posizione dominante. Il contesto economico e di fatto è tale che i fondi pensione complementare obbligatori non sono manifestamente e sistematicamente in grado di soddisfare la domanda?

411. Le parti divergono profondamente al riguardo. La Corte non è in grado di risolvere la questione, che richiede complesse valutazioni economiche e di fatto. In

198 — Punti 29-31.
199 — Citata alla nota 54.
200 — Punto 34.

una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato tali valutazioni spettano ai giudici nazionali. Nondimeno, può essere utile fornire qualche linea direttiva in ordine ai fattori che i giudici nazionali potrebbero trovare pertinenti ai fini di queste valutazioni.

412. In primo luogo e innanzi tutto, i giudici nazionali devono tener presenti le rispettive responsabilità dei fondi e del governo olandese nell'ambito degli artt. 90, n. 1, e 86. Uno Stato membro può essere ritenuto responsabile soltanto qualora vi sia una falla nel sistema, ossia nel caso in cui gli abusi siano «diretta conseguenza» del suo intervento normativo o decisionale, mentre le imprese che fruiscono di diritti esclusivi o speciali sono esclusivamente responsabili per violazioni delle regole di concorrenza attribuibili soltanto ad esse. Pertanto, qualora l'unica causa del fatto che i fondi non sono «palesemente in grado di soddisfare la domanda» sia la loro cattiva gestione o la loro cattiva politica di investimenti, non vi sarà violazione degli artt. 90, n. 1, e 86.

413. In secondo luogo, i giudici nazionali dovrebbero essere consapevoli del fatto che tale questione è pur sempre una questione di gradazione che solleva problematiche assai complesse ed implica giudizi su scelte importanti a livello economico e sociale. Occorre pertanto sottolineare che nelle situazioni del tipo di quella oggetto della sentenza Höfner e Elser la Corte ha limitato il potere di controllo proprio e dei giudici nazionali ai sistemi nazionali palesemente inadeguati.

414. Infine, poiché il conferimento di diritti esclusivi implica complesse valutazioni di natura economica, in settori come questo gli Stati membri devono disporre di un margine di discrezionalità per decidere se il monopolista sia in grado di soddisfare la domanda o no. Questo è un ulteriore motivo per limitare la portata del controllo da esercitare ad opera del giudice nazionale.

415. In base ad un argomento addotto in subordine dalla Commissione, i fondi non possono comunque essere equiparati ad un normale assicuratore, in quanto devono limitare le loro attività ad un solo settore e non sono autorizzati ad effettuare una selezione dei rischi, tra buoni e cattivi.

416. A mio parere, questi argomenti sono collegati all'art. 90, n. 2, ed essi mi portano direttamente al terzo gruppo di sentenze, ossia quelle del tipo Corbeau.

c) Le sentenze del tipo Corbeau

417. Nella sentenza Corbeau [201] era stato chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità del monopolio dei servizi postali belga con gli artt. 90, n. 1, e 86. La Corte non ha chiaramente indicato gli aspetti della legislazione belga eventualmente in contrasto con le suddette disposizioni. Essa ha invece dichiarato che l'art. 90, n. 1, doveva essere interpretato congiuntamente al n. 2 dello stesso articolo e ha immediatamente operato una valutazione comparativa in relazione alla giustificazione della portata del monopolio dichiarando, tra l'altro:

«[L'art. 90, n. 2,] consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi» [202].

418. Recentemente, nella sentenza Corsica Ferries France [203] la Corte ha adottato la medesima impostazione nell'esaminare i diritti esclusivi di gruppi di ormeggiatori in due importanti porti italiani. Senza pronunciarsi su un'apparente violazione dell'art. 90, n. 1, essa ha affermato che in ogni caso tali diritti esclusivi erano giustificati in forza dell'art. 90, n. 2.

419. A mio parere, rientra in questa categoria anche la meno recente sentenza Sacchi [204]. Nel dispositivo di tale sentenza [205] la Corte si è richiamata all'art. 90 senza specificare, come avviene in altri punti della sentenza, quale paragrafo di tale articolo fosse applicabile. Alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale Reischl [206], non può escludersi che la Corte intendesse riferirsi all'art. 90, n. 2.

420. Dalla giurisprudenza risulta che qualora si applichi l'eccezione di cui all'art. 90, n. 2, la concessione di diritti esclusivi è comunque giustificata. L'art. 90, n. 2, è applicabile alle cause in esame?

421. L'art. 90, n. 2, dispone:

«Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono

201 — Citata alla nota 141.
202 — Punto 14.
203 — Citata alla nota 125.
204 — Citata alla nota 139.
205 — E nel punto 14, secondo capoverso.
206 — Pag. 444.

sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».

422. La prima questione è se ai fondi sia stata affidata la gestione di servizi di interesse economico generale. A mio parere non possono nutrirsi molti dubbi al riguardo.

423. Nei Paesi Bassi il regime pensionistico istituito dalle legge riconosce soltanto una pensione base collegata al salario minimo. Pertanto, i regimi pensionistici complementari contribuiscono a garantire che gran parte della popolazione fruisca di prestazioni pensionistiche superiori a tale minimo. I fondi perseguono quindi un obiettivo sociale. Essi non agiscono principalmente nell'interesse proprio o nell'interesse privato particolare dei loro iscritti [207], bensì essenzialmente nell'interesse pubblico. Il legislatore comunitario ha recentemente riconosciuto, indirettamente, l'importante funzione sociale svolta dalle pensioni complementari emanando una direttiva relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità [208].

424. Per di più, i fondi sono, come si è già detto, senza fini di lucro. Essi sono tenuti ad ammettere qualunque lavoratore e datore di lavoro appartenenti alla categoria. Essi non possono pertanto effettuare alcuna selezione dei rischi mediante questionari o visite mediche. Non esiste alcun rapporto tra rischio e contributi. Tutti gli iscritti versano un contributo medio che non tiene conto, ad esempio, dell'età dei lavoratori o delle dimensioni dell'impresa datrice di lavoro. In caso di inabilità, vengono concesse esenzioni dall'obbligo di versamento dei contributi.

425. Pertanto, il decreto che rende obbligatoria l'iscrizione è un atto di un'autorità pubblica con cui il fondo interessato viene incaricato della gestione di un servizio di interesse generale.

426. È quindi decisiva la questione successiva, cioè se l'abolizione del sistema dell'iscrizione obbligatoria osterebbe all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione affidata ai fondi.

207 — Sentenze BRT, citata alla nota 106, punto 23, e Züchner, citata alla nota 50, punto 7, a contrario.

208 — Direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/49/CE (GU L 209, pag. 46).

427. I Fondi e il governo olandese sostengono che il mantenimento dei loro diritti esclusivi è condizione necessaria per la sopravvivenza dei regimi pensionistici. Richiamandosi alla pronuncia della Corte nella causa Corbeau, essi sostengono che, in assenza di un obbligo d'iscrizione, sarebbe minacciato il loro equilibrio finanziario. A tale proposito essi adducono l'argomento della spirale negativa, secondo cui i «rischi buoni» (ad esempio grandi imprese con personale giovane e in buona salute che svolge attività non pericolose) cercherebbero accordi più vantaggiosi con assicuratori privati, lasciando ai fondi una maggiore concentrazione di rischi cattivi. Ciò, a sua volta, determinerebbe un aumento del costo delle pensioni, ad esempio, dei lavoratori delle piccole e medie imprese con personale anziano che svolge attività pericolose. Di conseguenza, diverrebbe sempre più difficile, forse persino impossibile, assicurare rischi cattivi a prezzi accettabili.

428. Essi sostengono inoltre che solo sulla base dell'obbligo di iscrizione sono possibili contributi forfettari (non correlati al rischio) e pensioni forfettarie (non correlate alla retribuzione). A loro parere, un assicuratore privato non potrebbe mai offrire questo tipo di assicurazione pensione.

429. Secondo l'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken, il sistema olandese di iscrizione obbligatoria eccede quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo di un adeguato livello di protezione sociale.

430. Anzitutto, sarebbero sufficienti gli accordi collettivi contenenti requisiti minimi in materia di pensioni. In linea di massima, il compito di determinare le modalità di gestione dei contributi pensionistici raccolti dovrebbe essere lasciato ai datori di lavoro. Se necessario, potrebbero anche essere imposti per legge requisiti minimi. Un buon esempio di questo modo di procedere è dato da una legge in vigore dal 1° gennaio 1998, che vieta le visite mediche preventive nel contesto delle polizze di assicurazione pensione di gruppo.

431. Per quanto attiene all'argomento secondo cui premi e prestazioni forfettari sono possibili soltanto nel contesto di un'iscrizione obbligatoria, si sostiene che un sistema di contributi forfettari non costituisce più, in realtà, un elemento necessario dei regimi di pensione complementare e non è prescritto per legge. Al contrario, vari regimi pensionistici di categoria funzionano con contributi forfettari e senza obbligo di iscrizione.

432. Infine, è empiricamente dimostrato che l'iscrizione obbligatoria non è necessaria, in quanto nei Paesi Bassi operano 15

regimi di pensione complementare a iscrizione non obbligatoria.

433. A mio parere, ancora troppe importanti questioni relative al contesto di fatto formano oggetto di controversia tra le parti e/o non risultano del tutto chiare.

434. Perché, ad esempio, taluni fondi pensione di categoria possono sopravvivere in assenza di obbligo d'iscrizione? La risposta scritta data dal governo olandese ad un quesito posto dalla Corte ha lasciato ancora qualche dubbio ed è stata inoltre parzialmente contestata dalle ricorrenti. All'udienza, le parti si sono trovate in disaccordo anche sulla questione se, e in che misura, prestazioni e contributi forfettari costituiscano ancora elementi caratteristici dei fondi pensione complementare di categoria olandesi.

435. Pertanto, nemmeno in questo caso la Corte si trova in condizione di stabilire se l'abolizione dell'obbligo d'iscrizione osterebbe all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione affidata ai fondi pensione. L'esame dettagliato di tutti gli aspetti economici, finanziari e sociali implicati spetta ai giudici nazionali, che dovranno tenere conto dei seguenti elementi.

436. L'art. 90, n. 2, mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese quali strumenti di politica economica o sociale con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza sul mercato interno e al mantenimento dell'unità del mercato comune [209]. In quanto disposizione che consente di derogare alle norme del Trattato, esso dev'essere interpretato restrittivamente [210].

437. Tuttavia, non può vietarsi agli Stati membri di prendere in considerazione, allorché determinano i servizi d'interesse economico generale di cui incaricano talune imprese, obiettivi propri della loro politica nazionale [211]. A tale proposito, occorre tener presente che gli Stati membri rimangono competenti ad impostare i loro sistemi previdenziali [212], e pertanto dispongono di ampio potere discrezionale in materia.

438. La Corte ha recentemente chiarito che per poter applicare l'eccezione di cui

209 — Sentenza 23 ottobre 1997, causa C-157/94, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-5699, punto 39).

210 — Sentenza Commissione/Paesi Bassi, citata alla nota 209, punto 37.

211 — Sentenza Commissione/Paesi Bassi, citata alla nota 209, punto 40.

212 — Sentenze 7 febbraio 1984, causa 283/82, Duphar e a. (Racc. pag. 523, punto 16); Poucet e Pistre, citata alla nota 55, punto 6, e Sodemare e a., citata alla nota 57, punto 27.

all'art. 90, n. 2, non è necessario che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa [213]. Dal tenore della citata disposizione risulta che è sufficiente che l'applicazione delle regole di concorrenza osti all'adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi specifici che incombono a tale impresa.

439. I giudici nazionali dovranno pertanto accertare innanzi tutto quali siano gli obblighi di servizio pubblico assegnati ai fondi e, in secondo luogo, se l'assenza di iscrizione obbligatoria osti al loro adempimento.

440. Di conseguenza, l'obbligo di iscrizione in quanto tale è in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86 soltanto qualora a causa del quadro normativo olandese i fondi non siano manifestamente in grado di soddisfare la domanda e qualora l'abolizione dell'iscrizione obbligatoria non osti all'adempimento dei servizi d'interesse generale loro affidati.

2. *Le norme relative alle esenzioni discrezionali dall'iscrizione obbligatoria*

441. Come ho già detto, il sistema olandese prevede norme relative alle esenzioni individuali dall'iscrizione obbligatoria qualora i lavoratori e i datori di lavoro abbiano concluso o intendano concludere speciali accordi alternativi in materia pensionistica. Di tali norme sono importanti tre elementi caratteristici. In primo luogo, è lo stesso fondo di categoria competente ad adottare le decisioni in materia di esenzioni individuali. In secondo luogo, nella maggior parte dei casi il fondo dispone di un potere discrezionale. In terzo luogo, per effetto di tale discrezionalità i giudici nazionali esercitano soltanto un controllo marginale sulla decisione del fondo [214].

442. L'Albany, la Brentjens e la Drijvende Bokken, richiamandosi alla sentenza GB-Inno-BM [215], sostengono che le suddette norme sono in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86 in quanto consentono ai fondi di decidere essi stessi il grado di concorrenza a cui sono esposti.

443. Per contro, i Fondi sostengono che il loro potere discrezionale è di fatto limitato. Nella pratica i fondi non possono concedere esenzioni più frequenti in quanto ciò creerebbe pericolosi precedenti. Un maggior numero di esenzioni porrebbe a repentaglio la solidarietà dell'intera categoria, l'iscrizione obbligatoria in quanto tale e, in ultima analisi, l'esistenza dei fondi. Ne consegue, secondo me, che i fondi non sono equiparabili alle imprese pubbliche di cui alla sentenza GB-Inno-BM.

213 — Sentenza Commissione/Paesi Bassi, citata alla nota 209, punto 43.

214 — V. supra, paragrafi 352-363.

215 — Citata alla nota 173.

444. La Commissione sostiene, anzitutto, che la possibilità di concedere esenzioni individuali costituisce un'apertura eccezionale in un sistema altrimenti ermeticamente chiuso. A suo parere, non sarebbe coerente esaminare la compatibilità delle norme relative alle esenzioni individuali qualora l'iscrizione obbligatoria in quanto tale fosse compatibile con il Trattato.

445. Se ho ben inteso l'argomento addotto dalla Commissione, qualunque norma concernente le esenzioni individuali sarebbe automaticamente legittima una volta considerati compatibili con gli artt. 90, n. 1, e 86 l'iscrizione obbligatoria e quindi il diritto esclusivo dei fondi in quanto tale.

446. Non condivido questo punto di vista.

447. La portata del monopolio detenuto da ciascun fondo è determinata non soltanto dal decreto che rende obbligatoria l'iscrizione, bensì anche dalle possibilità disponibili di ottenere l'esenzione. Qualora il diritto esclusivo dei fondi così definito fosse considerato legittimo, sarebbe davvero contraddittorio pretendere che gli art. 90, n. 1, e 86 imponessero la creazione di altri motivi (obbligatori) di esenzione. Fino a questo punto concordo con la Commissione.

448. Tuttavia, nella fattispecie il problema è diverso. Esso riguarda non già la portata sostanziale del diritto esclusivo dei fondi quale determinata dal decreto che istituisce l'iscrizione obbligatoria e dai motivi di esenzione disponibili, bensì il meccanismo formale con il quale vengono adottate le decisioni relative a tale portata. Quando un fondo adotta discrezionalmente una decisione in merito ad una domanda di esenzione individuale, di fatto determina esso stesso l'estensione del suo monopolio legale. Tale delega di poteri decisionali non è necessariamente parte integrante delle norme relative alla portata sostanziale del diritto esclusivo. Pertanto, essa può essere isolata dalle suddette norme ed essere impugnata separatamente.

449. In secondo luogo, all'udienza la Commissione ha asserito che nessun elemento del quadro normativo olandese induceva i fondi ad abusare del loro potere discrezionale. Richiamandosi alla sentenza Centre d'insémination de la Crespelle [216], la Commissione ha affermato che soltanto i fondi sarebbero pertanto responsabili di eventuali abusi.

450. Non sono convinto nemmeno di questo. Affidando ai fondi la decisione sulle esenzioni individuali, la normativa olan-

216 — Esaminata al paragrafo 392.

dese crea un evidente conflitto di interessi.

451. Prevedendo regole di esenzione a carattere discrezionale, il legislatore olandese ha riconosciuto che possono esistere situazioni nelle quali le imprese appartenenti ad un determinato settore possono avere un interesse legittimo a chiedere un'esenzione. Si pensi ad esempio ad imprese facenti parte di un gruppo di imprese avente una propria polizza di assicurazione pensione di gruppo, o ad altre situazioni che attualmente l'ultima versione delle direttive in materia di esenzione indica quali motivi di esenzione obbligatoria [217].

452. Per contro, i fondi di categoria hanno un ovvio interesse a conservare un elevato numero di iscrizioni. Un maggior numero di iscritti implica, ad esempio, maggiori economie di scala per quanto riguarda i costi amministrativi, un più elevato potere d'acquisto sui mercati finanziari ed una più vantaggiosa distribuzione dei rischi.

453. La versione delle direttive in materia di esenzione applicabile ai procedimenti principali affida ai fondi il compito di operare una valutazione comparativa fra questi due gruppi di interessi. Pertanto, in un certo senso, il fondo riveste nel contempo il ruolo di giudice e di parte in causa.

454. Secondo una giurisprudenza consolidata, la creazione di siffatti conflitti di interessi è in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86.

455. Nella causa Francia/Commissione [218] alla Corte era stato chiesto di pronunciarsi su una direttiva basata sull'art. 90, nn. 1 e 3 [219], che obbligava gli Stati membri a garantire che la responsabilità della formulazione di specifiche e del controllo degli apparecchi terminali di telecomunicazioni fosse affidata ad un ente indipendente dall'impresa avente in esercizio la rete pubblica. La Corte ha dichiarato:

«(...) un sistema di concorrenza non alterata come quello prefigurato dal Trattato può garantirsi solo se venga assicurata l'uguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici. Affidare il compito di formulare le specifiche cui dovranno conformarsi gli apparecchi terminali, controllarne l'applicazione e omologare tali apparecchi ad un'impresa che mette in commercio apparecchi terminali equivale a conferire alla medesima il potere di determinare a suo piacimento quali apparecchi terminali possano essere allacciati alla rete pubblica, concedendole in tal modo un

217 — V. supra, paragrafo 360.

218 — Citata alla nota 188.

219 — V. punto 13 della sentenza.

evidente vantaggio sui suoi concorrenti» [220].

456. Nella sentenza GB-Inno-BM [221], la Corte ha ribadito questa affermazione e ha aggiunto che «il mantenimento di una concorrenza effettiva e la garanzia di trasparenza esigono» che l'ente che definisce le specifiche tecniche e rilascia l'omologazione sia indipendente da qualsiasi impresa operante sul mercato dei terminali.

457. Nella sentenza Tranchant [222] la Corte ha più specificamente dichiarato che il requisito di indipendenza è «inteso ad escludere qualsiasi rischio di conflitto di interessi tra l'autorità regolamentatrice (...) da un lato, e le imprese (...) dall'altro».

458. In altri casi analoghi la Corte ha anche effettuato un rigoroso controllo del requisito di indipendenza [223]. Nelle sentenze Decoster [224] e Taillandier [225] essa ha dichiarato ad esempio che l'indipendenza non era garantita laddove direzioni diverse del ministero delle Poste e Telecomunicazioni francese venivano incaricate nel contempo della gestione della rete pubblica e dell'attuazione della politica commerciale, da un lato, e dell'omologazione degli apparecchi terminali, dall'altro.

459. Un altro tipo di conflitto di interessi è stato ritenuto in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86 nelle sentenza ERT [226] e nella recente sentenza Raso e a. [227]. Soprattutto in quest'ultima la Corte spiega chiaramente le ragioni per le quali tali conflitti di interessi rappresentano una minaccia per il gioco della concorrenza e per i concorrenti.

460. Inoltre, dalle sentenze GB-Inno-BM [228] e Raso e a. [229] discende che è il fatto che il quadro giuridico determina il conflitto di interessi di cui trattasi ad essere in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86. Non occorre identificare casi particolari di abuso.

461. Nelle cause in esame, i pericoli insiti in un siffatto conflitto di interessi sono considerevolmente aggravati dalle altre due caratteristiche del sistema, ossia il potere

220 — Punto 51.

221 — Citata alla nota 173, punto 26.

222 — Sentenza 9 novembre 1995, causa C-91/94 (Racc. pag. I-3911, punto 19).

223 — Sentenze 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Spagna e a./Commissione («servizi di telecomunicazione») (Racc. pag. I-5833, punto 22), e 27 ottobre 1993, causa C-69/91, Decoster (Racc. pag. I-5335), e causa C-92/91, Taillandier (Racc. pag. I-5383).

224 — Citata alla nota 223.

225 — Citata alla nota 223.

226 — Citata alla nota 64, punto 37.

227 — Citata alla nota 181, punti 28-31.

228 — Citata alla nota 173, punti 23 e 24.

229 — Punto 31.

discrezionale dei fondi e il limitato controllo giurisdizionale sulle loro decisioni.

462. In relazione ad una situazione analoga, ancorché inserita in un contesto diverso, nella sentenza Meroni la Corte ha dichiarato:

«Le conseguenze di una delega di poteri sono molto diverse a seconda che essa riguardi dei poteri d'esecuzione nettamente circoscritti ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante, oppure se trattisi di un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione e sia atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria» [230].

463. Per quanto riguarda più in particolare il potere discrezionale dei fondi, viene in rilievo la pronuncia della Corte nella causa Lagauche e a. [231]. L'impresa belga di gestione delle telecomunicazioni era anche incaricata dell'omologazione degli apparecchi di telecomunicazione. A differenza della causa GB-Inno-BM, tuttavia, i requisiti tecnici per l'omologazione erano stabiliti dal ministro. L'unico compito dell'impresa monopolista, pertanto, consisteva nel verificare che gli apparecchi fossero conformi alle prescrizioni fissate dal ministro. In mancanza di qualunque potere discrezionale, la Corte non ha accertato alcuna violazione degli artt. 90, n. 1, e 86.

464. Riguardo all'importanza di un controllo giurisdizionale di merito, basti il richiamo alle medesime sentenze GB-Inno-BM [232] e Lagauche e a. [233]. In entrambi i casi la Corte — sia pure nel contesto dell'art. 30 — ha chiarito che le decisioni di un ente cui sia attribuito un potere di regolamentazione e di controllo tali da poter pregiudicare i diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario devono essere impugnabili in sede giurisdizionale.

465. Nelle cause in esame, la direttiva sull'esenzione crea un quadro in cui sono presenti tutti e tre gli elementi decisivi, vale a dire il conflitto di interessi, il potere discrezionale e il controllo giurisdizionale puramente marginale. Concludo pertanto, senza che occorra prendere in considerazione la nuova versione delle direttive in materia di esenzione, nel senso che le norme olandesi relative all'esenzione individuale discrezionale sono in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86.

466. Rimangono da trattare brevemente gli ultimi argomenti della Commissione. Quest'ultima afferma anzitutto che di fatto il

230 — Sentenza 13 giugno 1958, causa 9/56, Meroni/Alta Autorità (Racc. pag. 9).

231 — Sentenza 27 ottobre 1993, cause riunite C-46/90 e C-93/91 (Racc. pag. I-5267).

232 — Citata alla nota 173, punti 34-36.

233 — Citata alla nota 231, punti 25-29.

consiglio di amministrazione del fondo è l'unico soggetto che possa decidere in merito alle domande di esenzione. Essa fa valere inoltre la possibilità di presentare reclamo dinanzi alla Camera delle assicurazioni.

467. A mio parere, il primo argomento è contraddetto — almeno in parte — dal secondo. Se la Camera delle assicurazioni, organismo autonomo, può ricevere i reclami relativi alle decisioni del fondo, perché non può decidere su singole esenzioni? Quanto al secondo argomento, nel corso delle fasi scritta e orale è stato chiarito che, come ho già rilevato, le decisioni della Camera delle assicurazioni non sono giuridicamente vincolanti. Il reclamo alla Camera delle assicurazioni non costituisce quindi un rimedio giuridico adeguato.

468. Pertanto, norme quali le direttive olandesi in materia di esenzione violano il combinato disposto degli artt. 90, n. 1, e 86 nella misura in cui autorizzano i fondi ad adottare decisioni discrezionali, soggette a controllo giurisdizionale marginale, sulle domande di esenzione individuale dall'iscrizione obbligatoria.

X — Gli effetti giuridici della sentenza della Corte

469. Lo Hoge Raad chiede espressamente alla Corte di esplicitare le conseguenze della sua pronuncia.

470. Da tutto quanto precede discende che nella normativa olandese vanno distinti due aspetti: l'iscrizione obbligatoria in quanto tale e le norme sulle esenzioni individuali.

471. La prima questione si porrebbe solo qualora il giudice nazionale dovesse dichiarare che il sistema olandese di iscrizione obbligatoria in quanto tale, o un decreto che rende obbligatoria l'iscrizione ad un determinato fondo, è in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86, e riguarda le conseguenze di una siffatta pronuncia.

472. Contrariamente a quanto sostenuto dai Fondi, tale sentenza nazionale sarebbe basata sulla lex specialis degli artt. 90, n. 1,

e 86, e non sull'art. 5, n. 2 [234]. Gli artt. 90, n. 1, e 86 hanno efficacia diretta [235]. Pertanto, in linea di principio, le leggi e i decreti nazionali che rendono obbligatoria l'iscrizione sarebbero inapplicabili [236].

473. Il governo olandese chiede alla Corte di limitare gli effetti nel tempo della sua pronuncia.

474. L'interpretazione di un norma di diritto comunitario data dalla Corte chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. La Corte ha tuttavia riconosciuto che eccezionalmente, in applicazione del principio generale della certezza del diritto e in considerazione delle gravi conseguenze che la sentenza potrebbe comportare, possono esserne limitati gli effetti nel tempo per quanto riguarda il passato [237].

475. Contro una siffatta limitazione si potrebbe sostenere che, a partire dalla decisione di rinvio dello Hoge Raad nella causa van Schijndel [238], gli operatori economici interessati possono aver nutrito qualche dubbio circa la legittimità dell'iscrizione obbligatoria a fondi pensione complementare [239].

476. In materia pensionistica, d'altro canto, l'esigenza di una limitazione ratione temporis è particolarmente sentita. Sentenze prive di limitazioni potrebbero sconvolgere retroattivamente l'equilibrio finanziario di molti regimi pensionistici e rimettere in discussione situazioni giuridiche che hanno esaurito tutti i loro effetti nel passato [240]. Sono pertanto incline a raccomandare una limitazione eccezionale ratione temporis degli effetti della sentenza.

477. Va sottolineato che spetta esclusivamente alla Corte decidere su una tale restrizione di carattere eccezionale e che essa può essere ammessa soltanto nella stessa sentenza di pronuncia sull'interpretazione richiesta [241].

478. In base alla mia analisi, nelle cause in esame spetta al giudice nazionale pronunciarsi in via definitiva sulla compatibilità dell'obbligo di iscrizione con il diritto comunitario. A mio parere, però, ciò non impedisce alla Corte di prendere la deci-

234 — V. supra, paragrafo 304, e sentenza Centre d'insémination de la Crespelle, citata alla nota 128, punto 15.

235 — Sentenza Merci Convenzionali Porto di Genova, citata alla nota 143, punto 23.

236 — Sentenze 4 aprile 1968, causa 34/67, Lück (Racc. pag. 359, in particolare pag. 365), e 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, IN.CO.GE.90 (Racc. pag. I-6307, punti 18-21).

237 — Sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis (Racc. pag. I-4951, punti 15 e 16).

238 — Citata alla nota 2.

239 — Sentenza Bosman, citata alla nota 21, punto 146.

240 — Sentenza Barber, citata alla nota 91, punto 44.

241 — Sentenza 27 marzo 1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, Salumi e a. (Racc. pag. 1237, punto 11).

sione finale sugli effetti nel tempo della sua decisione, basando esplicitamente la propria pronuncia sul presupposto che, alla luce dell'interpretazione da essa adottata, i giudici nazionali dichiarino la normativa olandese in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86.

479. La seconda questione riguarda gli effetti di una sentenza che dichiari incompatibili con gli artt. 90, n. 1, e 86 norme, quali quelle olandesi, relative alle esenzioni individuali.

480. A causa dell'efficacia diretta degli artt. 90, n. 1, e 86, le norme sulle esenzioni individuali discrezionali sono inapplicabili. Poiché, come è già stato detto, queste norme possono essere tenute distinte, quelle relative all'iscrizione obbligatoria di per sé non sarebbero pregiudicate [242]. Anche gli altri effetti sarebbero di competenza del diritto nazionale, nell'ambito dei limiti imposti dal diritto comunitario.

242 — V., in una situazione analoga, le conclusioni presentate dall'avvocato generale Tesauro nella causa C-69/91, Decoster, citata alla nota 223, pag. 5371.

XI — Conclusione

Di conseguenza, a mio parere, le questioni poste nelle presenti cause vanno risolte come segue:

«1) Non sussiste violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato nel caso in cui i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro di un determinato settore dell'economia concordino collettivamente di istituire un fondo pensione di categoria unico e chiedano congiuntamente alle autorità di rendere obbligatoria l'iscrizione al fondo per tutte le persone appartenenti alla categoria di cui trattasi.

2) Non sussiste violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato nel caso in cui, su richiesta congiunta delle rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, in un determinato settore uno Stato membro renda obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria per tutte le imprese del settore.

3) I fondi pensione di categoria olandesi sono "imprese" ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato.

4) Gli artt. 90, n. 1, e 86 vietano norme sull'iscrizione obbligatoria a fondi pensione di categoria come quelle esistenti nei Paesi Bassi soltanto qualora, a causa del quadro normativo e del decreto che rende obbligatoria l'iscrizione, i fondi non siano manifestamente in grado di soddisfare la domanda e qualora

l'abolizione dell'iscrizione obbligatoria non osti all'adempimento dei servizi di interesse generale affidati ai fondi.

Gli artt. 90, n. 1, e 86 del Trattato vietano norme quali le direttive olandesi in materia di esenzione, nella misura in cui attribuiscono ai fondi pensione di categoria il potere di adottare decisioni discrezionali, soggette a controllo giurisdizionale soltanto marginale, sulle domande di esenzione individuale dall'iscrizione obbligatoria.

5) Qualora vengano dichiarate in contrasto con gli artt. 90, n. 1, e 86 del Trattato, le norme nazionali sono inapplicabili, salvo possibili restrizioni imposte dalla Corte agli effetti nel tempo della sua sentenza».