

SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

14 novembre 2013 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 49 TFUE – Libertà di stabilimento – Articolo 56 TFUE – Libera prestazione di servizi – Principi della parità di trattamento e di non discriminazione – Obbligo di trasparenza – Ambito di applicazione – Convenzione conclusa tra enti pubblici di uno Stato membro e un'impresa di tale Stato – Cessione, da parte di tali enti, della loro attività di fornitura di servizi di televisione, nonché, per un periodo determinato, del diritto esclusivo di uso delle loro reti cablate ad un'impresa di detto Stato membro – Possibilità per un operatore economico dello stesso Stato membro di invocare gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE dinanzi ai giudici di tale Stato – Mancata consultazione del mercato – Giustificazione – Esistenza di una convenzione anteriore – Transazione destinata a porre fine ad una controversia relativa all'interpretazione di tale convenzione – Rischio di deprezzamento dell'attività ceduta»

Nella causa C-221/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Raad van State van België (Belgio), con decisione del 2 maggio 2012, pervenuta in cancelleria l'11 maggio 2012, nel procedimento

Belgacom NV

contro

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

con l'intervento di:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da A. Rosas, facente funzione di presidente della Decima Sezione, D. Šváby (relatore) e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per Belgacom NV, da B. Schutyser, advocaat;
- per Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) e Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), da D. D’Hooghe e P. Wytinck, advocaten;
- per Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV e Telenet Group Holding NV, da T. De Meese, advocaat;
- per il governo belga, da J.-C. Halleux e C. Pochet, in qualità di agenti, assistiti da S. Depré, avocat;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da T. van Rijn, I. Rogalski e A. Tokár, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia che oppone la società Belgacom NV (in prosieguo: «Belgacom») a quattro associazioni intercomunali Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) e Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (in prosieguo, congiuntamente: le «associazioni intercomunali»), riguardo a diverse decisioni con le quali queste ultime hanno approvato la conclusione, senza consultare il mercato, di convenzioni che prevedono il trasferimento a Telenet NV (in prosieguo: «Telenet») delle loro attività di fornitura di servizi di televisione e dei contratti di abbonamento alla televisione sottoscritti dai loro clienti e, per un periodo determinato, dei diritti accessori sulle loro reti cablate, nonché la concessione di un diritto di enfiteusi su tali reti.

Contesto normativo

- 3 L’articolo 1 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114; rettifica GU 2004, L 351, pag. 44), contiene le definizioni seguenti:

«(...)

2. a) Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per

oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(...)

4 La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

(...)».

4 A norma del suo articolo 17, la direttiva 2004/18 non si applica alle concessioni di servizi.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

5 Le associazioni intercomunali sono composte unicamente di membri che sono soggetti di diritto pubblico. Esse fornivano inizialmente servizi di televisione via cavo mediante le loro reti cablate.

6 Nel 1996, esse hanno acquisito, attraverso una società cooperativa di diritto comune, la Interkabel, una partecipazione dell'1,51% nel capitale di Telenet, all'atto della creazione di quest'ultima, mediante conferimento di diritti di utilizzo parziale delle loro reti cablate per una durata di 50 anni. Tali diritti di uso consistevano in un diritto esclusivo di uso di dette reti per la fornitura dei cosiddetti «servizi di telecomunicazione da punto a punto» e in un diritto non esclusivo relativamente alla fornitura di servizi cosiddetti «multimediali», conservando le associazioni intercomunali il diritto esclusivo di utilizzare le loro reti per la fornitura di servizi di radiodiffusione.

7 L'atto di conferimento attribuiva altresì a Telenet un diritto di prelazione in caso di cessione dei diritti di proprietà sulle reti cablate delle associazioni intercomunali e un diritto di opzione in caso di concessione a un terzo di diritti d'uso di tali reti per la fornitura di «servizi multimediali».

8 Successivamente le associazioni intercomunali hanno costituito un gruppo di interesse economico IN-DI, al fine di proporre, in particolare, servizi di televisione digitale interattiva attraverso le loro reti cablate.

9 Telenet ha presentato un ricorso di merito nonché una domanda di provvedimenti urgenti diretta a far vietare l'esercizio di tale attività giacché essa rientrerebbe nei «servizi di telecomunicazione da punto a punto» ai sensi dell'atto di conferimento del 1996. Con provvedimento provvisorio il giudice del procedimento d'urgenza ha accolto la domanda ad esso presentata. La sua ordinanza è stata impugnata in appello.

10 Contemporaneamente erano state avviate trattative tra tutte le parti interessate per giungere ad una composizione amichevole. Dette trattative si sono concluse con la stipulazione di un accordo di principio che gli organi competenti delle associazioni intercomunali hanno approvato nel corso del mese di dicembre 2007.

- 11 Tale accordo prevedeva, in particolare, l'attribuzione a Telenet di un diritto di enfiteusi sulle reti delle associazioni intercomunali per un periodo di 38 anni, corrispondente alla durata residua dei diritti di uso di tali reti che le erano stati inizialmente concessi nell'ambito dell'atto di conferimento del 1996, dietro pagamento di diversi corrispettivi, in particolare per i costi e gli ammortamenti, per il capitale investito, nonché per le spese di gestione, di manutenzione, di ampliamento e di adeguamento di tali reti. In tal modo, la suddetta impresa disporrebbe del diritto esclusivo di utilizzare le reti in questione per la fornitura di servizi di telefonia, di accesso ad Internet e di televisione analogica, digitale ed interattiva. Pertanto essa sarebbe oramai in grado di proporre, nel territorio coperto da tali reti, un'offerta corrispondente ai parametri commerciali attuali, detta «triple play», riguardante la fornitura combinata di tali servizi. Il suddetto accordo prevedeva inoltre, in particolare, il trasferimento a Telenet dell'attività di fornitura di servizi di televisione delle associazioni intercomunali, nonché dei contratti di abbonamento a tali servizi. Globalmente i corrispettivi previsti erano valutati in EUR 350 milioni.
- 12 Siffatto accordo di principio ha condotto alla conclusione di un accordo definitivo (in prosieguo: l'«accordo controverso»). Il valore globale dei corrispettivi dovuti da Telenet è stato tuttavia portato a EUR 425 milioni, ossia EUR 5 milioni in più rispetto all'importo di un'offerta qualificata come «non vincolante», presentata su iniziativa di Belgacom per l'acquisto delle attività di distribuzione di segnali di televisione analogica e digitale delle associazioni intercomunali, dei contratti di abbonamento a tali servizi, nonché di diritti non esclusivi di uso delle reti cablate delle associazioni intercomunali ai fini della fornitura di servizi di televisione via cavo. Quest'ultimo accordo è stato completato in esito ad una serie di decisioni adottate dalle associazioni intercomunali nel corso del mese di giugno 2008.
- 13 Queste ultime decisioni, al pari di quelle menzionate al punto 10 della presente sentenza, sono state oggetto di ricorso di Belgacom dinanzi al Raad van State van België (Consiglio di Stato del Belgio).
- 14 Previamente, tale società aveva contattato le associazioni intercomunali relativamente alla conclusione dell'accordo di principio, manifestando il proprio interesse all'acquisizione di taluni diritti di cui era previsto il trasferimento in detto accordo. In risposta a ciò, le associazioni intercomunali avevano indicato che Belgacom non poteva essere considerata un interlocutore potenziale alla luce delle limitazioni contenute nell'atto di conferimento, nonché del fatto che un trasferimento nei suoi confronti dei diritti di cui trattasi sarebbe equivalso a garantirle una situazione di monopolio, in quanto, mediante la propria rete, Belgacom già proponeva servizi completi di televisione nel territorio coperto dalle reti cablate delle associazioni intercomunali. Tale società controbatteva in proposito che queste ultime reti avrebbero potuto essere oggetto di un uso condiviso che consentisse il mantenimento di una concorrenza effettiva. Successivamente, ma prima della conclusione dell'accordo controverso, Belgacom ha presentato l'offerta menzionata al punto 12 della presente sentenza.
- 15 Nell'ambito del procedimento principale, Belgacom fonda i propri ricorsi direttamente sugli articoli 43 CE e 49 CE, ai quali attualmente corrispondono, rispettivamente, gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE. Essa sostiene che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché di proporzionalità si impongono, indipendentemente dalla qualificazione che va attribuita all'accordo controverso, e che non sussiste alcuna ragione imperativa di interesse generale atta a giustificare la mancata consultazione del mercato prima della conclusione dell'accordo controverso.
- 16 Le associazioni intercomunali sostengono, al contrario, che l'applicazione del principio della parità di trattamento non esclude che un contratto come quello controverso nel procedimento principale possa essere concluso senza previa consultazione del mercato

qualora l'autorità pubblica che ne prende l'iniziativa abbia ragioni precise per farlo, le quali, senza essere necessariamente collegate all'interesse generale, siano reali in fatto e ammissibili in diritto, il che corrisponderebbe alla nozione di «circostanze oggettive» ai sensi della giurisprudenza della Corte. Così sarebbe nella fattispecie, tenuto conto, da un lato, dei diritti di opzione e di prelazione di cui disponeva Telenet in forza dell'atto di conferimento del 1996, che dovrebbero essere considerati costitutivi di un diritto esclusivo che rendeva irrealizzabile una messa in concorrenza effettiva, e tenuto conto, d'altro lato, della controversia esistente tra le associazioni intercomunali e Telenet quanto alla portata di detto atto di conferimento, considerati la prevedibile durata dei procedimenti e il rischio di pesanti penali alle quali le associazioni intercomunali si sarebbero esposte laddove con sentenza definitiva fosse stato giudicato che esse avevano violato tale atto.

- 17 Il giudice del rinvio indica che tutte le parti del procedimento principale riconoscono che l'accordo controverso non rientra nell'ambito di applicazione di una delle direttive in materia di appalti pubblici. Secondo tale giudice, indipendentemente dalla qualificazione dell'accordo controverso, le decisioni delle associazioni intercomunali, dalle quali esso scaturisce, si inseriscono nel quadro di un intervento pubblico destinato a regolare l'esercizio di un'attività economica e il potere discrezionale di cui dispone l'autorità in tale ambito è limitato dal principio della parità di trattamento e dall'obbligo di trasparenza. Detto giudice stima inoltre che, in considerazione dell'importanza dell'operazione di cui trattasi, è probabile che, in caso di consultazione del mercato, avrebbero manifestato il proprio interesse imprese stabilite all'estero.
- 18 Il giudice del rinvio constata inoltre che la conclusione dell'accordo controverso è stata motivata dalla volontà di porre termine alla controversia esistente tra le associazioni intercomunali e Telenet riguardo alla portata dell'atto di conferimento del 1996 e che detta controversia derivava esclusivamente da un'evoluzione tecnologica che le parti contraenti non avrebbero potuto prevedere all'epoca in cui tale atto venne redatto. Specificamente, la ripartizione dei diritti d'uso delle reti cablate delle associazioni intercomunali, come effettuata dal suddetto atto, non consentiva a nessuna delle parti di offrire servizi completi di televisione, giacché i servizi di televisione interattiva rientravano tra i diritti esclusivi di Telenet, mentre le associazioni intercomunali erano le sole a disporre del diritto di offrire i servizi di televisione via cavo.
- 19 Nondimeno, lo stesso giudice constata altresì che l'accordo controverso va oltre quanto era necessario per porre fine alla menzionata controversia, modificando radicalmente la ripartizione dei diritti d'uso delle reti cablate delle associazioni intercomunali prevista nell'atto di conferimento del 1996, concedendo a Telenet diritti che non le erano stati inizialmente accordati e che non erano oggetto della controversia. Grazie a tale accordo, dietro pagamento di un corrispettivo di EUR 425 milioni, Telenet dispone ormai di un diritto complessivo di uso esclusivo di tali reti che le consente, nel territorio coperto da tali reti, che rappresenta all'incirca un terzo della sua zona di attività, di proporre servizi completi di televisione e quindi un'offerta «triple play» corrispondente ai parametri commerciali attuali, nello stesso modo in cui già lo faceva negli altri due terzi della sua area di attività.
- 20 Il giudice del rinvio ritiene che l'esistenza dell'atto di conferimento del 1996 non possa, di per sé, essere considerata una giustificazione per la conclusione dell'accordo controverso. Da un lato, infatti, si sarebbe potuto istituire un sistema di uso condiviso della rete cablata. D'altro lato, i diritti di opzione e di prelazione di cui dispone Telenet in forza di tale atto non sono tali da impedire che più candidati siano trattati in modo uguale e che quindi le loro offerte vengano sottoposte ad un effettivo esame comparativo.
- 21 Il giudice del rinvio si chiede tuttavia se il contesto generale, caratterizzato, oltre che

dall'atto di conferimento del 1996, dalla controversia insorta successivamente relativamente alla portata di tale atto in considerazione delle evoluzioni tecnologiche e dalla decisione emanata nell'ambito di tale controversia, non possa costituire un motivo atto a giustificare il fatto che non vi sia stata una consultazione del mercato. Da un lato, infatti, il trasferimento a terzi di diritti che sarebbero stati ceduti a Telenet con tale atto avrebbe immancabilmente provocato nuove liti e aumentato l'incertezza del diritto. D'altro lato, la mancanza di soluzione della controversia con Telenet avrebbe comportato la conseguenza che per un lungo periodo le associazioni intercomunali non sarebbero state in grado di fornire servizi completi di televisione, il che avrebbe causato non solo un considerevole danno economico, giacché Belgacom, dal canto suo, avrebbe potuto occupare il mercato, ma sarebbe stata anche in grado di pregiudicare i consumatori.

22 In un contesto siffatto, il giudice del rinvio evoca la possibilità che l'accordo controverso, che dà forma alla composizione amichevole con cui è stata posta fine alla controversia insorta tra Telenet e le associazioni intercomunali, possa essere considerato un legittimo complemento dell'atto di conferimento del 1996 e non una convenzione autonoma, che poteva essere conclusa solo nell'osservanza degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE.

23 Il giudice del rinvio rileva, infine, che nella sentenza del 21 luglio 2005, Coname (C-231/03, Racc. pag. I-7287, punto 19), la Corte ha menzionato la possibilità di giustificare mediante «circostanze obiettive» una differenza di trattamento costitutiva di una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, risultante dall'attribuzione diretta di una concessione di servizi. Il giudice del rinvio si chiede tuttavia quale sia la portata di tale nozione alla luce della nozione di «motivi imperativi di interesse generale».

24 In tale contesto, il Raad van State van België ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli articoli 49 TFUE o 56 TFUE debbano essere interpretati nel senso che un'impresa stabilita in Belgio può invocare dinanzi al giudice belga le norme fondamentali del diritto dell'Unione – segnatamente l'obbligo di trasparenza derivante da detti articoli – con riguardo ad un contratto, non rientrante nell'ambito di applicazione di una delle direttive sugli appalti pubblici, con cui un'amministrazione belga cede diritti ad un'altra impresa belga senza che in proposito sia stata organizzata alcuna consultazione del mercato.

2. Se si possa considerare che l'intento di prevenire la violazione di un quadro contrattuale esistente, di per sé non contestato e molto specifico, tra una persona giuridica di diritto pubblico ed un'impresa di diritto privato, da essa non controllata, oppure la conclusione di una transazione o di una composizione amichevole volta a porre fine ad un conflitto esistente circa l'interpretazione di detto quadro contrattuale, – allorché la transazione si fonda sui diritti delle parti come determinati da una decisione provvisoria di un giudice dei procedimenti sommari e senza di essa la relativa attività dell'amministrazione può subire un grave danno e la riduzione di valore e nel contempo i consumatori possono restare privati di servizi – costituiscono un motivo imperativo di interesse generale, o per lo meno una circostanza obiettiva di giustificazione, atti a giustificare che persone di diritto pubblico, in via eccezionale e in deroga al principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sanciti dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, e all'obbligo di trasparenza da essi derivante, non consultino il mercato e attribuiscono direttamente l'incarico.

3. In caso di risposta affermativa alla seconda questione, se detta transazione o composizione amichevole, per non restringere le libertà fondamentali garantite dal

Trattato oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, debba essere limitata a quanto strettamente necessario a porre fine alla controversia sorta, oppure se le parti possano concludere una transazione di portata più ampia – in previsione di contestazioni future aventi un nesso ragionevole e logico con la controversia – che nel contempo garantisca gli interessi dei consumatori e comporti la massimizzazione del valore dell'attività ceduta di cui trattasi».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

- 25 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE debbano essere interpretati nel senso che un operatore economico di uno Stato membro può far valere dinanzi ai giudici nazionali di tale Stato membro la violazione dell'obbligo di trasparenza risultante da tali articoli, in occasione della conclusione di una convenzione con la quale uno o più enti pubblici cedono a titolo oneroso ad un operatore economico dello stesso Stato membro, segnatamente, il diritto esclusivo di sfruttare le reti cablate, per servizi di televisione via cavo, nonché la loro attività di fornitura di servizi di televisione e i contratti di abbonamento legati a tale attività.
- 26 Occorre constatare che, indipendentemente dalle modalità pratiche e dalle qualificazioni stabilite dalle parti, appare che una convenzione come l'accordo controverso, per il fatto di trasferire a Telenet l'attività di fornitura di servizi di televisione delle associazioni intercomunali e di conferirle, in particolare, il diritto esclusivo di sfruttare le reti cablate di dette associazioni, deve essere analizzata come concessione di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2004/18.
- 27 Da un lato, infatti, nei limiti in cui essa impone al cessionario di svolgere l'attività ceduta, una convenzione siffatta costituisce un appalto pubblico riguardante la fornitura di servizi di cui all'allegato II della direttiva 2004/18, fatta eccezione per la modalità di remunerazione, in quanto il corrispettivo della fornitura di servizi di televisione consiste nel diritto a sfruttare l'attività considerata, conformemente alla definizione che compare all'articolo 1, paragrafo 4. D'altro lato, è del pari soddisfatta, nell'ambito di tale convenzione, la condizione in base alla quale il rischio connesso alla gestione di tale attività deve essere trasferito al concessionario (v., in questo senso, in particolare, sentenze dell'11 giugno 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Racc. pag. I-4779, punto 72, e del 10 marzo 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Racc. pag. I-1335, punto 26 e giurisprudenza citata).
- 28 Orbene, nonostante il fatto che le concessioni di servizi siano escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 in forza dell'articolo 17 di quest'ultima, le autorità pubbliche che attribuiscono tale tipo di concessione, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo (v., in questo senso, in particolare, sentenza del 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, Racc. pag. I-5641, punti 58 e 59, nonché giurisprudenza citata).
- 29 Per quanto riguarda l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, essa può risultare, segnatamente, dall'importanza economica della convenzione di cui è prevista la conclusione, dal luogo della sua esecuzione (v. in questo senso, sentenza ASM Brescia, cit., punto 62 e giurisprudenza citata) oppure da caratteristiche tecniche (v., per analogia,

sentenza del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, Racc. pag. I-3565, punto 24).

- 30 È compito del giudice del rinvio procedere ad una valutazione circostanziata di tutti gli elementi pertinenti al riguardo (v. in questo senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, Racc. pag. I-12169, punto 25 e giurisprudenza citata), ciò che tale giudice sembra aver già fatto nella fattispecie, giacché ha constatato che, in considerazione dell'importanza della convenzione in questione nel procedimento principale, è probabile che imprese stabilite in altri Stati membri avrebbero manifestato il loro interesse in caso di consultazione del mercato.
- 31 Occorre inoltre precisare che un interesse transfrontaliero certo esiste senza che sia necessario che un operatore economico abbia effettivamente manifestato il proprio interesse. Ciò avviene specificamente allorché, come nell'ambito del procedimento principale, la controversia verte sulla mancanza di trasparenza che ha circondato la convenzione di cui trattasi. In effetti, in un caso del genere, gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri non hanno una reale possibilità di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale concessione (v. in questo senso, sentenze Coname, cit., punto 18, e del 13 ottobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Racc. pag. I-8585, punto 55).
- 32 Inoltre, una volta accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo relativamente all'attribuzione di una data concessione di servizi, l'obbligo di trasparenza che si impone all'autorità concedente è a vantaggio di qualsiasi potenziale offerente (v., in questo senso, sentenza del 13 aprile 2010, Wall, C-91/08, Racc. pag. I-2815, punto 36), anche se esso sia stabilito nello stesso Stato membro dell'autorità in questione.
- 33 Occorre precisare, ad ogni buon fine, che il diritto dell'Unione imporrebbe gli stessi obblighi all'autorità cedente se la convenzione di cui trattasi nel procedimento principale non obbligasse il cessionario ad esercitare l'attività ceduta, cosicché detta convenzione in tal caso comporterebbe un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica. Per quanto riguarda l'obbligo di rispettare le norme fondamentali del Trattato e i principi da esso derivanti, un'autorizzazione siffatta non si differenzia infatti da una concessione di servizi allorché l'esercizio dell'attività considerata può interessare potenzialmente operatori economici stabiliti in altri Stati membri (v. in questo senso, in particolare, sentenze del 3 giugno 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Racc. pag. I-4695, punti 46 e 47, nonché del 9 settembre 2010, Engelmann, C-64/08, Racc. pag. I-8219, punti da 51 a 53).
- 34 Alla luce delle considerazioni che precedono alla prima questione posta va risposto che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che un operatore economico di uno Stato membro può invocare dinanzi ai giudici di tale Stato membro la violazione dell'obbligo di trasparenza risultante dai predetti articoli che sarebbe stata commessa in occasione della conclusione di una convenzione mediante la quale uno o più enti pubblici dello Stato membro di cui trattasi hanno attribuito ad un operatore economico dello stesso Stato membro una concessione di servizi che presenta un interesse transfrontaliero certo oppure hanno accordato ad un operatore economico il diritto esclusivo di esercitare un'attività economica che presenta siffatto interesse.

Sulla seconda questione

- 35 Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE debbano essere interpretati nel senso che circostanze come quelle del procedimento principale possono essere considerate ragioni imperative di interesse generale

- o circostanze oggettive idonee a giustificare, in deroga ai principi della parità di trattamento e di non discriminazione sanciti dai predetti articoli l'attribuzione diretta da parte di enti pubblici, ad un operatore economico, di una concessione di servizi vertente su un'attività di fornitura di servizi di televisione esercitata da tali enti mediante reti cablate loro appartenenti.
- 36 Le circostanze così considerate sono la volontà di rispettare taluni diritti che, mediante una convenzione preesistente, gli enti interessati hanno concesso a tale operatore relativamente all'uso di dette reti cablate nonché la volontà di giungere ad una transazione per porre fine ad una controversia relativa alla portata di tali diritti nell'osservanza di una decisione giudiziaria provvisoria, evitando nel contempo il deprezzamento della predetta attività di fornitura di servizi di televisione esercitata da tali enti attraverso dette reti, permettendo al contempo che fosse proposta un'offerta commerciale completa agli abbonati di tali servizi.
- 37 Occorre ricordare che, qualora una concessione di servizi presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua attribuzione, in totale assenza di trasparenza, ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione. Escludendo tutte quelle imprese, una tale disparità di trattamento opera principalmente a danno di queste ultime e costituisce pertanto una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata in linea di principio ai sensi degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE (v., in questo senso, sentenza ASM Brescia, cit., punti 59 e 60 nonché la giurisprudenza citata).
- 38 A titolo eccezionale, una misura del genere può essere ammessa ai sensi di una delle ragioni menzionate all'articolo 52 TFUE o giustificata, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale (v., per analogia, sentenze Engelmann, cit., punti 51 e 57 nonché giurisprudenza citata, e del 10 maggio 2012, Duomo Gpa e a., da C-357/10 a C-359/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 39 e giurisprudenza citata). A quest'ultimo proposito, dalla lettura congiunta dei punti 51 e 57 della citata sentenza Engelmann risulta che non va fatta distinzione tra le circostanze oggettive e le ragioni imperative di interesse generale. Siffatte circostanze devono infatti costituire, in ultima analisi, una ragione imperativa di interesse generale.
- 39 Orbene, i motivi menzionati nella presente questione pregiudiziale, siano essi considerati isolatamente o congiuntamente, non possono essere considerati ragioni imperative di interesse generale.
- 40 Si deve certamente ammettere che il principio della certezza del diritto, che è un principio generale del diritto dell'Unione, è idoneo a giustificare che gli effetti giuridici di una convenzione siano rispettati, nei limiti imposti da tale principio, anche nel caso di una convenzione conclusa prima che la Corte si fosse pronunciata riguardo alle implicazioni del diritto primario rispetto a convenzioni di questo tipo e che a posteriori si sarebbe rivelata contraria a tali implicazioni (v., in questo senso, sentenza ASM Brescia, cit., punti 69 e 70). Tale principio tuttavia non può essere invocato per dare ad una convenzione un'espansione contraria ai principi della parità di trattamento e di non discriminazione nonché all'obbligo di trasparenza che da essi deriva. Al riguardo non fa differenza il fatto che tale espansione possa costituire una soluzione atta a porre fine ad una controversia insorta tra le parti interessate, per ragioni del tutto indipendenti dalla loro volontà, relativamente alla portata della convenzione che le vincola.
- 41 Peraltro, per quanto attiene al rischio di deprezzamento di un'attività di natura economica, esercitata da un ente pubblico, in conseguenza di un contesto convenzionale preesistente che si rivela inadeguato rispetto all'evoluzione del contesto tecnico-commerciale, secondo

giurisprudenza costante ragioni di natura economica non possono essere riconosciute quali motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una restrizione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato (v. sentenza del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 59 e giurisprudenza citata).

42 Occorre a tal proposito constatare che la circostanza che la conclusione dell'accordo controverso coinciderebbe con l'interesse dei consumatori, i quali, in mancanza di tale accordo, non potrebbero fruire della televisione interattiva, oppure di un'offerta combinata di servizi commercialmente attraente, non si differenzia realmente dal motivo relativo al deprezzamento di tale attività, ma è anzi strettamente connessa ad esso. Detta circostanza riguarda, infatti, non tutti i consumatori presenti nel territorio coperto dalle reti cablate delle associazioni intercomunali, ma unicamente quelli che sono abbonati ai servizi di televisione che erano forniti da queste ultime nell'ambito dell'attività la cui cessione a Telenet è oggetto del procedimento principale, e la perdita di attrattività dell'offerta commerciale che esse possono presentare sul mercato e quindi il deprezzamento di tale attività si spiega con l'impossibilità, per le associazioni intercomunali, di proporre a tali abbonati taluni servizi per effetto della ripartizione dei diritti d'uso delle loro reti prevista nell'atto di conferimento del 1996.

43 Occorre infine precisare che considerazioni che esaminate isolatamente non costituiscono ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare che si prescinda dai principi della parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dall'obbligo di trasparenza, non possono acquisire siffatta qualità per la mera circostanza di essere sommate.

44 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono si deve rispondere alla seconda questione sottoposta dichiarando che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che:

- la volontà di non violare taluni diritti che, mediante una convenzione preesistente, enti pubblici hanno concesso ad un operatore economico relativamente all'uso di reti cablate ad essi appartenenti non può giustificare che a detta convenzione sia data un'espansione contraria al diritto dell'Unione, nella forma di attribuzione diretta di una concessione di servizi o di un diritto esclusivo di svolgere un'attività che presenta un interesse transfrontaliero certo, e ciò fosse anche al fine di far cessare una controversia insorta tra le parti interessate, per ragioni del tutto indipendenti dalla loro volontà, in merito alla portata della predetta convenzione;
- motivi di natura economica, come la volontà di evitare un deprezzamento di un'attività economica, non costituiscono ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare l'attribuzione diretta di una concessione di servizi vertente su tale attività o di un diritto esclusivo di svolgere la suddetta attività che presenta un interesse transfrontaliero certo, derogando ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione sanciti dai menzionati articoli.

Sulla terza questione

45 Alla luce della risposta alla seconda questione, non occorre risolvere la terza questione.

Sulle spese

46 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le

spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Decima Sezione) dichiara:

- 1) **Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che un operatore economico di uno Stato membro può invocare dinanzi ai giudici di tale Stato membro la violazione dell'obbligo di trasparenza risultante dai predetti articoli che sarebbe stata commessa in occasione della conclusione di una convenzione mediante la quale uno o più enti pubblici dello Stato membro di cui trattasi hanno attribuito ad un operatore economico dello stesso Stato membro una concessione di servizi che presenta un interesse transfrontaliero certo oppure hanno accordato ad un operatore economico il diritto esclusivo di esercitare un'attività economica che presenta siffatto interesse.**

- 2) **Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che:**
 - **la volontà di non violare taluni diritti che, mediante una convenzione preesistente, enti pubblici hanno concesso ad un operatore economico relativamente all'uso di reti cablate ad essi appartenenti non può giustificare che a detta convenzione sia data un'espansione contraria al diritto dell'Unione, nella forma di attribuzione diretta di una concessione di servizi o di un diritto esclusivo di svolgere un'attività che presenta un interesse transfrontaliero certo, e ciò fosse anche al fine di far cessare una controversia insorta tra le parti interessate, per ragioni del tutto indipendenti dalla loro volontà, in merito alla portata della predetta convenzione;**

 - **motivi di natura economica, come la volontà di evitare un deprezzamento di un'attività economica, non costituiscono ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare l'attribuzione diretta di una concessione di servizi vertente su tale attività o di un diritto esclusivo di svolgere la suddetta attività che presenta un interesse transfrontaliero certo, derogando ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione sanciti dai menzionati articoli.**

Firme

* Lingua processuale: il neerlandese.