CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON

presentate il 15 marzo 1989 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Nessuno, si dice, può essere contemporaneamente giudice e parte in causa. L'adagio pare fare da sfondo alle questioni sollevate dal presidente del Tribunal de commerce di Bruxelles. Queste, infatti, sono intese a determinare se il diritto comunitario non vieti che uno Stato membro deleghi il controllo tecnico che condiziona in pratica la vendita nel suo territorio di determinati prodotti a una delle imprese tra loro concorrenti sul mercato di detti prodotti. In altre parole, lo Stato può affidare ad un commerciante il compito di decidere, mediante una omologazione tecnica, se i prodotti offerti dagli altri commercianti potranno concorrere con i suoi.

2. Ciò che più esattamente è controverso è il potere conferito in Belgio alla Régie des télégraphes et des téléphones (in prosieguo: la « RTT ») di subordinare alla sua omologazione l'autorizzazione di allacciare alla rete delle telecomunicazioni, della quale assicura l'esercizio, qualsiasi apparecchio dalla stessa non fornito. La RTT è, secondo la legge 19 luglio 1930 [1], che l'ha costituita, un « ente pubblico dotato di personalità giuridica » che gestisce, « nell'interesse generale (...) la telegrafia e la telefonia con e senza fili » [2]. È gestita dal ministro « competente per i telegrafi e i telefoni » [3]. La legge 19 ottobre 1930 [4] ha attribuito alla RTT il monopolio dell'esercizio della rete delle telecomunicazioni disponendo che essa sola aveva « il diritto di realizzare e di gestire per la corrispondenza del pubblico linee e uffici telegrafici e telefonici » [5]. L'art. 13 del decreto ministeriale 20 settembre 1978 [6] dispone che, « salvo autorizzazione scritta della Régie, l'abbonato non può allacciare alcun (...) apparecchio (...) all'impianto a lui concesso in uso » e l'art. 91 dello stesso testo precisa che la RTT « determina il modo di costituzione dei circuiti di abbonamento e le loro caratteristiche tecniche », e che l'apparecchio allacciato a detti circuiti deve essere da essa « fornito od omologato ». In pratica la Régie autorizza l'allacciamento di un apparecchio da essa non fornito solo se è di un tipo da essa omologato.

3. La controversia di cui alla causa principale è sorta in occasione dell'offerta in vendita, negli esercizi della GB-Inno-BM (in prosieguo: la « Inno »), di apparecchi telefonici non omologati di provenienza esterna alla CEE a prezzi molto competitivi. La RTT, nel criticare non già il principio della vendita di siffatti apparecchi, ma la circostanza che i clienti dei punti vendita non erano informati dal venditore del fatto che detti apparecchi non erano omologati e del conseguente divieto di allacciarli alla rete, adiva il Tribunal de commerce di Bruxelles al fine di far ordinare la cessazione di tale

* Lingua originale: il francese.

1 — *Moniteur belge* del 2. 8. 1930.

2 — Articolo 1.

3 — Articolo 3.

4 — *Moniteur belge* del 20. 10. 1930 e 21. 10. 1930.

5 — Articolo 1.

6 — *Moniteur belge* del 29. 9. 1978.

pratica commerciale nociva per i suoi « interessi professionali », ai sensi della legge 14 luglio 1971 sulle pratiche di commercio. L'argomentazione opposta dalla Inno in questo procedimento ha posto il problema della compatibilità della situazione della RTT con il diritto comunitario. La Inno infatti, ha sostenuto che non le poteva essere addebitato di mettere in vendita apparecchi astenendosi dall'informare gli eventuali acquirenti del fatto che non sono di un tipo omologato, poiché le condizioni di rilascio dell'omologazione erano obiettivamente in contrasto con il Trattato di Roma, e in particolare con l'art. 86, a causa del fatto che la RTT è allo stesso tempo titolare del potere di omologazione e concorrente, sul mercato della vendita degli apparecchi da essa omologati. Il giudice nazionale ha allora emesso l'ordinanza con la quale ha sottoposto alla Corte tre questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dell'art. 30 e dell'art. 86 del Trattato CEE.

4. La Corte è stata adita in un momento in cui la necessità di sviluppare il mercato comune delle telecomunicazioni, nella Comunità, appare una preoccupazione crescente, della quale sono testimonianza taluni atti del Consiglio e della Commissione. Fra questi, per quanto riguarda il periodo recente, va in particolare rilevata una risoluzione del 30 giugno 1988 [7], in cui il Consiglio ha indicato tra i « grandi obiettivi di una politica delle telecomunicazioni » quello di promuovere un mercato comune entro il quale le amministrazioni delle telecomunicazioni e altri fornitori di servizi di telecomunicazione possano « competere su base di parità », precisando che a tal fine occorre, in particolare:

« — fissare una chiara separazione delle attività normative e operative, tenendo debitamente conto della situazione di ogni singolo Stato membro;

— applicare le pertinenti norme del Trattato, in particolare le regole di concorrenza, alle amministrazioni delle telecomunicazioni e alle imprese private del settore » [8].

Detta risoluzione del Consiglio era stata preceduta da una direttiva della Commissione datata 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni [9]. Viene ivi rilevato che, a partire dal 1° luglio 1989, la formalizzazione delle « specifiche e procedure di omologazione esistenti per le apparecchiature terminali » e il controllo della loro applicazione come pure l'omologazione « siano svolti da un ente indipendente dalle imprese pubbliche o private che offrono beni e/o servizi nel settore delle telecomunicazioni » [10].

5. Si può infatti rilevare che la questione del cumulo, da parte dell'ente esercente la rete nazionale delle telecomunicazioni, della qualità di autorità omologatrice delle apparecchiature terminali e di quella di venditore di siffatte apparecchiature costituisce materia di esame da parte delle istituzioni comunitarie. La risposta fornita a questo proposito dalla citata direttiva 16 maggio 1988 non è stata tuttavia presa in considerazione nel contesto del presente procedimento. Infatti, detto testo normativo, il quale del re-

7 — Risoluzione del Consiglio sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di telecomunicazione entro il 1992 (GU C 257, pag. 1).

8 — Ibidem, pag. 2, obiettivo n. 5.

9 — Direttiva 88/301/CEE (GU L 131, pag. 73).

10 — Ibidem, artt. 5 e 6.

sto costituisce l'oggetto di un ricorso di annullamento pendente dinanzi a questa Corte [11], è, in ogni caso, applicabile, per quanto riguarda il punto di vista che qui rileva, solo dal 1° luglio 1989. Ed ancora, anche se, alla stregua di quanto appena deciso dal legislatore dei Paesi Bassi [12], il Belgio sta predisponendo un disegno di legge inteso a istituire un ente di omologazione indipendente, questa Corte deve valutare la presente causa soltanto sulla scorta dello statuto attuale della RTT ed in considerazione dello stato attuale del diritto comunitario.

6. Prima di affrontare la discussione giuridica propriamente detta, si deve fare una precisazione. Gli apparecchi telefonici considerati nella causa principale sono terminali semplici, apparecchi combinati trasmittenti-riceventi come quelli di cui normalmente dispone ciascun abbonato telefonico. Essi vengono distribuiti in Belgio su quello che viene definito il mercato del « secondo apparecchio ». La RTT, quando concede l'uso di una linea ad un abbonato, gli fornisce un « primo apparecchio ». I « primi apparecchi » sono prodotti da imprese, in esecuzione di appalti aggiudicati dalla RTT e conformemente a capitolati di appalto nei quali vengono precisati i requisiti tecnici di detti apparecchi. Detti apparecchi, forniti alla RTT, vengono da essa diffusi esclusivamente agli abbonati. Per quanto riguarda il primo apparecchio, non vi è dunque concorrenza bensì monopolio della RTT. Per contro, per gli altri apparecchi, il mercato è in linea di principio libero, e non vi è monopolio commerciale. Ogni ditta può pertanto proporli per la vendita su detto mercato, accanto alla RTT. Pertanto, nel contesto della causa principale, la questione della necessità dell'autorizzazione si pone a proposito dei secondi apparecchi.

11 — Causa 202/88, Francia/Commissione.

12 — *Le Monde* del 3. 1. 1989.

7. L'ordinanza del giudice a quo invita la Corte in primo luogo a esaminare la compatibilità di una situazione come quella che costituisce l'oggetto di questa controversia con riferimento all'art. 30 del Trattato.

8. La Commissione ha espresso l'opinione che l'analisi di poteri, tali quali quelli detenuti dalla RTT, deve, dal punto di vista del principio della libera circolazione delle merci, essere effettuata in primo luogo sulla scorta delle disposizioni contenute nell'art. 37 del Trattato. Queste ultime, vertenti sui monopoli nazionali a carattere commerciale, riguardano una situazione come quella della RTT in modo più specifico che le disposizioni generali contenute nell'art. 30.

9. In primo luogo, occorre precisare in quale modo un monopolio come quello detenuto dalla RTT, cioè il diritto esclusivo di « realizzare, e gestire, per la corrispondenza del pubblico, linee e uffici telegrafici e telefonici » [13] possa essere contemplato dall'art. 37. La sentenza della Corte 20 marzo 1985, Italia/Commissione [14], ha espressamente qualificato prestazione di servizi l'attività consistente nel gestire gli impianti pubblici di telecomunicazioni e nel metterli, dietro pagamento di canoni, a disposizione degli utenti. Orbene, è risaputo che, secondo le sentenze della Corte 30 aprile 1974, Sacchi [15], e 28 giugno 1983, Amélioration de l'élevage [16], l'art. 37 contempla gli scambi di merci e non riguarda un monopolio di prestazione di servizi. Ma è anche risaputo, secondo queste stesse sentenze, che un'impresa che monopolizza la prestazione di ta-

13 — Legge 13 ottobre 1930, già citata, art. 1.

14 — Causa 41/83, Racc. 1985, pag. 873.

15 — Causa 155/73, Racc. 1974, pag. 409.

16 — Causa 271/81, Racc. 1983, pag. 2057.

luni servizi può contravvenire al principio della libera circolazione delle merci qualora il suo monoplio si risolva in una discriminazione a vantaggio dei prodotti nazionali. Essa ricade allora nella sfera dell'art. 37.

10. Un monoplio di prestazione di servizi come quello della RTT comporta modalità di organizzazione che si risolvono in una dicriminazione a danno degli apparecchi telefonici importati? Più precisamente, una modalità di organizzazione come il potere esclusivo di controllare l'idoneità degli apparecchi telefonici ad essere allacciati ad una rete il cui esercizio costituisce l'oggetto diretto del monopolio può sfociare in una simile discriminazione? Non lo penso. L'obbligo di far omologare gli apparecchi, che condiziona direttamente l'effettiva possibilità di venderli, non è specifico per i prodotti importati. Esso si applica anche ai prodotti nazionali. Si deve aggiungere che esso si applica allo stesso modo ai prodotti nazionali e ai prodotti importati da un altro Stato membro. Infatti, le specifiche tecniche a norma delle quali l'omologazione viene o non viene concessa sono le stesse, quale che sia l'origine degli apparecchi, il procedimento di omologazione è lo stesso, e il costo del canone da pagare per sottoporre un apparecchio a detto procedimento non varia a seconda che esso sia prodotto in Belgio o no. Pertanto, ritengo che il regime giuridico dell'omologazione non sia, di per sé, discriminatorio. Non esiste alcun ostacolo giuridico a che apparecchi importati ottengano l'omologazione richiesta per qualsiasi apparecchio da allacciare alla rete, quale che sia la sua provenienza.

11. Per analizzare, con riferimento all'art. 37, la situazione del titolare di un monopolio di telecomunicazioni detentore di un potere esclusivo di omologazione come quello di cui trattasi, la Commissione ha suggerito di distinguere, tra le prerogative di questo monopolio, tre diritti esclusivi. Al diritto esclusivo di omologazione propriamente detto, vanno ad aggiungersi quello di autorizzare l'allacciamento e il potere di controllo sull'osservanza delle disposizioni relative all'autorizzazione e all'omologazione. Anche procedendo a questa scomposizione del potere di omologazione, non giungo a ravvisare, sul piano giuridico, elementi discriminatori.

12. Se ci si riferisce al metodo seguito dalla Corte nella sentenza Amélioration de l'élevage [17], si deve, sembra, considerare che, in mancanza di norme di organizzazione obiettivamente discriminatorie, non vi è motivo per concludere che un monopolio nazionale contravvenga alle disposizioni dell'art. 37. Tuttavia mi pare altresì che la soluzione alla questione se un procedimento di omologazione tecnica di apparecchi telefonici non leda, in quanto tale, il principio della libera circolazione delle merci presupponga un esame con riferimento all'art. 30 per accertare se non produca un effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione. Dopo essermi soffermato sull'art. 37, ritornerò dunque, se così si può dire, all'articolo di base.

13. Come la Corte ha avuto modo di rilevare, la tesi della RTT e quella della Commissione convergono su due punti importanti, e che, in verità, non erano seriamente discutibili. È chiaro, in primo luogo, che la procedura di omologazione degli apparecchi telefonici, indistintamente applicabile agli apparecchi nazionali e a quelli importati,

17 — Già citata.

produce, per il semplice fatto della sua esistenza, un effetto restrittivo sulle importazioni poiché gli apparecchi distribuiti in uno Stato membro non potranno essere, in pratica, venduti sul territorio dello Stato ove l'omologazione è imposta, senza che questa sia stata ottenuta. Quindi è evidente che, allo stato attuale delle differenze tecniche delle reti di telecomunicazione al servizio del pubblico istituite all'interno degli Stati membri, la necessità di preservare il buon funzionamento di una rete nazionale può giustificare, in questi Stati, la verifica dell'idoneità degli apparecchi telefonici diffusi tra il pubblico ad essere allacciati a detta rete senza inconvenienti per essa stessa, per i suoi utenti e per gli addetti alla sua manutenzione. Si tratta certamente, a questo riguardo, di una esigenza imperativa di interesse generale che può essere in particolare ricondotta alla tutela degli utenti in quanto consumatori di servizi, ma che mi sembra anche, e soprattutto, l'espressione di una preoccupazione legata alla protezione della rete di telecomunicazioni stessa in ragione della molteplicità degli interessi strategici, di ordine pubblico, di sicurezza pubblica, di salute, che ne condiziona il buon funzionamento.

14. La Commissione ha proprio a questo proposito evocato le « esigenze essenziali » previste dalla direttiva del Consiglio 24 luglio 1986, 86/361/CEE, concernente la prima fase del reciproco riconoscimento dell'omologazione delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni [18]. Questa direttiva ha ad oggetto, secondo il suo articolo 1, l'attuazione da parte degli Stati membri del « reciproco riconoscimento dei risultati delle prove di conformità a specificazioni comuni di conformità delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni prodotte in serie ». Le disposizioni della direttiva non si applicano al caso di specie, poiché non sono ancora state attuate specifiche comuni per le reti di telecomunicazioni qui considerate nella Comunità. È tuttavia possibile rilevare che queste specifiche dovranno rispondere a talune « esigenze essenziali », che, secondo l'art. 2, n. 17, della direttiva sono « attualmente »:

— la sicurezza dell'utente,

— la sicurezza del personale degli utilizzatori della rete pubblica,

— la protezione delle reti pubbliche di telecomunicazioni da qualsiasi danno,

— l'interazione delle apparecchiature terminali, « in casi motivati ».

Esiste pertanto una « eco » legislativa all'analisi che pone in rilievo talune esigenze imperative che rendono necessario il controllo della compatibilità con la rete degli apparecchi atti ad esservi allacciati.

15. In presenza di siffatte esigenze, gli ostacoli frapposti all'importazione, che potrebbero derivare dalla loro messa in atto debbono, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte, essere accettati nei limiti in cui sono necessari. Orbene, proprio a proposito della valutazione della necessità

18 — GU L 217, pag. 21.

degli ostacoli che derivano, in concreto, da una procedura di omologazione come quella istituita nel caso della RTT sono emerse divergenze tra l'analisi da questa sviluppata e il punto di vista della Commissione. Per la prima, le modalità di questa procedura sono strettamente adattate alla preservazione degli interessi in gioco. Per la seconda, talune modalità sono eccessive, sproporzionate rispetto a quanto necessario per la efficace protezione di detti interessi.

16. A sostegno della sua opinione, la Commissione ha proceduto ad un esame, a dire il vero sorprendente, dei particolari delle specifiche tecniche alla cui osservanza la RTT subordina il rilascio dell'omologazione, onde dimostrare che talune di esse erano più restrittive del necessario per la tutela degli interessi riconosciuti come legittimi. Orbene, non è competenza di questa Corte, nel corso del presente procedimento pregiudiziale, valutare la fondatezza delle specifiche tecniche considerate. Il giudice a quo non chiede che la Corte proceda a siffatto esame. Egli vi ha, a quanto pare, interrogati non già sul conteuto delle specifiche tecniche utilizzate dalla RTT, ma sulla situazione giuridica risultante dal fatto che la normativa belga lascia alla discrezione di questo ente sia la definizione di queste specifiche sia il controllo della loro osservanza. Tuttavia il fatto che la Corte non deve procedere ad una verifica della pertinenza delle specifiche tecniche non vuol dire che queste ultime non debbano essere soggette ad alcun controllo. Ritengo però che questo debba rientrare in un controllo a carattere nazionale, in un contesto che cercherò di precisare in seguito.

17. In linea di massima, le modalità giuridiche del procedimento di omologazione attuato dalla RTT non sembrano rientrare nel divieto sancito dall'art. 30. Pertanto, dal momento che si riconosce come esigenza imperativa il mantenimento del buon funzionamento della rete, non sembra eccessivo affidare all'ente preposto alla gestione di detta rete e a tal titolo responsabile di detto buon funzionamento il compito di determinare le specifiche tecniche dal cui rispetto dipende la compatibilità di un apparecchio telefonico, e di applicarle tramite il procedimento di omologazione. Non appare neppure sproporzionato prevedere che le spese prodotte dai danni cagionati alla rete dall'allacciamento di un apparecchio non omologato siano posti a carico dell'abbonato che ha effettuato detto allacciamento. Ciò considerato, se si valutano, come io faccio, siffatte modalità nel senso che non ostacolano in misura eccessiva le importazioni essendo adeguate alla tutela degli interessi generali in gioco, appare difficile considerare che la circostanza che il titolare del potere di omologazione sia allo stesso tempo venditore di apparecchi analoghi a quelli che debbono essergli sottoposti per l'omologazione comporti di per sé ed immediatamente un accrescimento degli ostacoli. Se una competenza di omologazione, caratterizzata da talune precise modalità procedurali, viene analizzata nel senso che non rientra nel divieto dell'art. 30, non vedo come possa ritenersi che l'attribuzione di tale competenza a questo organo piuttosto che a quell'altro, senza alcun mutamento di dette modalità procedurali, comporti, di per sé, il passaggio ad una situazione di divieto nei riguardi di detto articolo. Non riesco a vederlo chiaramente, poiché non scorgo quale aggravamento effettivo, tangibile, degli ostacoli all'importazione deriverebbe dalla sola determinazione del titolare della competenza in considerazione.

18. Quello che voglio dire in sostanza è che quando si ammette, con riferimento all'art. 30, che taluni interessi erano degni di tutela e che talune determinate modalità giuridiche erano adatte a detta tutela, la sola considerazione dello status, giuridico o economico, del responsabile dell'esecuzione di dette modalità giuridiche non può, in linea di principio, portare alla qualifica di misura di effetto equivalente. Non è possibile, senza procedere per presunzione, considerare che la semplice identità del titolare di una competenza giuridica sia, astrazion fatta dalle condizioni d'esercizio di questa competenza, costitutiva di una misura di effetto equivalente. Orbene, la giurisprudenza della Corte relativa alle misure di effetto equivalente non rileva l'esistenza di ostacoli alle importazioni sulla base di presunzioni, bensì sulla base di misure, di atti e di comportamenti.

19. Mi pare interessante ricordare che, nella sentenza della Corte 9 maggio 1985, Commissione/Francia [19], vertente sull'omologazione degli apparecchi di affrancatura postale, la Corte ha considerato che la pratica del rifiuto sistematico di omologazione di apparecchi di affrancatura provenienti dal Regno Unito era in contrasto con l'art. 30, datoché nella specie, il titolare del potere di omologazione era l'amministrazione francese delle poste. Non è dunque la presunzione che questa amministrazione sarebbe stata in linea di principio preoccupata della protezione della produzione nazionale nell'esercizio del suo potere di omologazione a giustificare, agli occhi della Corte, una dichiarazione di inadempimento degli obblighi risultanti dall'art. 30, bensì gli atti che, in effetti, concretavano detta preoccupazione di frapporre ostacoli alle importazioni, nella specie ripetuti e ingiustificati dinieghi di omologazione.

20. In tal modo, non è l'attribuzione del potere di omologazione alla RTT a sembrarmi idonea a rientrare sotto il divieto sancito dall'art. 30, ma eventualmente l'esercizio di questo potere. Infatti, se è vero che la circostanza che la RTT emana essa stessa le specifiche tecniche alla cui osservanza è subordinata l'omologazione non è, in sé, censurabile con riferimento all'art. 30, tuttavia la circostanza che il contenuto delle specifiche effettivamente emanate non ha strettamente ad oggetto la garanzia della compatibilità con la rete non consente più di avvalersi di una esigenza imperativa. Altrettanto si verificherebbe nel caso in cui emergesse che dei rifiuti di omologazione riposano su motivi diversi dall'inosservanza di adeguate specifiche tecniche.

21. Trattandosi, a questo riguardo, di restrizioni a un principio fondamentale del Trattato, quello della libera circolazione delle merci, ritengo che occorra precisare talune condizioni indispensabili di una verifica della loro necessità da parte di un giudice nazionale. Questo è, mi sembra, conforme ai concetti che la Corte ha espresso nella sentenza 12 marzo 1987, Commissione/Germania [20], a proposito del divieto di commercializzare, nella Repubblica federale, birra contenente additivi. Infatti, la Corte ha affermato che la mancanza ingiustificata di autorizzazione all'utilizzo di determinati additivi doveva

19 — Causa 21/84, Racc. pag. 1355.

20 — Causa 178/84, Racc. pag. 1227.

« poter essere impugnata dagli operatori economici mediante ricorso giurisdizionale » [21].

Questa posizione, adottata per attuare il principio della libera circolazione delle merci, deve essere raffrontata con la sentenza 15 ottobre 1987, Heylens, dove la Corte ha deciso:

« qualora in uno Stato membro l'accesso ad un'attività lavorativa dipendente sia subordinato al possesso di un diploma nazionale o di un diploma straniero riconosciuto equivalente, il principio della libera circolazione dei lavoratori sancito dall'art. 48 del Trattato richiede che la decisione con cui si rifiuta ad un lavoratore cittadino di un altro Stato membro il riconoscimento dell'equivalenza del diploma rilasciato dallo Stato membro di cui egli è cittadino sia soggetta ad un gravame di natura giurisdizionale che consenta di verificare la sua legittimità rispetto al diritto comunitario e che l'interessato possa venire a conoscenza dei motivi che stanno alla base della decisione » [22].

Ritengo che, di fronte a decisioni di rifiuto di omologazioni che precludono, in pratica, l'accesso al mercato nazionale ad apparecchi telefonici importati da un altro Stato membro, l'art. 30 implichi condizioni analoghe a quelle indicate in questa sentenza.

22. Così mi pare che la soluzione della Corte potrebbe consistere nell'affermare che la legislazione di uno Stato membro che attribuisce all'impresa pubblica che gestisce la rete delle telecomunicazioni, e che vende delle apparecchiature, il potere di concedere agli apparecchi telefonici da essa non forniti l'omologazione che ne permette l'allacciamento alla rete e che prevede che le spese prodotte dall'allacciamento di un apparecchio non omologato vengano poste a carico dell'autore di detto allacciamento, non lede le disposizioni del Trattato che sanciscono la libera circolazione delle merci qualora la normativa considerata consenta di esperire un ricorso giurisdizionale avverso la decisione con la quale viene negata l'omologazione di un apparecchio importato da un altro Stato membro, destinato a consentire la verifica, sotto il profilo del diritto comunitario, della legittimità dei motivi del diniego comunicati all'operatore interessato.

23. Una risposta del genere non pare esponga i sistemi giuridici degli Stati membri a sconvolgimenti. Infatti, se la maggior parte di essi conoscono, per quanto riguarda l'omologazione degli apparecchi telefonici, una situazione prossima a quella del Belgio, in quanto il titolare del potere di omologazione non è veramente distinto dall'ente che detiene il monopolio dell'esercizio della rete delle telecomunicazioni, la maggior parte di detti Stati ammettono anche un sindacato della legittimità del diniego di omologazione che si estende alla verifica dei motivi relativi alla non conformità alle specifiche tecniche, ricorrendo, eventualmente, all'ausilio di perizie. Si avrebbero pertanto innovazioni da introdurre solo negli Stati membri in cui il sindacato di legittimità non si estende alla fondatezza delle motivazioni basate su valutazioni tecniche, cioè, pare, in Italia, Irlanda e Lussemburgo. Si può pensare che il ricorso a periti consentirebbe ai giudici nazionali interessati di allargare il

21 — Ibidem, punto 46.

22 — Causa 222/86, punto 17 della motivazione (Racc. pag. 4097).

loro controllo alle motivazioni tecniche del diniego di omologazione, il che, non sembra, di per sé, porre serie difficoltà.

24. La Commissione, nelle sue osservazioni scritte ha suggerito alla Corte di includere, tra gli strumenti di analisi del diritto comunitario utili ai fini della soluzione delle questioni sollevate dal giudice a quo, talune disposizioni della direttiva del Consiglio 28 marzo 1983, 83/189/CEE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche [23]. Essa ha osservato che le specifiche tecniche attualmente messe in atto dalla RTT ai fini dell'omologazione degli apparecchi telefonici, emanate il 21 aprile 1987, non avevano costituito oggetto della previa comunicazione prevista dall'art. 8, n. 1, della direttiva considerata. Secondo questa disposizione, gli Stati membri comunicano alla Commissione « qualsiasi progetto di regola tecnica, salvo che si tratti di una semplice trasposizione integrale di una norma internazionale o europea » spiegando brevemente « i motivi che rendono necessario adottare tale regola tecnica ». La Commissione informa senza indugio gli altri Stati membri. A norma dell'art. 8, n. 2, lo Stato membro autore del progetto « terrà conto, per quanto possibile », delle eventuali osservazioni della Commissione e degli altri Stati membri. Inoltre, lo Stato membro interessato deve, ai sensi dell'art. 9, n. 1, rinviare di sei mesi l'adozione della regola tecnica contemplata dal progetto se la Commissione o un altro Stato membro emette « un parere circostanziato secondo il quale la misura proposta deve essere modificata per eliminare o limitare gli ostacoli alla libera circolazione dei beni che potrebbe eventualmente derivarne ». La durata di rinvio dell'adozione passa, in forza dell'art. 9, n. 2, a dodici mesi se la Commissione « comunica la sua intenzione di proporre o di adottare una direttiva in materia ».

25. Facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte relativa all'efficacia diretta delle direttive come pure a quella sulla comunicazione di progetti di aiuto di Stato, la Commissione ritiene che norme tecniche emanate in uno Stato membro dopo la scadenza del termine fissato dall'art. 12 della direttiva senza che sia stata osservata la procedura della previa informazione ivi prevista, sarebbero inapplicabili in una controversia tra detto Stato e un privato.

26. La RTT non ha contestato di avere omesso di comunicare previamente alla Commissione il suo progetto di specifiche tecniche. In udienza ha fatto però presente che la mancanza di notifica di siffatto progetto non deve comportare l'inapplicabilità di dette specifiche in quanto la direttiva non contiene norme materiali, di merito, bensì norme procedurali, dal cui mancato rispetto non deriva che sia stata trasgredita una norma sostanziale di diritto comunitario. Siffatta violazione, eventualmente, può essere imputata soltanto al contenuto delle specifiche.

27. Voglio a questo riguardo rilevare che questa direttiva non è stata minimamente invocata dinanzi al giudice a quo e che le questioni da lui sollevate non ne fanno minimamente menzione, dato che evocano soltanto gli artt. 30 e 86 del Trattato. Sono pertanto alquanto perplesso di fronte alla necessità che questa Corte prenda posi-

23 — GU L 109, pag. 8.

zione, in occasione della presente causa, in merito all'inapplicabilità di regole tecniche non notificate nelle forme previste dalla direttiva. Del resto, la tesi della Commissione che conclude per l'inapplicabilità delle norme tecniche che non sono state previamente notificate mi pare discutibile. Questa inapplicabilità non è formalmente prevista dalla direttiva, la quale impone semplicemente di non dare applicazione alle norme progettate prima della scadenza di taluni termini. Questo, va notato, contrasta in modo singolare con il regime di comunicazione dei progetti di aiuto previsto dall'art. 93, n. 3, del Trattato, poiché questa disposizione prevede espressamente l'impossibilità di dare esecuzione ad un progetto di aiuto prima dell'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 93, n. 2, da parte della Commissione o, se del caso, del Consiglio. Si può del resto altresì rilevare che un aiuto statale è in linea di principio, ai sensi dell'art. 92 del Trattato, incompatibile con il mercato comune, fatte salve le deroghe previste dal Trattato stesso. Orbene, nel settore delle norme tecniche contemplate dalla direttiva, non esiste incompatibilità di principio di queste norme tecniche con il diritto comunitario. Una eventuale incompatibilità è legata alla sostanza di dette norme.

28. Può pertanto esservi materia controversa circa l'interpretazione della direttiva 83/189. Orbene, la discussione a questo proposito è stata affrontata nella presente causa solo incidentalmente, e in modo per niente esauriente, anche se, come ho precisato, il giudice a quo non ha sollevato questioni sul punto. Ciò considerato, non mi sembra né necessario né opportuno prendere qui in considerazione questa direttiva.

29. Arrivo così alla discussione relativa alla compatibilità della situazione della RTT, in quanto titolare del potere di omologazione, con l'art. 86 del Trattato. La questione che è stata sottoposta alla Corte su questo punto consiste, in sostanza, nel sapere se l'attribuzione, da parte di uno Stato membro al titolare di un monopolio per l'esercizio della rete di telecomunicazioni, del diritto esclusivo di concedere agli apparecchi telefonici da lui non forniti l'omologazione necessaria affinché fosse autorizzato l'allacciamento alla rete e di determinare le specifiche tecniche alla cui osservanza è subordinata l'autorizzazione, sia in contrasto con l'art. 86, in quanto il detentore di questo monopolio sia, peraltro, venditore sul mercato degli apparecchi soggetti alla sua omologazione.

30. Come giustamente osservato dalla Commissione, la valutazione della compatibilità con riferimento all'art. 86, dei provvedimenti statali, richiede un ampliamento del contesto giuridico dell'analisi. Infatti, poiché le disposizioni considerate sono rivolte alle imprese, e non agli Stati, esse non possono applicarsi direttamente a detti provvedimenti. Pertanto gli elementi di soluzione vanno ritrovati sulla base della giurisprudenza della Corte sull'interpretazione del combinato disposto dell'art. 90 del Trattato e dell'art. 86. Ricordo in proposito che, nella sentenza della Corte 16 novembre 1977, Inno/ATAB, avete affermato che, se

« l'art. 86 si rivolge alle imprese, è altrettanto vero che il Trattato obbliga gli Stati membri ad astenersi dall'emanare o dal mantenere in vigore provvedimenti che possano rendere praticamente inefficace tale norma » [24],

24 — Causa 13/77, punto 31 della motivazione (Racc. pag. 2115).

e quindi osservato che l'art. 90

« vieta agli Stati membri di emanare o mantenere in vigore, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali od esclusivi, provvedimenti contrari, in particolare, agli articoli dall'85 al 94 inclusi » [25].

31. Queste formule costituiscono riferimenti pertinenti ai fini della presente fattispecie in quanto la RTT costituisce indiscutibilmente un'impresa pubblica, detentrice, per effetto della volontà dello Stato, di taluni diritti esclusivi. Questi diritti sono, in particolare, quelli che caratterizzano la sua situazione di monopolio di esercizio della rete delle telecomunicazioni. Tra i diritti esclusivi attribuiti alla RTT, si ritrova proprio il potere di omologazione degli apparecchi telefonici da lei non forniti.

32. Nell'esaminare gli elementi di risposta alla questione se l'attribuzione, ad un'impresa pubblica che gestisce la rete delle telecomunicazioni e che smercia apparecchi telefonici, di un diritto esclusivo come il potere di omologare gli apparecchi telefonici venduti dai suoi concorrenti, non sia in contrasto con gli obblighi derivanti, per gli Stati membri, dall'art. 90, n. 1, del Trattato, occorre prendere in considerazione una precisazione nettamente operata dalla giurisprudenza della Corte. La Corte, nella sentenza Sacchi ha infatti dichiarato che

25 — Ibidem, punto 32.

« l'esistenza di un monopolio a favore di un'impresa cui uno Stato membro abbia conferito determinati diritti esclusivi non è di per sé incompatibile con l'art. 86 » [26].

Ciò vuol dire che l'attribuzione di un diritto esclusivo ad un'impresa pubblica non è, secondo lo spirito della giurisprudenza Inno, in linea di principio, una misura in « contrasto con l'art. 86 ». Una siffatta attribuzione può essere analizzata come una misura in contrasto con l'art. 86 solo in quanto abbia una legame diretto ed effettivo con un abuso di posizione dominante. Secondo la sentenza della Corte 30 aprile 1986, Nouvelles frontières [27], uno Stato membro non rispetta il suo obbligo di non adottare o mantenere in vigore misure atte ad eliminare l'effetto utile delle disposizioni dell'art. 85 del Trattato se impone o favorisce la conclusione di intese in contrasto con detto articolo o ne corrobora gli effetti. Questa formula sembra poter essere trasposta sul terreno dell'art. 86, nel senso che gli Stati membri non possono, tramite l'attribuzione di un diritto esclusivo, imporre o favorire un abuso di posizione dominante o rafforzarne gli effetti.

33. La Corte, nel contesto del presente procedimento pregiudiziale, non deve ricercare se la situazione controversa debba o no essere qualificata abuso di posizione dominante. La Corte deve interpretare le pertinenti disposizioni del Trattato con riferimento ad alcune caratteristiche giuridiche segnalate dal giudice a quo nelle sue questioni. L'applicazione delle disposizioni così interpretate al caso individuale della RTT spetterà a detto giudice.

26 — Causa 155/73, già citata, punto 14.

27 — Cause riunite da 209/84 a 213/84, Pubblico Ministero/Asjes e a. (Racc. pag. 1425).

34. Si deve ora anche determinare se l'attribuzione di un diritto esclusivo, come quello considerato, sia atta a imporre o favorire un abuso di posizione dominante o a rafforzarne gli effetti. La Commissione e la società Inno ritengono che questo punto vada risolto in senso affermativo. Non condivido questa opinione.

35. Il punto di vista sostenuto dalla Commissione suscita una prima osservazione, la quale può sembrare ispirata da una preoccupazione di logica giuridica alquanto formale, ma che in realtà è intesa a mettere in evidenza una certa confusione nel ricorso alla nozione di abuso di posizione dominante. Ci si può infatti chiedere se la Commissione non difenda una tesi secondo la quale l'attribuzione di un diritto esclusivo come quello qui dedotto in lite sia allo stesso tempo un elemento costitutivo di una posizione dominante ed un abuso di siffatta posizione. Certamente la Commissione si astiene dal caratterizzare formalmente la posizione dominante di un'impresa, come la RTT, partendo dall'attribuzione del potere di omologazione. Essa fa ricorso ad altri elementi, cioè la detenzione di un monopolio per l'esercizio della rete telefonica pubblica nazionale e, di conseguenza, l'accesso preferenziale a tutti gli utenti della rete pubblica. In tal modo nella sua argomentazione è evitato il ricorso a un « doppio impiego » del potere di omologazione. Sulla base della giurisprudenza della Corte, considero tuttavia che non si può vietare di considerare siffatto potere come un elemento costitutivo di una posizione dominante. Nella sentenza della Corte 13 novembre 1975, General Motors [28], la Corte ha rilevato che l'attribuzione, da parte di uno Stato membro, sotto forma di esclusiva legale, della funzione di diritto pubblico consistente nel garantire il controllo tecnico di conformità degli autoveicoli in vista della loro ammissione alla circolazione al costruttore o al suo mandatario, unitamente alla libertà di questi di determinare liberamente il prezzo della loro prestazione, implica la costituzione di una posizione dominante. In modo analogo, la Corte ha considerato nella sentenza 11 novembre 1986, British Leyland [29], che un costruttore al quale, in uno Stato membro, è stato attribuito, in ragione della normativa in vigore, il monopolio della consegna dei certificati di conformità necessari per l'immatricolazione degli autoveicoli della sua marca deve, tenuto conto della situazione di dipendenza economica così creata per i rivenditori professionali, essere considerato in posizione dominante sul mercato dei servizi indispensabili a detti rivenditori.

36. Se si considera, infatti, che il requisito dell'omologazione degli apparecchi telefonici determina l'esistenza di un mercato dei servizi indispensabili agli operatori interessati per effettuare lo smercio degli apparecchi telefonici, mi pare abbastanza chiaro che attribuire all'impresa pubblica detentrice del monopolio dell'esercizio della rete delle telecomunicazioni, l'esclusiva legale per il rilascio dell'omologazione può porre detta impresa in posizione dominante su questo mercato. Mi pare però, ancora, che in ragione della posizione di detta impresa pubblica di venditore di apparecchi telefonici, il diritto esclusivo di detta impresa di rilasciare l'omologazione può contribuire a porla in posizione dominante su un altro mercato, qui direttamente interessato, cioè quello della vendita degli apparecchi telefonici.

37. Partendo da questa considerazione, si giunge alla conclusione che ammettere la

28 — Causa 26/75, Racc. pag. 1367.

29 — Causa 226/84, Racc. pag. 3263.

posizione della Commissione che, in una situazione quale quella della RTT, analizza l'attribuzione del potere di omologazione nel senso che impone o favorisce un abuso di posizione dominante, presuppone che in qualche modo si ritenga detta attribuzione contemporaneamente come costitutiva di siffatta posizione e dell'abuso della stessa. Tocchiamo qui la lacuna del ragionamento della Commissione, che è inteso ad operare una contrazione tra due nozioni pur tuttavia distinte nella giurisprudenza della Corte.

38. Secondo la sentenza della Corte 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche, si è in presenza di una posizione dominante quando un'impresa detiene una situazione di potenza economica,

« grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori » [30].

Nella stessa sentenza la Corte ha definito lo sfruttamento abusivo di posizione dominante come una nozione oggettiva,

« che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza » [31].

Mi sembra che, da queste definizioni, si ricavi una distinzione tra la posizione dominante, intesa come una situazione che conferisce la possibilità di ostacolare il mantenimento della concorrenza, e l'abuso di questa posizione, la quale deve consistere in un comportamento con il quale viene effettivamente ostacolato detto mantenimento.

39. Anche la dottrina, nell'illustrazione del regime giuridico dell'abuso di posizione dominante, si preoccupa di precisare che, seguendo questo regime, non è la posizione dominante in quanto tale ad essere vietata bensì il suo abuso. Secondo Stoufflet e Chaput, « il fatto che un'impresa occupi una posizione dominante, non è, (...) di per sé illecito. L'art. 86 vieta soltanto lo sfruttamento abusivo di siffatta situazione » [32]. Questa distinzione tra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo si precisa attraverso la vostra giurisprudenza, in quanto richiede, affinché sia accertato un abuso, un comportamento chiaro dell'impresa di cui trattasi, azioni, fatti materiali o atti giuridici. Per contro, l'idoneità ad avere un comportamento o a commettere atti costitutivi di un abuso non costituisce di per sé un abuso.

30 — Causa 85/76, punto 38 della motivazione, Racc. pag. 461.

31 — Ibidem, punto 91.

32 — *Jurisclasseur de droit international public*, Comunità economica europea, fascicolo 164 G, n. 198.

40. Infatti, nelle citate cause General Motors e British Leyland la Corte non ha rilevato abuso nel fatto che ai costruttori considerati era stato attribuito, per delega dello Stato, il diritto esclusivo di controllare la conformità dei veicoli della loro marca, ma ha affermato che poteva costituire siffatto abuso l'uso che di tale potere era stato fatto, esigendo, in particolare, per il pagamento di detti servizi dei canoni sproporzionati rispetto al valore economico della prestazione fornita [33]. Ha altresì chiaramente affermato che la detenzione, in via esclusiva, di un potere di controllo di natura amministrativa non costituiva nelle fattispecie considerate un abuso di posizione dominante, ma che il modo con cui questo potere veniva esercitato può eventualmente essere analizzato come integrante un abuso.

41. Anche la sentenza Nouvelles frontières mi pare contenga indicazioni utili, per quanto abbia avuto ad oggetto la compatibilità di una procedura prevista da una normativa nazionale con l'art. 85 e non con l'art. 86. Infatti, la Corte ha ritenuto che un provvedimento di omologazione da parte dello Stato di tariffe aeree poteva essere in contrasto con il Trattato se le tariffe così omologate fossero

« il risultato di un accordo, della decisione di un'associazione di imprese o di una pratica concordata contrari all'art. 85 » [34],

il che vuol dire, ancora una volta, che non è il procedimento di omologazione in quanto tale a porre un problema di compatibilità con il Trattato ma le condizioni concrete di esercizio del potere di omologazione in un determinato caso.

42. Pertanto, tenuto conto delle osservazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte, mi sembra che il fatto di attribuire a un'impresa pubblica come la RTT il potere esclusivo di omologare gli apparecchi telefonici onde verificarne la compatibilità con la rete non sia in contrasto con gli artt. 90 e 86 del Trattato, benché non si possa escludere che l'esercizio di questo potere possa condurre ad abusi di posizione dominante. La delega, da parte dello Stato, di un potere di omologazione che può portare ad un abuso di posizione dominante solo se se ne fa un cattivo uso, non mi pare, di per sé, costitutiva di siffatto abuso.

43. Certo, si deve ammettere che, in una situazione in cui il potere di omologazione viene attribuito ad un'impresa pubblica, essa stessa concorrente sul mercato degli apparecchi telefonici, le possibilità, per così dire, di un cattivo uso del potere di omologazione possono sembrare maggiori. Si deve forse per questo considerare che, in conseguenza di siffatto aumento, la stessa attribuzione di questo potere diviene un abuso di posizione dominante? Non lo ritengo, perché mi pare importante che la distinzione tra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo sia mantenuta e che pertanto la qualifica di abuso di posizione dominante contempli soltanto comportamenti, atti positivi, senza che si arrivi fino alla semplice possibilità di siffatti comportamenti o di atti del genere.

33 — Cause 26/75 e 226/84, già citate.

34 — Cause riunite 209/84-213/84, già citate, nota 27.

44. Occorre notare, del resto, che, dal punto di vista di una concezione liberale del diritto, l'equiparazione a un comportamento vietato della semplice possibilità di siffatto comportamento pone dei problemi. Operando detta equiparazione, infatti, si passa da un regime repressivo, ove deve essere data la prova del comportamento vietato, a un regime preventivo, ove è sufficiente la presunzione che vi sarà siffatto comportamento. Questo mi pare inammissibile. Ritengo perciò che si debba rispondere nel senso che l'attribuzione ad un'impresa come la RTT di un potere di omologazione delle apparecchiature dalla stessa non fornite o vendute non sia, di per sé, in contrasto con gli artt. 90 e 86 del Trattato, ma che l'esercizio del potere di omologazione da parte di dette imprese per un fine diverso da quello della verifica della compatibilità con la rete può portare ad un abuso di posizione dominante vietata dall'art. 86 del Trattato, sempreché ricorrano le condizioni previste da tale norma, a proposito, in particolare, dell'esistenza stessa di una posizione dominante su un determinato mercato e dell'effetto sul commercio fra gli Stati membri.

45. Non ritengo necessario accompagnare la soluzione, sul terreno degli artt. 86 e 90 del Trattato, con delle riserve espresse concernenti l'esistenza di un'impugnazione in sede giurisdizionale di un diniego di omologazione. Infatti, se la Corte accoglie i miei suggerimenti nel contesto della risposta sul terreno della libera circolazione delle merci, le riserve considerate costituirebbero, in misura piuttosto ampia, un doppio impiego. Se la Corte non accoglie questi suggerimenti, vi sono poche possibilità che appaiano necessarie riserve sul terreno degli artt. 86 e 90. Inoltre, mi sembra, che il controllo dell'esercizio del potere di omologazione debba integrarsi nella valutazione che, sulla scorta del complesso dei dati di fatto, il giudice nazionale dinanzi al quale viene invocato un abuso di posizione dominante deve effettuare, a proposito dell'esistenza di detto abuso. Forse potrà essere utile precisare che tra questi dati di fatto occorrerebbe prendere in considerazione l'inadeguatezza tecnica dei criteri di omologazione nonché il carattere ingiustificato dei provvedimenti di diniego dell'omologazione. In pratica, e secondo le peculiarità dei sistemi nazionali, potrebbe succedere che il giudice nazionale debba disporre perizie e, se del caso, sottoporre questioni pregiudiziali al giudice amministrativo nel caso in cui quest'ultimo sia il solo competente a valutare la legittimità di provvedimenti amministrativi e l'omologazione e le specifiche tecniche assumano appunto la forma di provvedimenti del genere.

46. Concludo pertanto proponendo che la Corte dichiari:

« 1) La normativa di uno Stato che attribuisce ad un'impresa pubblica che gestisce la rete nazionale delle telecomunicazioni, e che vende apparecchiature, un diritto esclusivo che si risolve nel potere di omologare le apparecchiature dalla stessa non fornite né vendute onde verificare, sulla scorta delle specifiche tecniche da essa definite, se esse possano essere allacciate alla rete e che preveda che le spese prodotte dall'allacciamento di un apparecchio non omologato

siano poste a carico di colui che l'abbia effettuato, non è in contrasto con le disposizioni del Trattato CEE che sanciscono la libera circolazione delle merci, qualora preveda la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento di diniego dell'omologazione di un apparecchio proveniente da un altro Stato membro, e consenta pertanto il controllo, alla luce del diritto comunitario, dei motivi di diniego comunicati all'operatore interessato.

2) Detta normativa non è neppure in contrasto con gli artt. 90 e 86 del Trattato CEE, con la precisazione però che l'esercizio da parte dell'impresa pubblica del potere di omologazione con uno scopo diverso da quello di accertare la compatibilità tecnica delle apparecchiature con la rete può portare ad un abuso di posizione dominante, vietato dall'art. 86, purché sussistano tutte le condizioni previste da detta norma; spetta al giudice nazionale adito per siffatto abuso valutare se sussista un abuso alla luce del complesso degli elementi di fatto, tra i quali l'eventuale inadeguatezza delle specifiche tecniche e il carattere eventualmente ingiustificato di provvedimenti di diniego dell'omologazione ».