

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
F.G. JACOBS  
presentate il 23 marzo 2000 \*

Indice

I — Introduzione .....	I-6457
II — Il contesto nazionale .....	I-6458
1. La legge sull'iscrizione obbligatoria a un regime pensionistico di categoria .....	I-6459
2. Gli statuti e il regolamento pensionistico del Fondo pensione dei medici specialisti .....	I-6463
3. Il regime pensionistico dei medici specialisti .....	I-6465
III — Le cause a quibus .....	I-6467
IV — Ricevibilità .....	I-6469
V — Portata delle questioni sollevate .....	I-6469
VI — La seconda questione: gli artt. 5 e 85 del Trattato .....	I-6470
1. Il diritto della concorrenza e le professioni liberali .....	I-6471
2. Applicabilità ratione materiae dell'art. 85, n. 1 .....	I-6476
3. La decisione di un'associazione di imprese .....	I-6479
a) I medici specialisti sono imprese? .....	I-6479
b) Quando istituiscono un regime pensionistico di categoria, i medici specialisti agiscono in qualità di consumatori ovvero come imprese? .....	I-6481
c) La LSV ha agito come un'associazione di imprese? .....	I-6482
4. La restrizione della concorrenza .....	I-6484
a) L'elemento sostanziale: l'armonizzazione dei costi e delle prestazioni delle pensioni integrative nell'ambito della categoria professionale .....	I-6484
b) L'elemento istituzionale: l'istituzione di una persona giuridica per gestire il regime pensionistico e controllarne il rispetto .....	I-6486
c) L'elemento politico: la domanda al Ministro .....	I-6488
5. Il rapporto tra l'art. 5 e l'art. 85, n. 1 .....	I-6488
VII — La prima questione: la qualificazione del Fondo come impresa .....	I-6490
VIII — La terza questione: gli artt. 90, n. 1 e 86 del Trattato .....	I-6492
1. L'applicabilità degli artt. 90, n. 1, e 86 .....	I-6493

\* — Lingua originale: l'inglese.

2. Violazione degli artt. 90, n. 1, e 86 .....	I-6494
a) Le norme che concedono al Fondo un diritto d'assicurazione esclusivo ....	I-6494
b) Le norme relative all'esenzione dall'iscrizione obbligatoria .....	I-6495
IX — Conclusione .....	I-6496

## I — Introduzione

1. Nelle presenti cause il *Kantongerecht Nijmegen* (Tribunale cantonale di Nimega), chiede alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni riguardanti la compatibilità del sistema olandese di iscrizione obbligatoria a regimi pensionistici di categoria con le regole in materia di concorrenza del Trattato CE. Tali questioni sono state sollevate nel contesto di procedimenti intentati da diversi medici specialisti contro ingiunzioni del fondo pensionistico olandese di categoria dei medici specialisti, aventi ad oggetto il pagamento dei contributi relativi al regime pensionistico integrativo del fondo stesso.

2. In sostanza la questione di diritto comunitario è se le disposizioni olandesi sull'iscrizione obbligatoria a regimi pensionistici integrativi di categoria violino gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 CE e 81 CE), o gli artt. 90, n. 1 e 86 del Trattato CE (divenuti artt. 86, n. 1, CE e 82 CE). Riguardo agli artt. 5 e 85 costituisce questione preliminare se, ed in caso affermativo a quali condizioni, decisioni di associazioni professionali adottate nell'ambito dell'istituzione di un regime pensionistico obbligatorio di categoria possano essere contrarie all'art. 85, n. 1. Quanto

agli artt. 90, n. 1 e 86 la questione preliminare è se un organismo, quale il fondo in questione, debba essere considerato impresa ai fini del diritto comunitario della concorrenza.

3. Le questioni sollevate, nonché il loro contesto procedurale e normativo, sono fondamentalmente identiche alle ultime tre questioni sottoposte alla Corte dallo Hoge Raad nella causa Van Schindel<sup>1</sup>. Tuttavia, in quella causa, alla luce delle risposte date alle altre domande, la Corte non ebbe a considerare le questioni di merito di diritto della concorrenza.

4. Peraltro, le cause in esame sollevano tematiche simili a quelle affrontate recentemente nelle cause Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken<sup>2</sup> e la Corte ha deciso di sospendere il procedimento nelle presenti cause sino alla sentenza relativa a tali cause precedenti. Per evitare ripetizioni mi riferirò ampiamente alle conclusioni e alle tre sentenze relative a dette cause. Quando si traggono delle analogie si deve tuttavia

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

2 — V. le mie conclusioni 28 maggio 1999 e sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany International; cause riunite C-115/97, C-116/97 e C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming (Racc. pag. I-6025), e causa C-219/97, Drijvende Bokken (Racc. pag. I-6121).

tener presente che tali cause riguardavano fondi pensionistici settoriali, istituiti sulla base di accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro, che fornivano pensioni integrative ai lavoratori in determinati settori dell'industria, mentre le presenti cause riguardano un fondo pensione istituito dai membri di una categoria professionale che fornisce prestazioni pensionistiche a membri della categoria professionale medesima.

— In secondo luogo, nella maggior parte dei casi la pensione di base è completata da pensioni integrative fornite nel contesto di un'attività subordinata o autonoma. Queste pensioni del secondo pilastro in genere sono erogate mediante regimi collettivi riguardanti un settore dell'industria, una professione ovvero i lavoratori di un'impresa.

## II — Il contesto nazionale

— Infine, ai primi due elementi del reddito pensionistico possono aggiungersi a titolo complementare e su base volontaria contratti pensionistici individuali o di assicurazione sulla vita (terzo pilastro).

5. Si deve ricordare che il sistema pensionistico olandese si basa su tre pilastri:

— Innanzi tutto, la legge prevede una pensione minima garantita dallo Stato ai sensi della *Algemene Ouderdomswet* (legge generale sulle pensioni d'anzianità, in prosieguo: l'«AOW») e della *Algemene Nabestaanden Wet* (legge generale sui benefici per i superstiti, in prosieguo: l'«ANW»). Questo primo pilastro ha la funzione di fornire a tutta la popolazione un reddito di base, che rappresenta una certa percentuale del salario minimo. Il beneficio viene ridotto per ogni anno durante il quale il soggetto non è stato assicurato. La partecipazione è obbligatoria.

6. Le presenti cause riguardano un fondo pensione del secondo pilastro che eroga pensioni integrative ai membri di una categoria professionale, segnatamente i medici specialisti. Il fondo in questione è per molti versi simile allo *Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten* (fondo pensione dei fisioterapisti) in questione nella causa Van Schindel.

7. I fondi di questo tipo sono in primo luogo disciplinati dalla *Wet betreffende verplichte deelneming in een beroeps pensioenregeling* (legge sull'iscrizione obbligatoria a un regime pensionistico di categoria,

in prosieguo: la «BprW») del 29 giugno 1972<sup>3</sup>. Questa legge è in certa misura modellata sulla *Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds* (legge sull'iscrizione obbligatoria a un fondo pensione settoriale, in prosieguo: la «BPW») del 17 marzo 1949, di cui si è trattato nelle summenzionate cause Albany, Brentjens e Drijvende Bokken. Le altre norme applicabili sono gli statuti e i regolamenti di questi fondi.

mente pubblicata e gli interessati possono presentare osservazioni<sup>4</sup>. Prima di prendere la propria decisione il Ministro può consultare il *Sociaal-Economische Raad* (Comitato economico e sociale) o la *Verzekeringkamer* (Camera delle assicurazioni).

### 1. La legge sull'iscrizione obbligatoria a un regime pensionistico di categoria

8. Ai sensi dell'art. 1, n. 1, lett. b), della BprW il *beroepsgenoot* (professionista) è la persona fisica che, in un dato settore professionale, esercita la professione corrispondente a tale settore.

9. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, della BprW il Ministro degli affari sociali può, su domanda di una o più organizzazioni professionali a suo avviso sufficientemente rappresentative, stabilire l'obbligatorietà dell'iscrizione ad un regime pensionistico di categoria (*beroepspensioenregeling*) istituito dai membri di tale professione per tutti o per certi gruppi di persone appartenenti alla professione interessata. La domanda dell'organizzazione professionale rivolta al Ministro deve essere preventiva-

10. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, questo regime pensionistico professionale può assumere una delle tre seguenti forme:

- a) Viene istituito un fondo pensione di categoria che agisce quale unico organismo di gestione (*uitvoeringsorgaan*) del regime pensionistico.
- b) I membri della professione devono conformarsi alle regole del regime pensionistico mediante contratti di assicurazione individuali da concludersi a loro scelta con il fondo pensione di categoria di cui alla lett. a), qualora il regime pensionistico conceda tale possibilità, oppure con un assicuratore debitamente autorizzato.
- c) Una parte del regime pensionistico prede la forma di cui alla lett. a) e la restante parte la forma sub lett. b).

11. Dagli atti di causa risulta che, tenuto conto della considerevole dimensione dei loro regimi pensionistici di categoria, sia i medici specialisti sia i medici generici hanno optato per la forma sub c). Gli altri dieci regimi di categoria hanno assunto la formula sub a).

12. A norma dell'art. 2, n. 3, della BprW, l'iscrizione può essere resa obbligatoria solo qualora venga costituita una persona giuridica (*rechtspersoon*) che agisca, in via alternativa:

- a) quale fondo pensione che gestisce il regime pensionistico;
- b) quale organo di sorveglianza che controlla il rispetto da parte dei membri della categoria dell'obbligo di assicurarsi ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. b) della BprW;
- c) oppure in parte quale fondo pensione e in parte in qualità di organo di sorveglianza.

13. L'iscrizione obbligatoria comporta per tutti gli interessati l'obbligo di rispettare gli statuti e i regolamenti della persona giuri-

dica competente<sup>5</sup>. Sono previste sanzioni per la violazione di tale obbligo<sup>6</sup>. I fondi pensione di categoria possono adottare ingiunzioni esecutive per recuperare i contributi non versati<sup>7</sup>.

14. Il Ministro competente ha il potere di abolire l'obbligo di iscrizione. L'obbligatorietà cessa automaticamente qualora la dotazione finanziaria del fondo o gli statuti e i regolamenti della persona giuridica siano modificati, salvo che il Ministro competente dichiari che nulla osta alle modifiche<sup>8</sup>.

15. Alcune condizioni devono essere soddisfatte prima che il Ministro possa rendere l'iscrizione obbligatoria. Ad esempio, i membri devono essere stati informati per tempo dell'intenzione dell'organizzazione professionale di domandare una decisione che renda l'iscrizione obbligatoria, il regime deve possedere una solida dotazione finanziaria risultante da una valutazione attuariale motivata, gli statuti e i regolamenti della persona giuridica devono possedere i requisiti richiesti dalla BprW e devono salvaguardare a sufficienza gli interessi degli affiliati e di altre persone interessate<sup>9</sup>.

5 — Art. 2, n. 4, della BprW.

6 — Art. 27 della BprW.

7 — Art. 31 della BprW.

8 — Art. 2, nn. 6 e 7, della Bprw.

9 — Art. 5 della BprW.

16. L'art. 8, n. 1, della BprW precisa varie materie che devono essere affrontate negli statuti e nei regolamenti della persona giuridica, come ad esempio la definizione della professione cui si applica il regime pensionistico, la gestione della persona giuridica, i diritti e le obbligazioni degli iscritti e l'atteggiamento da adottare nei confronti delle persone che per motivi morali sono contrarie ad ogni forma di assicurazione.

17. L'art. 8, n. 2, precisa altri aspetti che devono essere regolati negli statuti e nei regolamenti della persona giuridica, qualora essa agisca in qualità di fondo pensione che gestisce il regime pensionistico. Tali aspetti riguardano, ad esempio, la composizione delle entrate e degli investimenti del fondo.

18. L'art. 8, n. 3, abilita il ministro ad adottare linee guida (*richtlijnen*) relative alle materie indicate nei primi due paragrafi. Linee guida sono state adottate con riferimento all'atteggiamento da adottare nei confronti delle persone che per motivi morali sono contrarie ad ogni forma di assicurazione. Tali persone sono esentate dal partecipare ad un regime pensionistico di categoria se possono dimostrare di non ricorrere a nessuna forma d'assicurazione.

19. Gli artt. 9 e 10 della BprW stabiliscono le modalità secondo le quali un fondo

pensione di categoria deve amministrare i fondi raccolti. In linea di principio i fondi pensione devono trasferire o riassicurare il rischio legato agli obblighi pensionistici mediante la conclusione di accordi con compagnie assicurative (art. 9). In via eccezionale, qualora abbia presentato alle autorità di vigilanza competenti una piano di gestione e una valutazione attuariale che illustri il modo in cui il fondo si propone di gestire il rischio finanziario e attuariale e qualora la Camera delle assicurazioni abbia concesso la sua approvazione, il fondo può amministrare e investire direttamente e a proprio rischio i capitali raccolti (art. 10).

20. La contabilità di un fondo che amministra direttamente i contributi raccolti deve dimostrare che il suo capitale e le sue entrate sono sufficienti a coprire i suoi obblighi previdenziali<sup>10</sup>. I fondi pensione di categoria sono tenuti a presentare alla Camera delle assicurazioni ad intervalli regolari relazioni che diano un'immagine completa della situazione finanziaria del fondo e dimostrino che il fondo rispetta tutti gli obblighi di legge<sup>11</sup>. La Camera delle assicurazioni esercita un controllo costante sui vari fondi pensione integrativi di categoria dei Paesi Bassi.

21. A norma dell'art. 26 della BprW in casi particolari il Ministro può accordare una deroga ad una serie di regole della BprW. Può, ad esempio, concedere un'esenzione dall'obbligo di iscrizione. L'esenzione può

10 — Art. 12 della BprW.

11 — Art. 9, nn. 2 e 3 e art. 10, nn. 2 e 4 della BprW.

essere limitata nel tempo o soggetta a condizioni.

22. Secondo il governo olandese l'esenzione ministeriale può essere concessa solo qualora, tenuto conto delle specifiche circostanze del caso, la sistematica applicazione della BprW pregiudicherebbe in modo sproporzionato gli interessi individuali e qualora il fondo interessato non abbia previsto adeguate soluzioni alternative. Nondimeno, la domanda di esenzione ministeriale non può essere considerata un rimedio contro la decisione di un determinato fondo di non concedere una deroga all'iscrizione obbligatoria.

23. L'esenzione di cui all'art. 26 della BprW non può essere accordata sulla base di ragioni di ordine esclusivamente morale o di interesse pubblico. In genere prima di adottare una decisione il Ministro sente la Camera delle assicurazioni. In pratica, domande di esenzione ai sensi dell'art. 26 della BprW sono state presentate solo raramente e ancora nessuna è stata mai accolta. La decisione del ministro può essere impugnata secondo i principi generali del diritto amministrativo olandese.

24. Dalle note esplicative del disegno di legge della BprW<sup>12</sup> risulta che detta legge intende fare in modo che «il reddito post-lavorativo rifletta la crescita generale dei

livelli di reddito», che «i membri più giovani della professione concorrano, mediante un sistema di contribuzioni medie tecniche e relative varianti, ai crescenti oneri della previdenza a favore dei membri più anziani», e «provvedere all'attribuzione di diritti a pensione per periodi anteriori all'entrata in vigore del regime». Il raggiungimento di tali obiettivi per mezzo di un sistema di regole comuni sarà «possibile solo a condizione che (tali regole) si applichino in linea di principio a tutti i membri della professione interessata».

25. Riguardo alla libera concorrenza, durante il dibattito parlamentare<sup>13</sup> il governo olandese ha asserito che:

«(...) la gestione dei fondi pensione settoriali mira a realizzare il miglior regime pensionistico possibile, da un punto di vista sociale, per l'intero gruppo dei partecipanti (giovani e vecchi). Ad avviso del governo, non è concepibile che la situazione sia diversa per i fondi pensione di categoria. Al pari dei fondi pensione settoriali, i fondi pensione di categoria non saranno istituiti come imprese commerciali, ma come organizzazioni aventi finalità sociali che funzionino nel miglior modo possibile per i loro iscritti nelle loro relazioni sociali reciproche. Pertanto, considerazioni di ordine commerciale possono difficilmente costituire il punto di partenza.

12 — Documenti parlamentari (Kamerstukken) II 1968/1969, 10 216, n. 3, pag. 9.

13 — Memorandum di risposta, Bijlagen Hand. TK 1969/1970, 10216, n. 5, pag. 2.

In questo contesto, l'ammontare dei contributi dei membri della professione non dovrebbe essere determinato tanto dal fatto se "forse essi possono trovare sul mercato qualcosa di meglio e a prezzo inferiore", ma piuttosto dal grado di solidarietà nell'ambito della professione interessata».

26. Il governo ha altresì affermato<sup>14</sup>:

«Lo scopo di un disegno di legge quadro come quello di cui trattasi è di servire in modo adeguato gli interessi dei membri della professione interessata presi nel loro insieme. Ciò significa che in linea di principio tutti i membri del particolare settore professionale in discorso dovrebbero essere tenuti a partecipare al fondo pensione. Se in certi casi particolari ciò può condurre ad una situazione in cui è possibile constatare un contrasto con gli interessi individuali di uno o più membri della professione, tale situazione deve in generale essere accettata, dal momento che ogni sistema di regole applicabile ad un gruppo di persone comporta una restrizione alla libertà dei singoli».

## 2. Gli statuti e il regolamento pensionistico del Fondo pensione dei medici specialisti

27. La categoria dei medici specialisti, rappresentata dal Landelijke Specialisten

Vereniging der Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Associazione nazionale degli specialisti della Regia società olandese per la promozione della medicina, in prosieguo: la «LSV») ha istituito nel 1973 un regime pensionistico di categoria (*beroepspensioenregeling*), disciplinato da statuti (*statuten*) e da un regolamento pensionistico (*pensioenreglement*).

28. Secondo quanto stabilito dagli statuti, lo Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Fondo pensione dei medici specialisti, in prosieguo: il «Fondo») è stato costituito come persona giuridica ai sensi dell'art. 2, n. 3, lett. c), della BprW, nella forma di una fondazione (*Stichting*), operante in parte come assicuratore autonomo e in parte come autorità di sorveglianza che controlla il rispetto da parte degli appartenenti alla categoria professionale interessata dell'obbligo di assicurarsi individualmente.

29. L'iscrizione al regime è stata resa obbligatoria in forza dell'art. 2, n. 1, della BprW con decreto ministeriale del 18 giugno 1973<sup>15</sup>, dietro richiesta della LSV. A far data dal 31 gennaio 1977 l'Orde van Medisch Specialisten (l'Ordine dei medici specialisti, in prosieguo: l'«OMS») ha sostituito la LSV nelle sue funzioni di organizzazione rappresentativa della categoria. Dei 15 000 medici specialisti praticanti la professione in modo autonomo o dipendente circa 8 000 sono membri dell'OMS.

14 — Kamerstukken RII 1969/1970, 10216, n. 5, pag. 3.

15 — Staatscourant 1973, n. 121.

30. L'art. 1, n. 1, del regolamento pensionistico definisce i membri del regime come tutti i medici specialisti che siano iscritti all'albo dei medici specialisti riconosciuti di cui al regolamento interno della Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Regia società olandese per la promozione della medicina), che risiedano nei Paesi Bassi, ivi esercitando la professione di medico specialista e che non abbiano ancora raggiunto i 65 anni di età.

31. L'art. 1, n. 2, del regolamento pensionistico conferisce in sostanza a due gruppi di medici specialisti la facoltà di chiedere l'esenzione dall'iscrizione. Il primo gruppo è quello dei medici specialisti che in un dato anno presumono di esercitare la loro professione esclusivamente nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato nel quale sono coperti da un altro regime pensionistico, come ad esempio un regime retto dalla BPW o un regime istituito dal datore di lavoro prima del 1972, che garantisca prestazioni pensionistiche quantomeno equivalenti a quelle garantite dal Fondo; il secondo è quello dei medici specialisti autonomi il cui reddito sia inferiore ad una soglia relativamente bassa.

32. In risposta a quesiti scritti della Corte, il governo olandese e il Fondo hanno dichiarato che quest'ultimo è vincolato alle condizioni stabilite in tale articolo. Risulta pertanto che esenzioni per altri motivi sono in linea di principio escluse.

33. Quanto al rapporto tra i poteri rispettivi del Ministro ai sensi dell'art. 26 della BprW e del Fondo a norma dell'art. 1, n. 2, del regolamento pensionistico di esentare i membri della professione dall'obbligo dell'iscrizione, il governo olandese ha affermato che la responsabilità principale nell'istituzione e nella gestione del regime pensionistico spetta ai membri della professione. Il ruolo delle autorità pubbliche è solo quello di instaurare un quadro normativo e di garantire il funzionamento del sistema. Di conseguenza, il potere di esenzione del Ministro è sussidiario rispetto al potere o al dovere di esenzione del Fondo. Il Ministro può intervenire solamente laddove le regole applicabili (gli statuti, il regolamento pensionistico, le linee guida ministeriali) non attribuiscono al Fondo il potere di concedere un'esenzione.

34. Conformemente all'art. 44 del regolamento pensionistico, in casi particolari la direzione del Fondo può concedere deroghe al regolamento pensionistico a favore di soggetti iscritti, qualora la deroga non pregiudichi i diritti altrui. Secondo il Fondo tale clausola di «hardship» (*hardeidsclausule*, clausola di avversità) deve applicarsi in situazioni di particolare squilibrio, come, ad esempio, nel caso in cui durante un periodo di iscrizione molto breve un membro acquisirebbe solo diritti di pensione minimi.

35. Ad avviso del governo olandese le decisioni del Fondo riguardanti l'obbligo

di iscrizione e le relative esenzioni sono soggette a sindacato giurisdizionale conformemente al diritto amministrativo generale (*Algemene wet bestuurecht*), nonostante il fatto che il Fondo sia costituito in forma di fondazione di diritto privato.

deceduto fino al loro diciottesimo anno di età, con una possibile estensione fino al ventisettesimo anno;

### 3. Il regime pensionistico dei medici specialisti

36. Il regime pensionistico dei medici specialisti, come descritto nei dettagli nel regolamento pensionistico del Fondo, contiene essenzialmente i seguenti elementi:

- a) una pensione di vecchiaia che deve essere versata dal sessantacinquesimo compleanno del membro iscritto;
- b) una pensione a favore del coniuge superstite, corrispondente in linea di principio al 70% della pensione di vecchiaia del membro costituita in costanza di matrimonio, che deve essere versata al coniuge superstite del membro deceduto;
- c) una pensione a favore degli orfani corrispondente al 14% (28%, nel caso entrambi i genitori siano deceduti) della pensione di vecchiaia del membro, da versarsi ai figli del membro

d) un meccanismo d'indicizzazione che collega la pensione alla generale crescita del livello dei redditi;

e) dei diritti a pensione retroattivi, con riferimento a periodi precedenti all'istituzione del regime;

f) in caso di incapacità ad esercitare la professione per invalidità, la continuazione della maturazione dei diritti a pensione mediante il pagamento da parte del Fondo dei contributi dovuti;

g) prestazioni di reversibilità complementari (*Risicoregeling*) a favore di vedove, vedovi e orfani, qualora un membro iscritto sia deceduto prima del raggiungimento dei sessantacinque anni. Più il membro deceduto è giovane, maggiore sarà la prestazione complementare di reversibilità.

37. I diversi elementi del regime pensionistico sono soggetti a due regimi assicurativi differenti.

38. La prima parte del regime, cosiddetta *normpensioen* (pensione di riferimento), comprende fundamentalmente la pensione di vecchiaia, la pensione a favore del coniuge superstite e la pensione a favore degli orfani [elementi di cui alle lettere a) - c)], *secondo il loro valore nominale*, cioè senza adeguamento delle prestazioni pensionistiche alla generale crescita del livello dei redditi conformemente all'elemento sub d).

39. Può essere utile dare un esempio della determinazione della *normpensioen* (secondo le regole in vigore nel 1998). Il regime pensionistico esige che per ogni anno un iscritto non coniugato costituisca un diritto a pensione nominale di NLG 1 194,58. Nel caso in cui tale membro sia coniugato, egli deve costituire altresì un diritto supplementare a pensione di NLG 836,47. Quindi un medico specialista di trentacinque anni non coniugato, iscritto nel 1998, dovrà aver costituito nel 2028, nell'arco di un periodo di trent'anni di iscrizione, un diritto nominale di pensione annuale — la *normpensioen* — di NLG 35 848,80.

40. Riguardo all'assicurazione relativa alla *normpensioen* la categoria professionale dei medici specialisti ha optato per la soluzione di cui all'art. 2, n. 2, lett. b), della BprW. I membri della categoria professionale sono obbligati ad assicurare la *normpensioen* mediante la conclusione di contratti di assicurazione individuali, ma possono scegliere se concludere tali contratti con il Fondo o con una compagnia assicurativa debitamente autorizzata. Ogni cinque anni i membri affiliati possono rivedere la loro scelta. Il fondo controlla che i membri rispettino i loro obblighi assicurativi.

41. Una compagnia assicurativa che fornisca l'assicurazione della *normpensioen* deve concludere un accordo con il Fondo. Per molti versi il Fondo agisce come intermediario tra i medici specialisti e l'assicuratore, ad esempio, raccogliendo i contributi per la *normpensioen* e trasferendoli poi all'assicuratore.

42. Il Fondo e la compagnia assicurativa fissano i rispettivi premi per la *normpensioen* su base attuariale. I premi da versare variano a seconda del sesso, dell'età e del reddito dell'iscritto, dei costi amministrativi del Fondo o dell'assicuratore e del risultato degli investimenti effettuati dal Fondo o dall'assicuratore.

43. La seconda parte del regime pensionistico comprende gli altri elementi prima menzionati [(lett. d)—g)]. Dal punto di vista finanziario, l'elemento più importante è il meccanismo di indicizzazione [(lett. g)], il quale, mediante un coefficiente di adattamento determinato su base annuale, allinea le pensioni e i diritti a pensione alla crescita dei redditi. Ad esempio, un diritto a pensione di NLG 1 000 «acquisito» nel 1973 valeva NLG 2 074,60 nel 1998. Il diritto nominale a pensione di NLG 35 848,80 di cui all'esempio precedente probabilmente nel 2028 corrisponderà in verità a prestazioni pensionistiche molto più elevate.

44. Per la seconda parte del regime pensionistico la categoria professionale ha optato per la forma prevista dall'art. 2, n. 2,

lett. a), della BprW. Il Fondo amministra questi elementi, i quali non possono essere affidati ad una compagnia assicurativa privata.

molto limitata ed offre solamente prestazioni di reversibilità. I regimi pensionistici di categoria dei medici generici e dei medici specialisti sono di gran lunga i più grandi in termini di capitale investito.

45. Gli elementi di cui alle lett. d)—f) sono finanziati attraverso contributi calcolati su base attuariale. Le riserve per diritti retroattivi a pensione [elemento e)] sono già accantonate. Quindi, i contributi per tale elemento sono attualmente pari a zero. L'elemento g) è finanziato mediante un contributo medio annuo prefissato.

49. Al 31 dicembre 1997, il Fondo contava 5 951 iscritti, 1 063 ex iscritti e 4 220 persone beneficiarie di prestazioni pensionistiche. Quest'ultimo gruppo era composto di 1 238 vedove e vedovi, 185 orfani e 2 797 persone beneficiarie di una pensione di vecchiaia. Alla fine del 1997 il capitale investito del Fondo ammontava a circa NLG 6 600 milioni.

46. Non viene condotta una selezione dei rischi per mezzo di questionari o esami medici.

### III — Le cause a quibus

47. Il Fondo è una organizzazione senza scopo di lucro. I profitti sono distribuiti ai pensionati e ai membri mediante maggioranza dei loro diritti a pensione.

50. I ricorrenti nelle cause a quibus, il signor Pavlov (causa C-180/98), il signor Boetie Van der Schaaf (causa C-181/98), il signor Kooyman (causa C-182/98), il signor Weber (causa C-183/98) e il signor Slappendel (causa C-184/98), sono medici specialisti che esercitano la loro professione in un ospedale di Nimega.

48. Secondo il Fondo nei Paesi Bassi farmacisti, medici generici, veterinari, fisioterapisti, dentisti, ostetriche, avvocati, attuari autonomi, agenti di cambio, contabili e ormeggiatori del porto di Rotterdam hanno istituito altri fondi pensione di categoria. Solo un numero molto limitato di persone partecipa agli ultimi quattro regimi indicati. Il regime degli avvocati ha una portata

51. È pacifico che fino alla fine del 1995 i ricorrenti erano obbligati a rimanere iscritti al Fondo.

52. Tuttavia, essi ritengono che a far data dal 1 gennaio 1996 fosse loro diritto essere esentati dall'iscrizione a norma dell'art. 1, n. 2, del regolamento pensionistico del Fondo<sup>16</sup>. Avendo modificato il loro rapporto contrattuale con l'ospedale in questione, sostengono che da quella data hanno esercitato la loro professione esclusivamente nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, in forza del quale sono obbligatoriamente iscritti ad un regime pensionistico settoriale amministrato dal *Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen* (Fondo pensione settoriale per l'assistenza sanitaria, spirituale e sociale). I ricorrenti hanno pertanto interrotto il versamento dei contributi previdenziali al Fondo.

53. Il Fondo, negando che i ricorrenti stiano svolgendo la loro professione in qualità di lavoratori subordinati, ha emesso ingiunzioni esecutive contro i ricorrenti in relazione ai premi arretrati.

54. I ricorrenti hanno impugnato tali ingiunzioni dinanzi al *Kantongerecht*.

55. Con sentenza non definitiva del 13 febbraio 1998, il *Kantongerecht* ha deciso che, attesa la natura del loro rapporto contrattuale con l'ospedale, i ricorrenti non pote-

vano invocare l'esenzione di cui all'art. 1, n. 2, del regolamento pensionistico del Fondo.

56. Nel corso del procedimento, i ricorrenti hanno altresì sostenuto la contrarietà dell'iscrizione obbligatoria al Fondo a varie disposizioni del Trattato CE.

57. Con ordinanza dell'8 maggio 1998, il *Kantongerecht* ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti tre questioni. Nell'ordinanza di rinvio il *Kantongerecht* afferma che dette questioni ricalcano quelle che in precedenza sono state sollevate dallo *Hoge Raad dei Paesi Bassi* nella causa *Van Schindel*.

«1) Se, in considerazione della portata della *Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (BprW)* (...), un fondo pensionistico di categoria al quale sono tenuti ad aderire tutti i membri di una professione o una o più categorie determinate fra loro in forza e in applicazione della (*BprW*), con gli effetti giuridici (...) a ciò collegati da detta legge, debba essere considerato impresa ai sensi degli artt. 85, 86 o 90 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea.

<sup>16</sup> — *Supra* paragrafi 31-33.

- 2) In caso di soluzione affermativa, se l'imposizione dell'obbligo d'iscrizione al Fondo pensionistico di categoria dei medici specialisti (...) sia una misura adottata da uno Stato membro che annulla l'effetto utile delle regole di concorrenza che si applicano alle imprese, oppure se ciò si verifichi solo in determinate circostanze e, in quest'ultimo caso, in quali.
- 3) In caso di soluzione negativa di quest'ultima questione, se altre circostanze possano rendere l'obbligo d'iscrizione incompatibile con l'art. 90 del Trattato e, in caso affermativo, quali»

strano tuttavia che le informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio sono state sufficienti a consentire alle parti interessate di prendere posizione sulle questioni sollevate. Peraltro, i documenti inviati dal giudice nazionale, le osservazioni scritte e le risposte ai quesiti formulati dalla Corte hanno reso disponibili ulteriori informazioni. Tutte queste informazioni sono state inserite nella Relazione d'udienza. Pertanto i governi interessati hanno avuto l'opportunità di sviluppare le proprie osservazioni all'udienza.

60. Da queste circostanze e dai punti 38 - 44 della sentenza Albany consegue che le questioni sollevate sono ricevibili.

#### IV — Ricevibilità

58. Ad avviso del governo ellenico le questioni sono irricevibili. Secondo il suo punto di vista, il fatto che il giudice remittente non descriva sufficientemente il contesto fattuale e normativo rende praticamente impossibile per i Governi interessati formulare osservazioni scritte sulle problematiche sollevate dalla domanda pregiudiziale.

59. Le osservazioni presentate dal governo olandese e dal governo francese, dalla Commissione, nonché dal governo ellenico (nel caso la Corte dovesse considerare le questioni pregiudiziali ricevibili) dimo-

#### V — Portata delle questioni sollevate

61. Conformemente all'analisi della Corte delle questioni pressoché identiche della causa Albany, tre punti devono essere affrontati.

62. Innanzi tutto, il fatto che le pubbliche autorità rendano obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria su domanda di un'organizzazione professionale che rappresenta i membri di tale

categoria professionale viola gli artt. 5 e 85 del Trattato? (seconda questione).

63. In secondo luogo, un fondo pensione di categoria, quale quello di cui trattasi in questa sede, costituisce un'impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del Trattato? (prima questione).

64. Infine, uno Stato membro, istituendo un sistema di iscrizione obbligatoria a regimi previdenziali di categoria, come quello previsto nei Paesi Bassi, e rendendo obbligatoria l'iscrizione ad un particolare regime pensionistico di categoria nel contesto di tale sistema, viola gli artt. 90 e 86 del Trattato? (terza questione).

65. Come nella causa Albany, la terza questione del giudice nazionale potrebbe essere anche intesa come vertente sulla compatibilità del sistema olandese con il combinato disposto dell'art. 90 e degli artt. 52 e seguenti e 59 e seguenti del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, rispettivamente art. 43 CE e seguenti e art. 49 CE e seguenti).

66. Tuttavia, nulla indica che le parti o il giudice nazionale abbiano discusso dell'applicabilità delle regole sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi ovvero che la causa presenti diretta-

mente un elemento trasfrontaliero. Peraltro, la questione ricalca l'ultima questione della causa Van Schindel<sup>17</sup>. In quella causa lo Hoge Raad aveva espressamente rifiutato di sollevare una questione relativa alle libertà fondamentali del Trattato. Pertanto, la questione deve essere interpretata come riguardante esclusivamente agli artt. 90 e 86 del Trattato.

#### VI — La seconda questione: gli artt. 5 e 85 del Trattato

67. È pacifico che nel 1973 la LSV, all'epoca organizzazione professionale rappresentativa dei medici specialisti olandesi, ha istituito il *beroepspensioenregeling* (il regime pensionistico di categoria) sopra descritto. Secondo il Fondo a quel tempo tutti i membri della LSV erano medici specialisti autonomi. In seguito la LSV ha chiesto al ministro competente di rendere obbligatoria l'iscrizione al regime. Il ministro ha accolto tale domanda e ha emanato un decreto che ha reso obbligatoria l'iscrizione al regime della LSV per tutti i medici specialisti stabiliti nei Paesi Bassi.

68. Il Kantongerecht dubita della compatibilità di tale decreto con gli artt. 5 e 85 del Trattato. Il ragionamento sotteso potrebbe

<sup>17</sup> — Cause riunite C-430/93 e C-431/93, citata alla nota 1.

essere parafrasato come segue<sup>18</sup>. I medici specialisti sono imprese ai fini delle regole di concorrenza. L'istituzione del *beroeps-pensioenregeling* da parte della LSV deve essere considerata come decisione di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1. Tale decisione limita la concorrenza tra i medici specialisti e la concorrenza sul mercato delle assicurazioni previdenziali e inoltre incide sul commercio tra Stati membri. Vi è dunque violazione dell'art. 85, n. 1. Rendendo obbligatoria l'iscrizione a tale regime previdenziale, i Paesi Bassi hanno favorito l'adozione di una decisione contraria all'art. 85, n. 1 e/o ne hanno rinforzato gli effetti. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, il decreto è pertanto contrario agli artt. 5 e 85.

69. Il Fondo, il governo olandese e la Commissione, avanzando una serie di argomenti, sostengono tutti che non vi sia violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato. Affermano che l'art. 85 è inapplicabile *ratione materiae*, che non sussiste un accordo tra imprese o una decisione di un'associazione di imprese, che la concorrenza non è ristretta in misura sensibile, che non vi è incidenza sul commercio tra gli Stati membri, che l'art. 5 non è applicabile dal momento che l'art. 90, n. 1, costituisce legge speciale e che, in ogni caso, il sistema olandese è giustificato per motivi di interesse pubblico.

18 — V. anche le argomentazioni sollevate nelle cause Albany, *Drijvende Bokken* e *Brentjens* riassunte ai paragrafi 73-76 delle mie conclusioni nella causa Albany, citata alla nota 2.

70. I ricorrenti nelle cause a quibus non hanno presentato osservazioni alla Corte. Il governo ellenico e quello francese nelle loro osservazioni non hanno affrontato il problema.

71. Questa causa evoca tra l'altro la tematica del rapporto tra le regole di concorrenza del Trattato e le professioni liberali. Dal momento che quella in esame è la prima causa che riguarda una professione liberale classica, segnatamente i medici<sup>19</sup> e siccome è probabile che la tematica diventi più importante in un futuro prossimo<sup>20</sup>, è forse utile procedere a qualche notazione preliminare prima di cominciare ad esaminare gli artt. 5 e 85, n. 1.

### 1. Il diritto della concorrenza e le professioni liberali

72. Nella presente sezione, quando parlo delle «professioni liberali» mi riferisco ai medici, agli avvocati, agli architetti e alle professioni simili<sup>21</sup>.

19 — La Corte ha già avuto modo di esaminare la fissazione delle tariffe degli spedizionieri doganali italiani nella sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia* (Racc. pag. I-3851).

20 — Attualmente vi sono varie cause pendenti dinanzi alla Corte e al Tribunale di primo grado riguardanti la fissazione delle tariffe e delle spese degli avvocati (causa C-35/99, *Arduino*) e degli architetti (causa C-221/99, *Conte*) il divieto di associazione tra avvocati e contabili (causa C-309/99, *Wouters e a.*) e le regole di condotta professionale dell'Institute of Professional Representatives before the European Patent Office (causa T-144/99, *EPI/Commissione*).

21 — In merito ai problemi per individuare una definizione precisa v. oltre, il paragrafo 83.

73. Dal punto di vista del diritto della concorrenza le caratteristiche tipiche dei mercati dei servizi delle professioni liberali sono le seguenti<sup>22</sup>.

74. Innanzi tutto i professionisti detengono spesso un monopolio legale per la fornitura dei loro servizi (ad esempio i medici per la prestazione di servizi sanitari, gli avvocati per la difesa in giudizio, i farmacisti per la vendita di medicine).

75. In secondo luogo, molte professioni prendono parte al controllo sull'accesso alla professione. Laddove gli Stati conservino la decisione finale riguardo all'accesso, nondimeno i membri della professione, ad esempio, fissano periodi di praticantato necessari, controllano il contenuto degli studi o organizzano esami e agiscono in qualità di esaminatori. Talvolta le professioni possono persino determinare esse stesse il numero dei nuovi membri che ogni anno possono accedere alla professione.

76. In terzo luogo, la pubblicità è sovente limitata. Le regole in materia di norma sono redatte dalla categoria professionale e vengono sanzionate da organismi di disciplina o attraverso i giudici. Tali regole vanno dal divieto assoluto di ogni forma di pubblicità a divieti più circoscritti, relativi

alla pubblicità dei prezzi o delle qualità dei servizi offerti.

77. In quarto luogo, talune professioni liberali partecipano alla determinazione dei costi e delle tariffe obbligatorie delle loro prestazioni. La regolamentazione possibile va dalla fissazione di tariffe minime da parte della professione stessa, alla fissazione di tariffe massime da parte dello Stato previa consultazione della categoria professionale interessata.

78. Infine, la possibilità di esercitare la professione nell'ambito di certe strutture imprenditoriali è per molte categorie professionali limitata. Ad esempio, ai membri della categoria professionale può essere vietato costituire società a responsabilità limitata o creare forme di associazione o rapporti di lavoro con persone appartenenti ad un'altra professione (come gli avvocati e i contabili).

79. Coloro che si oppongono a queste regole sostengono che esse rappresentano delle restrizioni della concorrenza e che non vi è una valida ragione per la quale dovrebbero essere permesse nell'ambito delle professioni liberali, visto che tali restrizioni sono proibite su altri mercati di beni e di servizi.

80. I sostenitori affermano che i mercati dei servizi professionali non possono essere paragonati a mercati «normali», che in realtà la concorrenza all'interno di ogni

22 — V. «Competition policy and the Professions», Parigi, OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), 1985.

categoria professionale è forte, che le restrizioni all'accesso e a certe pratiche commerciali sono necessarie per garantire un alto livello qualitativo e che è troppo semplicistico assumere che coloro che esercitano professioni liberali siano o dovrebbero essere mossi esclusivamente da considerazioni di profitto.

81. Questi punti di vista contrastanti hanno condotto ad intensa litigiosità e a dibattiti accademici e politici in numerosi ordinamenti nazionali di diritto della concorrenza<sup>23</sup>. La stessa cosa è destinata a verificarsi nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza<sup>24</sup>.

82. A tale proposito, le presenti cause sono atipiche poiché riguardano la decisione di un'associazione professionale su pensioni integrative e non su una delle cinque categorie di regole sopra indicate. Tuttavia, il giudizio della Corte nelle presenti cause contribuirà a definire il contesto nel quale in futuro si dovrà valutare la condotta e la regolamentazione delle professioni. È

necessario pertanto tenere presenti tre difficoltà ricorrenti.

83. Innanzi tutto, è errato pensare alle professioni liberali come ad una categoria omogenea di operatori economici. Ogni categoria professionale fornisce servizi complessi. La natura di tali servizi varia non solo tra professioni diverse (come gli architetti e i medici), ma anche all'interno di una medesima professione (come i chirurghi e gli psichiatri). In prospettiva internazionalistica, professioni apparentemente identiche possono richiedere tipi di formazione differenti e fornire servizi di natura diversa a seconda degli ordinamenti nazionali (gli architetti, i notai). Queste differenze sono evidenziate dalle difficoltà nell'individuare una definizione delle professioni liberali<sup>25</sup> comunemente accettata.

84. In secondo luogo, da un punto di vista economico i mercati dei servizi professionali si differenziano per due importanti aspetti dai normali mercati di beni e di servizi.

85. Vi sono, innanzitutto, le cosiddette esternalità. Le esternalità rappresentano vantaggi o perdite (normalmente per la

23 — V. «Competition policy and the Professions», citata alla nota 22, pag. 20 – 31.; per un più recente resoconto della situazione in Germania, in Gran Bretagna, ed in Francia, v. Michael König, «Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt», Baden Baden, 1997.

24 — V., ad esempio, C.D. Ehlermann, «Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 1993, pag. 136; L. Idot, «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», *Journal des Tribunaux, Droit Européen*, 1997, pag. 73; A. Riesenkampff, S. Lehr, «Membership of Professional Associations and Articles 85 of the EC Treaty», *World Competition*, 1996, pag. 57; H. Nyssens, «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», *Revue de Droit Commercial Belge*, 1999, pag. 475.

25 — Il Bundesverfassungsgericht (Germania) ha affermato che una definizione giuridica delle professioni liberali («freie Berufe», in tedesco) è semplicemente impossibile: BverfGE 10, 354 (364); per un tentativo di definire le caratteristiche essenziali delle professioni v. «Competition Policy and the Professions», citata alla nota 22, pag. 9-13.

società nel suo insieme) che non hanno un prezzo<sup>26</sup>. Esternalità positive possono risultare, ad esempio, da scoperte scientifiche, esternalità negative da un contratto redatto malamente. È ovvio che di regola servizi professionali di alta qualità comportano esternalità positive e che opposta sarà la conseguenza di servizi di bassa qualità. Peraltro, la domanda di servizi professionali è spesso di tipo derivato, il che significa che il loro risultato (il parere di un avvocato, il progetto di un architetto) costituisce un bene intermedio di una più lunga catena produttiva. La qualità di tali servizi gioca pertanto un ruolo cruciale quale uno dei fattori decisivi in molti settori dell'economia di un Paese. La conclusione che se ne deve trarre è che i professionisti servono non solo il cliente, ma forniscono anche benefici per il pubblico in genere, il che significa che la società ha un interesse particolare a mantenere ad un alto livello la qualità media delle loro prestazioni.

pio, quando compra un formaggio), ma solamente dopo averne fruito. Ancor peggio, potrebbe non essere mai in grado di comprendere fino in fondo se il professionista (un dottore, un architetto o un avvocato) ha fornito un servizio di alta qualità. Ciò significa che per i professionisti — i quali determinano autonomamente quanta attenzione prestare ad un cliente — vi sono forti incentivi verso una qualità deliberatamente più bassa al fine di risparmiare tempo o danaro, ovvero per indurre i clienti a ricorrere ulteriormente ai loro servizi senza necessità. Tutti i metodi usualmente utilizzati per superare o attenuare gli effetti negativi dell'informazione asimmetrica, o in altre parole per prevenire «un corsa verso il fondo», possono reperirsi nelle professioni liberali. Gli esami d'ammissione hanno lo scopo di garantire un alto livello iniziale di competenze. Regole di responsabilità, le conseguenze di una buona o cattiva reputazione e regimi di certificazione costituiscono incentivi a sfruttare appieno tali competenze. La pubblicità è considerata da alcuni un mezzo per superare o attenuare l'asimmetria, mentre altri sostengono che la pubblicità esasperebbe i problemi. La conclusione che se ne deve trarre è che, al fine di contrastare gli effetti dell'asimmetria, è necessario un certo livello di regolamentazione di questi mercati.

86. Vi è quindi l'importante problema della cosiddetta informazione asimmetrica. Siffatta asimmetria tra il venditore e l'acquirente si verifica quando l'acquirente non può valutare compiutamente la qualità del prodotto che riceve<sup>27</sup>. Per le professioni liberali il problema è particolarmente acuto a causa della natura altamente tecnica dei servizi. Il consumatore non può valutare la qualità di tali servizi esaminandoli prima dell'acquisto (come potrebbe fare, ad esem-

87. La terza difficoltà ricorrente è di natura giuridica. Deriva dalla relazione tra regolamentazione statale e autoregolamentazione professionale. In molti sistemi lo Stato delega poteri regolamentari agli orga-

26 — V. D. W. Carlton, J. M. Perloff, «Modern Industrial Organisation», 2° ed., New York, 1994, pag. 115.

27 — V. «Modern Industrial Organisation», op. cit. nota 26, pag. 558.

nismi professionali. Questi organismi possono anche essere retti dal diritto pubblico. La loro difesa in controversie in materia di concorrenza comprenderà sovente argomentazioni fondate sulla loro relazione con lo Stato. Sosterranno, ad esempio, che il legislatore si attendeva o ha incoraggiato il comportamento oggetto di sindacato o addirittura ha obbligato l'organismo a tenerlo (la cosiddetta «State action defense», eccezione fondata sul comportamento dello Stato). Deve inoltre essere ricordato che in molti sistemi di diritto della concorrenza le misure statali godono di un'immunità dalle regole antitrust. Spesso nelle cause riguardanti le professioni liberali diventa pertanto necessario stabilire in via preliminare chi sia responsabile di un certo comportamento o di una certa regola (lo Stato o la categoria professionale).

88. Le conclusioni che si devono trarre per le presenti cause<sup>28</sup> e più in generale per il diritto comunitario della concorrenza, sono a mio avviso le seguenti.

89. In ragione dell'eterogeneità delle professioni liberali e delle specificità dei mercati sui quali operano non si può applicare una formula generale; occorrerà valutare attentamente in ogni fattispecie se una certa restrizione di comportamento conduce in effetti ad una restrizione della concorrenza

sul mercato interessato ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato<sup>29</sup>.

90. Si dovrà inoltre valutare se l'art. 85, n. 3, (ove applicabile) possa essere interpretato in modo da tener conto di considerazioni relative alla qualità dei servizi professionali e alla importanza di tale qualità per la società nel suo insieme<sup>30</sup>.

91. Sarà quindi necessario applicare con cura le regole relative alle responsabilità rispettive degli Stati membri e delle organizzazioni professionali. La questione decisiva sarà se e a quali condizioni una categoria professionale può avvalersi della «State action defense» e sulla base di quali argomenti uno Stato membro può giustificare il proprio intervento regolamentare sul gioco della concorrenza nell'ambito delle professioni liberali.

92. Concludo la presente sezione con i commenti che seguono. Ho sostenuto che le caratteristiche specifiche dei mercati dei servizi professionali rendono necessaria una qualche forma di regolamentazione. Coloro che si oppongono all'autoregolamentazione professionale sostengono che, dal momento che sussistono pericoli di abusi degli organi di regolamentazione, lo Stato, o quantomeno organi di regolamentazione controllati dallo Stato, dovrebbe

29 — V. anche i paragrafi 251 e 252 delle mie conclusioni nella causa Albany.

30 — V. il paragrafo 193 e la nota 90 delle mie conclusioni nella causa Albany.

28 — Quanto alla pertinenza della prima e della terza delle conclusioni che seguono v. oltre, i paragrafi 137 e 162.

disciplinare le professioni liberali. Tuttavia, in termini economici emerge nuovamente un problema d'informazione. La natura complessa di siffatti servizi e la loro costante evoluzione, indotta da conoscenze in rapida mutazione e dallo sviluppo tecnico, rendono difficile per i parlamenti e per i governi adottare le regole dettagliate e aggiornate necessarie. L'autoregolamentazione ad opera di membri della professione ben informati è spesso più idonea dal momento che permette di reagire con la necessaria flessibilità. La sfida principale per ogni sistema di diritto della concorrenza è pertanto evitare l'abuso dei poteri di regolamentazione, senza eliminare l'autonomia regolamentare delle professioni liberali.

rientra nella sfera di applicazione *ratione materiae* dell'art. 85, n. 1. Entrambi sostengono che la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza Albany,<sup>31</sup> rispetto agli accordi collettivi tra datori di lavoro e lavoratori sui regimi previdenziali settoriali, può applicarsi alle cause in esame. Al punto 64 di tale sentenza la Corte ha statuito che l'accordo in questione, in base alla sua natura e al suo oggetto, non rientrava nella sfera dell'art. 85, n. 1, del Trattato. La Commissione propone una soluzione simile, nel caso in cui la Corte non dovesse accogliere la sua linea argomentativa principale e cioè che i medici specialisti che concludono accordi relativi alle pensioni integrative dovrebbero essere qualificati come consumatori e non come imprese<sup>32</sup>.

93. Sulla scorta di queste notazioni e alla luce delle osservazioni delle parti mi volgo ora all'esame degli artt. 85, n. 1 e 5 del Trattato.

## 2. Applicabilità *ratione materiae* dell'art. 85, n. 1

94. Secondo il Fondo e il governo olandese la decisione dei medici specialisti di istituire un regime previdenziale di categoria e di richiedere al ministro competente di rendere obbligatoria l'iscrizione al regime non

95. Il Fondo e il governo olandese sostengono innanzitutto che non vi è una differenza significativa tra la normativa olandese relativa ai regimi previdenziali settoriali e a quelli di categoria. La direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/49/CE relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità europea<sup>33</sup> non distingue tra le pensioni dei lavoratori subordinati e quelle dei lavoratori autonomi. Inoltre vari elementi del ragionamento della sentenza Albany possono essere direttamente applicati alle presenti

31 — Citata alla nota 2.

32 — V. oltre paragrafi 114-121.

33 — GU L 209, pag. 46.

cause: gli artt. 3, lett. i) e 2 del Trattato<sup>34</sup> sono del pari rilevanti, anche nelle presenti cause la decisione è stata adottata a seguito di contrattazione collettiva<sup>35</sup> e l'obiettivo sociale della decisione è identico a quello nella causa Albany<sup>36</sup>.

96. Ritengo, innanzi tutto, che la sentenza Albany in quanto tale si limiti chiaramente al caso particolare degli accordi collettivi tra datori di lavoro e lavoratori relativi alle condizioni di lavoro e d'occupazione.

97. Ciò risulta già dal ragionamento di cui ai punti 53 - 60 della sentenza, che può essere riassunto come segue. Il Trattato e l'accordo sulla politica sociale incoraggiano la contrattazione collettiva tra le parti sociali, il che fa pensare che tale tipo di concertazione tra operatori economici è in generale legittima<sup>37</sup>. Per altro verso, è anche chiaro che accordi collettivi tra datori di lavoro e lavoratori relativi ai salari e alle condizioni di lavoro conclusi a seguito di contrattazione collettiva contengono per forza talune restrizioni al gioco della concorrenza<sup>38</sup>. Se il Trattato incoraggia la contrattazione collettiva, l'art. 85, n. 1, non può proibire le conseguenze inerenti alla stessa, ossia talune restrizioni della concorrenza<sup>39</sup>.

98. Questo ragionamento è dunque fondato su due caratteristiche particolari della contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori, e cioè che essa è espressamente incoraggiata dal diritto comunitario e che necessariamente comporta talune restrizioni alla concorrenza. Di conseguenza, ai punti 60 - 64 della propria sentenza, la Corte ha statuito che al fine di godere di un'immunità dalle regole antitrust un determinato accordo deve non solo perseguire un obiettivo sociale, ma deve anche essere di un *tipo* particolare, cioè un accordo collettivo concluso a seguito di contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori.

99. Ritengo inoltre che la speciale immunità degli accordi collettivi tra le parti sociali non possa essere estesa o applicata per analogia ad altri tipi di accordi o decisioni. Deve ricordarsi che l'art. 85, n. 1, riguarda espressamente ogni forma di pratica concordata. Peraltro, nelle presenti cause sono assenti i due elementi decisivi della sentenza Albany. I comportamenti e le regole delle professioni liberali non implicano necessariamente restrizioni alla concorrenza e nessuna norma del Trattato incoraggia espressamente la concertazione tra professionisti autonomi. Di conseguenza, non sussiste quel conflitto tra due ordini di regole del Trattato che nella causa Albany ha richiesto «un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato».

100. In verità il Fondo e il governo olandese stanno invitando la Corte a creare

34 — Punto 54 della sentenza.

35 — Punto 59 della sentenza.

36 — Punto 63 della sentenza.

37 — Punti 54-58 della sentenza.

38 — Punto 59 della sentenza.

39 — Punto 60 della sentenza.

un'immunità antitrust meramente sulla base dell'obiettivo sociale di un accordo. Ciò è confermato dalle loro osservazioni scritte nelle quali hanno sostenuto quanto segue. La decisione della LSV persegue un obiettivo di carattere sociale in quanto mira a fornire pensioni integrative non solo ai membri della categoria professionale, ma anche ai loro coniugi e ai loro figli. Peraltro, le pensioni integrative rappresentano una materia di grande importanza sociale, come ha riconosciuto il legislatore comunitario con l'adozione della menzionata direttiva relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità europea<sup>40</sup>. Infine, dalla giurisprudenza della Corte risulta che gli Stati membri hanno conservato la competenza di disciplinare il proprio sistema di previdenza sociale<sup>41</sup>.

L'immunità antitrust per gli accordi collettivi tra datori di lavoro e lavoratori accettata nella sentenza Albany non è incompatibile con tale giurisprudenza, giacché essa non si basa solamente sulla materia di tali accordi, ma principalmente sul contesto nel quale essi sono conclusi<sup>44</sup>. Inoltre, il fatto che la Comunità persegue una certa politica, come nel settore delle pensioni integrative, non pone tale settore economico al riparo dal diritto della concorrenza<sup>45</sup>. La Corte pertanto ha coerentemente applicato le regole di concorrenza nel settore sociale. I migliori esempi sono le stesse sentenze Albany, Brentjens' e Drijvende Bokken, nelle quali la Corte ha qualificato i fondi pensioni settoriali di cui si trattava come imprese ai fini dell'art. 86 e ha esaminato la compatibilità delle regole in questione con gli artt. 90 e 86 del Trattato.

101. Rispetto ai primi due argomenti di cui sopra, ho già affermato che nel diritto comunitario della concorrenza non esiste un'eccezione generale per il settore sociale<sup>42</sup>. Al contrario di molti ordinamenti nazionali di diritto della concorrenza, le regole comunitarie si applicano virtualmente a tutti i settori dell'economia e ciò perché, conformemente ad una giurisprudenza ben consolidata, i settori non rientranti nella sfera di applicazione del diritto della concorrenza devono essere espressamente menzionati nel Trattato<sup>43</sup>.

102. Quanto al terzo argomento, la competenza degli Stati membri a disciplinare un certo settore non può incidere sul dovere degli stessi<sup>46</sup> (e *a fortiori* sul dovere dei privati) di rispettare i divieti del Trattato.

103. Concludo pertanto che l'art. 85, n. 1, è applicabile *ratione materiae*.

40 — Citata alla nota 33.

41 — Sentenza 7 febbraio 1984, causa 238/82, Duphar (Racc. pag. 523, punto 16).

42 — V. paragrafi 123-130 delle mie conclusioni nella causa Albany, citate alla nota 2.

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

44 — V., per ulteriori dettagli, i paragrafi 183-185 delle mie conclusioni nella causa Albany.

45 — V., per ulteriori dettagli, il paragrafo 126 delle mie conclusioni nella causa Albany.

46 — Sentenza 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker (Racc. pag. I-1831).

### 3. La decisione di un'associazione di imprese

104. Il Fondo, il governo olandese e la Commissione sostengono che la decisione della LSV di istituire il regime previdenziale di categoria di cui trattasi e di richiedere al Ministro competente di rendere obbligatoria l'affiliazione non può essere considerata una «decisione di un'associazione di imprese» ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Si pongono tre questioni.

a) I medici specialisti sono imprese?

105. La prima questione è se i medici specialisti debbano essere qualificati come imprese ai fini dell'art. 85, n. 1, del Trattato quando forniscono servizi medici dietro remunerazione.

106. È il caso di notare che nessuna delle parti ha sostenuto che i medici specialisti autonomi in quanto tali non rientrano nella sfera di applicazione *ratione personae* delle regole di concorrenza. Il Fondo, tuttavia, sostiene che i medici specialisti dipendenti non possono essere considerati imprese.

107. Secondo la definizione generale «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento<sup>47</sup>». Dal momento che secondo tale approccio funzionalistico lo *status* giuridico è irrilevante, anche le persone fisiche possono essere qualificate come imprese<sup>48</sup>. L'idea alla base è che non si deve trarre nessun vantaggio dalla forma giuridica con la quale viene esercitata un'attività economica. Un'attività economica consiste nell'offrire beni e servizi in un dato mercato<sup>49</sup>. L'attività in questione deve essere tale da poter essere esercitata, almeno in linea di principio, a scopo di lucro<sup>50</sup>.

108. Applicando questi principi alle professioni liberali, nella sentenza Commissione/Italia<sup>51</sup> la Corte ha considerato imprese gli spedizionieri doganali italiani.

109. In quella causa l'Italia aveva sostenuto che gli spedizionieri doganali, al pari degli

47 — V. sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner (Racc. pag. I-1979, punto 21).

48 — V. sentenza Commissione/Italia, citata alla nota 19, punti 36-38 (discussa più approfonditamente oltre, ai paragrafi 108-110); le conclusioni dell'avvocato generale Lenz relative alla sentenza 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydrotherm (Racc. pag. 2999, paragrafo B 1); v. anche decisione della Commissione 26 luglio 1976, 76/743/CEE, Reuter/BASF (GU L 254, pag. 40) (inventore) e decisione della Commissione 26 maggio 1978, 78/516/CEE, RAI/UNITEL (GU L 157, pag. 39) (cantante d'opera).

49 — Sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia (Racc. pag. 2599, punto 7).

50 — V. ad esempio le conclusioni dell'avvocato generale Tesouro relative alla sentenza 19 gennaio 1994, causa C-364/92, Eurocontrol (Racc. pag. I-43, paragrafo 9).

51 — Causa C-35/96, citata alla nota 19.

avvocati, dei geometri o degli interpreti, rientravano tra le professioni liberali; comunque, gli spedizionieri doganali non potevano essere considerati imprese in ragione della natura dei servizi da loro forniti e perché l'esercizio della loro professione richiedeva un'autorizzazione e comportava il rispetto di determinate condizioni.

110. La Corte ha stabilito che l'attività degli spedizionieri doganali ha natura economica, in quanto essi offrono prestazioni consistenti nell'espletamento di formalità doganali (compresi servizi complementari nei settori monetario, fiscale e commerciale) dietro remunerazione e assumono il rischio finanziario inerente all'esercizio della loro professione. Il fatto che l'attività in questione fosse di tipo intellettuale, richiedesse un'autorizzazione e potesse essere esercitata in assenza di una consistente struttura organizzativa non poteva porla al di fuori della sfera applicativa dell'art. 85 del Trattato.

111. Questo ragionamento può essere direttamente trasposto alle presenti cause. I medici specialisti autonomi forniscono prestazioni sul mercato dei servizi medici specialistici in qualità di operatori economici indipendenti. Per tali prestazioni richiedono e ricevono una remunerazione dai loro pazienti e assumono il rischio finanziario inerente a tale attività. La natura complessa e tecnica delle loro prestazioni e il fatto che l'esercizio della

professione sia regolamentato non può incidere sulla loro qualificazione ai fini delle regole di concorrenza.

112. La qualificazione dei medici specialisti dipendenti è più difficile. In linea di principio i lavoratori che offrono lavoro dietro remunerazione non rientrano nella sfera applicativa dell'art. 85, n. 1<sup>52</sup>. I professionisti dipendenti non sono tuttavia tipici «lavoratori». A volte la loro «retribuzione» è direttamente legata ai profitti e alle perdite del loro datore di lavoro e non lavorano veramente «sotto la direzione» del datore di lavoro. Costituiscono quindi una di quelle categorie di confine richiamate nella mie conclusioni relative alla causa Albany<sup>53</sup>. Nelle cause in esame non è comunque necessario assumere una posizione definitiva sul punto, poiché all'epoca della decisione contestata tutti i membri della LSV erano medici specialisti autonomi.

113. Ne consegue che i medici specialisti autonomi, come i membri della LSV nel periodo di cui si tratta, devono essere qualificati come imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

52 — V. i punti 209-217 delle mie conclusioni relative alla causa Albany, citata alla nota 2; ora v. i punti 24-26 della sentenza 16 settembre 1999, causa C-22/98, Becu e a. (Racc. pag. I-5665).

53 — V. il paragrafo 217 delle conclusioni.

b) Quando istituiscono un regime pensionistico di categoria, i medici specialisti agiscono in qualità di consumatori ovvero come imprese?

attrezzature mediche o gli avvocati affittano uffici, essi svolgono attività collegate alla loro attività professionale. Sotto questo profilo, il diritto della concorrenza dovrebbe applicarsi.

114. La Commissione riconosce che i medici specialisti autonomi, fornendo servizi medici dietro remunerazione, svolgono un'attività economica. Tuttavia, essa sostiene che nelle cause in esame i medici specialisti non hanno agito come imprese, ma in qualità di consumatori finali. La Commissione equipara la loro decisione collettiva di istituire un regime previdenziale integrativo a una decisione di effettuare investimenti sui mercati finanziari o di acquistare una casa per le vacanze. Le attività di consumo finale, si afferma, sarebbero estranee alla sfera applicativa del diritto della concorrenza.

116. La questione nelle cause in esame è quindi come qualificare i contributi dei professionisti ad un regime previdenziale rientrante nel secondo pilastro del sistema olandese.

115. Quando persone fisiche sono considerate imprese è corretto, a mio avviso, distinguere tra attività che attengono alla loro sfera economica e attività attinenti alla loro sfera personale. Contrariamente alle persone giuridiche, che non hanno una «vita privata», le persone fisiche possono agire nella loro qualità di imprese o nella loro qualità di consumatori finali. Dal momento che gli artt. 85 e seguenti del Trattato si applicano esclusivamente alle «imprese», le persone fisiche che agiscono in quest'ultima qualità sono al riparo dalle regole di concorrenza. Ne consegue che l'art. 85, n. 1, del Trattato non si applica a professionisti che si mettano d'accordo per organizzare una vacanza alle Bahamas o per comperare dei biglietti dell'opera. Per altro verso, quando i medici acquistano

117. La Commissione sostiene quanto segue. Quando un datore di lavoro paga i contributi previdenziali per i suoi dipendenti (è pacifico che tali contributi rientrano nella nozione di retribuzione), tale pagamento fa parte dell'attività economica principale del datore di lavoro<sup>54</sup>. Per quanto riguarda i lavoratori autonomi, il datore e il lavoratore sono la stessa persona e quindi non vi è retribuzione. Pertanto la costituzione di una pensione integrativa da parte dello stesso professionista non è un'attività paragonabile, ad esempio, all'acquisto di nuove attrezzature mediche, ma costituisce un'attività di consumo personale.

118. Non sono del tutto persuaso da tale ragionamento. A mio avviso, si deve distinguere tra guadagni professionali che rimangono e sono reinvestiti nella sfera dell'«impresa» del professionista e guadagni che

<sup>54</sup> — V. anche il paragrafo 229 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

sono definitivamente sottratti a tale sfera per essere impiegati nella sfera personale.

derati guadagni che permangono nella sfera professionale.

119. Quando un professionista usa una parte dei suoi guadagni per concludere su base volontaria con una compagnia assicurativa un contratto di assicurazione sulla vita rientrante nel terzo pilastro, il guadagno in questione deve dirsi sottratto alla sfera professionale ed investito in quella personale. Ciò è confermato dal fatto che lo stesso investimento potrebbe essere effettuato con redditi personali provenienti, ad esempio, da una vigna appartenente alla famiglia del professionista. Un tale investimento è pertanto paragonabile all'acquisto di un dipinto di valore o di una casa per le vacanze.

121. Concludo pertanto che i medici specialisti, che stipulino un accordo sulle pensioni professionali, agiscono in qualità di imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

c) La LSV ha agito come un'associazione di imprese?

120. Al contrario, i contributi relativi alle pensioni del primo e del secondo pilastro sono collegati alla sfera dell'attività professionale. Non è una coincidenza che i regimi in questione siano denominati regimi previdenziali *professionali* (*beroepspensioenregeling*): l'iscrizione a tali regimi inizia e termina parallelamente all'esercizio della professione; tutti i membri di una categoria professionale sono iscritti allo stesso regime rientrante nel secondo pilastro mentre gli estranei alla professione non possono iscriversi; la pensione da costituire e conseguentemente i contributi da versare variano a seconda del reddito professionale dei membri. In ultima analisi i regimi previdenziali di categoria rappresentano meccanismi per distribuire su un più lungo arco di tempo i guadagni *professionali* (in contrapposizione a quelli personali). I contributi a questi regimi devono pertanto essere consi-

122. Secondo il governo olandese un'associazione professionale come la LSV non può essere considerata impresa perché non esercita un'attività economica.

123. Tuttavia, nelle cause in esame il punto non è se l'associazione in quanto tale abbia violato le regole di concorrenza, ma se l'abbiano fatto i medici specialisti agendo attraverso la propria associazione<sup>55</sup>. La questione non è dunque se l'associazione professionale abbia agito come impresa, ma se ogni membro dell'associazione abbia agito in tale veste.

55 — Sulla distinzione v. i paragrafi 218-227 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

124. Innanzi tutto, il Fondo sostiene che non si può parlare di associazione di imprese qualora vari membri della professione siano lavoratori subordinati. Inoltre, qualificare la LSV come associazione di imprese sarebbe discriminatorio atteso che altre organizzazioni professionali come il *Nederlandse Orde van Advocaten* (Ordine degli avvocati olandese) sono retti dal diritto pubblico e possiedono poteri regolamentari. Infine, il compito principale delle organizzazioni rappresentative dei medici specialisti è di difendere i redditi dei loro membri nelle discussioni relative alle spese e alle tariffe per i loro servizi con le autorità olandesi. Questo compito abbraccia le pensioni integrative, che fanno parte del reddito post-lavorativo. Ad avviso del Fondo, la difesa degli interessi economici dei medici specialisti ricade «ovviamente» fuori dalla sfera dell'art. 85 del Trattato.

125. Quanto al primo argomento, visto che nel periodo che qui rileva la LSV comprendeva esclusivamente lavoratori autonomi, non è necessario decidere se un'organizzazione professionale comprendente lavoratori autonomi e subordinati costituisca un'associazione di imprese.

126. Il secondo argomento del Fondo è fondato su un presupposto erroneo, dal momento che si basa sull'assunto che organismi professionali retti dal diritto pubblico e dotati di poteri regolamentari non rientrino nella sfera applicativa delle regole di concorrenza. Questo assunto è incompatibile con una giurisprudenza ben

consolidata. Il contesto giuridico nel quale la decisione di un'associazione viene adottata e la qualificazione di tale contesto nel diritto nazionale sono irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 85 del Trattato<sup>56</sup>.

127. Anche il terzo argomento del Fondo è infondato. La Corte ha riconosciuto che le decisioni di un comitato o di un organismo dotato di poteri regolamentari in un dato settore potrebbero non rientrare nell'art. 85, n. 1. Ciò si verifica tuttavia solamente quando la maggioranza dei suoi membri sono rappresentanti delle pubbliche autorità e quando tale comitato o organismo deve osservare nelle sue proposte criteri di interesse pubblico<sup>57</sup>. Nelle cause in esame, come nella causa degli spedizionieri doganali<sup>58</sup>, non vi è nulla che faccia pensare che le autorità pubbliche avessero una qualsiasi possibilità di influenzare il processo decisionale della LSV ed il Fondo stesso ha dichiarato che la LSV agisce esclusivamente a tutela degli interessi economici della professione.

128. Ne consegue che la decisione della LSV in esame dev'essere qualificata come decisione di un'associazione di imprese.

56 — Sentenze 30 gennaio 1985, causa 123/83, BNIC (Racc. pag. 391, punto 17) e Commissione/Italia, citata alla nota 19, punto 40.

57 — Sentenza 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto (Racc. pag. I-2883, punti 22-25).

58 — Sentenza Commissione/Italia, citata alla nota 19, punti 39-44.

#### 4. La restrizione della concorrenza

129. La questione è se la decisione della LSV di istituire il regime pensionistico di categoria sopra descritto e di domandare al ministro un decreto per rendere obbligatoria l'iscrizione al regime abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

130. All'udienza il Fondo ha sostenuto che, per le ragioni indicate nelle mie conclusioni relative alla causa Albany<sup>59</sup>, una tale restrizione della concorrenza non sussiste. Il governo olandese e la Commissione non hanno commentato questo punto.

131. A mio avviso, il ragionamento seguito nelle mie conclusioni relative alla causa Albany può in effetti applicarsi in larga misura alle cause in esame.

132. La decisione della LSV può essere analizzata come se contenesse tre elementi che per comodità chiamerò rispettivamente l'elemento sostanziale, l'elemento istituzionale e l'elemento politico.

133. Durante la discussione che segue, volta a chiarire se questi tre elementi restringano o no la concorrenza, sarà cruciale tenere a mente che, prima dell'intervento del ministro, l'iscrizione al fondo pensione in esame era meramente facoltativa.

a) L'elemento sostanziale: l'armonizzazione dei costi e delle prestazioni delle pensioni integrative nell'ambito della categoria professionale

134. Il primo elemento della decisione della LSV da analizzare riguarda le disposizioni sostanziali in materia di pensioni in precedenza dettagliatamente descritte<sup>60</sup>. Conformemente a queste disposizioni, ogni iscritto al regime deve versare contributi previdenziali di un certo importo a seconda dell'età, del sesso e del reddito. In cambio ottiene diritti a pensione corrispondenti. Riguardo alla seconda parte del regime, che è gestita solo dal Fondo<sup>61</sup>, i costi e i benefici finali del meccanismo assicurativo sono necessariamente identici per tutti i partecipanti. Tuttavia, non sono armonizzati riguardo alla *normpensioen*<sup>62</sup>. In questo caso, i costi e i benefici finali dipendono dall'assicuratore prescelto dall'iscritto (il Fondo o un assicuratore commerciale).

60 — V. supra paragrafi 36-45.

61 — V. supra paragrafi 43-45.

62 — V. supra paragrafi 38-42.

59 — Punti 245-294 delle conclusioni, citate alla nota 2.

135. Ne consegue che la decisione in questione armonizza parzialmente (rispetto alla seconda parte della pensione) i costi della pensione integrativa rientrante nel secondo pilastro dei medici specialisti.

136. A prima vista tale armonizzazione restringe la concorrenza sul mercato dei servizi medici specialistici relativamente ad un elemento di costo. I membri della categoria professionale non competono tra di loro al fine di ottenere un'assicurazione più economica per quella parte del loro reddito pensionistico.

137. Tuttavia, ho in precedenza sostenuto che i mercati dei servizi professionali sono diversi dai normali mercati<sup>63</sup>. Inoltre, la complessa decisione in esame non può ovviamente essere analizzata secondo gli stessi principi di un semplice accordo orizzontale di fissazione dei prezzi. In proposito, nelle mie conclusioni relative alla causa Albany, ho sostenuto che l'ampia sfera d'applicazione del diritto comunitario della concorrenza (a paragone di certi diritti nazionali) comporta la necessità di prendere in considerazione le caratteristiche economiche particolari di un determinato settore o di una categoria di accordi al fine di valutare se la concorrenza sia o meno ristretta<sup>64</sup>. È per questa ragione che, nei casi riguardanti particolari settori dell'economia o specifiche categorie di accordi, la Corte è andata oltre la semplice identificazione di restrizioni al comporta-

mento di singoli operatori e ha compiuto una valutazione complessiva degli effetti dell'accordo in questione sulla concorrenza<sup>65</sup>. Di conseguenza, nelle presenti cause s'impone un'analisi realistica (comprensiva di argomenti di carattere economico) degli effetti restrittivi della decisione di cui trattasi.

138. Da tale analisi risulta che la teorica restrizione della concorrenza appena descritta ha in verità effetti insignificanti sul mercato dei servizi medici specialistici e, pertanto, non è «sensibile» ai sensi della giurisprudenza della Corte<sup>66</sup>.

139. E ciò perché, in primo luogo, risulta armonizzato solo un elemento di costo e non di prezzo. La concorrenza è ovviamente falsata in minor misura nel caso in cui tutti i professionisti debbano pagare, ad esempio, le stesse tariffe telefoniche, piuttosto che nel caso in cui essi applichino onorari identici.

140. In secondo luogo, confrontati con altri elementi di costo, i costi del regime pensionistico sono in realtà privi d'importanza. Deve ricordarsi che i contributi

63 — V. supra paragrafi 82-86 e 89.

64 — V. paragrafi 250-252 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

65 — Per i riferimenti v. note 115 e 116 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

66 — Sentenza 9 luglio 1969, causa 5/69, Völk (Racc. pag. 295); per un ragionamento simile a quello seguito nella specie, v. il punto 16 della decisione della Commissione 30 settembre 1986, 86/507/CEE, Irish Banks Standing Committee (GU L 295, pag. 28).

previdenziali da versare non possono essere equiparati ai costi dell'assicurazione pensionistica. Ai fini dell'individuazione dei costi reali si devono anche tenere presente i diritti a pensione acquisiti in cambio dei contributi. Nel caso di regimi senza scopo di lucro, come quello dei medici specialisti, i veri costi sono rappresentati solo dai costi di gestione del fondo e dagli investimenti non redditizi dei contributi raccolti.

141. Inoltre, l'elemento di costo in questione è lontano dal mercato dei servizi<sup>67</sup>. La remunerazione finale dei servizi dei medici specialisti sarà influenzata da molti elementi di costo più prossimi ed importanti. Ad esempio, la concorrenza sarebbe maggiormente falsata se tutti i medici di una data specialità dovessero comprare lo stesso costoso apparecchio.

142. Infine, i medici specialisti (come quasi tutti i professionisti) forniscono servizi personalizzati non omogenei. Ciò significa che i servizi di ogni medico possiedono qualità e proprietà differenti. I medici specialisti peraltro possono influenzare ampiamente la qualità dei propri servizi (ad esempio passando più tempo su un caso). Di conseguenza, anche se i costi dei loro servizi fossero rigidi, la concorrenza sulla base della qualità sarebbe normalmente intensa.

67 — A proposito dell'importanza di tale argomento v. ad esempio il punto III.2, lett. d) della comunicazione sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (GU 1993 C 43, pag. 2).

143. Concludo, di conseguenza, che l'elemento sostanziale della decisione non restringe la concorrenza in maniera sensibile.

b) L'elemento istituzionale: l'istituzione di una persona giuridica per gestire il regime pensionistico e controllarne il rispetto

144. La LSV ha altresì deciso di istituire una persona giuridica (il Fondo) operante, in parte come assicuratore autonomo ed in parte come organo di sorveglianza che controlla il rispetto da parte dei medici specialisti iscritti dell'obbligo di assicurare la *normpensioen*. Le attività assicurative comprendono l'assicurazione della *normpensioen* e l'assicurazione della seconda parte del regime. Rispetto alla prima, gli iscritti possono scegliere tra il Fondo e gli assicuratori privati; rispetto alla seconda, il Fondo è l'unico assicuratore.

145. L'istituzione del Fondo deve essere vista come forma istituzionalizzata di cooperazione volontaria orizzontale tra medici specialisti autonomi<sup>68</sup>.

146. Al pari della cooperazione tra imprese in materia di consulenza contabile o fiscale, l'istituzione di un fondo comune permette ai medici specialisti coinvolti di distribuire i

68 — V. paragrafi 258-259 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

rischi assicurati e di ottenere economie di scala nell'amministrazione dei contributi e dei versamenti previdenziali o nelle modalità di custodia.

giustificata, mirante ad garantire la fedeltà dei membri ed una certa stabilità nella partecipazione al Fondo o ad un'assicurazione<sup>71</sup>.

147. Peraltro, la cooperazione nell'amministrazione delle pensioni riguarda un settore non direttamente interessato dai servizi forniti dai medici specialisti. Essa ha luogo in un settore tanto remoto dal mercato dei servizi quanto la contabilità congiunta.

150. Quanto agli effetti di esclusione derivanti da un fondo pensione di categoria volontario per le compagnie assicurative, il principio della libertà contrattuale permette ai medici specialisti di affidare la gestione delle proprie pensioni ad un regime controllato dai rappresentanti della categoria professionale, invece di concludere contratti d'assicurazione (di gruppo) con assicuratori commerciali<sup>72</sup>. In ogni caso, le compagnie assicurative hanno la possibilità di competere con il Fondo per l'assicurazione della *normpensioen*. I problemi per le compagnie assicurative sono dovuti solamente al fatto che tutti i medici specialisti sono iscritti al regime, il che significa che anche i professionisti che vogliono assicurarsi con un assicuratore privato non possono farlo. Tale effetto è tuttavia prodotto dal decreto ministeriale, che si esaminerà di seguito.

148. Di conseguenza, gli effetti pro-concorrenziali di tale gestione cooperativa istituzionalizzata sono molto più forti di qualunque (teorico) effetto anti-concorrenziale. L'istituzione del Fondo, al pari dell'istituzione di una cooperativa agricola, migliora l'efficienza. In quanto tale non rientra nell'art. 85, n. 1<sup>69</sup>.

149. La restrizione relativa ai membri che lasciano il regime è conseguenza del decreto ministeriale che ha reso obbligatoria l'iscrizione e che sarà oggetto di successivo esame. La regola secondo la quale gli iscritti possono cambiare l'assicuratore della *normpensioen* unicamente ogni cinque anni<sup>70</sup> è una restrizione accessoria

151. Ne consegue che l'elemento istituzionale in quanto tale non restringe la concorrenza.

69 — Per maggiori dettagli v. i paragrafi 262-270 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

70 — V. supra paragrafo 40.

71 — V. sentenza 12 dicembre 1995, causa C-399/93 Oude Luttikhuis e a. (Racc. pag. I-4515, punti 13 e 14); v. anche i paragrafi 271-275 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

72 — Per maggiori dettagli v. paragrafi 276-286 delle mie conclusioni relative alla causa Albany.

c) L'elemento politico: la domanda al Ministro

5. *Il rapporto tra l'art. 5 e l'art. 85, n. 1*

152. In terzo luogo, la LSV ha deciso di domandare al ministro competente di rendere obbligatoria l'iscrizione al regime per tutti i medici specialisti stabiliti in Olanda.

156. La questione è se le autorità olandesi abbiano violato gli artt. 5 e 85, n. 1, del Trattato quando, su richiesta della LSV, hanno reso obbligatoria l'iscrizione al regime pensionistico per tutti i medici specialisti stabiliti in Olanda.

153. È qui applicabile il ragionamento contenuto nelle mie conclusioni relative alla causa Albany sulla corrispondente questione<sup>73</sup>. Il risultato è che la domanda al ministro di per sé non restringe la concorrenza.

157. L'art. 5, n. 2, del Trattato, che prevede che gli Stati membri si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato, impone agli Stati membri di non introdurre o mantenere in vigore misure, anche se di natura legislativa o regolamentare, capaci di eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. È dunque vietato allo Stato membro imporre o favorire l'adozione di accordi, decisioni o pratiche concordate contrarie all'art. 85, o rafforzarne gli effetti.

154. Conseguentemente, nessuno dei tre elementi della decisione della LSV restringe la concorrenza in misura sensibile. Non è pertanto necessario valutare gli effetti della decisione sul commercio tra gli Stati membri.

155. Tanto premesso, concludo che la decisione della LSV di istituire il regime pensionistico di categoria di cui trattasi e di domandare al ministro competente l'adozione di un decreto per rendere obbligatoria l'iscrizione al regime non viola l'art. 85, n. 1, del Trattato.

158. Secondo la giurisprudenza della Corte<sup>74</sup> una misura statale di questo tipo è illegittima solo se connessa con un comportamento anti-concorrenziale da parte di imprese.

73 — Paragrafi 287-294.

74 — V. ad esempio il dispositivo della sentenza 17 novembre 1993, causa C-2/91, Meng (Racc. pag. I-5751).

159. Nelle cause in esame, la decisione ministeriale di rendere obbligatoria l'iscrizione al Fondo ha obbligato i medici specialisti che non desideravano né divenire membri della LSV né adottare misure in materia di pensioni integrative, ad iscriversi al regime pensionistico in questione. Il decreto di cui trattasi ha pertanto rafforzato gli effetti della decisione della LSV di istituire il regime<sup>75</sup>.

160. Tuttavia, secondo l'attuale giurisprudenza della Corte<sup>76</sup> il decreto non è contrario agli artt. 5 e 85 del Trattato, dal momento che la stessa decisione della LSV non ha ristretto la concorrenza in misura sensibile ed era, di conseguenza, compatibile con l'art. 85, n. 1.

161. Devo confessare che in casi come questo non trovo del tutto soddisfacente tale giurisprudenza che stabilisce un legame automatico tra la legalità di una misura privata e quella di una misura di uno Stato membro: la decisione della LSV non ricade nell'ambito dell'art. 85, n. 1, poiché qualsiasi effetto restrittivo dipende del successivo intervento statale; tale intervento statale a sua volta non rientra nell'art. 5, poiché la decisione della LSV di per sé non è sufficientemente restrittiva. Pertanto, né la concertazione tra medici specialisti, né la misura statale in questione può essere attaccata ai sensi del diritto comunitario della concorrenza, nonostante il ministro

non avrebbe potuto restringere la concorrenza senza previa concertazione da parte degli operatori economici.

162. In precedenza ho sostenuto che in ogni sistema di diritto della concorrenza, che miri ad individuare il giusto equilibrio tra la prevenzione di pratiche anti-concorrenziali e il mantenimento dell'autonomia regolamentare delle categorie professionali, le regole che definiscono le responsabilità rispettive dello Stato e delle categorie professionali sono di importanza cruciale<sup>77</sup>.

163. In cause come quelle in esame sarebbe dunque maggiormente soddisfacente ammettere *prima facie* una violazione giustificabile per ragioni d'interesse pubblico. A mio avviso, i provvedimenti adottati dagli Stati membri rispettano l'art. 5, n. 2, qualora, benché rafforzino gli effetti restrittivi di una concertazione tra imprese, siano adottati per il perseguimento di un obiettivo di pubblico interesse legittimo e chiaramente definito e qualora lo Stato membro controlli attivamente tale concertazione. In alcuni casi anche l'art. 90, n. 2, può essere applicabile. Nelle presenti cause è quasi certo che il decreto che ha reso obbligatoria l'iscrizione sia giustificato per motivi sociali.

164. Ad una simile soluzione dovrebbe giungersi anche qualora la Corte dovesse

75 — Sentenza 3 dicembre 1987, causa 136/86, BNIC (Racc. pag. 4789, punti 22-24).

76 — Sentenza 18 giugno 1998, causa C-266/96, Corsica Ferries (Racc. pag. I-3949, punto 51).

77 — V. supra paragrafi 87 e 91.

decidere che la decisione della LSV ha ristretto la concorrenza in misura sensibile, ha inciso sul commercio tra Stati membri e pertanto ha violato l'art. 85, n. 1. Secondo l'attuale giurisprudenza della Corte, sembra che il decreto in esame dovrebbe essere automaticamente dichiarato contrario agli artt. 5 e 85<sup>78</sup>. Tuttavia, anche laddove la concertazione tra operatori privati presa isolatamente restringa la concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, (ad esempio nel settore sociale o ambientale), lo Stato potrebbe avere legittime ragioni per rafforzare e ufficializzare gli effetti di siffatta concertazione sulla base di esigenze di pubblico interesse.

165. Di conseguenza, che ci si basi o no sulla giurisprudenza attuale e a prescindere dal fatto che la decisione della LSV abbia ristretto la concorrenza in misura sensibile, la conclusione nelle presenti cause dovrebbe essere, a mio parere, che non vi è violazione degli artt. 5 e 85.

## VII — La prima questione: la qualificazione del Fondo come impresa

166. Il punto è se un fondo pensione di categoria come il Fondo sia un'«impresa» ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato. Deve pertanto stabilirsi se le attività del Fondo abbiano natura economica.

167. All'udienza il Fondo e la Commissione hanno sostenuto che il Fondo è un'impresa. Il governo olandese ha espresso dubbi quanto alla possibilità di applicare alla cause in esame il ragionamento seguito nella sentenza Albany. In tale sentenza la Corte ha stabilito che i fondi pensioni settoriali olandesi sono imprese. Il governo francese e quello ellenico sostengono che le attività del Fondo non sono di natura economica.

168. Nel contesto del regime pensionistico dei medici specialisti il Fondo ha tre diverse funzioni.

169. In primo luogo, quanto alla *normpensioen*, è un potenziale fornitore di servizi assicurativi previdenziali ai membri del regime che hanno scelto di assicurare la *normpensioen* con il Fondo<sup>79</sup>.

170. In secondo luogo, sempre con riguardo alla *normpensioen*, sorveglia il rispetto delle condizioni di iscrizione da parte dei membri che hanno scelto di assicurare tale parte del regime con una compagnia assicurativa<sup>80</sup>.

78 — V. sentenza Commissione/Italia, citata alla nota 19, punti 52-60.

79 — V. paragrafi 38-42.

80 — V. supra paragrafo 40.

171. In terzo luogo, per quanto riguarda la seconda parte del regime pensionistico (l'indicizzazione, i diritti di pensione retroattivi, il regime d'invalidità e le prestazioni complementari per i superstiti) il Fondo agisce in qualità di assicuratore a titolo esclusivo<sup>81</sup>.

172. Quanto alla prima funzione, il Fondo esercita manifestamente un'attività economica in concorrenza con compagnie d'assicurazione e sotto tale profilo agisce come impresa.

173. Quanto all'attività di controllo sui contratti di assicurazione conclusi dai professionisti iscritti con assicuratori privati, a mio parere, il Fondo svolge un'attività che si ricollega all'esercizio di pubblici poteri; tale attività è paragonabile all'attività di controllo antinquinamento nel Porto di Genova di cui era stata investita un'impresa privata nella causa *Cali* e alle attività di Eurocontrol nella causa *SAT*<sup>82</sup>. Nessun soggetto potrebbe in ipotesi svolgere a fini di lucro una siffatta attività di propria iniziativa.

174. Rispetto alla seconda parte del regime pensionistico il ruolo del Fondo è più difficile da qualificare.

175. Il fatto che il Fondo non abbia fini di lucro<sup>83</sup>, che persegua un obiettivo sociale<sup>84</sup> e che gli investimenti che può fare siano limitati e controllati<sup>85</sup> non rileva direttamente ai fini della qualificazione del Fondo. Come la Corte ha statuito nella sentenza *Albany*, questi vincoli potrebbero in parte giustificare il diritto esclusivo del Fondo di gestire tale parte del regime pensionistico. Tuttavia, non impediscono che l'attività esercitata dal Fondo sia considerata di natura economica<sup>86</sup>.

176. Al contrario, il grado di solidarietà nel contesto di un regime pensionistico può essere rilevante<sup>87</sup>. E ciò perché un regime pensionistico può essere caratterizzato da così tanti ed importanti elementi solidaristici, che in linea di principio, nessun assicuratore potrebbe offrire sul mercato un tale tipo di assicurazione.

83 — Sentenza 29 ottobre 1980, cause riunite da 209/78 a 215/787 e 218/78, *Van Landuyck* (Racc. pag. 3125, punto 21); v. anche il punto 85 della sentenza *Albany* e il paragrafo 336 delle relative conclusioni.

84 — Sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi* (Racc. pag. 409, punti 13 e 14); v. anche il punto 86 della sentenza *Albany* e il paragrafo 336 delle relative conclusioni.

85 — V. il punto 86 della sentenza *Albany* e il paragrafo 335 delle relative conclusioni.

86 — V. punto 86 della sentenza e 330 delle relative conclusioni.

87 — Implicitamente nel punto 85 della sentenza *Albany* ed espresamente nel paragrafo 343 delle relative conclusioni.

81 — V. supra paragrafi 43-45.

82 — V. i paragrafi 311-314 delle mie conclusioni relative alla causa *Albany*, citate alla nota 2.

177. Nelle cause in esame la seconda parte del regime contiene una serie di importanti elementi di solidarietà di categoria, ossia il meccanismo di indicizzazione, i diritti a pensione retroattivi, il regime di invalidità e le prestazioni complementari per i superstiti. Per di più, non vi è selezione dei rischi mediante esami medici.

178. Alla fine, comunque, i seguenti elementi del regime conducono alla conclusione che anche rispetto a questa seconda parte il Fondo deve essere qualificato come impresa: gli elementi di rischio in questione (compreso il meccanismo di indicizzazione) sono finanziati secondo il principio di capitalizzazione; il Fondo determina i contributi e le prestazioni autonomamente e in conformità a principi attuariali. Di conseguenza, l'ammontare dei vantaggi forniti dal Fondo dipende dalle sue spese amministrative e dai risultati finanziari dei suoi investimenti; una garanzia statale contro i rischi di cattivi investimenti non sembra esistere. Infine, il Fondo è soggetto al controllo della Camera delle assicurazioni, la quale sorveglia anche le compagnie assicurative<sup>88</sup>.

179. Il principio di capitalizzazione e il controllo della Camera delle assicurazioni sono indizi del fatto che l'assicurazione in questione è quantomeno potenzialmente un'attività che un normale assicuratore potrebbe svolgere. L'autonomia del Fondo

e i rischi connessi ai suoi investimenti implicano il rischio del verificarsi di condotte che le regole di concorrenza mirano ad impedire. Pertanto, si applica ancora la stessa logica: benché i vincoli derivanti dalla solidarietà sopra indicati potrebbero parzialmente giustificare i diritti esclusivi del fondo a norma dell'art. 90, n. 2, del Trattato, essi non arrivano sino ad impedire che le sue attività siano considerate di natura economica.

180. Di conseguenza concludo che, rispetto all'assicurazione della *normpensioen* e della seconda parte del regime, il Fondo agisce come impresa ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato.

#### VIII — La terza questione: gli artt. 90, n. 1 e 86 del Trattato

181. L'ultima domanda è se uno Stato membro, istituendo un sistema di iscrizione obbligatoria a regimi pensionistici di categoria come quello previsto nei Paesi Bassi e rendendo obbligatoria, nel contesto di tale sistema, l'iscrizione ad un particolare regime pensionistico di categoria, violi gli artt. 90, n. 1, e 86 del Trattato.

88 — V. paragrafi 81 e 82 della sentenza Albany e paragrafi 338-342 delle relative conclusioni.

1. *L'applicabilità degli artt. 90, n. 1, e 86* dell'art. 44 del regolamento pensionistico<sup>89</sup>.

182. La prima questione è se il Fondo sia un'impresa che dispone di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1.

187. La seconda questione è se il Fondo detenga una posizione dominante all'interno di una parte sostanziale del mercato comune.

183. Rispetto all'assicurazione della *normpensioen* il Fondo è un'impresa, ma non dispone di diritti esclusivi. Gli iscritti sono liberi di concludere contratti d'assicurazione con assicuratori commerciali.

188. All'udienza il Fondo ha sostenuto che il mercato del prodotto di cui trattasi è costituito dal mercato dell'assicurazione delle pensioni integrative. Di conseguenza, il Fondo detiene un diritto esclusivo solo rispetto ad una piccola parte di tale mercato, cioè rispetto alle pensioni per i medici specialisti.

184. Quanto al controllo dell'assicurazione della *normpensioen*, il Fondo non agisce come impresa. A tale riguardo l'art. 90, n. 1, non è applicabile.

189. Tuttavia, come ha sottolineato la Commissione, nei casi in cui l'iscrizione ad un regime pensionistico di categoria sia obbligatoria, altre forme di assicurazioni o altri assicuratori non rappresentano sostituti validi all'assicurazione con tale regime. I medici specialisti non hanno la possibilità di iscriversi altrove. Un'impresa come il Fondo, che detiene un monopolio legale per la prestazione di certi servizi assicurativi (in questo caso la seconda parte del regime pensionistico) su una parte sostanziale del mercato comune (in questo caso i Paesi Bassi) deve pertanto essere considerata detentrica di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato<sup>90</sup>.

185. Rispetto all'assicurazione della seconda parte del regime, il Fondo agisce come impresa e dispone di un diritto esclusivo, in quanto unico assicuratore autorizzato. Sotto tale profilo, l'art. 90, n. 1, è applicabile.

186. Si potrebbe anche sostenere che il Fondo, in quanto impresa interessata, dispone di altri due diritti esclusivi, ossia di concedere esenzioni dall'obbligo di iscrizione a norma dell'art. 1, n. 1, e a norma

89 — V. supra paragrafi 31-35.

90 — Per maggiori dettagli e riferimenti v. i punti 91 e 92 della sentenza Albany e i paragrafi 378-383 delle relative conclusioni, citate alla nota 2.

## 2. Violazione degli artt. 90, n. 1, e 86

190. Il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, non è di per sé incompatibile con l'art. 86. Tuttavia, uno Stato membro viola tali disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando tali diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere<sup>91</sup>.

191. Due tipi di norme devono essere esaminati.

a) Le norme che concedono al Fondo un diritto d'assicurazione esclusivo

192. Nella sentenza Albany le imprese interessate si erano lamentate dei diritti esclusivi dei fondi pensione settoriali, poiché a loro modo di vedere i fondi in questione non erano in grado di soddisfare la prevalente domanda di mercato per tali attività.

193. Dalla sentenza non risulta chiaramente se la Corte abbia accettato tale argomentazione<sup>92</sup> e, di conseguenza, se le regole di cui si trattava violassero *prima facie* gli artt. 90, n. 1, e 86. In ultima analisi, le regole erano in ogni caso giustificate ai sensi dell'art. 90, n. 2<sup>93</sup>.

194. Nelle presenti cause nessuno ha sostenuto che nei Paesi Bassi i fondi di categoria forniscono servizi insoddisfacenti. A differenza che nella causa Albany, i ricorrenti nelle cause a quibus non desideravano assicurarsi con un assicuratore commerciale, ma con un altro fondo pensione settoriale. Essi non sembrano dunque opporsi all'iscrizione obbligatoria in quanto tale. Ciò è forse confermato dal fatto che i ricorrenti non hanno ritenuto necessario sottoporre osservazioni alla Corte.

195. Peraltro, nulla del contesto giuridico sopra descritto fa pensare che i fondi siano sistematicamente indotti a sfruttare abusivamente la loro posizione dominante. Al contrario, sembra vi siano varie garanzie contro gli abusi. Gli interessati possono presentare osservazioni sulla domanda di una categoria professionale di rendere obbligatoria l'iscrizione ad un determinato regime. Il Comitato economico e sociale e la Camera delle assicurazioni sono sentiti prima che l'iscrizione sia resa obbligatoria. Le modifiche successive del regime devono

91 — V. punto 93 della sentenza Albany.

92 — Punti 95-97.

93 — Punti 98-111.

essere approvate dal ministro. I regolamenti e gli statuti del Fondo devono soddisfare una serie di condizioni. Gli investimenti sono soggetti a restrizioni e le finanze del Fondo sono costantemente controllate<sup>94</sup>.

196. Infine, visto che il Fondo gode di un diritto esclusivo solo rispetto alla seconda parte del regime, il regime prescelto dai medici specialisti produce effetti restrittivi relativamente limitati.

197. Nelle mie conclusioni relative alla sentenza Albany ho proposto di lasciare al giudice nazionale la questione dell'esistenza *prima facie* di una violazione degli artt. 90, n. 1, e 86, poiché troppi aspetti fattuali erano ancora oscuri. Nelle cause in esame tuttavia, visti degli aspetti appena menzionati, sono incline a ritenere che una tale violazione non sussista.

198. In alternativa, detta violazione sarebbe comunque giustificata a norma dell'art. 90, n. 2, del Trattato<sup>95</sup>.

b) Le norme relative all'esenzione dall'iscrizione obbligatoria

199. Secondo la sentenza Albany della Corte, uno Stato membro può ritenere che il potere di esenzione debba essere attribuito solamente al fondo pensione di cui trattasi. Il conflitto d'interessi insito nel duplice ruolo di gestore del regime e di autorità investita del potere di concedere l'esenzione era giustificato o attenuato dalla particolare competenza del Fondo, dalla libertà di scelta degli Stati membri quanto alla disciplina di tale materia in conformità alle proprie priorità e dalla possibilità di controllo giurisdizionale<sup>96</sup>.

200. Se tale giurisprudenza deve essere mantenuta, tale ragionamento può essere direttamente applicato alle cause in esame e più in particolare alle due possibilità di esenzione previste agli artt. 1, n. 2, e 44 del regolamento pensionistico del Fondo<sup>97</sup>. Si deve altresì ricordare che nelle presenti cause i medici specialisti hanno, almeno teoricamente, un'ulteriore possibilità di chiedere un'esenzione al ministro a norma dell'art. 26 della BprW<sup>98</sup>.

201. Concludo di conseguenza che uno Stato membro, che istituisca un sistema di iscrizione obbligatoria a regimi pensioni-

94 — V. supra paragrafi 9-20.

95 — V. punti 98-111 della sentenza Albany.

96 — V. punti 112-121 della sentenza Albany. Per una diversa analisi v. i paragrafi 441-468 delle mie conclusioni.

97 — V. supra paragrafi 31-35.

98 — V. supra paragrafi 21-23.

stici di categoria come quello previsto nei Pesì Bassi e che rende obbligatoria l'iscrizione ad un particolare regime pensionistico di categoria nel contesto di tale sistema, non viola gli artt. 90, n. 1, e 86 del Trattato.

## IX — Conclusione

202. Ritengo pertanto che le questioni sollevate dal Kantongerecht di Nimega debbano essere risolte nel modo seguente:

- «1) Uno Stato membro non viola gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 CE e 81 CE) qualora, su richiesta di un'organizzazione professionale rappresentativa dei membri di una determinata categoria professionale, renda obbligatoria l'iscrizione ad un regime pensionistico di categoria per tutti gli appartenenti a tale categoria professionale.
- 2) Un fondo pensione di categoria, come il Fondo pensione olandese dei medici specialisti, agisce come impresa ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato rispetto all'assicurazione della *normpensioen* e della seconda parte del regime pensionistico dei medici specialisti.
- 3) Uno Stato membro che istituisca un sistema di iscrizione obbligatoria a regimi pensionistici di categoria, come quello previsto nei Pesì Bassi, e che nel contesto di tale sistema renda obbligatoria l'iscrizione ad un regime pensionistico di categoria, come quello dei medici specialisti nei Paesi Bassi, non viola gli artt. 90, n. 1, e 86 del Trattato CE (divenuti artt. 86, n. 1, CE e 82 CE).