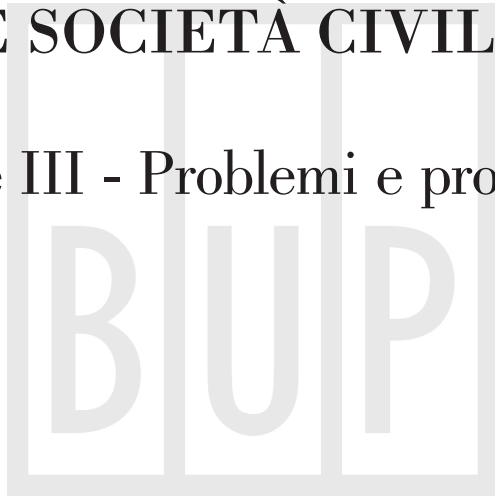


S.P.I.S.A. – Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica  
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna  
Studi e ricerche

---

# **DIRITTO AMMINISTRATIVO E SOCIETÀ CIVILE**

Volume III - Problemi e prospettive



# DEREGOLAZIONE, RIREGOLAZIONE E CONCORRENZA VS COESIONE SOCIALE, TERRITORIALE E AMBIENTALE: ALCUNE RIFLESSIONI SUL CASO (APERTO) DEI TRASPORTI FERROVIARI NEL DIRITTO EUROPEO

*Filippo Cammelli*

SOMMARIO: 1. Le norme di deregolazione, riregolazione e concorrenza stabilite nella direttiva 91/440/CEE. – 2. Il processo “invertito” nell’applicazione della direttiva 91/440/CEE: prima l’applicazione delle c.d. “regole di concorrenza” e dopo quella delle regole di deregolazione e riregolazione. – 2.1. Il caso *GVG contro Ferrovie dello Stato*. – 2.2. (Segue) Analisi. – 3. Il caso *Commissione contro Italia*. – 3.1. (Segue) Analisi. – 4. L’eccesso di regolazione e la questione dei principi di coesione sociale, territoriale e ambientale. – 5. Il ruolo della Corte di Giustizia e della Commissione europea nel contemperamento tra libertà economiche (da una parte) e principi di coesione sociale, territoriale e ambientale (dall’altra): due casi significativi. – 5.1. Il ruolo della Corte di Giustizia: il caso *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica d’Austria*. – 6. Il ruolo della Commissione europea: il caso CECED. – 7. La lezione che se ne ricava dai due casi. – 8. Conclusioni.

A distanza di sedici anni dalla prima applicazione del diritto *antitrust* europeo al settore liberalizzato del trasporto ferroviario da parte della Commissione europea (*GVG contro Ferrovie dello Stato*)<sup>1</sup> e di sei anni dalle prime applicazioni del diritto europeo della deregolazione e riregolazione al medesimo settore da parte della Corte di Giustizia (tra tutte *Commissione contro Italia*)<sup>2</sup> sembrano maturi i tempi per svolgere alcune riflessioni

---

<sup>1</sup> Decisione del 27 agosto 2003, n. 33/2004 Georg Verkehrsorganisation GmbH/Ferrovie dello Stato (di seguito “*GVG contro Ferrovie dello Stato*”) ove la Commissione europea in applicazione della direttiva 91/440/CEE del 29 luglio 1991 «relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie» contestava a Ferrovie dello Stato la fattispecie *antitrust* dell’abuso di posizione dominante ex art. 82 Trattato CE, oggi art. 102 TFUE, per aver impedito all’impresa ferroviaria tedesca di collegare la Germania con Milano; in particolare quest’ultima invocava l’applicazione della c.d. “regole di concorrenza” (v. *infra*) previste all’art. 10 della direttiva 91/440/CEE per richiedere l’accesso alla rete mediante la fornitura del servizio di trazione e la costituzione di una associazione internazionale di imprese che le avrebbe consentito di fare concorrenza a Ferrovie dello Stato nella tratta Basilea-Milano via Domodossola, già servita da questa attraverso l’impresa italo-svizzera Cisalpino di cui Ferrovie dello Stato partecipa il 50%.

<sup>2</sup> Si tratta delle seguenti sentenze del 2012 e 2013 della Corte di Giustizia: C-528/10, Commissione/Grecia (sentenza dell’8 novembre 2012); C-557/10, Commissione/Portogallo (sentenza del 25 ottobre 2012); C-473/10, Commissione/Ungheria, C-483/10, Com-

sul rapporto tra regole della deregolazione, riregolazione e concorrenza stabilite nella normativa europea di liberalizzazione circoscrivendo l'analisi al potenziale ruolo propulsivo della Corte di Giustizia e della Commissione europea nel contemperamento tra libertà economiche e principi di coesione sociale, territoriale e ambientale<sup>5</sup>.

---

missione/Spagna, C-555/10, Commissione/Austria, C-556/10, Commissione/Germania (sentenze del 28 febbraio 2013); C-625/10, Commissione/Francia (sentenza del 18 aprile 2013); C-512/10, Commissione/Polonia (sentenza del 30 maggio 2013); C-545/10, Commissione/Repubblica ceca, C-627/10, Commissione/Slovenia, C-412/11 Commissione/Lussemburgo (sentenze dell'11 luglio 2013), Commissione/Italia, C-369/11 (sentenza del 3 ottobre 2013 – di seguito *Commissione contro Italia*). Tutte pronunce che hanno precisato il senso delle disposizioni di deregolazione e riregolazione contenute principalmente nelle prime direttive sulla liberalizzazione del servizio ferroviario e, dunque, nella sopra citata direttiva 91/440/CEE nonché nella direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, “relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria”, come modificata dalla direttiva 2007/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007 (per tutti i pacchetti ferroviari v. *infra* nota 24). Si tratta di pronunce che riguardano i temi della posizione di indipendenza e del ruolo del gestore della rete nella ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, insieme alla questione dell'imposizione e quantificazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria.

<sup>5</sup> Per coesione sociale, territoriale ed ambientale si intendono quell'insieme di valori che oggi sono affermati a livello di principio nei seguenti atti dell'Unione Europea: (i) preambolo del TFUE: «Determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori»; (ii) art. 3 comma 3, par. 3 TFUE: «Essa [l'Unione] promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri»; (iii) art. 14 TFUE: «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti [...]»; (iv) Titolo XVIII «coesione economica, sociale e territoriale» TFUE; (v) art. 326 TFUE: «Le cooperazioni rafforzate rispettano i trattati e il diritto dell'Unione. Esse non possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale. Non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi»; (vi) art. 36 (Accesso ai servizi d'interesse economico generale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea». Con specifico riferimento al settore ferroviario si veda da ultimo il considerando n. 8 del Regolamento (UE) 2016/2338 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2016 che modifica il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativamente all'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di

La scelta di concentrare l'attenzione sul trasporto ferroviario è dettata da tre ragioni.

La prima. Con la direttiva 91/440/CEE l'allora Comunità Economica Europea compì un decisivo passo per promuovere il processo di integrazione. Fino a quel momento le normative di liberalizzazione europee avevano riguardato servizi a rete (telecomunicazioni, energia elettrica, gas) destinati agli utenti finali considerati nella loro "dimensione statica" ovvero cittadini, imprese, pubbliche amministrazioni che possono beneficiare del servizio liberalizzato nel luogo ove essi si trovano. Con la sopra menzionata direttiva europea, invece, si dettano le premesse per una liberalizzazione di servizi (quelli forniti dalle imprese ferroviarie) funzionale a garantire e a promuovere il principio della libera circolazione delle persone (art. 21 TFUE)<sup>4</sup>.

La seconda ragione è dovuta alla stretta connessione del trasporto ferroviario con il territorio ovvero con l'elemento che maggiormente caratterizza il principio di sovranità e di cittadinanza di qualsiasi Stato<sup>5</sup>. Promuovere una liberalizzazione di questi servizi implica nient'altro che promuovere un processo di integrazione europeo che mette in discussione i principi cardine del rapporto territori nazionali-cittadini-Stati membri, dunque (nuovamente), la sovranità nazionale di questi ultimi. Non si tratta più solo di promuovere una integrazione economica estesa alle infrastrutture essenziali come le telecomunicazioni, l'energia elettrica ed il gas dedicate agli utenti residenti in un determinato territorio nazionale di ciascun Stato membro, bensì di

---

passaggeri, ove si afferma che: «Le specifiche degli obblighi di servizio pubblico nel trasporto pubblico di passeggeri dovrebbero, ove possibile, produrre effetti di rete positivi, tra l'altro in termini di migliore qualità dei servizi, coesione sociale e territoriale o di efficienza complessiva del sistema di trasporti pubblici».

<sup>4</sup> Al paragrafo 1 dell'art. 21 TFUE si prevede che: «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi». In dottrina si afferma che: «Il settore dei trasporti è dotato di una particolarità: quella di fungere, contemporaneamente, da strumento per il raggiungimento del, ed oggetto del, mercato comune. Da un lato, infatti, solo i trasporti possono rendere possibile l'instaurazione di quel "mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone dei servizi e dei capitali" previsto dall'art. 3, comma 1, lettera c), del Trattato CE [...]». Dall'altro lato, poi, il settore dei trasporti rappresenta un'attività commerciale dotata di propria autonomia e di particolari strutture di mercato e, in quanto tale, essa è oggetto della politica comune dei trasporti prevista dal Trattato», D.U. Galetta, M. Giavazzi (voce), *Trasporti terrestri*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo IV, Milano, 2007<sup>2</sup>, p. 2173 ss.

<sup>5</sup> Si ricorda, ad esempio, che secondo il primo comma dell'art. 16 della Costituzione italiana: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza».

incoraggiare la libera circolazione delle persone libere di scegliere l'impresa ferroviaria in un mercato europeo sempre più liberalizzato. Dunque utenti finali che nell'esercizio di questa libertà di movimento sul territorio sono sempre più indotti ad apprezzare anche la "dimensione territoriale" della Comunità Economica Europea ieri (al tempo della direttiva 91/440/CEE) e dell'Unione Europea oggi. È possibile affermare, in altri termini, che la liberalizzazione dei servizi ferroviari rappresenta una tappa fondamentale del processo di integrazione in quanto funzionale a formare, nella concezione di ogni singolo cittadino, la percezione che esista anche un vero e proprio «territorio europeo»<sup>6</sup> e non solo tanti distinti territori nazionali sui quali il singolo Stato membro esercita la sua sovranità nazionale<sup>7</sup>.

Esiste poi una terza ragione, strettamente connessa alle prime due, per cui si è scelto di soffermarsi in particolare sul trasporto ferroviario. Si tratta dei valori di coesione sociale, territoriale ed ambientale di cui i servizi ferroviari sono portatori. Da sempre, infatti, all'infrastruttura ferroviaria ed ai servizi ferroviari è associata (anche) la funzione di rafforzare il sentimento di appartenenza dell'individuo ad una collettività di persone. La valenza sociale, territoriale e ambientale del trasporto ferroviario è, in altri termini, connotata alla stessa infrastruttura ferroviaria ed agli stessi servizi ferroviari. Mai come per il trasporto ferroviario, quindi, il processo di liberalizzazione deve procedere all'apertura dei mercati europei salvaguardando ed, anzi, promuovendo, quei valori (non economici) attinenti ai suddetti principi di coesione che i trasporti ferroviari sono stati in grado di esprimere per effetto del ruolo loro sempre riconosciutogli (e affidatogli) dagli Stati<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Qui volutamente si utilizza il termine "territorio europeo" invece che il termine "spazio ferroviario unico europeo" – utilizzato, invece, dalle istituzioni europee nei suoi atti di riforma del settore (v. *infra* nota 24) – per marcare lo strettissimo legame dei servizi di trasporto ferroviario con l'elemento del territorio (più che dello spazio).

<sup>7</sup> Sotto questo profilo il progetto di creare un unico mercato europeo del trasporto ferroviario risulta quanto mai ambizioso se si tengono in considerazione i dati di partenza evidenziati anche dalla Commissione europea al punto 7 della sua comunicazione su "Linee guida comunitarie per gli aiuti di Stato alle imprese ferroviarie" (2008/C-184/07): «Lo sviluppo del trasporto ferroviario in Europa è stato inoltre frenato dall'assenza di normalizzazione e di interoperabilità delle reti, mentre nei settori concorrenti (del trasporto aereo e stradale) le imprese davano vita a un'ampia gamma di servizi internazionali. La Comunità europea ha ereditato un mosaico di reti ferroviarie nazionali caratterizzate da scartamenti diversi e sistemi di segnalamento e di sicurezza incompatibili che non consentono alle imprese ferroviarie di avvantaggiarsi delle economie di scala che, invece, scaturirebbero da un'infrastruttura e da un materiale rotabile progettati per un solo e grande mercato anziché per 25 piccoli mercati nazionali».

<sup>8</sup> Sotto il profilo della coesione ambientale cfr. C. Feliziani, *Il trasporto ferroviario tra mercato e ambiente*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, pp. 418-441; sugli effetti degenerativi ed anticoncorrenziali prodotti dalla c.d. "missione sociale" attribuita a Ferrovie dello

Proprio per le suddette ragioni, l'analisi del caso dei trasporti ferroviari si presta ad evidenziare come nel diritto europeo il rapporto tra regole della deregolazione e riregolazione (che teoricamente dovrebbero riguardare misure *ex ante* al processo di liberalizzazione del mercato) e regole della concorrenza (che teoricamente dovrebbero riguardare misure *ex post* da applicare una volta che il mercato è maturo per la messa in opera del meccanismo competitivo) risulta, invece, invertito. Come si diceva, infatti, prima la Commissione europea ha applicato il diritto *antitrust* europeo per attuare le c.d. "regole di concorrenza"<sup>9</sup> stabilite nella direttiva 91/440/CEE nel caso *GVG contro Ferrovie dello Stato*, e solo dieci anni dopo la Corte di Giustizia ha attuato i principi del diritto europeo della deregolazione e riregolazione nel caso, tra gli altri, *Commissione contro Italia*<sup>10</sup>. In *GVG contro Ferrovie dello Stato*, inoltre, la Commissione europea – non avendo i poteri per far diversamente – ha valutato la condotta di Ferrovie dello Stato sotto la lente del diritto *antitrust* invece che sotto quella del diritto della deregolazione e riregolazione.

Ciò che si tenta di porre in evidenza in queste righe è che tale "inversione" nel rapporto tra questi due sistemi di regole merita di essere esaminata insieme alla questione della c.d. "sovrabbondanza di regolazione"<sup>11</sup>

---

Stato M. Sebastiani, *Concorrenza, competitività e regolazione nei trasporti*, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), ottobre 2013, il quale ricorda come: «A mero titolo esemplificativo, Ferrovie dello Stato era sottoposta agli obblighi della Legge Organica n. 429 del 1907, la quale aveva stabilito che nella acquisizione di materiali (fissi, mobili e di armamento) venisse data preferenza all'industria nazionale, a condizione che le condizioni praticate da quest'ultima non eccedessero in gravosità il 50% dell'offerta media estera! Era inoltre prevista una riserva a favore del Mezzogiorno, relativamente al 30% delle forniture e al 40% degli investimenti. L'applicazione di questa norma, chiaramente in violazione della concorrenza e di ogni criterio di economicità, sopravvisse fino agli anni Ottanta inoltrati e anzi, a partire dal 1971, comportò l'erogazione di compensazioni da parte dello Stato legittimate dal Regolamento 1192/69/CEE sulla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie e la compensazione per disparità delle condizioni rispetto alle altre modalità di trasporto: segno che la protezione delle industrie fornitrici nazionali era pratica diffusa in tutta Europa. Anziché abolire il vincolo, che avrebbe incontrato l'opposizione dell'industria nazionale, si preferì compensare le perdite».

<sup>9</sup> Il riferimento alle c.d. "regole di concorrenza" è qui da intendersi con esclusivo riferimento a quelle norme contenute nella direttiva 91/440/CEE funzionali a permettere alle imprese ferroviarie di operare in altri Stati membri (ad es. l'art. 10). Per evitare fraintendimenti, quindi, il suddetto termine non comporta alcun riferimento alle disposizioni generali in tema di diritto europeo della concorrenza o *antitrust* (ad esempio gli articoli 101 e 102 del TFUE in tema di intese restrittive della concorrenza ed abuso di posizione dominante).

<sup>10</sup> V. *supra* nota 2.

<sup>11</sup> La sovrabbondanza di regolazione comunitaria nel settore della liberalizzazione del trasporto ferroviario è evidenziata da N. Rangone, *Qualità delle regole e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e*

che ostacola la attuazione della terza fase, quella della concorrenza e, dunque, la effettiva apertura dei mercati del trasporto ferroviario al meccanismo competitivo.

Nel prosieguo, quindi, il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario verrà esaminato da questo particolare punto di osservazione. La suddetta dinamica “invertita” e l’eccesso di regolazione sembrano impedire – ed è a questa considerazione che ci si vuole limitare nel presente scritto – il sorgere di controversie sovranazionali ove la Corte di Giustizia e la Commissione europea possano effettivamente svolgere quell’opera di bilanciamento tra libertà economiche e diritti non economici alla quale sono sempre più chiamate dai nuovi principi enunciati nel TFUE e nella Carta dei diritti fondamentali.

Non si tratteranno nel dettaglio, dunque, i molteplici temi attinenti al diritto della regolazione e al diritto *antitrust* sollevati dall’emanazione e attuazione dei quattro c.d. “pacchetti ferroviari” sul libero mercato, sull’interoperabilità, sull’accesso alle reti e sulla sicurezza<sup>12</sup>. Piuttosto – e più limitatamente – si concentrerà l’attenzione sul come la suddetta particolare involuzione normativa e regolatoria renda anche, al momento, impossibile, da parte soprattutto della due sopra menzionate istituzioni comunitarie, promuovere un processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario fondato sul contemperamento tra libertà economiche e principi di coesione.

Per rappresentare questa particolare dinamica del diritto europeo dei trasporti ferroviari e le sue conseguenze sulla formazione del processo decisionale europeo si è scelto di concentrare l’attenzione su alcune normative e su alcuni casi giurisprudenziali considerati particolarmente indicativi a porre in evidenza il fenomeno. Si tratterà, dunque: (i) delle norme di deregolazione, riregolazione e concorrenza stabilite nella prima direttiva di liberalizzazione (i.e. la direttiva 91/440/CEE) la quale costituisce il fondamento di tutta la normativa di regolazione successiva con i vari c.d. “pacchetti ferroviari”; (ii) del caso *GVG contro Ferrovie dello Stato* ove la Commissione europea ha applicato il diritto *antitrust* in funzione dell’attuazione delle c.d. “regole di concorrenza” contenute nella direttiva 91/440/CEE; (iii) del caso *Commissione europea contro Italia* ove la Corte di Giustizia ha applicato le regole della deregolazione e riregolazione contenute sempre nella direttiva 91/440/CEE e nella direttiva 2001/14/CE;

---

*tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., p. 65, nota 60, anche M. Sebastiani, *Le Ferrovie fra Stato e mercato*, nello stesso volume a p. 77 parla di «troppi pacchetti di liberalizzazione».

<sup>12</sup> Sul tema, anche per un’analisi comparatistica delle esperienze nazionali a confronto in Italia, Regno Unito, Germania, Spagna e Francia, si rinvia a P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit.



(iv) dell'eccesso di regolazione e della questione dell'attuazione dei principi di coesione sociale, territoriale e ambientale; (iv) del ruolo della Corte di Giustizia e della Commissione europea nel contemperamento tra libertà economiche e diritti non economici nei casi *Eugen Schmidberger* e *CECED*.

1. *Le norme di deregolazione, riregolazione e concorrenza stabilite nella direttiva 91/440/CEE*

L'apertura dei mercati aventi una struttura monopolistica all'effettiva concorrenza (e non all'oligopolio) segue un sistema normativo articolato in tre sottosistemi di regole: (i) norme di deregolazione da applicarsi nella fase iniziale del processo di liberalizzazione al fine di conseguire un "arretramento" dello Stato fondato sull'eliminazione dei diritti speciali o esclusivi in capo all'impresa monopolista; (ii) norme di riregolazione che comportano una nuova regolazione del mercato monopolistico per predisporlo alla messa in opera del meccanismo competitivo, e da attuare nella fase intermedia; (iii) norme della concorrenza da applicarsi nella fase terminale del processo di liberalizzazione al fine di consentire sia alle imprese *incumbent*, ovvero alle imprese sorte dai monopoli, sia alle imprese *new comers* (nuove entranti) di affermarsi sui nuovi mercati liberalizzati esercitando la propria libertà di competere.

La direttiva 91/440/CEE segue questo ordine. Le norme di deregolazione e di riregolazione confluiscono, in realtà, in un insieme unico. Costituiscono parte integrante di questo primo gruppo di norme quelle di attuazione dei considerando n. 3 a 6 della direttiva 91/440/CEE le quali impongono agli Stati membri: di garantire alle imprese di trasporto ferroviario il riconoscimento dello stato giuridico di esercenti autonomi; di operare una distinzione fra l'esercizio dei servizi di trasporto e la gestione dell'infrastruttura facendo sì che queste due attività abbiano contabilità distinte e possano essere gestite separatamente; di mantenere la responsabilità generale dello sviluppo di un'infrastruttura ferroviaria adeguata; di definire le modalità che disciplinano il pagamento dei canoni dovuti dalle imprese di trasporto ferroviario e dalle loro associazioni per l'utilizzazione dell'infrastruttura ferroviaria, e ciò nel rispetto del principio della non discriminazione tra imprese ferroviarie. In particolare ai sensi dell'art. 4, che figura nella sezione II della direttiva 91/440/CEE, intitolata "Indipendenza gestionale" si prevede che: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, in materia di gestione, di amministrazione e di controllo interno in materia amministrativa, economica e contabile, le imprese ferroviarie abbiano uno status indipendente in virtù del quale dispongano, in particolare, di un patrimonio, di



un bilancio e di una contabilità distinti da quelli degli Stati. Nel rispetto delle regole quadro e specifiche in materia di diritti e di assegnazione stabilite dagli Stati membri, il gestore dell'infrastruttura è responsabile della propria gestione, della propria amministrazione e del proprio controllo interno».

Fanno parte, invece, delle c.d. “regole di concorrenza” quelle che attuano i considerando 8 e 9 della direttiva. In particolare, per agevolare il trasporto fra Stati membri, l'art. 10 attribuisce alle imprese ferroviarie la libertà di costituire associazioni con le imprese di trasporto ferroviario stabilite in altri Stati membri; al fine di favorire tali associazioni, inoltre, la norma dispone le garanzie del diritto di accesso e di transito sull'infrastruttura degli Stati membri nei quali sono stabilite le imprese che costituiscono le associazioni, nonché il diritto di transito negli altri Stati membri qualora lo esiga il servizio internazionale interessato.

La sequenza logica seguita dal testo della direttiva risulta, in teoria, anche una sequenza temporale: *prima* occorre applicare le regole della deregolazione e riregolazione *poi*, solo successivamente, potranno applicarsi le c.d. “regole di concorrenza”. Si tratta di una tempistica necessaria a trasformare un mercato con una struttura monopolistica, in un mercato avente una natura effettivamente concorrenziale e non oligopolistica.

Nel caso europeo dei trasporti ferroviari, tuttavia, prima sono state applicate le c.d. “regole della concorrenza” stabilite nella direttiva 91/440/CEE successivamente quelle della deregolazione e riregolazione. Occorre ora esaminare sotto questo profilo i due casi indicativi di cui si è fatto cenno in premessa.

## 2. *Il processo “invertito” nell'applicazione della direttiva 91/440/CEE: prima l'applicazione delle c.d. “regole di concorrenza” e dopo quella delle regole di deregolazione e riregolazione*

### 2.1. *Il caso GVG contro Ferrovie dello Stato*<sup>15</sup>

Il 17 gennaio 1992, GVG – impresa ferroviaria tedesca fornitrice di servizi ferroviari internazionali di trasporto passeggeri – scriveva a Ferrovie dello Stato per richiedere informazioni: (i) sui costi di accesso alla rete

---

<sup>15</sup> La decisione è stata commentata, tra gli altri, da O. Stehmann, *Applying “Essential facility” reasoning to passenger rail services in the EU – the Commission decision in the case GVG*, in *European Competition Law Review*, 2004, issue 7, pp. 390-394; O. Stehmann e G. Zellhofer, *Dominant Rail Undertakings under European Competition Policy*, in *European Law Journal*, 2004, Vol. 10, Issue 3, pp. 327-353.

ferroviaria italiana allo scopo di fornire un servizio di trasporto passeggeri, (ii) sui costi di accesso all'infrastruttura e (iii) sui costi di trazione. Come scrive la Commissione non è dato sapere se Ferrovie dello Stato rispose a tali richieste. L'impresa GVG negli anni successivi reiterava comunque le suddette domande a Ferrovie dello Stato giungendo sino a proporle di costituire una "associazione internazionale" in attuazione dell'art. 10 della direttiva 91/440/CEE al fine di prestare i propri servizi ferroviari anche sulle tratte comprese nel territorio italiano. A fronte dei silenzi di Ferrovie dello Stato, il 25 ottobre 1999 l'impresa GVG presentava la sua denuncia alla Commissione sostenendo che Ferrovie dello Stato aveva abusato della sua posizione dominante non fornendo le informazioni richieste relativamente l'accesso all'infrastruttura di rete e rifiutandosi di costituire una associazione internazionale.

Ebbene è ora di volgere lo sguardo alle condizioni in cui si trovava Ferrovie dello Stato in quegli anni.

A differenza della maggior parte delle imprese ferroviarie (ex) monopoliste degli altri Stati membri, Ferrovie dello Stato aveva dato avvio ad un profondo processo di ristrutturazione. Il 22 dicembre 1992 era stata costituita la società per azioni "Ferrovie dello Stato" ed il 4 marzo 1996 Ferrovie dello Stato aveva creato delle unità distinte per la rete, il materiale rotabile e la trazione, i passeggeri e le altre attività. Il 27 luglio 1998 queste unità furono trasformate in divisioni indipendenti: la divisione dell'infrastruttura (FS Infrastruttura), la divisione per il trasporto passeggeri (FS passeggeri) e la divisione per il trasporto merci (FS Cargo). Il 13 luglio 2001 Ferrovie dello Stato completò il processo di ristrutturazione con la creazione di FS Holding s.p.a. controllante due società: Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (RFI) che gestisce l'infrastruttura della rete sulla base di un contratto di gestione della durata di sessant'anni e Trenitalia s.p.a. (Trenitalia) incaricata di svolgere l'attività di trasporto passeggeri e merci.

Il suddetto profondo processo di riorganizzazione di Ferrovie dello Stato non era solo funzionale a separare le attività connesse alla prestazione di servizi di trasporto da quelle connesse alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria in attuazione delle suddette disposizioni regolatorie stabilite nella direttiva n. 91/440/CEE, bensì anche quella di anticipare l'impianto regolatorio predisposto nelle nuove normative europee di liberalizzazione del mercato soprattutto considerando che le istituzioni europee nel marzo 2001 avevano emanato le direttive del primo "pacchetto ferrovie" da trasporre negli ordinamenti interni entro marzo-aprile 2003<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> V. *infra* nota 24.

All'epoca delle istanze dell'impresa GVG a Ferrovie dello Stato quest'ultima era, dunque, impegnata profondamente sul fronte della regolazione per attuare la prima fase del processo di liberalizzazione ovvero adempiere alle norme europee di deregolazione e riregolazione del mercato contenute nella prima parte della direttiva 91/440/CEE. Le domande dell'impresa GVG in merito al costo di accesso all'infrastruttura in attuazione delle c.d. "regole di concorrenza" contenute nella seconda parte della direttiva 91/440/CEE colpivano quindi direttamente una impresa monopolista che aveva messo in moto quei processi di ristrutturazione interna che stavano inevitabilmente "a monte" delle suddette istanze. Come calcolare, ad esempio, il corretto costo di accesso all'infrastruttura ferroviaria ed il prezzo della trazione ferroviaria quando fino a quel momento tali informazioni erano disponibili solo parametrando ai costi di accesso ed ai servizi di trazione di una impresa ferroviaria monopolista e, dunque, informazioni prive di quelle voci di costo, aggiuntive, che consentono, ad esempio, al soggetto gestore dell'infrastruttura ferroviaria, separato dall'impresa di trasporto, di finanziare le proprie attività istituzionali?

Sulla base di queste premesse la Commissione europea avviava il suo lavoro articolato in attività istruttoria ed esercizio del proprio potere decisionale per indurre Ferrovie dello Stato, per mano della sua impresa controllata Trenitalia, a costituire una associazione internazionale con l'impresa GVG e consentire a quest'ultima l'accesso al mercato italiano. Ed, infatti, in data 27 giugno 2003 le parti costituivano una associazione internazionale concordando altresì i termini per un contratto di fornitura di trazione in attuazione dell'art. 10 contenuto nella seconda parte della direttiva 91/440/CEE.

A fronte di questi (ed altri) impegni assunti da Ferrovie dello Stato per il tramite delle proprie controllate RFI (gestore dell'infrastruttura) e Trenitalia (impresa ferroviaria), la Commissione europea concludeva il procedimento ritenendo che detti impegni garantivano che per tale via si sarebbe posto termine all'infrazione e che l'abuso di posizione dominante non venisse ripetuto<sup>15</sup>. Pertanto la Commissione europea non emetteva alcuna sanzione pecuniaria a carico di Ferrovie dello Stato.

---

<sup>15</sup> Di particolare importanza sono le considerazioni finali svolte dalla Commissione europea ai punti 160 e 161 del testo della decisione che qui si riportano integralmente: «160. La Commissione prende nota del fatto che, oltre ai succitati impegni, destinati a risolvere il problema particolare di GVG, FS (Trenitalia) si è inoltre impegnata a concludere accordi di associazione internazionale con altre imprese ferroviarie che possiedano la necessaria licenza e propongano un progetto ragionevole per un servizio ferroviario internazionale. FS si è impegnata per un periodo di cinque anni a fornire i servizi di trazione su una base non discriminatoria ad altre imprese ferroviarie che intendano

Secondo la Commissione, tuttavia, con la sua condotta Ferrovie dello Stato aveva in quegli anni effettivamente abusato della propria posizione dominante quale impresa monopolista, e ciò secondo la fattispecie prevista all'*ex art.* 82 del trattato CE, oggi art. 102 del TFUE.

## 2.2. (Segue) *Analisi*

In questo caso la Commissione europea ha applicato la fattispecie *antitrust* dell'abuso di posizione dominante per conseguire un'applicazione delle c.d. "regole di concorrenza" stabilite nella seconda parte della direttiva 91/440/CEE. In particolare Ferrovie dello Stato è stata indotta a permettere all'impresa GVG l'accesso al mercato italiano del trasporto ferroviario dei passeggeri mediante la costituzione di un'associazione internazionale di imprese ai sensi dell'art. 10. Poiché nel corso della procedura avviata dalla Commissione europea, Ferrovie dello Stato ha effettivamente concluso tali accordi con l'impresa GVG, l'autorità *antitrust* europea, come sopra evidenziato, ha accertato l'avvenuto abuso di posizione dominante, ma non ha applicato alcuna sanzione pecuniaria.

Vi è da chiedersi come mai la Commissione non abbia sanzionato Ferrovie dello Stato malgrado quest'ultima avesse impedito l'accesso all'infrastruttura ferroviaria all'impresa GVG per quasi dieci anni. Ebbene è plausibile ritenere che l'autorità europea sia giunta a una tale conclusione poiché perfettamente consapevole che nello specifico caso il diritto europeo *antitrust* è stato dalla stessa applicato in funzione dell'attuazione delle c.d. "regole di concorrenza" previste nella seconda parte della direttiva 91/440/CEE.

---

fornire servizi transfrontiera di trasporto passeggeri. La capacità disponibile, come definita negli impegni, consentirà ai nuovi concorrenti di fornire in Italia fino a sette servizi ferroviari internazionali simili a quello previsto da GVG. Il prezzo della trazione si baserebbe sui costi sostenuti da FS (Trenitalia), che comprendono tra l'altro un'adeguata remunerazione del capitale investito oltre che i costi di manutenzione del materiale rotabile interessato. 161. I detti impegni generali vanno al di là di quanto sarebbe necessario per la conclusione delle infrazioni per quanto riguarda GVG e la Commissione ritiene che faciliteranno considerevolmente l'ingresso nel mercato dei servizi internazionali di trasporto ferroviario di passeggeri in Italia. Gli impegni eliminano le barriere più significative all'accesso per le nuove imprese su questo mercato. I nuovi concorrenti potranno ottenere tempestivamente tutte le informazioni necessarie per quanto riguarda le linee, potranno costituire un'associazione internazionale ed otterranno i necessari servizi di trazione per avviare la prestazione dei propri servizi. Gli impegni presentati da FS permetteranno dunque l'entrata sul mercato di nuove imprese, il che dovrebbe contribuire al miglioramento della concorrenza nel settore europeo del trasporto ferroviario».

All'epoca delle istanze avanzate dall'impresa GVG, il mercato del trasporto ferroviario in Italia aveva ancora una struttura monopolista. Ferrovie dello Stato era (come è ancora oggi) l'impresa assolutamente dominante verticalmente integrata sia sul mercato "a monte" dell'infrastruttura ferroviaria sia sul mercato "a valle" dei servizi ferroviari. Tuttavia, come evidenziato, essa aveva già avviato un processo interno di profonda ristrutturazione proprio funzionale a separare le attività proprie dell'infrastruttura da quelle del servizio di trasporto in attuazione del sopra citato art. 4 e considerando da 3 a 6 della direttiva 91/440/CEE. Proprio per questa ragione ovvero perché stava attuando le regole della deregolazione e riregolazione del mercato previste nella prima parte della direttiva, Ferrovie dello Stato non era ancora in grado di rispondere positivamente alle richieste dell'impresa GVG in merito alla costituzione di una associazione internazionale tra imprese ferroviarie in attuazione delle c.d. "regole di concorrenza" stabilite ai sopramenzionati considerando 8 e 9 ed art. 10 nella seconda parte della direttiva. Le premesse regolatorie e le informazioni necessarie alla costituzione di una associazione internazionale, al tempo delle richieste dell'impresa GVG non erano ancora realizzate e disponibili. O meglio, il contesto era quello ancora di una impresa monopolista in trasformazione e, dunque, tali informazioni – come quelle relative del costo di accesso all'infrastruttura ferroviaria – erano disponibili, ma parametrize ad una impresa ferroviaria monopolista e non ad una impresa del settore attiva su un mercato in via di liberalizzazione. Essendo il processo di trasformazione in corso, in altri termini, Ferrovie dello Stato poteva rispondere alle istanze dell'impresa GVG solo ancora da impresa monopolista senza, ad esempio, poter calcolare il costo di accesso all'infrastruttura ferroviaria con quelle voci di costo aggiuntive funzionali a porre il gestore dell'infrastruttura in condizioni di auto sostentamento.

Di fronte a questo quadro fattuale la Commissione europea ha tuttavia contestato a Ferrovie dello Stato di aver abusato della propria posizione dominante per non aver costituito una associazione internazionale con l'impresa GVG secondo quanto previsto dalle c.d. "regole di concorrenza" stabilite dai considerando 8 e 9 e art. 10 della seconda parte della direttiva 91/440/CEE.

La Commissione europea per tale via non sembra aver rispettato la sopra menzionata sequenza logica e temporale prevista dalla direttiva 91/440/CEE secondo la triade deregolazione-riregolazione-concorrenza giungendo a considerare già come *comportamenti* di Ferrovie dello Stato quelli che all'epoca erano invece solo *oggettive conseguenze* temporanee derivanti dall'attuazione delle regole di deregolazione e riregolazione della prima parte della direttiva 91/440/CEE. Il silenzio di Ferrovie dello Stato

a fronte delle istanze di GVG è stato interpretato dalla Commissione europea come un vero e proprio comportamento di rifiuto dell'impresa monopolista, invece che come una impossibilità oggettiva determinata proprio dal fatto che Ferrovie dello Stato aveva avviato un profondo processo di riforma interno e, dunque, non era materialmente in grado di fornire le informazioni richieste all'impresa GVG già nella prospettiva di una piena liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario.

Ciò che si intende porre in evidenza è che se Ferrovie dello Stato non avesse provveduto ad avviare tale riforma in osservanza delle regole di deregolazione e riregolazione della prima parte della direttiva 91/440/CEE essa sarebbe stata perfettamente in grado di rispondere positivamente alle istanze dell'impresa GVG fornendo le informazioni richieste tuttavia da impresa monopolista integrata verticalmente, dunque, con i costi di accesso all'infrastruttura ferroviaria calcolati ancora in regime di monopolio. Paradossalmente, in altri termini, Ferrovie dello Stato non avrebbe formalmente commesso un abuso di posizione dominante, secondo l'approccio adottato dalla Commissione europea, proprio per non aver avviato alcun processo di ristrutturazione interno sul fronte regolatorio dell'attuazione delle sopra menzionate regole della deregolazione e riregolazione contenute nella prima parte della direttiva 91/440/CEE.

Il caso dimostra, a parere di chi scrive, che una anticipata applicazione delle c.d. "regole di concorrenza" stabilite nella seconda parte della direttiva 91/440/CEE riveli il carattere strumentale dell'applicazione del diritto *antitrust* da parte della Commissione europea. Quest'ultima, infatti, ha comunque riconosciuto in capo a Ferrovie dello Stato la configurazione della fattispecie dell'abuso di posizione dominante esclusivamente per attuare le disposizioni finali della direttiva 91/440/CEE mediante una applicazione forzata delle c.d. "regole di concorrenza" stabilite in questa direttiva – come quelle previste all'art. 10 relative alla costituzione di una associazione internazionale per consentire ad una impresa ferroviaria di operare fuori dai propri confini nazionali su un altro mercato nazionale del trasporto ferroviario.

Questa applicazione strumentale del diritto *antitrust* non è certamente nuova per il diritto europeo. Sin dalla prima pronuncia della Corte di Giustizia su una fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza pregiudizievole del commercio tra Stati membri (il caso *Consten e Grundig contro Commissione* del 1966), infatti, il diritto *antitrust* europeo è stato applicato per perseguire l'obiettivo dell'integrazione economica dei rispettivi mercati nazionali in funzione della creazione del mercato unico. Non tanto, o meglio, non solo, dunque, per tutelare e promuovere la libertà di concorrenza delle singole imprese a favore del consumatore,

piuttosto per attuare gli obiettivi di integrazione economica previsti dal Trattato CEE (allora) e TFUE (oggi)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Nella sentenza del 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64, *Consten e Grundig-verkaufs.gmbh contro Commissione* la Corte di Giustizia trattò il caso dell'esclusiva che Grundig aveva dato per la Francia a Consten e che la stessa Grundig aveva rafforzato vietando ai suoi distributori all'ingrosso tedeschi e di altri paesi di vendere in Francia dove il prezzo dei prodotti Grundig era tenuto più alto che altrove. Di fronte all'accusa di aver posto in essere una intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'allora art. 85 Trattato CEE le parti si difesero sostenendo che tale divieto si riferiva prevalentemente alla concorrenza intermarche e che, per quanto riguarda le restrizioni intramarca, se ne doveva presumere l'efficienza ai fini della concorrenza intermarche, salva la prova del contrario. La Corte tuttavia rigettò questa tesi sostenendo che l'art. 85 del Trattato CEE pur occupandosi prevalentemente della tutela della concorrenza intermarche non esentava tuttavia a priori le restrizioni intramarca con la conseguenza che era irrilevante il fatto che la Commissione europea non si fosse preoccupata di accertare la consistenza della concorrenza intermarche. La Corte giunse pertanto a ritenere illegittima la protezione territoriale assoluta da cui era garantita l'esclusiva in favore di Consten per la Francia. I giudici di Lussemburgo ritennero in particolare che: «Infine, l'accordo fra produttore e distributore, inteso a ricostituire le barriere nazionali nel commercio fra stati membri, potrebbe essere in contrasto con gli obiettivi essenziali della comunità. Il trattato, che nel preambolo e nell'insieme del suo testo mira a sopprimere le barriere fra stati e che, in numerose disposizioni, reprime severamente la loro ricostituzione, non poteva permettere alle imprese di elevare nuovamente tali barriere. L'articolo 85, paragrafo 1, risponde a questo scopo, quand'anche si tratti di accordi tra imprese che operano in fasi diverse del processo economico». Il territorio protetto dalla rigida esclusiva di Consten, infatti, coincide con quello dello Stato francese e la Corte avverte in tale protezione il perdurare della segmentazione delle attività economiche lungo i confini nazionali in frontale contrasto con il principio dell'integrazione dei mercati nazionali in funzione della creazione del mercato unico. La Corte di Giustizia sancì la illiceità soltanto della c.d. esclusiva chiusa, riguardante cioè la garanzia di assenza di importazioni parallele in territorio francese (e, quindi il divieto di esportazione a carico degli altri distributori), mentre ritenne, in linea di principio, valido l'accordo principale tra Grundig e Consten, fonte di obbligo soltanto per costoro. In questo caso le ragioni di efficienza economica dell'accordo verticale intramarca in questione – che sotto il profilo strettamente *antitrust* avrebbe potuto produrre dei benefici per il consumatore anche in termini di prezzi più bassi dei prodotti distribuiti in virtù di una più agguerrita competizione con altri produttori di marche diverse, sono state, invece, ritenute dalla Corte meno importanti delle ragioni poste a fondamento del principio della compenetrazione tra mercati nazionali. Il caso segna gran parte della successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Commissione europea in tutti i casi in cui esse hanno applicato il diritto europeo *antitrust* per perseguire obiettivi che andavano al di là dell'efficienza economica a beneficio del consumatore e che coincidevano con quelli dell'integrazione economica tra Stati membri. Per una comparazione tra diritto *antitrust* americano ed europeo sul fronte del tema delle restrizioni verticali volta ad evidenziare le profonde differenze tra i due si rinvia a E.M. Fox, *Case and materials on the competition law of the European Union – American Casebook Series*, West Group 2002 pp. 908-935. L'autrice evidenzia peraltro come nel caso *Consten e Grundig contro Commissione* la Corte abbia rigettato la tesi con la quale l'Avvocato Generale Roemer era giunto alla conclusione di annullare



In questo caso il diritto *antitrust* europeo è stato nuovamente applicato per perseguire scopi che vanno al di là della tutela della libertà di concorrenza della singola impresa in questione (in questo caso l'impresa ferroviaria GVG) ed hanno a che vedere con l'obiettivo della direttiva 91/440/CEE di creare un mercato europeo del trasporto ferroviario. La Commissione europea, infatti, quale autorità *antitrust* ha nuovamente fatto ricorso alla tradizionale e oramai consolidata applicazione della fattispecie dell'abuso di posizione dominante, nella prassi e giurisprudenza del diritto *antitrust* europeo, per obbligare Ferrovie dello Stato ad attuare quelle norme della seconda parte della direttiva 91/440/CEE (l'art. 10) che tuttavia, in quanto c.d. "regole di concorrenza", dovevano essere applicate solo successivamente all'attuazione delle misure di deregolazione e reregolazione stabilite nella stessa direttiva. Così facendo l'autorità europea anticipa l'applicazione delle c.d. "regole di concorrenza" senza considerare che Ferrovie dello Stato era in pieno processo di ristrutturazione interno per attuare gli obiettivi regolatori previsti nella prima parte della direttiva 91/440/CEE ed in particolare dalle sopra menzionate misure di deregolazione e reregolazione.

Si ha motivo di credere che una ipotetica autorità di regolazione europea avrebbe rispettato la suddetta tempistica prevista nella direttiva 91/440/CEE e avrebbe semmai imposto all'impresa ferroviaria monopolista sul mercato italiano di accelerare i tempi per la piena separazione contabile tra le attività di gestione dell'infrastruttura ed impresa ferroviaria così da poter rispondere positivamente alle istanze dell'impresa GVG fornendo a quest'ultima le informazioni tecniche ed economiche per un accesso all'infrastruttura ferroviaria italiana già determinate per la messa in opera del meccanismo competitivo – e non, invece, ancora ricavate secondo i parametri di una impresa monopolista del tutto restia ad aprire il proprio mercato alla concorrenza.

In definitiva, dunque, l'impossibilità della Commissione europea di svolgere le funzioni di una autorità di regolazione, invece che di una autorità *antitrust*, ha fatto sì che essa si sia, per così dire, "accontentata" di veder attuate le c.d. "regole di concorrenza" previste nella seconda parte della direttiva 91/440/CEE mediante la sottoscrizione degli accordi tra le parti per dar vita ad una costituzione internazionale di imprese ferroviarie. Ferrovie dello Stato, infatti, si è limitata a consentire l'accesso all'impresa GVG al mercato italiano mediante la costituzione di una associazione internazionale di imprese.

---

la decisione della Commissione europea che riconosceva la portata anticoncorrenziale dell'accordo, proprio in ragione che comunque, secondo la Corte, detto accordo ostacolava l'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali.

L'impresa monopolista italiana di fronte all'iniziativa della Commissione europea che le contestava di aver abusato della propria posizione dominante si è, infatti, limitata a porre in essere quelle misure idonee a convincere l'autorità europea che mediante la costituzione della associazione internazionale con l'impresa GVG si poneva termine alla (presunta) infrazione *antitrust*. Questo, infatti, è ciò che le veniva richiesto dalla Commissione europea<sup>17</sup>.

### 3. *Il caso Commissione contro Italia*<sup>18</sup>

Nel 2011, dopo un lungo procedimento precontenzioso, la Commissione proponeva ricorso alla Corte di Giustizia sostenendo che l'Italia non

<sup>17</sup> Ciò che si intende qui evidenziare è che la funzione *strumentale* e *propulsiva* del diritto europeo *antitrust* è riconoscibile ancora oggi proprio in quanto, secondo la Commissione europea, funzionale a promuovere ed attuare gli obiettivi regolatori della normativa europea di liberalizzazione del trasporto ferroviario. Nel caso *GVG contro Ferrovie dello Stato* la Commissione europea ha, infatti, applicato strumentalmente la fattispecie dell'abuso di posizione dominante per attuare l'art. 10 della seconda parte della direttiva 91/440/CEE. Se quel caso fosse stato schiettamente esaminato sotto il profilo della efficienza economica del diritto della regolazione e del diritto *antitrust* – senza, dunque, far uso del suddetto carattere strumentale del diritto europeo *antitrust* – è plausibile ritenere che a quel tempo Ferrovie dello Stato non solo non sarebbe stata riconosciuta colpevole di aver abusato della propria posizione dominante rifiutandosi di fornire informazioni all'impresa GVG, ma le sarebbero stati riconosciuti i sostanziali passi avanti proconcorrenziali effettuati sul fronte regolatorio per via del profondo processo di ristrutturazione interno avviato sin dagli inizi degli anni '90 in attuazione dell'art. 4 della prima parte della direttiva 91/440/CEE (ed al contrario della maggior parte delle altre imprese ferroviarie monopoliste di diversi Stati membri che non avevano ancora adottato alcuna iniziativa per avviare il processo di liberalizzazione sul fronte della deregolazione e riregolazione del mercato). Sul tema dell'attuale diritto europeo *antitrust multipurpose* e sulle esigenze di riforma istituzionale a favore della costituzione di una vera e propria autorità europea indipendente per la promozione di un diritto europeo *antitrust* "puro" depurato dal fardello di dover essere strumentale alla politica europea industriale, sociale, di integrazione dei mercati ecc. che circoscriva la funzione della Commissione europea a quella regolatoria che le è propria v. C.D. Ehlerman, *The contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *Common Market Law Review*, 257, 1992, n. 29; G. Amato, *Il potere e l'antitrust – Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, in particolare cap. VIII, par. 2 *Verso l'autonomia dell'antitrust europeo dalle altre politiche comunitarie*, pp. 108-115.

<sup>18</sup> Sulla vicenda cfr. A.M. Altieri, *L'indipendenza del gestore della rete ferroviaria nel diritto europeo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 2, p. 136; C. Cataldi, *La sentenza della Corte di giustizia C-369/11 e la liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario*, in *Munus*, 2014, 2, 269; M. Delsignore, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 437-462, e prima ancora M. Delsignore, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in *Osservatorio AIC*, 2013.

avendo adottato iniziative sul fronte dell'attuazione delle regole della reregolazione del mercato era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni<sup>19</sup>. Con sentenza del 3 ottobre 2013 i giudici di Lussemburgo giungevano a condannare il nostro paese – dopo aver condannato molti altri Stati membri<sup>20</sup> – poiché non garantendo l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura per la determinazione dei diritti di accesso all'infrastruttura e la ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, era venuta meno agli obblighi di reregolazione ad essa incombenti<sup>21</sup>. In particolare l'Italia aveva violato il diritto europeo della reregolazione stabilito nella direttiva 2001/14/CE avendo affidato, in sede di trasposizione della direttiva, al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti il compito di contribuire alla fissazione dei diritti di accesso all'infrastruttura vincolando così il gestore dell'infrastruttura; ciò tanto che l'indipendenza di quest'ultimo non era più garantita.

### 3.1. (Segue) *Analisi*

Dieci anni dopo *GVG contro Ferrovie dello Stato* – ove, come visto, la Commissione europea ha applicato il diritto europeo *antitrust* in funzione dell'attuazione della seconda parte della direttiva 91/440/CEE (contenente le c.d. “regole di concorrenza”) – la Commissione europea e la Corte di Giustizia intervengono nel quadro di una procedura di infrazione per applicare, invece, la prima parte della direttiva 91/440/CEE (contenente le regole della deregolazione e reregolazione). Alla prova dei fatti, dunque, la sequenza temporale deregolazione-reregolazione-concorrenza è stata qui attuata con una dinamica invertita, o meglio, l'inversione ha riguardato l'applicazione delle diverse norme che erano destinate a tradurre in pratica la suddetta triade. Prima è stato applicato il diritto *antitrust* poi quello della regolazione. Che ciò sia avvenuto perché è solo quando le regole della de-

---

<sup>19</sup> Le norme di reregolazione che la Commissione riteneva non attuate dall'Italia erano l'articolo 6, paragrafo 3, e all'allegato II della direttiva 91/440/CEE come modificata dalla direttiva 2006/103/CE del Consiglio, del 20 novembre 2006, nonché agli articoli 4, paragrafi 1 e 2, 14, paragrafo 2, e 30, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, come modificata dalla direttiva 2007/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007.

<sup>20</sup> V. *supra* nota 2.

<sup>21</sup> In particolare le disposizioni regolatorie previste agli articoli 4, paragrafo 1, e 30, paragrafo 3, della direttiva 2001/14/CE.

regolazione e riregolazione sono diventate molto più dettagliate e cogenti – con la direttiva 2001/14/CE<sup>22</sup> – che è stato possibile concretamente attuare le prime due fasi, qui non rileva. Rileva, invece, comprendere quali effetti questa inversione ha prodotto.

#### 4. *L'eccesso di regolazione e la questione dei principi di coesione sociale, territoriale e ambientale*

Questa particolare dinamica invertita con cui è stata applicata la direttiva 91/440/CEE ha contribuito a determinare, a parere di chi scrive, un eccesso di regolazione rispetto alle specifiche esigenze regolatorie del settore del trasporto ferroviario. Certamente le particolari caratteristiche e la stessa struttura di questo mercato imponevano un intervento di regolazione assai pervasivo, e ciò a maggior ragione considerando che la scelta operata a livello europeo è stata quella, pur passibile di critiche<sup>23</sup>, di separare le attività di gestione dell'infrastruttura ferroviaria da quelle di gestione del trasporto, con il compito del gestore di garantire un accesso trasparente e non discriminatorio alle imprese ferroviarie. In questa direzione sono stati emanati i quattro pacchetti di direttive funzionali alla riregolazione del settore e ad aprire il mercato alla concorrenza<sup>24</sup>. Tuttavia

<sup>22</sup> La direttiva ridisegna, per un verso, i rapporti tra il gestore dell'infrastruttura e le imprese di trasporto ferroviario, per un altro, i rapporti tra il gestore dell'infrastruttura e lo Stato. La direttiva istituisce inoltre una nuova figura soggettiva indipendente, l'organismo di regolamentazione, per vigilare sul sistema di imposizione dei diritti e di assegnazione delle linee ferroviarie e per risolvere i conflitti tra i gestori dell'infrastruttura e le imprese di trasporto.

<sup>23</sup> C. Scarpa, *Il trasporto ferroviario: l'alba di una riforma*, in F. Pamolli, C. Cambini e A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, p. 171, per la critica p. 194 ss. Ugualmente critici C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel settore ferroviario. Prospettive di liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, in MCR, 2009, p. 249, che affermano a p. 250, che: «Se in generale la concorrenza beneficia il consumatore, grazie alla riduzione dei prezzi del servizio e alla maggior efficienza degli operatori presenti nel mercato, è altresì vero che, qualora certi servizi siano forniti in sostanziale perdita da qualunque operatore (come spesso si osserva nel trasporto ferroviario) l'apertura del mercato potrebbe portare ad una riduzione dei servizi offerti su scala nazionale, anche qualora essi venissero considerati socialmente rilevanti da parte dello Stato».

<sup>24</sup> L'Unione Europea ha perseguito, e sta tuttora perseguendo, una politica di rilancio del settore ferroviario secondo tre assi principali: a) creando progressivamente condizioni che permettano alla concorrenza di affermarsi sul mercato dei servizi di trasporto ferroviario; b) promuovendo la normalizzazione e l'armonizzazione tecnica sulle reti ferroviarie europee allo scopo di realizzare la piena interoperabilità a livello europeo; c) erogando finanziamenti a livello comunitario. Le istituzioni europee hanno quindi

come è stato autorevolmente osservato, per effetto di una sovrabbondante riregolazione del mercato si è assistito alla nascita di un vero e proprio: «mercato *di diritto* aperto alla concorrenza che non è necessariamente un mercato *di fatto* concorrenziale e non è necessariamente nemmeno un mercato contendibile»<sup>25</sup>.

---

aperto gradualmente i mercati del trasporto ferroviario alla concorrenza con quattro pacchetti di provvedimenti liberalizzatori. Un *primo pacchetto* è stato adottato nel 2001 e comprende la direttiva (CE) 2001/12 che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, la direttiva (CE) 2001/13 che modifica la direttiva (CE) 95/18 del Consiglio relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, e la direttiva (CE) 2001/14 relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza. Tale pacchetto è stato seguito da un *secondo pacchetto* nel 2004, costituito principalmente dal regolamento (CE) n. 881/2004 che istituisce un'Agenzia ferroviaria europea, dalla direttiva (CE) 2004/49 relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie e recante modifica della direttiva (CE) 95/18 del Consiglio relativa alle licenze delle imprese ferroviarie e della direttiva (CE) 2001/14 relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza, dalla direttiva (CE) 2004/50 che modifica la direttiva (CE) 96/48 del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità e la direttiva (CE) 2001/16 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale e dalla direttiva (CE) 2004/51 che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie. È stato poi adottato un *terzo pacchetto* nel 2007, comprendente il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, il regolamento (CE) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, la direttiva (CE) 2007/58 che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva (CE) 2001/14 relativa alla ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e l'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, e la direttiva (CE) 2007/59 relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità. Conseguentemente, il mercato del trasporto merci per ferrovia è stato aperto alla concorrenza il 15 marzo 2003 sulla rete transeuropea del trasporto merci per ferrovia, successivamente, il 10 gennaio 2006, per il trasporto internazionale di merci e dal 10 gennaio 2007, per il cabotaggio ferroviario. Il terzo pacchetto ferroviario fissava al 10 gennaio 2010 l'apertura alla concorrenza del trasporto internazionale di persone. Infine è stato emanato un *quarto pacchetto* si tratta della direttiva (UE) 2012/34 che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico (rifusione), della direttiva (UE) 2016/797 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione europea; della direttiva (UE) 2016/798 sulla sicurezza delle ferrovie; della direttiva (UE) 2016/2370 per l'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri e la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria.

<sup>25</sup> Sono le parole di M. Sebastiani, *Le Ferrovie fra Stato e mercato*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., p. 81, nota 27.

In altri termini la regolazione europea che doveva predisporre il mercato monopolistico del trasporto ferroviario alla messa in opera del meccanismo competitivo sembra, invece, aver smarrito la sua meta ed aver dato vita ad una vera e propria involuzione normativa per un eccesso di regolazione. Al riguardo si è parlato, con riferimento alla normativa di rirregolazione del mercato del trasporto ferroviario di un cattivo uso (o non uso) degli strumenti per la qualità della regolazione<sup>26</sup>.

Tra i diversi effetti determinati da questo eccesso di (o cattivo uso della) regolazione del mercato del trasporto ferroviario vi è quello di impedire, per un effetto di “ingolfamento”, che la composizione tra le varie e contrapposte istanze interessate dal processo di liberalizzazione – e relative alle libertà economiche ed ai principi di coesione sociale, territoriale e ambientale – possa avere luogo a livello europeo nelle sedi istituzionali a ciò preposte.

Nei processi di liberalizzazione la composizione tra le suddette istanze è normalmente gestita con l’osservanza, anche temporale, della triade deregolazione-rirregolazione-concorrenza. I principi di coesione di cui sono fieri custodi le imprese monopoliste sono considerati ed attuati nella fase intermedia, quella di rirregolazione, ove essi sono ridefiniti da un sistema di norme atte a salvaguardarli e promuoverli evitando il loro travolgimento dalla messa in opera del meccanismo competitivo ed altresì evitando che della loro attuazione rimanga esclusiva custode l’impresa ex monopolista *incumbent* per effetto di un sostanziale passaggio da una struttura del mercato monopolistica ad una oligopolistica.

Nel processo di fatto “invertito” di liberalizzazione del trasporto ferroviario europeo, l’eccesso di regolazione sembra soffocare sul nascere la stessa possibilità che la contrapposizione tra le suddette istanze possa essere composta a livello europeo. Occorre allora individuare quali sono le istituzioni comunitarie potenzialmente deputate ad effettuare un bilanciamento tra promozione delle libertà economiche e salvaguardia dei principi di coesione sociale, territoriale e ambientale.

Come si evidenzierà nel paragrafo successivo si ritiene che queste istituzioni non possano che essere la Corte di Giustizia e la Commissione europea. Esse, infatti, quando per la prima volta ne hanno avuta l’occasione, già quasi vent’anni fa, hanno dato buona prova di poter includere i suddetti principi di coesione nella fase di formazione del loro processo decisionale per contemperarli con quelli connessi alle libertà economiche.

---

<sup>26</sup> N. Rangone, *Qualità delle regole e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., pp. 60-61.

5. *Il ruolo della Corte di Giustizia e della Commissione europea nel contemperamento tra libertà economiche (da una parte) e principi di coesione sociale, territoriale e ambientale (dall'altra): due casi significativi*

5.1. *Il ruolo della Corte di Giustizia: il caso Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica d'Austria*<sup>27</sup>

Nel febbraio del 2000 la Corte d'appello regionale di Innsbruck (Austria) con una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedeva, in sostanza, quali erano secondo i giudici di Lussemburgo i limiti entro i quali uno Stato membro è tenuto a mantenere aperte vie nodali di transito per garantire la libera circolazione delle merci, e in particolare se detto Stato sia tenuto ad impedire, se necessario al suddetto fine, una manifestazione politica a scopo ambientale i cui organizzatori rivendicano il loro diritto fondamentale alla libertà di espressione e di riunione.

Il caso è importante in quanto per la prima volta uno Stato membro ha invocato la necessità di tutelare diritti fondamentali per giustificare la restrizione ad una delle libertà fondamentali dell'allora Trattato CE.

Conviene allora riferire delle considerazioni svolte dall'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni incominciando innanzitutto dal quadro fattuale e giuridico di riferimento<sup>28</sup>. Ebbene su tale fronte l'Avvocato generale ricorda come innanzitutto le principali vie di transito tra l'Italia settentrionale e la Germania meridionale (attraverso le quali scorre anche la maggior parte del traffico generale tra l'Italia e il Nord dell'Europa) passano attraverso le Alpi. La natura montuosa della regione da un lato limita il numero di strade percorribili e dall'altro lato aggrava notevolmente i numerosi effetti inquinanti del trasporto. La principale strada intracomunitaria percorribile dagli automezzi pesanti utilizza l'autostrada che scorre lungo il corridoio del Brennero, nelle Alpi austriache, che costituisce una parte importante della rete di trasporti transeuropea. Su questo aspetto l'Avvocato generale Jacobs ricorda che l'inquinamento lungo tale strada, da sempre fonte di notevoli preoccupazioni per l'Austria, ha raggiunto pro-

---

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 12 giugno 2003, Causa 112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica d'Austria, in *Racc. 2003*, cit., I-5659.

<sup>28</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale F.g. Jacobs presentate l'11 luglio 2002, Causa C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro Repubblica d'Austria.



porzioni allarmanti<sup>29</sup>. Il conflitto tra l'interesse al trasporto e quello alla tutela dell'ambiente è stato riconosciuto nella Convenzione alpina, approvata dalla Comunità nel 1996<sup>30</sup>. Nel preambolo di tale convenzione si riconosce l'importanza ambientale ed economica delle Alpi per le popolazioni locali e per le regioni extra-alpine quale area di transito di importanti vie di comunicazione; si riconosce inoltre la necessità di porre rimedio a danni ecologici con un grande dispendio di mezzi, costi notevoli e tempi lunghi e si dichiara di mirare all'armonizzazione degli interessi economici con le esigenze ecologiche. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, le parti contraenti, in ottemperanza ai principi della prevenzione, della cooperazione e della responsabilità di chi causa danni ambientali, assicurano una politica globale per la conservazione e la protezione. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, in particolare, per il raggiungimento del suddetto obiettivo si afferma che esse prenderanno misure adeguate nel campo dei trasporti: «[...] al fine di ridurre gli effetti negativi e i rischi derivanti dal traffico inter-alpino e transalpino ad un livello che sia tollerabile per l'uomo, la fauna, la flora e il loro habitat, tra l'altro attuando un più consistente trasferimento su rotaia dei trasporti e in particolare del trasporto merci, soprattutto mediante la creazione di infrastrutture adeguate e di incentivi conformi al mercato, senza discriminazione sulla base della nazionalità»<sup>31</sup>.

In considerazione del suddetto quadro fattuale e giuridico di riferimento, l'Avvocato generale nelle sue conclusioni rappresentava analiticamente i fatti ovvero che in data 15 maggio 1998 un'associazione austriaca per la difesa dell'ambiente annunciava alle competenti autorità l'intento di organizzare una manifestazione su un tratto dell'autostrada del Brennero adiacente al confine italiano, che avrebbe bloccato la strada per 26 ore. Lo scopo era quello di chiedere alle autorità nazionali e alla (allora) Comunità europea un rafforzamento delle misure dirette a limitare e a ridurre il traffico di automezzi pesanti sull'autostrada del Brennero, nonché il conseguente in-

---

<sup>29</sup> V., tra l'altro: il Protocollo n. 9 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Norvegia, Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 1994, C 241, pag. 361) e il rapporto della Commissione al Consiglio relativo al trasporto di merci su strada attraverso l'Austria [COM(2000) 862 def.].

<sup>30</sup> V. decisione del Consiglio 26 febbraio 1996, 96/191/CE, relativa alla conclusione della Convenzione sulla protezione delle Alpi (Convenzione alpina, GU L 61, p. 31). La convenzione è stata firmata a Salisburgo il 7 novembre 1991 ed è entrata in vigore il 6 marzo 1995. Essa era stata sottoscritta dalla Comunità e da alcuni Stati membri e non membri della regione alpina, come l'Austria, la Germania e l'Italia.

<sup>31</sup> Nel maggio 2000 è stato adottato un più dettagliato Protocollo di attuazione della Convenzione alpina nel settore dei trasporti. Il 16 gennaio 2001 la Commissione ha presentato una proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome della Comunità europea, del suddetto Protocollo [COM(2001)18 def.].

quinamento. Le autorità locali competenti non riscontravano alcun motivo giuridico per impedire l'annunciata manifestazione e pertanto ne autorizzavano lo svolgimento. Vi fu, in particolare, una collaborazione tra le suddette autorità, la polizia, gli organizzatori della manifestazione e i club automobilistici al fine di limitare i possibili disagi. Furono indicate strade alternative e predisposti treni supplementari per consentire alle imprese di trasporto di utilizzare percorsi combinati strada/rotaia lungo l'asse del Brennero. A fronte di questi fatti, ricorda sempre l'Avvocato generale, un'impresa tedesca di trasporti di medie dimensioni (la Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge – in prosieguo: la "Schmidberger") promuoveva una causa di risarcimento danni contro lo Stato austriaco accusando in sostanza le autorità di quello Stato di non aver ottemperato al proprio obbligo di garantire la libera circolazione delle merci ai sensi del Trattato CE, e affermando che esse erano pertanto responsabili nei confronti dell'impresa, la quale non aveva potuto mettere in funzione i propri autoveicoli sulla normale via di transito. A propria difesa il governo austriaco sosteneva, in sostanza, che le autorità avevano deciso in modo ragionevole dopo aver soppesato i diversi interessi in gioco. Esse avevano correttamente ritenuto che, nel caso di specie, si potesse consentire l'espressione dell'inalienabile diritto democratico di riunione dei manifestanti senza gravi o permanenti disagi per il traffico su lunga distanza. La questione così posta giungeva in appello ove la corte austriaca sottopose alla Corte di Giustizia una serie di quesiti pregiudiziali che in sostanza avevano il loro fulcro nell'accertare se: «[...] l'obiettivo di una manifestazione a carattere politico autorizzata dalle autorità, consistente nell'attivarsi per un ambiente salubre e nel richiamare l'attenzione sui pericoli per la salute della popolazione connessi al traffico di automezzi pesanti costantemente in aumento, debba essere collocato a un livello di importanza maggiore rispetto alle norme del diritto comunitario in materia di libera circolazione delle merci ai sensi dell'art. 28 CE».

Stante la peculiarità e l'importanza del caso in esame – era, infatti, come detto, la prima volta che uno Stato membro invocava la necessità di tutelare diritti fondamentali per giustificare la restrizione alla libertà economica del principio della libera circolazione delle merci – l'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni effettuava una disamina ad ampio raggio di tutte le varie questioni che, direttamente ed indirettamente, entravano in gioco<sup>32</sup> e giungeva a concludere che, a suo parere, se uno Stato membro

---

<sup>32</sup> In particolare con riferimento al ruolo della Corte, l'Avvocato generale al punto 101 delle sue conclusioni evidenziava che: «Nell'ordinamento giuridico comunitario la Corte tutela gli stessi diritti, o diritti molto simili, in quanto principi giuridici generali. In base ad una giurisprudenza consolidata "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei

intende tutelare i diritti fondamentali sanciti dal diritto comunitario, esso necessariamente persegue un obiettivo legittimo<sup>33</sup>. Nel caso specifico, inoltre, l'Avvocato generale Jacobs sosteneva che le autorità austriache non avevano oltrepassato i limiti del loro potere discrezionale e che l'autorizzazione alla manifestazione non aveva determinato una restrizione alla libera circolazione delle merci sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito e che: «il flusso continuo del commercio lungo il corridoio del Brennero non è stato compromesso tanto quanto lo sarebbero state le libertà dei dimostranti se la manifestazione non fosse mai stata autorizzata»<sup>34</sup>.

La Corte di Giustizia accoglieva le considerazioni di fondo svolte dall'Avvocato generale condividendo, in particolare, il punto relativo alla non rilevanza, al fine di accertare se l'Austria era incorsa in una violazione del diritto comunitario, dello scopo della manifestazione, bensì esclusivamente della rilevanza dell'obiettivo perseguito dalle autorità austriache nel consentire lo svolgimento della manifestazione. Così i giudici di Lussemburgo giungevano a sostenere che le autorità austriache non avevano violato la libertà economica della libera circolazione delle merci con queste parole: «Di conseguenza, tenuto conto dell'ampio potere discrezionale che dev'essere riconosciuto alle autorità nazionali in questa materia, queste ultime hanno ragionevolmente potuto ritenere che l'obiettivo legittimamente perseguito da tale manifestazione non potesse essere raggiunto, nel caso di specie, mediante misure meno restrittive degli scambi intracomunitari»<sup>35</sup>.

---

principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la 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 ed aderito [...]. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste, a questo proposito, un particolare significato". L'art. 6, n. 2, UE conferma che l'Unione europea rispetta i diritti fondamentali, quali sono garantiti dalla Convenzione e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. L'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo garantisce la libertà di espressione, inclusa "la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera". Analogamente, l'art. 11 della Convenzione garantisce la libertà di riunione pacifica e la libertà di associazione. Più recentemente, i diritti alla libertà di espressione e di associazione sono stati ribaditi negli artt. 11 e 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

<sup>33</sup> L'Avvocato generale Jacobs giungeva così a concludere al punto 102 delle sue conclusioni che: «Il diritto comunitario non può impedire agli Stati membri di perseguire obiettivi che sono imposti dalla stessa Comunità. Ne consegue che l'Austria, volendo tutelare i diritti fondamentali alla libertà di riunione e di espressione dei manifestanti, ha perseguito un obiettivo legittimo attinente al pubblico interesse atto a giustificare una restrizione ad una libertà fondamentale».

<sup>34</sup> Punto 111 delle conclusioni.

<sup>35</sup> Punto 93 della sentenza.

La pronuncia della Corte di Giustizia in *Eugen Schmidberger* è di sicura rilevanza poiché mostra come anche prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>36</sup>, la Corte di Giustizia già effettuava quella preziosissima funzione di bilanciamento tra libertà economiche, da una parte, e i diritti non economici, dall'altra. Ai fini che qui rilevano ciò che si vuole evidenziare è che l'affermazione dei principi di coesione sociale, territoriale e ambientale non è stata attuata da una attività di regolazione (o riregolazione) del mercato che "a monte" contemperasse dette istanze con quelle economiche poste a fondamento del Trattato CE, bensì da una attività giurisdizionale "a valle" effettuata dalla Corte di Giustizia a fronte di uno scontro, sul mercato, fra libertà economiche e libertà di espressione e di riunione nel loro concreto esercizio.

Oggi che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è entrata in vigore ed ha la stessa valenza del TFUE, la Corte di Giustizia sempre di più svolge quell'opera di bilanciamento tra interessi o libertà già previste dal Trattato e libertà fondamentali fino a considerare la possibile prevalenza di un diritto fondamentale sugli obblighi comunitari.

#### 6. *Il ruolo della Commissione europea: il caso CECED*<sup>37</sup>

Il 22 ottobre 1997 il Consiglio Europeo dei Produttori di Apparecchi Domestici (CECED), che aveva al suo interno concluso un accordo destinato a ridurre l'impatto ambientale derivante dal consumo di energia elettrica collegato all'utilizzo di lavatrici presentava detta intesa alla Commissione europea per una richiesta di esenzione dall'applicazione dell'allora art. 81 comma 3 del Trattato CE (oggi art. 101 comma 3 TFUE) in tema di divieto di intese restrittive della concorrenza. Il suddetto accordo era stato sottoscritto da quasi la totalità dei produttori e importatori di lavatrici a uso domestico operanti nello Spazio economico europeo. Questi ultimi, in particolare, si erano impegnati a cessare la produzione e l'importazione di lavatrici caratterizzate da un minore grado di efficienza energetica. Ulteriori impegni delle imprese aderenti all'accordo erano quelli di promuovere

---

<sup>36</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee il 18 dicembre 2000 (C-364) tuttavia è diventata giuridicamente vincolante nell'UE con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, a dicembre 2009, ed ora ha lo stesso effetto giuridico dei trattati dell'Unione.

<sup>37</sup> Decisione della Commissione relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso IV.F.1/36.718.) in Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee del 26.7.2000 serie L 187.

la diffusione e lo sviluppo delle tecniche e delle tecnologie di risparmio energetico, e di aumentare le informazioni ai consumatori riguardo alle modalità più razionali ed ecologiche di utilizzo delle lavatrici. Ebbene la Commissione europea dopo un attento ed approfondito esame giunse alla conclusione di accogliere l'istanza del CECED e di esentare l'intesa dal divieto del diritto europeo *antitrust* e ciò sebbene l'accordo fosse tale da incidere in misura sensibile sulla concorrenza e sul commercio intracomunitario. Secondo la Commissione europea, infatti, l'accordo CECED era funzionale ad arrecare ai consumatori dei benefici derivanti dalla disponibilità di prodotti più efficienti e tecnologicamente più avanzati, nonché dalla riduzione dei consumi energetici e delle emissioni inquinanti connesse alla generazione di energia elettrica.

L'esenzione accordata dalla Commissione è importante in quanto è la prima relativa a un'intesa mirante a migliorare le caratteristiche ambientali dei prodotti. Tramite gli strumenti della *self-regulation* ambientale, gli aderenti all'accordo convergono tra loro per innalzare il livello di tutela ambientale dei loro prodotti così da proporre ai consumatori un esercizio della loro libertà di scelta non limitato al prezzo più basso, ma esteso anche ai migliori *standard* ambientali che i loro prodotti sono in grado di garantire.

### 7. *La lezione che se ne ricava dai due casi*

I due casi dimostrano come già da più di vent'anni la Corte di Giustizia e la Commissione europea abbiano iniziato ad esercitare un ruolo decisivo nell'opera di contemperamento tra libertà economiche, da una parte, e principi di coesione sociale, territoriale e ambientale, dall'altra.

Per quanto si è evidenziato in premessa si tratta di valori che nel caso del trasporto su rotaia sono connaturati alla stessa infrastruttura ferroviaria ed agli stessi servizi prestati dalle imprese ferroviarie. Tuttavia il potenziale conflitto tra questo insieme di diversi principi non merita di essere risolto "a monte" da una regolazione che, come accennato, toglie spazio alla concorrenza anche per effetto del suddetto fenomeno di inversione nell'applicazione delle norme di deregolazione e riregolazione, da un lato, e norme di concorrenza, dall'altro. Questo potenziale conflitto merita invece di essere gestito "a valle" dall'opera di contemperamento svolta dalle due istituzioni europee.

In entrambi i casi, infatti, l'affermazione dei principi di coesione sociale, territoriale e ambientale non è stata attuata da una attività di regolazione (o riregolazione) del mercato che contemperasse dette istanze con quelle economiche poste a fondamento del (allora) Trattato CE, bensì da

una attività giurisdizionale e decisoria effettuata dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea a fronte di uno scontro, sul mercato, fra libertà economiche e libertà non economiche nella loro concreta affermazione.

Attualmente, invece, nella dinamica “invertita” del processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario europeo, la sovrabbondanza di regolazione di fatto ostacola la stessa insorgenza di casi concreti ove le suddette contrapposte istanze entrino in gioco così da poter essere componibili a livello europeo.

## 8. Conclusioni

È il tempo di tirare le fila di questa duplice evoluzione sia con riferimento alla triade deregolazione, reregolazione, concorrenza nel processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario, sia con riguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Commissione europea in tema di contemperamento tra libertà economiche e principi di coesione sociale, territoriale e ambientale.

Dalla disamina della normativa e giurisprudenza europea che si è proposta sembra riconoscibile un'evoluzione del processo di apertura del mercato del trasporto ferroviario secondo una tempistica invertita rispetto a quella ordinaria fondata sulla suddetta triade deregolazione, reregolazione, concorrenza: prima sono state attuate, mediante l'applicazione del diritto europeo *antitrust*, le c.d. “regole di concorrenza” contenute nella seconda parte della direttiva n. 91/440/CEE, poi quelle di deregolazione e reregolazione del mercato mediante il diritto europeo della regolazione contenute nella prima parte della direttiva.

Questa “inversione” nell'applicazione dei due suddetti diversi sistemi di norme merita di essere schiettamente considerata unitamente alla questione della sovrabbondanza di regolazione poiché entrambi questi fenomeni hanno lasciato (e lasciano) aperta la questione della concreta attuazione delle disposizioni normative in tema di coesione sociale, territoriale e ambientale da parte della Corte di Giustizia e della Commissione europea. Si tratta di valori enunciati solo a livello di principio nel diritto europeo, ma che sembrano al momento non trovare una degna sistemazione nel processo decisionale con particolare riferimento alle pronunce delle due istituzioni europee. Queste ultime sembrerebbero pronte a contemperare i valori della libertà di concorrenza, e delle altre libertà economiche, con quelli di coesione sociale, territoriale e ambientale aventi pari dignità nel TFUE; tuttavia l'effetto di involuzione normativa che la sovrabbondanza di regolazione ha prodotto nel processo di liberalizzazione del mercato del

trasporto ferroviario europeo comporta (anche) che non vi siano, in questo momento, neppure controversie in questo settore sottoposte al loro vaglio.

Se questo è il quadro, si avverte l'esigenza di rendere i mercati dei servizi ferroviari realmente contendibili anche al fine di formare imprese ferroviarie europee in effettiva competizione tra loro non solo sul piano delle migliori condizioni economiche prestate all'utenza, ma anche su quello dei migliori *standard* di coesione sociale, territoriale e ambientale che esse sono in grado di garantire e fornire. L'effettiva apertura del mercato del trasporto ferroviario alla libertà di concorrenza contestualmente all'opera di contemperamento della Corte di Giustizia e della Commissione europea delle libertà economiche con i principi di coesione sociale, territoriale e ambientale sarebbe potenzialmente in grado di formare utenti di servizi ferroviari che si sentono sempre più soggetti che condividono medesimi principi e valori di coesione. In altri termini, fruitori di servizi ferroviari liberalizzati considerati non solo quali utenti-consumatori e cittadini dei singoli Stati membri, ma anche veri e propri cittadini europei.

