

## SOTTOSEZIONE I

### LA REDAZIONE E L'ATTUAZIONE DEL DIVIETO DI INTESA ANTICONCORRENZIALI (ART. 81 TCE, ART. 161 COST. EU.)

1. *La dichiarazione Spaak e le norme antitrust del Trattato CEE (1957). La disciplina dei cartelli industriali in Francia e in Germania negli anni '50 e la relativa influenza sulla redazione dell'art. 81 TCE.*

Passando alle norme di divieto *antitrust* disciplinate nel TCE, il cd. Rapporto Spaak del 1955 prevedeva, nella parte relativa alle regole di concorrenza dirette alle imprese, la formulazione di due ordini di disposizioni, *il primo* relativo al divieto di cartelli industriali; *il secondo* relativo al divieto di comportamenti monopolistici delle imprese <sup>1</sup>.

Con riferimento al divieto di cartelli, la redazione della norma — norma che poi costituirà l'art. 85 TCEE (1957) — rappresenta un interessante fenomeno di confronto di (almeno) due culture giuridiche, quella francese e quella tedesca.

Riguardo alla Repubblica francese, essa aveva emanato (già negli anni '20) normative che regolamentavano gli accordi tra imprese <sup>2</sup>. All'inizio degli anni '50 era stata istituita una Commissione di riforma dell'allora vigente normativa in quanto essa si era dimostrata non efficace e di difficile applicazione. Con riferimento all'impostazione di base della nuova normativa, la proposta di legge del 10 luglio 1952 <sup>3</sup> era probabilmente influenzata dal modello di

---

<sup>1</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxiv.

<sup>2</sup> Per un *excursus* della disciplina francese in materia fino agli anni '50, v. PLAISANT ROBERT - LASSIER JACQUES, *Les Ententes Industrielles sous forme de Sociétés ou d'Associations*, Paris, Juris-Classeurs, 1956.

<sup>3</sup> JOSEPH HAMEL - GASTON LAGARDE, § 231. *Controle des ententes industrielles*, in *Traite de Droit Commercial*, Paris, Librairie Dalloz, p. 280.

regolamentazione del mercato europeo della prima parte del XX secolo. Essa, infatti, prendeva le mosse dal presupposto (differente da quello del successivo *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* tedesco) che gli accordi di cartello tra imprese non fossero necessariamente negativi per la concorrenza e che vi fosse quindi la necessità di distinguere tra "accordi buoni" e "accordi cattivi" <sup>4</sup>. Tale progetto di legge prevedeva infatti, in linea di principio, *la liceità degli accordi tra imprese funzionali a migliorare, nell'interesse generale, la produzione e la distribuzione* (art. 1 Progetto n. 9951); il Progetto solo successivamente vietava gli atti finalizzati alla costituzione di monopoli, alla creazione di "coalition" o alla limitazione e alla soppressione della concorrenza sleale (art. 2 Progetto n. 9951) <sup>5</sup>.

Tale impostazione, criticata dalla dottrina <sup>6</sup>, determinò — anche grazie a studi di diritto comparato compiuti in Francia con riferimento alla disciplina dei cartelli in Germania e negli USA <sup>7</sup> — una successiva radicale modifica del testo. In conseguenza di ciò la formulazione finale della norma, l'art. 59 bis decreto 9 agosto 1953 disciplinò il "*délit de coalition*", *cioè il divieto di tutti gli accordi che avessero ad oggetto o effetto di alterare la concorrenza*, accordi questi espressamente *vietati di diritto*. In particolare, il *délit de coalition* previsto dall'art. 59 bis decreto del 9 agosto 1953 relativo al mantenimento e al ristabilimento della libera concorrenza <sup>8</sup> recitava: "*Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59 ter, — toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou*

---

<sup>4</sup> VITTORIO SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, A. Milani, 1934, 28

<sup>5</sup> CHARLEY DEL MARMOL, *Les Ententes industrielle*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 86.

<sup>6</sup> CHARLEY DEL MARMOL, *Les Ententes industrielle*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 86.

<sup>7</sup> V. PIERRE GIDE, *Le Projet Français de Loi Anti-Trust et les expériences étrangères - Etats-Unis - Angleterre - Allemagne*, Paris, Librairie Du Recueil Sirey, 1953.

<sup>8</sup> ANDRE TOULEMON, *Le Décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale*, *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 1954, p. 269. Pierre Fortunet, *Dirigisme et libre concurrence - De la réglementation des ententes professionnelles et des conditions de vente par le décret du 9 août 1953*, in *Revue des Sociétés*, 1954, p. 236.

tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, allant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix.

Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit.

Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les autres; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission, s'il en est intervenu un doit être communiqué".

Solo due categorie di intese rientranti in tale divieto e previste dall'art. 59 *ter* del decreto erano esentate dall'illiceità: le intese imposte da normative statali — normative ben conosciute al diritto CE in quanto prese in considerazione da una serie di decisioni e di sentenze negli anni '90<sup>9</sup> — e gli accordi che determinavano specifici vantaggi per la concorrenza. L'art. 59 *ter* prevedeva infatti: "Ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 *bis*, les actions concertées, conventions ou ententes:

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;

2. Dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production, ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation".

Quindi la riforma del 1953 — pur tenendo fermo il principio secondo cui era necessario distinguere tra accordi "buoni" e "cattivi" — modificava radicalmente l'impostazione del 1950 nei confronti delle intese anticoncorrenziali: da un presupposto di liceità dei cartelli ad un presupposto di illiceità, salvo l'esenzione del divieto per due ipotesi specifiche.

---

<sup>9</sup> Sentenza della Corte del 3 dicembre 1987, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac contro Yves Aubert*, causa 136/86, *Raccolta della giurisprudenza*, 1987, p. 4789; 82/896/CEE: *Decisione della Commissione, del 15 dicembre 1982, (IV/29.883 — UGAL/BNIC)*, *Gazzetta ufficiale*, n. L 379 del 31 dicembre 1982, p. 1 — 18; Sentenza della Corte del 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel Du Cognac contro Guy Clair*, causa 123/83, *Raccolta della giurisprudenza* 1985, p. 391.

Ne consegue che, prima della negoziazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma, la Francia disponeva già nel 1952 di una normativa in materia di accordi anticoncorrenziali, normativa espressione di una chiara impostazione riguardo alla valutazione giuridica degli accordi tra imprese.

La situazione si presentava differente in Germania. La Germania aveva infatti già emanato nel 1920 normative relative alla disciplina dei cartelli. Esse, pur non dichiarando tali accordi illeciti, ne vietavano l'utilizzazione abusiva. Anche in conseguenza di questa scelta di politica economica, l'economia tedesca nei primi 40 anni del XX secolo era stata organizzata sulla base di cartelli tra imprese piuttosto che sulla concorrenza tra di esse (v. *supra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**).

Alla fine della seconda guerra mondiale, successivamente all'emanazione da parte delle forze di occupazione di una legge sulla decartellizzazione<sup>10</sup>, era stata istituita dal Governo una Commissione di studio per la redazione di una normativa in materia di tutela della concorrenza. Tale Commissione terminò i lavori in concomitanza (quasi negli stessi giorni) con la discussione sulla redazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma. Questo fatto determinò delle "interessanti" difficoltà — da poco chiarite grazie alla pubblicazione dei relativi documenti ufficiali<sup>11</sup> — per i rappresentanti tedeschi in sede di redazione del Trattato.

Per comprendere la posizione tenuta dalla Repubblica federale di Germania nel 1956/57 al tavolo delle trattative del Trattato di Roma — così come per comprendere le critiche di parte della dottrina tedesca alla riforma del reg. 17/62 delineata nel 2001<sup>12</sup> — è necessario sottolineare che all'interno della *stessa dottrina tedesca* era presente una intensa discussione riguardo al modello di disciplina dei cartelli. La dottrina era infatti divisa tra i sostenitori del *Verbotprinzip* e i sostenitori del *Missbrauchtprinzip*. I primi

---

<sup>10</sup> V. HAROLD RASCH, *Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht*, 2a ed., Berlin, Verlag neue Wirtschaftsrieft, 1958, p. 5.

<sup>11</sup> E cioè limitatamente a quelli pubblicati in REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

<sup>12</sup> V. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, cit. a nota 95.

sostenevano — nel ricordo del disastro politico ed economico della Germania nazista e delle leggi di cartellizzazione — la necessità di vietare qualunque accordo orizzontale tra imprese anche al fine di tutelare il diritto di iniziativa economica dei singoli. Inoltre, tale dottrina sosteneva che la "dispersione" del potere economico e il riconoscimento generalizzato del diritto di iniziativa economica avrebbe determinato dei risultati di "giustizia sociale". Secondo questa impostazione gli accordi anticoncorrenziali tra imprese dovevano essere privi di efficacia giuridica. Essi avrebbero acquisito la propria efficacia solo dopo la notifica dell'accordo ad uno specifico organo autonomo di controllo<sup>13</sup>.

I sostenitori del *Missbrauchprinzip* sostenevano, al contrario, la necessità di formulare una norma che vietasse i cartelli — e ne escludesse la relativa efficacia giuridica — successivamente all'accertamento dell'illiceità del cartello<sup>14</sup>. Parte dei propugnatori di tale principio asserivano, inoltre, l'illegittimità costituzionale del *Verbotprinzip*<sup>15</sup>.

Il principio che venne poi assorbito nella legge tedesca del 1957 riguardo ai cartelli industriali — dopo durissimi scontri politici e dottrinari<sup>16</sup> — era quella del *Verbotprinzip* con specifiche esenzioni

---

<sup>13</sup> FRANZ BÖHM, *Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1956, p. 173.

<sup>14</sup> V. RUDOLF ISAY, *Wirtschaftliche und rechtliche Konsequenzen des Böhm-Entwurfs*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1955, p. 339.

<sup>15</sup> Per i vari motivi di illegittimità sollevati, v. WERNER BENISCH, *Ist das Kartellverbot Grundgesetzwidrig?*, in *Der Betrieb*, 1956, p. 37. Il NÖRR riporta che alcuni di questi pareri erano stati commissionati dalla grande industria tedesca, KNUT WOLFGANG NÖRR, *Die Leiden des Privatrechts*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 203, nota 61.

<sup>16</sup> Per una relazione su tale discussione v. *Harold Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ed., Herne, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1958. V. anche tra i tanti, ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Der Böhm-Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1955, p. 285; WOLFRUM DOERINKEL, *Abriss der 1. Lesung des Kartellgesetzentwurfs im Bundestag*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1955, p. 572; HAROLD RASCH, *Kartellverbot und Grundgesetz*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1955, p. 679; WERNER BENISCH, *Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1955, p. 421.

a tale principio <sup>17</sup>. La disciplina degli accordi verticali era invece regolata da una norma distinta che non rientrava nel *Verbotprinzip* (art. 15 GWB ss.).

La *legge sulla tutela della concorrenza* tedesca fu votata nel 1957 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1958, cioè lo stesso giorno dell'entrata in vigore del Trattato di Roma e delle relative norme *antitrust*.

Per concludere, la Repubblica federale di Germania — durante la redazione del Trattato di Roma del 1956/57 — non poteva presentare una chiara "politica concorrenziale" riguardo alla valutazione degli accordi tra imprese non disponendo in quel momento di una definitiva normativa *antitrust* nazionale.

## 2. *La redazione dell'art. 81 TCE. La proposta francese e le "difficoltà" della rappresentanza tedesca. Il compromesso di von der Groeben.*

Durante la redazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma, i rappresentanti della Repubblica francese proposero una norma relativa al divieto di accordi la quale, *da una parte*, armonizzasse le normative nazionali relative alla "discriminazione sulla base del prezzo" <sup>18</sup> e, *dall'altra*, conteneva — relativamente alle pratiche restrittive di concorrenza <sup>19</sup> — gli stessi principi degli artt. 59 *bis* e 59 *ter* del decreto francese 9 agosto 1953. Tale seconda parte della proposta, in particolare, presentava il principio degli accordi "buoni"

---

<sup>17</sup> V. HAROLD RASCH, *Wettbewerbsbeschränkungen*, cit. a nota 10; v. anche i commenti francesi di ALBERT TOMASI, *La nouvelle Loi allemande sur les cartels - Loi contre les limitations de la concurrence du 27 juillet 1957*, in *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 1958, p. 35.

<sup>18</sup> Dal testo riportato da Schulze - Thomas: "Diskriminierungen auf dem Gebiet der Preise - Artikel x - Innerhalb des gemeinsamen Marktes sind verboten: Preiserhöhungen und -senkungen, sowie Änderungen von Verkaufsbedingungen für vergleichbare Geschäfte gegenüber Käufern oder Verkäufern, die miteinander im Wettbewerb stehen", v. REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 158, documento 51. Cfr. la somiglianza di tale proposta con quanto era stato sostenuto dal Oualid in sede di Convenzione di Ginevra del 1927, v. *surpa*.

<sup>19</sup> Dal testo: "Einschränkende Praktiken im Wettbewerb", v. REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 158, documento 51.

e "cattivi", cioè il divieto di accordi anticoncorrenziali salvo la possibilità di esentare specifiche intese che avessero avuto un effetto positivo sulla concorrenza.

Diversamente, i rappresentanti dell'allora Repubblica federale di Germania avevano difficoltà a prendere posizione sul punto, non avendo essi stessi ben chiaro quale sarebbe stata la formulazione della relativa normativa nazionale. I rappresentanti tedeschi temevano che la redazione della norma comunitaria sui cartelli risultasse in contrasto con il diritto nazionale. Era già chiaro, infatti, che il diritto della concorrenza del Trattato avrebbe avuto una rilevante influenza sul diritto statale<sup>20</sup>.

I rappresentanti della Repubblica federale di Germania, dopo un primo momento di esitazione, proposero una norma contenente il *Verbotprinzip* senza eccezioni, qualificando tale proposta come unica e immodificabile<sup>21</sup>.

A fronte di tale proposta i rappresentanti francesi — così come le altre rappresentanze — irrigidirono le loro posizioni pervenendo quindi ad una situazione di stallo<sup>22</sup>. I documenti ufficiali indicano come i rappresentanti della Repubblica federale di Germania riconoscevano però che: "È impossibile imporre a livello europeo un principio [cioè il *Verbotprinzip*] che è oggetto di discussione nella Germania stessa"<sup>23</sup>.

La situazione fu risolta dal Presidente del sottogruppo relativo alle norme della concorrenza — il tedesco *Hans von der Groeben*, successivamente primo Direttore della Direzione generale della concorrenza della Commissione<sup>24</sup> —. Il compromesso proposto da von der Groeben, e accettato dalle parti, fu la previsione di una

---

<sup>20</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 195, documento 62.

<sup>21</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxvii.

<sup>22</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxvii.

<sup>23</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 205, documento 65.

<sup>24</sup> Hans von der Groeben era stato uno dei redattori del Relazione Spaak ed aveva degli stretti rapporti con la scuola ordoliberal di Friburgo; v. DAVID J GERBER, *Law and competition, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 263.

norma relativa al divieto di accordi tra imprese che prevedesse la possibilità di autorizzare gli accordi vietati, sul modello proposto dalla rappresentanza francese <sup>25</sup>.

La formulazione finale dell'art. 81 TCE disponeva (e dispone): "Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del *mercato comune*" (corsivo aggiunto). La norma elencava inoltre alcuni tipi di pratiche vietate <sup>26</sup>. Il Trattato costituzionale ha modificato tale norma sostituendo al concetto di "mercato comune", il concetto di "mercato interno", quale obiettivo concretamente raggiunto durante il processo di integrazione europea.

L'art. 81(2) TCE prescriveva — così come l'art. 53 *bis* del decreto francese del 1953 ma anche come la *Notverordnung* tedesca del 1931, e così come ai sensi dell'art. 161(2) Cost. eu. — che "gli accordi e decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto" <sup>27</sup>.

L'art. 81(3) TCE, come già anticipato, prevedeva (e prevede) un'eccezione al divieto dell'art. 81(1) TCE disciplinando inoltre i requisiti in presenza dei quali dichiarare non applicabile il divieto *ex* art. 81(1) TCE. L'art. 81(3) TCE recitava (e recita): "Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

---

<sup>25</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxxi.

<sup>26</sup> Cioè le pratiche "consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione, b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento, d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza, e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi" (art. 81(1) TCE).

<sup>27</sup> La previsione della conseguenza civilistica della nullità dell'accordo costituiva quindi il retaggio dell'evoluzione delle norme di controllo dei cartelli industriali. Gli Stati europei non prevedero fino agli anni '20 — come spiegato *supra* — normative che riconoscessero ai singoli partecipanti il cartello — nel loro interesse e a tutela del diritto di iniziativa economica — il diritto di risolvere l'accordo.

— a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, — a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e — a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano *a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi, b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi" (corsivo aggiunto)<sup>28</sup>.

Von der Groeben propose inoltre di rinviare la decisione che aveva determinato lo "stallo", cioè la modalità di applicazione dell'autorizzazione (tramite il *Verbotprinzip* o il *Missbrauchprinzip*), in un regolamento successivo alla firma del Trattato di Roma (ciò è dimostrato anche dalle prese di posizioni del Governo olandese, del Parlamento francese e del Parlamento italiano nel 1957<sup>29</sup>). A tal fine il 28 novembre 1956 fu redatta la bozza dell'articolo poi divenuto — dopo successive elaborazioni — l'art. 83(2) lett. e TCE<sup>30</sup>.

In forza di tale compromesso — e ai sensi degli artt. 84 e 85 TCE — si decise che l'art. 81(1) e (3) TCE sarebbe stato applicato, "fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in

---

<sup>28</sup> Le esenzioni dal divieto dell'art. 81(1) TCE possono essere riconosciute tramite decisioni dirette a singoli casi o tramite regolamento. I regolamenti definiscono le categorie di intese alle quali è riconosciuta l'esenzione. La giurisprudenza ha sostenuto che l'emanazione di questi regolamenti di esenzione per categoria è funzionale alla certezza del diritto, Sentenza della Corte del 13 luglio 1966, *Governo della Repubblica italiana contro il Consiglio della CEE e la Commissione della CEE*, causa 32/65, *Raccolta della giurisprudenza*, 1966 p. 296.

Vi è però una profonda differenza tra esenzione riconosciuta tramite decisione e tramite regolamento; il fatto che un accordo sia inserito in un regolamento di esenzione non significa che esso sia necessariamente vietato *ex art.* 81(1) TCE. Al contrario, un accordo esentato tramite decisione *ex art.* 81(3) TCE è necessariamente contrario all'art. 81(1) TCE, Sentenza della Corte del 13 luglio 1966, *Governo della Repubblica italiana*, *cit. supra* nella stessa nota, p. 296; Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 luglio 1990, *Tetra Pak Rausing Sa contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-51/89, *Raccolta della giurisprudenza 1990*, p. II - 309, § 28.

<sup>29</sup> V. i documenti citati da ALBRECHT SPENGLER, *infra* nota 53.

<sup>30</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, *cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxxi.

applicazione dell'articolo 83", dalle "Autorità degli Stati membri (...) in conformità del diritto nazionale interno" (art. 84 TCE). Quindi le Autorità nazionali, ai sensi dell'art. 84 TCE, erano competenti anche ad applicare l'eccezione prevista dall'art. 81(3) TCE "in conformità del diritto nazionale interno". Secondo il compromesso, la scelta "costituzionale" della modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE (secondo il *Verbotprinzip* o *Missbrauchprinzip*) era così temporaneamente lasciata alla scelta degli Stati membri <sup>31</sup> (sul punto v. *infra* § 12).

Il Trattato costituzionale ha "assorbito" nell'art. 161(3) Cost. eu., senza sostanziali modifiche, il testo dell'art. 81(3) TCE <sup>32</sup>.

### 3. *L'attuazione dell'art. 81(3) TCE ai sensi del reg. 17/62. L'influenza della scuola di Friburgo e di E.-J. Mestmäcker nella successiva prassi di applicazione dell'art. 81(1) TCE.*

Anche la redazione nel 1961 del testo del primo regolamento *ex* art. 83 TCE — e in particolare della modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE — fu oggetto di forti discussioni. Infatti, il differente principio di giudizio dei cartelli industriali -da parte dei francesi e dei tedeschi- non era cambiato.

---

<sup>31</sup> Quindi, il compromesso del von der Groeben prevedeva che fino all'emanazione delle norme del regolamento *ex* art. 83 TCE gli Stati membri avrebbero applicato, secondo le rispettive discipline nazionali, direttamente l'art. 81(3) TCE. Questo fatto giustificava, perciò, il richiamo delle Autorità nazionali — ai sensi degli artt. 84 e 85 TCE — direttamente dalle norme del Trattato. Con riferimento alla differente opinione del Goyder relativamente ai motivi del richiamo nel Trattato delle Autorità nazionali, v. *infra* nota 100.

La discussione sulla redazione dell'art. 81(3) TCE ha degli evidenti effetti sull'attuale discussione della riforma del 2002. La struttura dell'art. 81 TCE, ripresa in parte dalla normativa francese, ha determinato, infatti, le difficoltà della trasformazione di tale norma in norma avente effetto diretto, v. *infra*. Non è un caso che il Mestmäcker neghi espressamente che il testo dell'art. 81 TCE sia correlato alla proposta francese in sede di redazione del Trattato CEE, cfr. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, *cit.* a nota 95, 416.

<sup>32</sup> Salvo la sostituzione della frase "Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili" in "Tuttavia, il paragrafo 1 può essere dichiarato inapplicabile" (art. 161(3) Cost. eu.).

La rappresentanza tedesca sosteneva, infatti, l'applicazione dell'art. 81(3) TCE a guisa del *Verbotprinzip* — recepito nel *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 1957 —<sup>33</sup>.

La rappresentanza francese sosteneva invece — come previsto dal decreto del 1953 — un'applicazione dell'art. 81(3) TCE a guisa del *Missbrauchprinzip*, cioè validità degli accordi stipulati dalle parti fino al momento in cui non fosse stata accertata la violazione dell'art. 81 TCE<sup>34</sup>.

Il "difficile" compromesso tra le differenti posizioni venne raggiunto con l'aiuto del relatore del regolamento — il tedesco Arved Deringer — e fu trasposto nel reg. 17/62, primo regolamento di attuazione degli artt. 81 e 82 TCE. Esso consisteva (come richiesto dalla Germania federale) nell'obbligo di notifica degli accordi presso un unico organo competente al fine ottenere l'esenzione *ex art.* 81(3) TCE (cioè la Commissione, art. 9(1) reg. 17/62<sup>35</sup>). A ciò si accompagnava la previsione dell'illiceità retroattiva dell'accordo in caso di rigetto dell'esenzione<sup>36</sup>. Però, anche in caso di illiceità dell'accordo, la notifica dell'intesa rendeva non comminabili alle parti le sanzioni per la violazione dell'art. 81(1) TCE, e ciò per il periodo di tempo intercorso tra notifica e decisione di merito della Commissione (art. 15(5) reg. 17/62). Inoltre, il reg. 17/62 prevedeva (come richiesto dalla Francia) l'efficacia temporanea degli accordi fino alla decisione della Commissione — in presenza o meno della notifica dell'intesa —. Però, in assenza di notifica e nel caso in cui l'accordo fosse stato vietato ai sensi dell'art. 81(1) TCE, era prevista l'illiceità dell'accordo *ex tunc* e senza possibilità di valutazione *ex art.* 81(3) TCE.

La *modalità di attuazione* dell'art. 81 TCE *ex reg.* 17/62 aveva quindi mantenuto, nella relativa formula di compromesso, un certo

---

<sup>33</sup> ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, Schriftenreihe/Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - n. 68, 1965, 9 ss..

<sup>34</sup> ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 33, 9 ss..

<sup>35</sup> ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 33, 10.

<sup>36</sup> V. Sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *Sa. Brasserie di Haecht contro Wilkin- Janssen*, causa 48/72, *Raccolta della giurisprudenza*, 1973, p. 77, § 25.

equilibrio tra principio tedesco e principio francese <sup>37</sup>. Da questa situazione di "equilibrio", l'impostazione finale sarebbe stata più vicina al regime proposto dalla Germania o dalla Francia a seconda della scelta di fondo relativa all'applicazione dell'art. 81(1) TCE. Infatti, una interpretazione più rigida del divieto avrebbe sostanzialmente imposto alle imprese — secondo il *Verbotprinzip* tedesco — di notificare gli accordi sia al fine di richiedere l'esenzione *ex art.* 81(3) TCE, ma anche per non incorrere nelle sanzioni in caso di rifiuto dell'esenzione *ex art.* 81(3) TCE. Una interpretazione meno rigida del divieto dell'art. 81(1) TCE avrebbe determinato un minore incentivo a notificare alla Commissione gli accordi e quindi un divieto più simile al *Missbrauchprinzip* francese.

La successiva prassi decisionale della Commissione optò per una interpretazione rigida dell'art. 81(1) TCE, rendendo tendenzialmente vietati tutti gli accordi orizzontali e rendendo conseguentemente più ampia l'applicazione dell'art. 81(3) TCE <sup>38</sup>. Tale prassi ha sostanzialmente trasformato l'art. 81(1) TCE in una norma di *Verbotprinzip*, con la necessità (ma non l'obbligo formale) di notificare le intese alla Commissione; e ciò quanto meno per "assicurarsi" la temporanea efficacia degli accordi stessi e per evitare le sanzioni in caso di illiceità dell'intesa (art. 81(2) TCE) conseguente al rigetto dell'autorizzazione. In ultima istanza, tale applicazione proponeva a livello comunitario un sistema simile a quanto previsto dalla normativa *antitrust* tedesca.

A ben vedere, tale prassi della Commissione riguardo all'art. 81(1) TCE è stata determinata dall'influenza tedesca a livello CE (e in particolare della scuola ordoliberal di Friburgo). Il motivo sostanziale di tale influenza fu la nomina nel 1960 — dietro indicazione dell'allora presidente della Commissione, Walter

---

<sup>37</sup> L'art. 1 reg. 17/62 — rubricata come "Disposizione di principio" — prevedeva infatti: "Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo [81], paragrafo 1 del Trattato, e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'articolo 82 del Trattato, sono vietati senza che occorra una decisione preventiva in tal senso". Questo divieto assoluto era derogato dallo stesso art. 1 reg. 17/62 che faceva "salvi gli articoli 6, 7 e 23 del presente regolamento".

<sup>38</sup> V. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** le critiche che la Commissione formula rispetto a tale prassi.

Hallstein — del prof. Ernst-Joachim Mestmäcker quale consulente speciale (*Sonderberater*) della Commissione per la concorrenza.

Il prof. Ernst-Joachim Mestmäcker, allora trentaquattrenne, era allievo di Franz Böhm, fondatore insieme a Walter Eucken della scuola di Friburgo. La sua nomina rifletteva la necessità della Commissione di definire (*rectius* creare)<sup>39</sup> la politica di concorrenza comunitaria. Il prof. Mestmäcker rimase consulente speciale della Commissione dal 1960 al 1970<sup>40</sup> influenzando l'interpretazione dei principi degli artt. 81 TCE e 82 TCE secondo la scuola tedesca.

4. *L'attuazione dell'art. 81 TCE ai sensi del reg. 1/03. I limiti dell'applicazione dell'art. 81(3) TCE ex reg. 17/62 e il "Libro bianco sulla modernizzazione". L'art. 1 della proposta di regolamento del 2000 della Commissione.*

L'applicazione dell'art. 81 TCE *ex reg. 17/62* è rimasta sostanzialmente invariata sino alla fine degli anni '90<sup>41</sup>. A ben

<sup>39</sup> OSKAR KLUG, *Die Problematik der amtlichen deutschen Kartellpolitik*, in LUDWIG KASTL, AND MAX METZNER, *Kartelle in der Wirklichkeit Festschrift für Max Metzner zu seinem fünfundsiebzigsten Geburtstag*, Köln, Heymann, 1963, p. 153, 171.

<sup>40</sup> V. HANS FRIEDRICH ZACHER, *Grußwort*, in *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Ulrich Immenga (a cura di), Baden - Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pag. 24.

<sup>41</sup> Da un punto di vista dei principi del reg. 17/62, il regolamento rimase sostanzialmente immutato fino al 1999. Nel 1999 è stata apportata una prima rilevante modifica all'art. 4(2) reg. 17/62 TCE. In particolare l'articolo unico del reg. 1219/99 recitava "All'articolo 4, paragrafo 2 del regolamento n. 17, il punto 2 è sostituito dal seguente: "2. a) tali accordi o pratiche concordate sono conclusi da due o più imprese operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione e si riferiscono alle condizioni alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere alcuni beni o servizi; // b) vi partecipano soltanto due imprese ed il loro unico effetto è di imporre all'acquirente o all'utilizzatore di diritti di proprietà industriale — e in particolare di brevetti, modelli di utilità, modelli e disegni ornamentali o marchi — limitazioni all'esercizio di tali diritti, oppure di imporre al beneficiario di contratti di cessione o di concessione di procedimenti di fabbricazione o di cognizioni relative all'utilizzazione e all'applicazione di tecniche industriali, limitazioni all'utilizzazione e all'applicazione di tali procedimenti o cognizioni", art. 1 reg. 1219/99.

Tale modifica era funzionale alla riforma del regolamento sugli accordi verticali, cioè il reg. 2789/99. La riforma avrebbe infatti permesso di escludere la notifica per ottenere esenzioni *ex art. 81(3) TCE* per gli accordi verticali. La novità del reg. 2789/99 consiste, infatti, nell'assenza di specifiche liste bianche e nere (ovvero elenchi di clausole contrattuali valutate lecite o illecite a secondo del tipo di contratto preso in

vedere, già all'inizio degli anni '90 la prassi della Commissione aveva chiaramente evidenziato i limiti del sistema *ex reg.* 17/62<sup>42</sup>. Infatti, all'aumento del numero di denunce per violazione del diritto *antitrust* CE pervenute alla Commissione, si aggiungeva il problema "cronico" delle notifiche di intese al fine di ottenere l'esenzione *ex art.* 81(3) TCE<sup>43</sup>.

A fronte di ciò, la Commissione presentava nel 1999 il cd. "Libro bianco sulla modernizzazione" *antitrust* nel quale proponeva una radicale riforma del reg. 17/62.

Al fine di eliminare il carico di lavoro relativo alle notifiche per le esenzioni *ex art.* 81(3) TCE, l'Autorità CE proponeva di modificare il regime autorizzatorio del reg. 17/62. La finalità era quella di creare "un sistema di eccezione legale che permett[esse] un controllo a posteriori delle intese. Il passaggio a un tale sistema [poteva] essere attuato" — ad avviso della Commissione — "mediante un regolamento del Consiglio fondato sull'articolo [83] del Trattato, il quale [avrebbe] dispo[sto] che qualsiasi Autorità amministrativa o giudiziaria chiamata ad applicare le disposizioni dell'articolo [81], paragrafo 1, [avrebbe] po[tuto] applicare simultaneamente anche le disposizioni dell'articolo [81], paragrafo 3. In tal modo, l'articolo [81] [sarebbe] diven[uto] una norma unitaria composta da una disposizione che [avrebbe] sancito il principio del divieto e da un'eccezione volta a temperare il rigore di un tale principio. L'articolo [81] [sarebbe] diven[uto] così, nella sua

---

considerazione dal regolamento di esenzione). La nuova impostazione del regolamento sugli accordi verticali consiste nella definizione di regole generali — solitamente indicate con quote di mercato delle imprese parti degli accordi — in forza delle quali le singole intese sono valutate come esentate o meno anche ai sensi dell'art. 81(3) TCE.

<sup>42</sup> Cfr. prassi della Commissione riportata nelle sentenze: Sentenza della Corte del 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis contro Henninger Bräu AG*, causa C-234/89, *Raccolta della giurisprudenza*, 1991 p. I - 935; Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1992, *Automec*, *cit.* nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**; Sentenza del Tribunale di primo grado (seconda sezione) del 24 gennaio 1995, *BEMIM*, *cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**; con riferimento a questa ci permettiamo di rinviare al nostro LORENZO FEDERICO PACE, *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 355.

<sup>43</sup> La stessa dottrina aveva iniziato a discutere già dal 1994 della necessità della riforma del reg. 17/62; cfr. CLAUS-DIETER EHLERMANN, C. D., *Ist die Verordnung Nr. 17 noch zeitgemäß?*, 1993, p. 996.

integralità, una norma direttamente applicabile che i singoli soggetti [avrebbero] pot[uto] invocare davanti ai tribunali o a qualsiasi autorità competente. Tale interpretazione [avrebbe] re[so] lecite, dalla loro conclusione e senza la necessità di una decisione preventiva, le intese vietate dal paragrafo 1 dell'articolo [81] ma rispondenti alle condizioni di cui al paragrafo 3 dello stesso articolo. Parallelamente, le intese restrittive della concorrenza non conformi a tali condizioni [sarebbero rimaste] illecite. Tale nuova regolamentazione non [avrebbe] richie[sto] più alcuna notifica ai fini di una convalida degli accordi. Il regime d'applicazione dell'articolo [81] nel suo insieme [sarebbe] diven[uto] così identico a quello dell'articolo [81], paragrafo 1 e dell'articolo [82]" (§ 69 — corsivo presente) <sup>44</sup>.

Tale impostazione fu successivamente recepita nella proposta di regolamento emanata nel 2000 dalla Commissione stessa. L'art. 1 della proposta di regolamento del 2000 — rubricata "*Applicabilità diretta*" <sup>45</sup> — prevedeva, secondo quanto sostenuto dalla Commissione nel Libro bianco, che "gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1 del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 (...) sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso".

5. *L'attuazione dell'art. 81(3) TCE ai sensi del reg. 1/03. L'art. 2 reg. 1/03 e l'onere della prova della violazione del diritto antitrust CE.*

---

<sup>44</sup> Tale obiettivo sarebbe stato raggiunto tramite un sistema più coeso tra Commissione e Autorità nazionali. La Commissione sosteneva infatti: "Dopo 35 anni di attuazione delle regole di concorrenza comunitarie, è oggi necessario sfruttare meglio la complementarità che esiste fra gli organi nazionali e la Commissione, e favorire l'applicazione di tali norme attraverso una cd. Rete di Autorità operanti in base a principi comuni e in stretta collaborazione" (Libro bianco sulla modernizzazione antitrust, § 91).

<sup>45</sup> L'art. 1 della proposta di regolamento del 2000 recitava: "Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1 del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso". Riguardo all'utilità di questa rubrica — e della rubrica dell'art. 3 reg. 1/03 — per comprendere l'illegittimità dell'art. 3(2) reg. 1/03, v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

Passando a valutare l'attuazione dell'art. 81(3) TCE da parte del reg. 1/03 è necessario non confondere due aspetti distinti della riforma. *Il primo* riguarda la modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE, *il secondo* concerne l'attribuzione delle competenze per l'applicazione della medesima norma. Con *il primo aspetto* è deciso se l'art. 81(3) TCE sia applicabile ai sensi del *Verbot-* o del *Missbrauchsprinzip* (art. 3 reg. 1/03). *Questo primo aspetto*, quindi, è riferito ad una scelta di carattere "costituzionale" riguardo all'oggetto di tutela del sistema *antitrust* CE <sup>46</sup>. *Il secondo aspetto*,

---

<sup>46</sup> In teoria, secondo quanto affermato dalla Commissione, il principio di applicazione delle norme *antitrust* CE non è cambiato, con particolare riferimento all'art. 81(3) TCE. Secondo la Commissione sia il reg. 17/62, sia il reg. 1/03, manterrebbero — con riferimento all'art. 81 TCE — *il principio di divieto con eccezione*. L'unico aspetto che cambierebbe, consisterebbe nel fatto che se nel reg. 17/62 l'eccezione è riconosciuta tramite un sistema di notifica, nel reg. 1/03 tale eccezione è riconosciuta direttamente nel momento dell'applicazione dell'art. 81 TCE (cd. principio di eccezione legale). A ben vedere, il cambiamento è ben più rilevante e riguarda non solo la modalità di applicazione dell'art. 81 TCE ma anche, in ultima istanza, le finalità tutelate dall'art. 81 TCE. Non è un caso che con l'occasione della modifica delle modalità di applicazione dell'art. 81 TCE siano state modificate radicalmente anche le finalità stesse del diritto *antitrust* CE; v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

In vigenza del reg. 17/62, in conseguenza dell'influenza della dottrina tedesca, l'art. 81(1) TCE vietava sostanzialmente ogni accordo richiedendo necessariamente — per riconoscere la liceità degli accordi — la valutazione sull'esenzione *ex art. 81(3) TCE*.

Secondo quanto sostenuto dalla Commissione nella Comunicazione sull'applicazione dell'art. 81(3) TCE, la modalità di valutazione dell'art. 81 TCE dopo la riforma del reg. 1/03 seguirà il seguente schema: "La valutazione a norma dell'articolo 81 comporta pertanto due fasi. La prima fase consiste nel valutare se un accordo tra imprese, che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, abbia un oggetto anticoncorrenziale o effetti anticoncorrenziali, effettivi o potenziali. La seconda fase, che interviene solo qualora si ritenga che un accordo sia restrittivo della concorrenza, consiste nel *determinare i benefici sotto il profilo della concorrenza prodotti dall'accordo in questione e nel valutare se tali effetti positivi superino gli effetti negativi per la concorrenza*. La valutazione comparata degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 3. *Prima di procedere alla valutazione dei benefici compensativi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3*, è necessario aver determinato il carattere restrittivo dell'accordo ed il suo impatto. Per situare l'articolo 81, paragrafo 3 nel giusto contesto, è opportuno delineare brevemente l'obiettivo e il contenuto principale del divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1. Le linee direttrici della Commissione sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento di tecnologia danno ampie indicazioni sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 a vari tipi di accordi. Le presenti linee direttrici si limitano dunque a delineare il quadro analitico di base per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1", Comunicazione sull'applicazione dell'art. 81(3) TCE, § 11-12. Il reale cambiamento di applicazione dell'art. 81 TCE è ulteriormente chiarito dai funzionari stessi della Commissione. Essi,

essendo relativo all'attribuzione delle competenze tra organi per l'applicazione dell'art. 81(3) TCE, riguarda il differente problema dell'organizzazione amministrativa del sistema *antitrust* CE: esso può prevedere (cfr. artt. 4, 5 e 6 reg. 1/03) la competenza esclusiva della Commissione, la competenza concorrente con le Autorità nazionali, o anche la competenza concorrente con i giudici nazionali come previsto dal reg. 1/03. Tale secondo aspetto della riforma del reg. 1/03, essendo riferito a problemi di organizzazione amministrativa del sistema, sarà trattato nella terza parte di questo studio.

Con riferimento alle modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE, l'art. 1 reg. 1/03 — rubricato "*Applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato*" e non più "*Applicabilità diretta*", come era nella proposta di regolamento del 2000 — determina *l'applicazione unitaria dell'art. 81 TCE* (cioè degli artt. 81(1) e 81(3) TCE insieme): esso esclude infatti l'esistenza di un particolare procedimento per riconoscere l'esenzione di cui all'art. 81(3) TCE. In particolare, l'art. 1(1) reg. 1/03 prescrive che "gli accordi, le decisioni e le pratiche

---

spiegando il funzionamento della riforma, ammettono che l'applicazione dell'art. 81 TCE è radicalmente modificata rispetto all'impostazione del reg. 17/62. Essi sostengono infatti: "The Guidelines strike a reasonable and necessary balance between on the one hand the application of the prohibition rule of Article 81(1) and on the other hand the exception rule of Article 81(3). *It is important to keep in mind that in recent years the application of the prohibition rule of Article 81(1) has been re-thought considerably.* As stated in the Guidelines, for Article 81(1) to apply the agreement must produce negative effects on the market by allowing the parties to obtain, *maintain or strengthen market power*. In the absence of hardcore restrictions, Article 81(1) only applies where the parties have a sufficient degree of market power to produce a negative impact on the market. This means that Article 81(1) only applies when the competitive process and consumers are likely to suffer. In such circumstances it is necessary to follow an equally strict approach under Article 81(3). *Article 81(3) should only apply when the restrictive agreement is reasonably necessary to produce efficiencies that compensate consumers for the likely negative effects of the restrictions.* For the restrictions to be acceptable firms should produce real evidence to that effect. It is not sufficient that they make unsubstantiated assertions. The *quid pro quo* is that plaintiffs and enforcers have to *make a real case under Article 81(1)*. Both elements are contained in the Guidelines which thereby create a balance between Article 81(1) and Article 81(3) based on sound economic principles", CÉLINE GAUER - LARS HJOLBYE - DOROTHE DALHEIMER - EDDY DE SMIJTER - DOMINIK SCHNICHELS - MAIJA LAURILA, *Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004, p. 1, 5. Sulla modifica dell'interpretazione dell'art. 81(1) e 81(3) TCE, v. ancora *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che non soddisfino le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso" <sup>47</sup>.

L'art. 1(2) reg. 1/03 disciplina i casi di accordi vietati ai sensi del diritto *antitrust* CE. Esso prevede che "gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso" <sup>48</sup>.

L'art. 2 reg. 1/03 — così come già nella proposta di regolamento — disciplina inoltre l'onere della prova della violazione del diritto *antitrust* CE <sup>49</sup>. Il reg. 17/62 non disciplinava questo aspetto. In tale regime era infatti evidente — in relazione all'art. 81(1) TCE — che l'onere della prova della violazione fosse in capo alle Autorità nazionali. Riguardo all'art. 81(3) TCE, dal momento che tale norma era valutata esclusivamente dalla Commissione — e non dai giudici nazionali — e che per l'applicazione di essa era necessaria una

---

<sup>47</sup> Tale previsione svolge una finalità sostanzialmente differente rispetto a quella dell'art. 3(1) reg. 1/03, in forza del quale le Autorità e le giurisdizioni nazionali quando applicano il diritto *antitrust* degli Stati membri a fattispecie di rilevanza comunitaria sono obbligate anche ad applicare gli artt. 81 e 82 TCE. L'art. 3(1) reg. 1/03 — oltre a "garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie" — ha infatti la funzione — insieme alla disciplina dei rapporti "inter-organici" contenuti nel regolamento stesso — di creare l'"inter-operabilità" tra differenti sistemi *antitrust* nazionali e tra tali sistemi e il sistema *antitrust* CE.

<sup>48</sup> La norma è quindi norma avente "applicabilità diretta" ma non "effetto diretto". Infatti, come affermato dalla Commissione nel "Libro bianco sulla modernizzazione", la conseguenza dell'applicazione congiunta degli artt. 81(1) e 81(3) TCE determinerebbe l'"applicabilità diretta" dell'art. 81(3) TCE, ma non quanto necessario per l'applicazione di tale norma da parte dei giudici nazionali, cioè l'"effetto diretto" della norma stessa. Infatti — come sarà meglio chiarito *infra* v. § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** — l'"effetto diretto" di una norma comunitaria non deriva da come un regolamento attribuisce la competenza per applicare una specifica norma, ma dalla formulazione della norma stessa.

<sup>49</sup> L'art. 2 reg. 1/03 — rubricato come "Onere della prova" — recita: "In tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del Trattato incombe alla parte o all'Autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte".

richiesta tramite notifica, l'onere della prova per ottenere l'esenzione era in capo alle imprese notificanti l'accordo.

Ai sensi del reg. 1/03, al contrario, il fatto che non esista più un sistema di notifiche per ottenere l'esenzione di cui all'art. 81(3) TCE avrebbe potuto far presumere — in assenza di una specifica disciplina — che l'onere della prova dell'inesistenza dei requisiti dell'art. 81(3) TCE sarebbe stato in capo alle Autorità nazionali. Tale medesima situazione, nell'ipotesi dell'applicazione dell'art. 81(3) TCE da parte dei giudici nazionali, avrebbe potuto far presumere che l'onere della prova dell'inesistenza dei requisiti dell'art. 81(3) TCE sarebbe stato in capo agli attori della causa.

Una simile impostazione — in assenza dell'obbligo di una qualche forma di partecipazione per sostenere l'applicabilità dell'art. 81(3) TCE da parte delle imprese parti dell'accordo oggetto di valutazione — avrebbe reso difficile (se non impossibile) per la Commissione, per le Autorità nazionali o per gli attori di causa di escludere l'esistenza dei requisiti dell'art. 81(3) TCE sostenuta dalle parti dell'accordo.

Infine, l'art. 3 reg. 1/03 — ultima norma contenuta nel Capitolo I rubricato come "Principi" — oltre a definire il rapporto tra diritto *antitrust* CE e legislazioni nazionali (artt. 3(2) e (3) reg. 1/03, sul punto, v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** ss.) — disciplina l'obbligo di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE da parte degli organi degli Stati membri (art. 3(1) reg. 1/03).

#### 6. *La critica di E.-J. Mestmäcker alla legittimità dell'art. 1 reg. 1/03.*

Il Mestmäcker ha criticato la legittimità dell'art. 1 reg. 1/03<sup>50</sup>. Egli nega infatti che l'art. 81(3) TCE possa essere applicato congiuntamente all'art. 81(1) TCE. In tale ipotesi — sostiene l'Autore — l'art. 81(1) TCE perderebbe l'"efficacia diretta" riconosciutagli dalla giurisprudenza CE. Per tale motivo il Mestmäcker sostiene che

---

<sup>50</sup> V. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, cit. a nota 95. Tale critica prende le mosse da presupposti e perviene a conclusioni differenti a quelli che si sosterranno *infra* §§ **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** e **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

l'art. 81(1) TCE debba essere necessariamente applicato autonomamente rispetto all'art. 81(3) TCE in adempimento del principio del *Verbotprinzip*. In conclusione, egli sostiene l'illegittimità dell'art. 1(1) reg. 1/03 e 1(2) reg. 1/03 in quanto i regolamenti *ex art.* 83 TCE non potrebbero determinare l'applicazione congiunta degli artt. 81(1) e 81(3) TCE.

L'interpretazione del Mestmäcker parte dal presupposto — in coerenza con il *Verbotprinzip* e degli insegnamenti della scuola di Friburgo <sup>51</sup> — che, *da una parte*, sia necessario negare la liceità di tutti gli accordi orizzontali e, *dall'altra*, sia necessaria una qualche forma di notifica preventiva delle intese a specifici organi perché questi valutino l'*eventuale esistenza* dei requisiti *ex art.* 81(3) TCE.

Alle critiche presentate dall'Autore — che determinerebbe la radicale impossibilità di funzionamento del reg. 1/03 <sup>52</sup> — si può però sommessamente replicare sotto due diversi aspetti.

*Sotto un primo aspetto* di carattere storico, i resoconti Parlamentari francesi e italiani del 1957, oltre che la presa di posizione del Governo olandese dello stesso anno, escludono che gli Stati firmatari il Trattato avessero deciso che l'art. 81(1) TCE dovesse essere necessariamente applicato — secondo il principio di divieto piuttosto che dell'abuso — autonomamente rispetto all'art. 81(3) TCE <sup>53</sup>. Lo stesso Arved Deringer, relatore del reg. 17/62, affermava nel 1962 che l'art. 1 reg. 17/62 rappresentava un compromesso tra le impostazioni tedesche (*Verbotprinzip*) e francesi (*Missbrauchprinzip*). Deringer in questo modo confermava che,

---

<sup>51</sup> Sul pensiero della scuola di Friburgo, v. ANDREAS HEINEMANN, *Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln*, München, VVF, 1989. V. anche WALTER EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, Ordo, 1949, p. 1.

<sup>52</sup> L'impostazione del Mestmäcker determinerebbe non solo l'illegittimità dell'art. 1(1) reg. 1/03 e dell'art. 1(2) reg. 1/03 ma la sostanziale inapplicabilità del nuovo sistema di cui al reg. 1/03. Infatti, l'art. 1 reg. 1/03 costituisce la norma con cui è decisa la modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE. In assenza di una norma che decida la modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE — situazione conseguente all'illegittimità degli artt. 1(1) reg. 1/03 e 1(2) reg. 1/03 — l'art. 81(1) TCE potrebbe essere applicato esclusivamente dalla Commissione e dalle Autorità nazionali, v. *infra*. In questa ipotesi, infatti, la modalità di applicazione dell'art. 81 TCE è quella prevista dal sistema *antitrust* disciplinato direttamente dal TCE (artt. 84 e 85 TCE).

<sup>53</sup> Riguardo a tali documenti citati, v. ALBRECHT SPENGLER, *Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Köln, 1957, Bundesverband der deutschen Industrie, n. 46.

ancora prima del reg. 17/62, in sede di redazione dell'art. 81 TCE non era stata decisa l'applicazione dell'art. 81(1) TCE disgiunta dall'art. 81(3) TCE secondo il *Verbotprinzip* proposto dalla Delegazione tedesca<sup>54</sup>.

Sotto *un secondo aspetto*, all'impostazione del Mestmäcker può essere sommamente eccepito che anche la giurisprudenza comunitaria esclude che il TCE imponga l'applicazione autonoma dell'art. 81(1) TCE rispetto all'art. 81(3) TCE (*rectius* che il TCE abbia previsto il divieto di applicazione congiunta degli artt. 81(1) e 81(3) TCE). Infatti, la Corte di giustizia ha costantemente affermato (sentt. *Bosch*<sup>55</sup>, *Ahmed Saeed Flugreisen*<sup>56</sup>) che le modalità di applicazione degli artt. 81(1) e 81(3) TCE non sono disciplinate direttamente dal Trattato ma sono definite dai regolamenti *ex art.* 83 TCE.

## SOTTOSEZIONE II

### LA REDAZIONE E L'ATTUAZIONE DEL DIVIETO DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE (ART. 82 TCE, ART. 162 COST. EU.)

#### 7. *La dichiarazione Spaak e la discussione sulla disciplina dei comportamenti monopolistici delle imprese: la redazione dell'art. 82 TCE.*

Come già ricordato, il Rapporto Spaak prevedeva che il TCE disciplinasse, oltre ad una norma sul divieto di accordi, anche una norma relativa al divieto di comportamenti monopolistici delle imprese.

---

<sup>54</sup> ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 34, 10, 9 ss..

<sup>55</sup> Sentenza della Corte del 6 aprile 1962, *Kledingverkoopbedrijf De Geus En Uitdenbogerd contro Robert Bosch GmbH (Bosch)*, causa 13/61, *Raccolta della giurisprudenza edizione italiana*, 1962, p. 89.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte dell'11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebuero GmbH contro Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs E. V. (Ahmed Saeed Flugreisen)*, causa 66/86, *Raccolta della giurisprudenza*, 1989, p. 803.

Dai documenti ufficiali risulta che la redazione dell'art. 82 TCE sia stata meno problematica della redazione dell'art. 81 TCE. Ciò è determinato dalla presenza di una simile norma nel Trattato CECA e dall'assenza, al momento della redazione del Trattato, di norme simili negli ordinamenti dei sei Stati fondatori. Infatti, solo in Germania si poneva in quel periodo la necessità di introdurre nella legge di tutela della concorrenza una norma contro i comportamenti unilaterali delle imprese. Tale norma fu poi inserita nel *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* all'art. 22, cioè l'abuso di posizione dominante.

Riguardo alla previsione di una simile norma nel Trattato di Roma, la discussione si sviluppò maggiormente sulla modalità di limitare il potere delle singole imprese e sul se prevedere nel Trattato il controllo delle concentrazioni, così come previsto nel Trattato CECA.

I rappresentanti francesi erano disposti alla previsione di vincoli azionari in conseguenza dei quali le imprese non avrebbero potuto detenere più di una certa quota di azioni nelle singole società. Gli stessi rappresentanti erano invece contrari alla previsione di una disciplina di controllo delle concentrazioni. Essi sostenevano, infatti, che una simile normativa riguardasse aspetti esclusivamente interni degli Stati membri<sup>57</sup>.

La posizione tedesca si differenziava da quella francese in quanto favoriva l'esistenza del controllo delle concentrazioni. In via subordinata i tedeschi favorivano la previsione di una norma relativa ai comportamenti monopolistici delle imprese secondo il principio dell'abuso<sup>58</sup>.

Nel Trattato di Roma fu poi inserita, com'è noto, una norma di divieto dei comportamenti monopolistici delle imprese secondo il principio dell'abuso, e non fu inserito un sistema di controllo delle concentrazioni. In particolare l'art. 82 TCE, intitolato "abuso di posizione dominante", recitava (e recita): "È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere

---

<sup>57</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxxii.

<sup>58</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, documenti 7 e 53.

pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo" (testo sostanzialmente così mantenuto anche all'art. 162 Cost. eu.<sup>59</sup>). L'art. 82 TCE, così come l'art. 81 TCE, elencava in via esemplificativa delle pratiche che rientravano nel divieto dell'art. 82 TCE<sup>60</sup>. Diversamente dall'art. 81 TCE, per l'art. 82 TCE non era (né è) prevista alcuna ipotesi di esenzione.

Riguardo al concetto di posizione dominante, la giurisprudenza ha sostenuto che l'art. 82 TCE, facendo riferimento a tale concetto, "richiama nozioni che non sono nuove ma che sono state già precisate dalla prassi delle Autorità incaricate nella maggior parte degli Stati membri di controllare e reprimere i comportamenti anticoncorrenziali"<sup>61</sup>.

La giurisprudenza comunitaria ha poi definito la posizione dominante come "una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. Siffatta posizione non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le

---

<sup>59</sup> Salvo la sostituzione del concetto di "mercato comune" con "mercato interno". Sui motivi di questo, v. *infra* nota 68.

<sup>60</sup> L'art. 82 TCE recita: "Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

<sup>61</sup> Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. AG contro Commissione*, causa 85/76, *Raccolta della giurisprudenza 1979*, p. 461, § 132.

arrechi pregiudizio" <sup>62</sup>. In particolare, la Corte ha affermato che questo articolo" [...] "letto alla stregua dei suoi obiettivi e delle sue finalità" [...] "poneva a carico di un'impresa in posizione dominante — indipendentemente dalle cause di tale posizione — la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune, conformemente all'obiettivo generale enunciato nell'art. 3 [g] del Trattato" <sup>63</sup>.

Del pari la giurisprudenza comunitaria ha definito l'abuso di posizione dominante come "una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza" <sup>64</sup>.

Anche il testo del divieto dell'abuso di posizione dominante disciplinato dal Trattato costituzionale (art. 162 Cost. eu.) — così come il divieto di intese anticoncorrenziali (art. 161 Cost. eu.) — è rimasto sostanzialmente immutato rispetto al Trattato CE. L'unica modifica riguarda la correzione di una discordanza tra il testo della

---

<sup>62</sup> Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. AG contro Commissione*, causa 85/76, *Raccolta della giurisprudenza 1979*, p. 461, §§ 38 e 39. Da ultimo citato dalla Commissione nelle decisioni 2003/6/CE: *Decisione della Commissione del 13 dicembre 2000 (COMP/33.133 - C: Carbonato di sodio - Solvay)*, *Gazzetta ufficiale n. L 10 del 15 gennaio 2003*, pag. 10 - 32, § 42; 91/300/CEE: *Decisione della Commissione del 19 dicembre 1990 (IV/33.133 - D: Carbonato di sodio - ICI)*, *Gazzetta ufficiale n. L 152 del 15 giugno 1991*, p. 40 - 53; v. anche Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. contro Commissione delle Comunità europee*, causa 27/76, *Raccolta della giurisprudenza*, 1978 p. 207, §§ 63/66; Sentenza della Corte (sesta sezione) del 4 maggio 1988, *Corinne Bodson contro Sa Pompes Funebres des Regions Liberees*, causa 30/87, *Raccolta della giurisprudenza*, 1988, p. 2479, § 26.

<sup>63</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado (seconda sezione) del 6 ottobre 1994, *Tetra Pak International Sa contro Commissione delle Comunità europee (Tetra Pak II)*, causa T-83/91, *Raccolta della giurisprudenza*, 1994, p. II - 755.

<sup>64</sup> Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann - La Roche Et Co. AG contro Commissione*, causa 85/76, *Raccolta della giurisprudenza 1979*, p. 461, § 91.

norma in lingua italiana già presente nel Trattato di Roma (1957) e le altre lingue ufficiali. Infatti, l'art. 82 lett. c TCE recitava: "determinando così per questi ultimi uno svantaggio *per* la concorrenza". Il testo della norma è stato modificato all'art. 162 lett. c Cost. eu in modo che esso, così come il testo del Trattato nelle altre lingue, reciti: "determinando così per questi ultimi uno svantaggio *nella* concorrenza" (corsivo aggiunto) <sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Nel testo italiano l'art. 81 TCE recita: "d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza"; mentre l'art. 82 TCE recita: "c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio *per la* concorrenza". Il Trattato costituzionale prevede agli artt. 161 e 162, rispettivamente: "d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza" e "c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio *nella* concorrenza", (corsivo aggiunto).

Nel testo tedesco sul punto l'art. 81 TCE prescriveva: "d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden"; mentre l'art. 82 TCE prescriveva: "c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden". Ugualmente il Trattato costituzionale prevede all'art. 161 e 162, rispettivamente: "d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden" e "c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden".

Nel testo francese, l'art. 81 TCE prescrive: "d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence"; mentre l'art. 82 TCE prescrive: "c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence". Ugualmente il Trattato costituzionale prevede all'art. 161 e 162, rispettivamente: "d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence" e "c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence".

Nel testo inglese, l'art. 81 TCE prescrive: "d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage"; mentre l'art. 82 TCE prescrive: "c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage". Ugualmente il Trattato costituzionale prevede all'art. 161 e 162, rispettivamente: "d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other

8. *L'art. 82 TCE, l'attuazione e l'"effetto diretto" della norma.*

L'art. 82 TCE, a differenza dell'art. 81(3) TCE, non necessita di norme di attuazione. Anzi, esso presenta — come riconosciuto dalla successiva giurisprudenza CE — i requisiti dell'"effetto diretto" delle norme CE (v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**)<sup>66</sup>.

Senza la necessità di un'attuazione dell'art. 82 TCE e in presenza dell'"effetto diretto" di essa, sia il reg. 17/62 che il reg. 1/03 hanno previsto norme tra loro simili. Infatti, l'art. 1 reg. 17/62 — rubricato come "Disposizione di principio" — recitava : "(...) Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'articolo [82] del Trattato, [è] vietat[o] senza che occorra una decisione preventiva in tal senso (...)". Similmente, l'art. 1(3) reg. 1/03

---

trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage" e "c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage".

<sup>66</sup> A ben vedere, il problema dell'"effetto diretto" delle norme *antitrust* CE fu posto ancora prima dell'entrata in vigore del Trattato CEE (1 gennaio 1958). Tale problema determinò nel 1957 grande preoccupazione da parte degli industriali tedeschi i quali dovevano prepararsi — così come tutti gli imprenditori degli Stati membri — ad adeguarsi dal 1 gennaio 1958 oltre alle normative nazionali a tutela della concorrenza (quando esistenti) anche alle norme *antitrust* del Trattato di Roma; v. ALBRECHT SPENGLER, *Die Wettbewerbsregeln*, cit. a nota 53.

Sebbene la giurisprudenza CE, nei quaranta anni dall'entrata in vigore del TCEE, non abbia avuto interesse a risolvere espressamente il "dubbio" relativo all'effetto diretto dell'art. 82 TCE nei primi tre anni dall'entrata in vigore del Trattato di Roma, è ragionevole supporre che in questo periodo la norma sull'abuso di posizione dominante non disponesse, al pari dell'art. 81 TCE in quel momento, di "effetto diretto". Infatti, *in primo luogo*, sebbene l'art. 82 TCE sia norma che in conseguenza della propria formulazione abbia "effetto diretto", la specifica giurisprudenza sull'"effetto diretto" è stata chiaramente espressa dalla Corte di giustizia solo *cinque anni* dopo l'entrata in vigore del Trattato (Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *Nv Algemene Transport — En Expeditie Onderneming Van Gend En Loos e l'Amministrazione olandese delle Imposte (Van Gend En Loos)*, causa 26/62, *Raccolta della giurisprudenza*, 1963, p. 3), cioè due anni dopo il termine del periodo previsto dall'art. 87 TCEE (1957). *In secondo luogo*, appare ragionevole supporre, seguendo la giurisprudenza Bosch (Sentenza della Corte del 6 aprile 1962, Bosch, cit. a nota 55), che anche l'art. 82 TCE — specularmente all'art. 81 TCE — non potesse essere applicato direttamente dai giudici per i primi tre anni dall'entrata in vigore del Trattato. Il termine triennale previsto dall'art. 87 TCEE (1957) costituiva, in questo senso, una sorta di normativa transitoria rispetto alla piena efficacia delle norme *antitrust* CE.

recita: "Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del Trattato è vietato senza che occorra una previa decisione in tal senso".

## SOTTOSEZIONE I

### INTRODUZIONE

#### 9. *Il sistema di tutela antitrust europeo disciplinato dal Trattato CE e dal Trattato costituzionale.*

Il primo sistema di tutela *antitrust* CE è disciplinato dallo stesso TCE. Gli artt. 84 e 85 TCE stabiliscono — nell'intenzione dei redattori del Trattato di Roma — una disciplina sufficiente — sebbene provvisoria in attesa dell'emanazione dei regolamenti o direttive *ex art.* 83 TCE — per il funzionamento del sistema di tutela *antitrust* CE.

Le norme degli artt. 84 e 85 TCE svolgono ancora oggi, anche in presenza dei regolamenti *ex art.* 83 TCE <sup>67</sup>, alcuni effetti. Infatti, tale sistema determina *in nuce* il ruolo e le competenze che gli organi del sistema *antitrust* svolgono. Come nel proseguo si osserverà, i regolamenti emanati ai sensi dell'art. 83 TCE seguono (*rectius* sono obbligati a seguire) la falsariga del sistema così come delineato dagli artt. 84 e 85 TCE. Infine, il sistema *antitrust* disciplinato dal TCE costituisce comunque il sistema applicabile nell'ipotesi di illegittimità dei regolamenti o direttive *ex art.* 83 TCE.

Non è un caso che il Trattato costituzionale "riporti" negli artt. 164 e 165 Cost. eu. il testo degli artt. 84 e 85 TCE. Tali norme sono tra loro sostanzialmente coincidenti <sup>68</sup> salvo l'inserimento dell'art. 165(3) Cost. eu. <sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Sulle conseguenze in assenza di tali regolamenti o direttive *ex art.* 83 TCE, v. Sentenza della Corte del 30 aprile 1986, *Ministere Public contro Lucas Asjes, Andrew Gray, Jacques Maillot, Leo Ludwig e altri*, cause riunite 209 a 213/84, *Raccolta della giurisprudenza*, 1986, p. 1425, § 52; Sentenza della Corte dell'11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, *cit.* a nota 56, § 20.

<sup>68</sup> In particolare, il concetto di "mercato interno" è sostituito dal concetto di "mercato comune" come risultato a cui l'integrazione europea è concretamente pervenuta. Il Trattato costituzionale recita infatti: "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non distorta" (corsivo aggiunto), art. 3(2) Cost. eu.. In

## SOTTOSEZIONE II

## LA COMMISSIONE

10. A) *La competenza e le decisioni della Commissione nel sistema antitrust disciplinato dal Trattato CE e dal Trattato costituzionale.*

Nel sistema *antitrust* delineato dagli artt. 84 e 85 TCE (e dagli artt. 164 e 165 Cost. eu.) la competenza della Commissione è fortemente limitata dalla mancanza dei procedimenti di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE. L'art. 85(1) TCE prevede esclusivamente che "la Commissione vigil[i] perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 81 e 82" TCE. L'art. 85 TCE, oltre a prevedere la competenza della Commissione, individua i soggetti che possono determinare l'esercizio di tale potere, e cioè la Commissione — d'ufficio — o gli Stati membri <sup>70</sup>.

Il TCE regola inoltre i provvedimenti che la Commissione emana in caso di accertamento di violazione degli artt. 81 e 82 TCE. L'art. 84(1) TCE (così come l'art. 164(1) Cost. eu.) prescrive infatti che "qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, [l'Autorità CE] propone i mezzi atti a porvi termine". Successivamente, nel caso in cui l'impresa non abbia posto termine all'infrazione, "la Commissione

---

particolare, così come già disciplinato dall'art. 14 TCE: "Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali secondo le disposizioni della Costituzione" (corsivo aggiunto), art. 130(2) Cost. eu..

<sup>69</sup> L'art. 165(3) Cost. eu. recita: "La Commissione può adottare regolamenti europei concernenti le categorie di accordi per le quali il Consiglio ha adottato un regolamento europeo conformemente all'articolo 163, paragrafo 2, lettera b)".

<sup>70</sup> L'art. 85(1) TCE prevede: "Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio (...) i casi di presunta infrazione ai principi suddetti".

L'art. 165(1) Cost. eu. recita similmente: "La Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli III - 161 e III - 162. Istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le Autorità competenti degli Stati membri che le prestano assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti".

constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata" (art. 85(2) TCE).

Il TCE attribuisce all'Autorità CE, infine, la facoltà di "autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione" conseguente alla violazione degli artt. 81 e 82 TCE (art. 85(2) TCE)<sup>71</sup>. L'intervento degli Stati membri per "adottare le misure per rimediare alla situazione" è dovuto alla mancata previsione dei poteri della Commissione per l'applicazione dei divieti *antitrust* CE.

11. B) *Le sanzioni comminabili dalla Commissione nel sistema antitrust delineato dal Trattato CE e dal Trattato costituzionale.*

L'art. 85(2) TCE (similmente all'art. 165(2) Cost. eu.), oltre a prevedere che la Commissione autorizza "gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione" conseguente alla violazione degli artt. 81 e 82 TCE, prevede anche la sanzione ai sensi del diritto *antitrust* CE. Infatti, l'art. 85(2) TCE prescrive che, "qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione"<sup>72</sup>. In questo modo il TCE — stabilendo quale sia la conseguenza della violazione delle norme *antitrust* CE — indica quale sia l'organo (certamente) titolare del potere di sanzione delle

---

<sup>71</sup> L'art. 165(2) Cost. eu. recita, in modo leggermente differente: "Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione adotta una decisione europea motivata in cui constata l'infrazione ai principi. Può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie disposizioni, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione".

<sup>72</sup> Il rendere pubblica un deliberazione quale forma di sanzione non è — com'è noto — un *unicum* del settore della concorrenza. L'art. 99 TCE, relativo alla disciplina dell'Unione economica, prevede infatti che "il Consiglio (...) può rivolgere (...) allo Stato membro (...) le necessarie raccomandazioni [e] (...) può decidere di render[le] pubbliche [...], [q]ualora si accerti (...) che le politiche economiche di uno Stato membro non sono coerenti con gli indirizzi di massima (...) o rischiano di compromettere il corretto funzionamento dell'Unione economica e monetaria". Sul punto v. RICCARDO BASSO, *L'unione economica e monetaria e l'euro: principi di base e misure di attuazione*, in GIAN LUIGI TOSATO (A CURA DI), *L' unione economica e monetaria e l'euro: aspetti giuridici e istituzionali - studio introduttivo e materiali di base*, Giappichelli, 1999.

imprese che violino gli artt. 81 e 82 TCE, cioè la Commissione. Le sanzioni sono poi precisate dai regolamenti o dalle direttive *ex art.* 83(2) lett. a TCE.

### SOTTOSEZIONE III

#### LE AUTORITÀ NAZIONALI ANTITRUST

#### 12. A) *La competenza, le decisioni e i poteri istruttori delle Autorità nazionali.*

Come *supra* ricordato, il TCE (e il Trattato costituzionale) richiama anche le "Autorità degli Stati membri" quali organi partecipanti al sistema *antitrust* europeo (art. 84 TCE, art. 164 Cost. eu.)<sup>73</sup>. La necessità di prevedere nel TCE organi degli Stati membri che applichino, oltre alle norme *antitrust* nazionali, il diritto *antitrust* CE è la conseguenza del compromesso avvenuto in sede di redazione dell'art. 81 TCE. Come già evidenziato (v. *supra* § 2), l'impossibilità di definire le modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE come norma di abuso (come sostenuto dai rappresentanti francesi) o di divieto (come sostenuto dai rappresentanti tedeschi) aveva creato una *impasse*. Il compromesso tra le parti consisteva nel rinviare la decisione sulla modalità di applicazione dell'art. 81(3) ad un successivo regolamento *ex art.* 83 TCE. In considerazione dell'impossibilità (provvisoria) della Commissione di applicare l'art.

---

<sup>73</sup> Negli artt. 84 e 85 TCE sono richiamate tre categorie di organi statali: 1. le Autorità degli Stati membri che applicano gli artt. 81 e 82 TCE (art. 84 TCE); 2. le Autorità competenti degli Stati membri che svolgono la funzione di collaborare con la Commissione per le istruttorie (art. 85.1 TCE); 3. gli Stati membri quali soggetti che devono adottare misure per eliminare le infrazioni degli artt. 81 e 82 TCE (art. 85(2) TCE).

L'art. 164 Cost. eu. recita: "Fino all'entrata in vigore dei regolamenti europei adottati in applicazione dell'articolo III - 163, le Autorità degli Stati membri decidono in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato interno, in conformità con il loro diritto nazionale e con l'articolo III - 161, in particolare il paragrafo 3, e l'articolo III - 162".

81 TCE, e vista inoltre la necessità di rendere immediatamente operante una competenza importante come quella della tutela *antitrust*, la situazione richiedeva che gli organi degli Stati membri — nel caso essi fossero già istituiti nei singoli ordinamenti — applicassero — non molto diversamente da quanto sarà poi previsto nel reg. 1/03 — gli artt. 81 e 82 TCE in sostituzione della Commissione. A tal fine il TCE ha attribuito alle Autorità nazionali — e non è un caso che la competenza delle Autorità nazionali sia prevista all'art. 84 TCE, cioè prima di quella della Commissione — in via transitoria — cioè fino "al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 83" TCE — la competenza di decidere "in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante" all'interno "del mercato comune" <sup>74</sup>. E ciò non solo "in conformità del diritto nazionale interno" <sup>75</sup>, ma anche "delle disposizioni dell'articolo 81, in particolare del paragrafo 3, e dell'articolo 82" TCE. In questo modo, *da una parte*, l'art. 84 TCE riconosceva (in assenza della disciplina emanata *ex art. 83 TCE*, o *ex 163 Cost. eu.*) *la competenza degli Stati membri* a continuare ad applicare le normative nazionali alle intese e allo sfruttamento abusivo di posizione dominante; *dall'altra*, si lasciava agli Stati membri la discrezionalità se e come applicare l'art. 81(3) TCE in attesa del primo regolamento *ex art. 83 TCE*.

Gli Stati membri che intendevano esercitare la competenza prevista dall'art. 84 TCE dovevano individuare — in via non molto dissimile da quanto disciplinato dal reg. 17/62 e dal reg. 1/03 — l'organo competente all'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, i procedimenti di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE e, in via eccezionale per il sistema *antitrust* disciplinato dal TCE, la modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE secondo il principio di divieto o di abuso. In adempimento a ciò la Repubblica federale tedesca, la Repubblica francese e il Regno olandese attuarono nei rispettivi ordinamenti tale facoltà. In particolare, la Germania applicò più

---

<sup>74</sup> Diversamente, per i motivi indicati *infra*, l'art. 164 Cost. eu. (così come tutto il Trattato costituzionale) richiama quale obbiettivo non il concetto di "mercato comune" ma quello di "mercato interno".

<sup>75</sup> L'art. 165 Cost. eu. recita in modo leggermente differente: "(...) in conformità con il diritto nazionale interno" (corsivo aggiunto).

volte, tramite il *Bundeskartellamt*, l'art. 81(3) TCE <sup>76</sup>. Al pari, il Regno belga, il quale come l'Italia non prevedeva al tempo una normativa di divieto dei cartelli industriali o di divieto di comportamenti unilaterali anticoncorrenziali delle imprese, non emanò normative che permisero l'applicazione dell'art. 81(3)TCE da parte di organi nazionali. La Repubblica italiana, a tal fine, emanò un decreto delegato con cui attribuiva al Governo il potere di emanare normative per applicare l'art. 81(3) TCE, potere mai esercitato <sup>77</sup>.

Per il TCE, la natura giuridica dell'organo dello Stato membro che svolge il ruolo di Autorità nazionale è irrilevante. Unico elemento di rilievo è che gli Stati membri attribuiscano ad un organo tale competenza. La struttura e caratteristiche di esso sono lasciate alla discrezionalità degli Stati membri (cfr. art. 5 reg. 1/03 — sul punto v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**). Con riferimento a ciò va ricordato che — ancora successivamente all'entrata in vigore del reg. 17/62 — il concetto di Autorità nazionale era così indeterminato che la Corte di giustizia stessa ebbe difficoltà a definire se in esso rientrassero anche le giurisdizioni nazionali.

A fronte della competenza delle Autorità nazionali ad applicare gli artt. 81 e 82, il TCE attribuisce alla Commissione la competenza di orientamento della politica *antitrust* CE; l'Autorità CE svolge infatti — ai sensi dell'art. 85 TCE — il ruolo di vigilanza affinché "siano applicati i principi fissati dagli articoli 81 e 82 TCE".

---

<sup>76</sup> V. ALBRECHT SPENGLER, *Die Wettbewerbsregeln*, cit. a nota 53. In questo senso, v. GRANT W. KELLEHER, *The Common Market Antitrust Laws: the first Ten Years*, in *The Antitrust Bulletin*, 1967, p. 1219. La previsione di tale competenza, e l'esercizio della stessa da parte delle Autorità nazionali, ha reso necessario l'inserimento dell'art. 23 reg. 17/62; esso disciplinava il "regime transitorio applicabile alle decisioni delle Autorità degli Stati membri".

Il Belgio, al contrario, non emanò alcuna normativa in materia. In Italia, invece, il Parlamento emanò un decreto legislativo (art. 4 lett. d legge del 14 ottobre 1957 n. 1203) con il quale si delegava il governo ad emanare i provvedimenti di attuazione dell'art. 84 TCE, delega non esercitata. Il Draetta individuava nella mancata emanazione da parte dello Stato italiano di un provvedimento che permettesse l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE una violazione dell'art. 10 TCE; UGO DRAETTA, *Le regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità economica europea*, in *Diritto Internazionale*, 1961, p. 48, 65.

<sup>77</sup> V. ALBRECHT SPENGLER, *Die Wettbewerbsregeln*, cit. a nota 53.

13. B) *Le sanzioni comminabili, le decisioni emanabili e i poteri istruttori esercitabili dalle Autorità nazionali.*

Il TCE, oltre all'attribuzione della competenza *antitrust*, non regola altri aspetti relativi all'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE da parte delle Autorità nazionali.

Tra gli aspetti non disciplinati dal TCE, alcuni sono di particolare importanza, e cioè: 1. le decisioni che le Autorità nazionali devono emanare applicando gli artt. 81 e 82 TCE; 2. i poteri istruttori che le Autorità nazionali utilizzano per applicare gli artt. 81 e 82 TCE; 3. le sanzioni che le Autorità nazionali possono comminare per la violazione del diritto *antitrust* CE.

Di particolare interesse è l'aspetto dei poteri istruttori. Infatti, il TCE riconosce agli Stati membri, *da una parte*, l'obbligo di collaborare *ex art. 85 TCE* (ma anche *ex art. 165 Cost. eu.*) con la Commissione nei procedimenti da questa istruiti per l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE ("in collegamento con le Autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza", art. 85 TCE e art. 165 Cost. eu.); *dall'altra*, il TCE nulla stabilisce riguardo ai poteri istruttori degli Stati membri — e in particolare riguardo ai poteri istruttori delle Autorità nazionali — con riferimento all'applicazione diretta degli artt. 81 e 82 TCE. Il TCE lascia quindi agli Stati membri, oltre alla discrezionalità dell'*an* e del *quomodo* dell'applicazione dell'art. 81(3) TCE, anche la discrezionalità della disciplina dei poteri delle Autorità nazionali rispetto all'applicazione del diritto *antitrust* CE.

SOTTOSEZIONE IV

I MECCANISMI DI COOPERAZIONE E DI CONTROLLO NEL SISTEMA  
AMMINISTRATIVO *ANTITRUST* EUROPEO

14. A) *I meccanismi di "cooperazione verticale" nell'applicazione del diritto antitrust europeo.*

Il sistema *ex art.* 84 e 85 TCE disciplina una "larvale" forma di cooperazione e di controllo tra Commissione e Autorità nazionali per l'applicazione del diritto *antitrust* CE.

*Con riferimento alla cooperazione*, il TCE obbliga le Autorità nazionali a collaborare con la Commissione per l'istruzione dei casi di violazione degli artt. 81 e 82 TCE. Il TCE delinea in modo conciso anche i poteri istruttori — sia della Commissione che delle Autorità nazionali — finalizzati ad accertare la violazione agli artt. 81 e 82 TCE. Se infatti l'art. 85(1) TCE (ma anche l'art. 165(1) Cost. eu.) prevede che "la Commissione (...) istruisce (...) i casi di presunta infrazione ai principi" degli artt. 81 e 82 TCE, l'art. 85(2) TCE (e l'art. 165(2) Cost. eu.) dispone che le "Autorità competenti degli Stati membri" sono obbligate a prestare "l'assistenza" necessaria all'interno dei rispettivi Stati membri per istruire i casi di presunta infrazione del diritto *antitrust* CE. Ciò è conseguenza dell'impossibilità della Commissione — in assenza dell'espressa disciplina dei relativi poteri — di istruire direttamente i procedimenti nei confronti delle imprese.

15. B) *I meccanismi di controllo dell'applicazione del diritto antitrust europeo: il principio di stretta "cooperazione" e il controllo "verticale ascendente". Il federalismo antitrust europeo.*

Il TCE regola agli artt. 84 e 85 TCE anche la modalità con cui gli Stati membri partecipano — secondo il concetto di federalismo indicato *supra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** — ai procedimenti istruttori della Commissione. In particolare, l'art. 85(1) TCE (e l'art. 165(1) Cost. eu.) dispone che "la Commissione (...) istruisce (...) *in collegamento con le Autorità competenti degli Stati membri* (...) i casi di presunta infrazione ai principi" degli artt. 81 e 82 TCE (corsivo aggiunto). Tali norme, le quali come *supra* ricordato prevedono che le stesse "Autorità competenti degli Stati membri (...) prestano (...) assistenza" alla istruzione della Commissione, chiarisce quindi il doppio ruolo di tali Autorità nazionali. *Da una parte*, un ruolo di assistenza meramente esecutiva

nei procedimenti *antitrust* della Commissione; *dall'altra*, un ruolo di partecipazione ("*in collegamento*") delle Autorità nazionali all'istruzione stessa.

Tali previsioni stabiliscono quindi il principio del collegamento tra Commissione e specifiche Autorità nazionali nella fase di *istruzione* di casi di (presunta) violazione degli artt. 81 e 82 TCE — e quindi indirettamente nella fase di *decisione* — <sup>78</sup>. Non è quindi un caso che l'art. 10 reg. 17/62 (e, anche se in modo differente, l'art. 11 reg. 1/03) abbia poi stabilito — seguendo il principio espresso dall'art. 85(1) TCE e, successivamente, dall'art. 165(1) Cost. eu. — dei procedimenti di controllo "verticali ascendenti" delle Autorità degli Stati membri nei confronti della Commissione.

#### SOTTOSEZIONE V

#### GLI EFFETTI DEL SISTEMA *ANTITRUST* EUROPEO SUI SISTEMI NAZIONALI *ANTITRUST*

#### 16. *Gli effetti del sistema antitrust disciplinato dal Trattato CE e dal Trattato costituzionale sui sistemi nazionali di tutela antitrust.*

Gli effetti che il sistema disciplinato dagli artt. 84 e 85 TCE ha determinato sui sistemi *antitrust* degli Stati membri sono stati rilevanti, non ostante il breve periodo in cui tale sistema è stato in vigore. L'elemento che ha avuto maggiori conseguenze nel tempo è stata l'attribuzione — *ex art. 84 TCE* — alle Autorità nazionali della competenza *antitrust* CE. È stata proprio tale attribuzione che ha di fatto "comunitarizzato" tali organi e — richiamandoli all'interno del

---

<sup>78</sup> In altre parole, la Commissione è affiancata dagli organi statali nei procedimenti *antitrust* comunitari. A ben vedere, nel periodo che termina con l'entrata in vigore del reg. 17/62, gli Stati membri, più che influire sull'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, sono essi stessi che applicano le norme *antitrust* CE, nei limiti dell'art. 85 TCE. Come *supra* sottolineato, il TCEE (1957) prevedeva che, fino all'emanazione del regolamento *ex art. 83 TCE*, la Commissione non potesse applicare direttamente le norme *antitrust* CE. Erano infatti gli Stati membri, per mezzo delle Autorità nazionali *ex art. 84 TCE*, ad applicare gli artt. 81 TCE, compreso l'art. 81(3) TCE e l'art. 82 TCE.

sistema *antitrust* CE — li ha resi parte del sistema *antitrust* comunitario (fermo restando la natura non comunitaria di tali organi, v. *supra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**). Questo aspetto — che caratterizza il federalismo CE — è stato di grande importanza per l'evoluzione del sistema *antitrust* CE negli anni '90 e per la definizione dei procedimenti regolati dal reg. 1/03.

## SEZIONE II

### LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLE NORME *ANTITRUST* EUROPEE

SOMMARIO: 63. La competenza e la partecipazione dei giudici nazionali al sistema *antitrust* disciplinato dal Trattato CE e dal Trattato costituzionale.

#### 17. *La competenza e la partecipazione dei giudici nazionali al sistema antitrust disciplinato dal Trattato CE e dal Trattato costituzionale.*

Il sistema di tutela *antitrust* disciplinato dagli artt. 84 e 85 TCE (e degli artt. 164 e 165 Cost. eu.) si riferisce solo a due categorie di organi che applicano gli artt. 81 e 82 TCE, cioè alla Commissione e alle "Autorità nazionali competenti". Il TCE (e il Trattato costituzionale) non prevedono — a differenza del reg. 1/03 — una disciplina specifica relativa al ruolo dei giudici nazionali all'interno del sistema *antitrust* europeo.

I giudici nazionali, in assenza dei regolamenti *ex art.* 83 TCE ed art. 163 Cost. eu., hanno svolto un limitato ruolo nel sistema disciplinato *ex art.* 84 e 85 TCE (così come nel Trattato costituzionale). Questo perché, com'è noto, i giudici nazionali applicano e tutelano i diritti riconosciuti ai sensi degli artt. 81(1) TCE e 82 TCE in considerazione dell'effetto diretto di tali norme <sup>79</sup>. Ma se l'art. 82 TCE presenta di per sé i requisiti della norma avente "effetto diretto", questo non è il caso del divieto comunitario di

---

<sup>79</sup> Quanto qui sottolineato ovviamente vale anche nel caso di illegittimità delle norme sull'applicazione dell'art. 81(3) TCE emanate ai sensi dei regolamenti o di direttive *ex art.* 83 TCE. Riguardo a ciò, v. *infra* le conseguenze della contestazione dell'illegittimità dell'art. 1 reg. 1/03 da parte del Mestmäcker.

intese anticoncorrenziali. Infatti il giudice nazionale, nel definire la liceità di un comportamento *ex art. 81(2)* — cioè se l'accordo sia nullo — deve accertare non solo che l'accordo sia vietato ai sensi dall'*art. 81(1) TCE*, ma anche che esso non sia esentabile *ex art. 81(3) TCE* <sup>80</sup>. Quindi, per determinare in quali casi i giudici nazionali possano applicare l'*art. 81(3) TCE* è necessario definire in precedenza — ai sensi dell'*art. 83(2) lett. b TCE* o dell'*art. 163(2) lett. b Cost. eu.* — le modalità di applicazione di tale norma (ad es. secondo il principio di divieto o di abuso). È da sottolineare che questo aspetto precede il differente problema se i giudici nazionali possano applicare una norma quale l'*art. 81(3) TCE* in quanto disposizione non avente "effetto diretto" (per un rapporto tra questa impostazione e la sent. *Bosch*, v. *infra* § 29). In altre parole, secondo la giurisprudenza CE, fin quando un provvedimento *ex art. 83(1) TCE* non abbia determinato come applicare l'*art. 81(3) TCE*, l'*art. 81(2) TCE* non può essere applicato direttamente dai giudici nazionali. In assenza di un simile regolamento essi possono dichiarare la nullità di un accordo *ex art. 81(2) TCE* solo dopo che la Commissione e le Autorità nazionali abbiano applicato tali norme ad un caso specifico. E cioè, in particolar modo, dopo che la Commissione abbia valutato — *ex art. 85 TCE* o *ex art. 165 Cost. eu.* — l'intesa ai sensi dell'*art. 81 TCE*, ovvero dopo che l'Autorità nazionale abbia deliberato su di essa — *ex art. 84 TCE* o *ex art. 164 Cost. eu.* — avendo accertato che l'intesa sia vietata *ex art. 81(1) TCE* e che essa non presenti i requisiti per essere autorizzata *ex art. 81(3) TCE* <sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Come espresso da costante giurisprudenza comunitaria, v. Sentenza della Corte del 6 aprile 1962, *Bosch*, *cit.* a nota 55; Sentenza della Corte dell'11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, *cit.* a nota 56. V. anche Sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *La Brasserie di Haecht contro Wilkin - Janssen*, causa 48/72, *Raccolta della giurisprudenza*, 1973, p. 77, per le intese notificate e per quelle stipulate prima di 1962.

<sup>81</sup> In tanto questo è possibile, in quanto lo Stato membro abbia individuato l'Autorità competente, la modalità di applicazione dell'*art. 81(3) TCE* e i procedimenti che l'Autorità debba utilizzare per l'applicazione di tali norme; sul punto v. *infra*.



## CAPITOLO III

# IL SISTEMA DI TUTELA *ANTITRUST* DISCIPLINATO DAL REG. 17/62

### SEZIONE I

#### IL SISTEMA *ANTITRUST* AMMINISTRATIVO EUROPEO

SOMMARIO: — *Sottosezione I — Introduzione.* — 64. Il sistema di tutela *antitrust* disciplinato dal reg. 17/62. — *Sottosezione II — La Commissione.* — 65. A) La competenza della Commissione con particolare riferimento all'art. 81(3) TCE. Le decisioni della Commissione disciplinate dal reg. 17/62. — 66. B) Le sanzioni comminabili dalla Commissione e la disciplina della prescrizione e della decadenza ai sensi del reg. 2988/74. — *Sottosezione III — Le Autorità nazionali.* — 67. A) La competenza delle Autorità nazionali e i rapporti con la competenza della Commissione. Il concetto di Autorità nazionale *antitrust* ai sensi del diritto *antitrust* europeo. — 68. B) Le sanzioni comminabili, le decisioni emanabili e i poteri istruttori esercitabili delle Autorità nazionali. — *Sottosezione IV — I meccanismi di cooperazione e di controllo nel sistema amministrativo antitrust.* — 69. A) I meccanismi di cooperazione: A.i) La "cooperazione verticale ascendente" prevista dal reg. 17/62. L'utilizzabilità delle informazioni acquisite dalle Autorità nazionali per l'applicazione del diritto *antitrust* europeo e degli Stati membri. — 70. A.ii) Lo scambio di informazioni tra Commissione e Autorità nazionali *antitrust*. — 71. A.iii) La disciplina del segreto professionale. I casi di pubblicazione delle informazioni acquisite. — 72. B) I meccanismi di controllo: il principio di "stretta collaborazione" tra Commissione e Autorità nazionali. L'art. 10 reg. 17/62 e le fasi di redazione della norma. Il Comitato consultivo. — 73. C) Il controllo *sui generis* degli Stati membri, ai sensi del reg. 17/62, nei confronti dell'esercizio dei poteri istruttori della Commissione. — *Sottosezione V — Gli effetti del sistema antitrust disciplinato dal reg. 17/62 sui sistemi nazionali antitrust.* — 74. Gli effetti del sistema *antitrust* disciplinato dal reg. 17/62 sui sistemi nazionali *antitrust*.

## SOTTOSEZIONE I

### INTRODUZIONE

#### 18. *Il sistema di tutela antitrust disciplinato dal reg. 17/62.*

Il primo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE è stato emanato il 6 febbraio 1962<sup>82</sup> — dopo circa cinque anni dalla firma del Trattato di Roma (1957) —. Il regolamento è entrato in vigore il 13 marzo 1962<sup>83</sup> ed ha terminato il periodo di vigenza il 30 aprile 2004. Tale provvedimento ha avuto quale obiettivo, *in primo luogo*, la definizione delle modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE e, *in secondo luogo*, la definizione dei poteri del sistema *antitrust* CE.

Rispetto al *primo punto*, lo specifico aspetto dell'applicazione dell'art. 81(3) TCE è stato trattato *supra*, nella "Parte seconda" relativa alla definizione della competenza *antitrust* CE. Questo in quanto la modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE non rappresenta un mero problema di struttura amministrativa del sistema *antitrust* CE — anche se formalmente esso è disciplinato da un regolamento *ex art.* 83 TCE —, né rappresenta esclusivamente un problema di competenza dei singoli organi del sistema *antitrust* CE

---

<sup>82</sup> V. i primi commenti del reg. 17/62 di REMO FRANCESCHELLI, *Il primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma, in particolare la parte concernente l'applicazione dell'art. 85, § 3*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1962, p. 429; GUSTAVO MINERVINI, *La disciplina C.E.E. della libertà di concorrenza - Il primo regolamento della CEE per la tutela della libertà di concorrenza*, in *Il Diritto dell'economia*, 1962, p. 895; AURELIO PAPPALARDO, *Il primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato della CEE*, in *Rivista delle Società*, 1962, p. 345; ARVED DERINGER, *Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG Vertrages*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, p. 82; H. SCHUMACHER, *Die Durchführung der Artikel 85 und 86 des Rom-Vertrages*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1962, p. 475; AIME DE CALUWE, *Premier règlement d'application des articles .85 et 86 du Traité de Rome*, in *Revue de droit intellectuel*, 1962, p. 10; JEAN GODFRIN, *Les dispositions favorables a la concurrence selon les articles 85 et 86 du Traité de Rome et le premier règlement d'application de ces articles compte rendu présente*, in *Revue de droit intellectuel*, 1962, p. 26.

<sup>83</sup> Regolamento n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CEE, in *GUCE P* 13 del 21 febbraio 1962, p. 204.

per l'applicazione dell'art. 81(3) TCE. Tale aspetto costituisce, infatti, una scelta di carattere "fondante" riguardo al tipo di concorrenza tutelata nel mercato comune; esso, in ultima istanza, influisce direttamente sulla filosofia della politica *antitrust* dell'ordinamento CE.

Riguardo al *secondo punto*, il reg. 17/62 — oltre a regolare il centrale elemento della modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE (art. 1 reg. 17/62), le conseguenze sulla particolare disciplina delle decisioni della Commissione (artt. 2 - 8 reg. 17/62) e gli organi competenti ad applicare l'art. 81(3) TCE (art. 9 reg. 17/62) — non disciplinava aspetti altrimenti non già previsti (anche se succintamente) nel TCEE (1957). Rispetto al sistema regolato dagli artt. 84 e 85 TCE, il reg. 17/62 disciplinava in modo esteso il segreto professionale (peraltro, già disciplinato in via generale *ex art.* 287 TCE). Il regolamento disciplinava inoltre lo scambio delle informazioni tra Commissione e Autorità nazionali (*rectius* la finalità delle informazioni raccolte — anche se ciò era già implicito nella disciplina del TCE relativa all'attività esecutiva svolta dalle Autorità nazionali per la Commissione e ai poteri ispettivi della Commissione —).

I rapporti tra Commissione e Autorità nazionali — salvo il caso dell'art. 9 reg. 17/62, relativo alla competenza delle Autorità nazionali ed all'avocazione dei casi da parte della Commissione (art. 9(3) reg. 17/62) — non erano quasi presi in considerazione, in evidente contrasto con il reg. 1/03. Tale assenza era giustificata, *in primo luogo*, dalla non rilevanza — in quel momento storico — di tale aspetto e, *in secondo luogo*, dal fatto che al momento dell'emanazione del reg. 17/62 non tutti gli Stati membri dell'allora CEE avevano istituito una Autorità nazionale che applicasse il diritto *antitrust* CE.

In considerazione del ridotto numero di aspetti che il reg. 17/62 disciplinava (aspetti la cui definizione a livello di Consiglio aveva determinato però difficili e impegnative negoziazioni — v. *supra* § 2) il provvedimento era relativamente breve, soprattutto se paragonato al reg. 1/03 (v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**); esso constatava infatti di soli 24 articoli.



## SOTTOSEZIONE II

## LA COMMISSIONE

19. A) *La competenza della Commissione con particolare riferimento all'art. 81(3) TCE. Le decisioni della Commissione disciplinate dal reg. 17/62.*

Con riferimento alla competenza della Commissione, l'art. 9(1) reg. 17/62 attribuiva all'Autorità CE la competenza esclusiva di applicazione dell'art. 81(3) TCE<sup>84</sup>. A ben vedere il riconoscimento di tale competenza esclusiva era nel 1962 sostanzialmente obbligato. Una competenza decentrata del potere di autorizzazione *ex art. 81(3) TCE* avrebbe infatti determinato il rischio di prassi non coerenti tra le varie Autorità nazionali e la Commissione (soprattutto in un momento in cui le culture giuridiche ed economiche relative alla tutela dai cartelli tra imprese erano così differenti tra i singoli Stati membri, ed in particolare tra Germania e Francia; v. *supra* § 1 ss.).

Con riferimento alle modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE da parte della Commissione, esse presentavano (come ricordato *supra* § 3) un compromesso tra impostazione francese e tedesca, compromesso che determinava delle conseguenze sul contenuto di quasi tutte le norme del reg. 17/62. Tale soluzione consisteva — come evidenziato *supra* — nel divieto di intese salvo l'eventuale esenzione *ex art. 81(3) TCE* a seguito della notifica dell'accordo e della relativa valutazione da parte della Commissione. In particolare, il reg. 17/62 prevedeva la validità provvisoria degli accordi notificati alla Commissione sino al momento della decisione della

---

<sup>84</sup> Ciò detto, il principio di divieto con sistema di notifica (*Verbotprinzip mit Anmeldeungssystem*) disciplinato dal reg. 17/62 deve essere tenuto distinto dal problema della definizione degli organi che possano applicare l'art. 81(3) TCE. Riguardo all'art. 81(3) TCE, infatti, tanto la Commissione (art. 85 TCE), quanto le Autorità nazionali (art. 84 TCE), erano idonee ad essere titolari della competenza a ricevere e valutare le notifiche. Questo è utile per comprendere la discussione e la critica che parte della dottrina tedesca (e in particolare del Mestmäcker, ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, cit. a nota 95) ha rivolto al reg. 1/03.

Commissione (elemento questo imposto dai rappresentanti francesi)<sup>85</sup>. Gli effetti della decisione, sia nell'ipotesi di rigetto che di riconoscimento dell'esenzione, erano *ex tunc* (elemento imposto dai rappresentanti tedeschi)<sup>86</sup>. Anche nel caso in cui la richiesta di esenzione *ex art. 81(3) TCE* fosse stata rigettata, le parti dell'intesa vietata non erano sanzionabili "per comportamenti (...) posteriori alla notificazione alla Commissione ed anteriori alla decisione con la quale questa concede[va] o rifiuta[va] l'applicazione dell'articolo [81], paragrafo 3 del Trattato" (art. 15(5) lett. b reg. 17/62). La notifica dell'accordo avrebbe permesso alla Commissione — secondo un impostazione simile a quella della scuola ordoliberal di Friburgo recepita dal tedesco *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* — di valutare *ex ante*, al momento della notifica, gli effetti dell'intesa su una determinata struttura di mercato, prima che essa avesse alterato in modo sostanziale la struttura dello stesso<sup>87</sup>. Inoltre, i dati notificati insieme all'accordo avrebbero permesso alla Commissione — sempre secondo tale impostazione — di disporre di informazioni relative ai mercati. Queste avrebbero permesso di comprendere più facilmente l'esistenza di accordi o pratiche in restrizione della concorrenza<sup>88</sup>.

Le decisioni che la Commissione poteva emanare in applicazione degli artt. 81 e 82 TCE ai sensi del reg. 17/62 erano la conseguenza dei due elementi sopra indicati, cioè: *da una parte*, la previsione del sistema di notifica per l'applicazione dell'art. 81(3) TCE; *dall'altra*, la competenza esclusiva in capo alla Commissione dell'applicazione dell'art. 81(3) TCE. Infatti, tra le decisioni della Commissione disciplinate, solo gli artt. 2 reg. 17/62 (attestazione negativa)<sup>89</sup> e 3

---

<sup>85</sup> ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 34.

<sup>86</sup> ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 34.

<sup>87</sup> ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, cit. a nota 95.

<sup>88</sup> Cfr. MONOPOLKOMMISSION, *Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?*, Sondergutachten n. 28 vom 28. April 1999, § 55; MONOPOLKOMMISSION, *Folgeprobleme der europäischen Kartellrechtsreform*, Sondergutachten n. 32 vom 30. Oktober 2001, § 20.

<sup>89</sup> L'art. 2 reg. 17/62 ("attestazione negativa") prevedeva il caso in cui la Commissione, dietro richiesta delle parti dell'accordo, facesse presente di non dovere intervenire ai sensi dell'art. 81(1) TCE. Tale decisione, a differenza delle decisioni relative all'art. 81(3) TCE, aveva la caratteristica di essere un provvedimento

reg. 17/62 (eliminazione delle infrazioni)<sup>90</sup> non riguardavano decisioni di applicazione dell'art. 81(3) TCE. Tutte le altre norme riguardavano il sistema di notifica degli accordi, e cioè: art. 4 reg. 17/62 (notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche)<sup>91</sup>; art. 5 reg. 17/62 (notificazione degli accordi, decisioni e pratiche esistenti)<sup>92</sup>; art. 6 reg. 17/62 (dichiarazioni ai sensi dell'articolo 81, paragrafo

---

dichiarativo, v. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, cit. a nota 95.

<sup>90</sup> L'art. 3 reg. 17/62 disciplinava le decisioni relative all'eliminazione delle infrazioni degli artt. 81 e 82 TCE. In particolare, la norma prescriveva che la Commissione, nel caso in cui avesse constatato un'infrazione degli artt. 81 e 82 TCE, avrebbe potuto obbligare le parti a porre fine a tale comportamento. La Commissione era solo facoltizzata ad emanare una decisione, i denunciatori non disponevano quindi del diritto ad ottenere una decisione di merito. Questo elemento sarà di grande importanza negli anni '90 nella definizione dei limiti della competenza della Commissione, v. *infra*. Inoltre, l'art. 3 reg. 17/62 prevedeva che la Commissione, prima di prendere una decisione formale di infrazione, avrebbe potuto dirigere raccomandazioni dirette a far cessare l'infrazione.

L'apertura di un'istruttoria di accertamento della violazione degli artt. 81 e 82 TCE poteva avvenire, come già previsto dall'art. 85 TCE, sia d'ufficio, sia dietro richiesta degli Stati membri. Il reg. 17/62 disciplinava, a differenza del sistema di cui agli artt. 84 e 85 TCE, che anche persone fisiche o giuridiche erano titolari della legittimazione a presentare una denuncia. Come detto, questi ultimi non erano però titolari del diritto di obbligare la Commissione ad aprire un procedimento istruttorio a seguito della denuncia.

<sup>91</sup> In particolare l'art. 4(1) reg. 17/62 recitava: "Fino a quando [gli accordi] non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non può essere rilasciata".

L'art. 4(3) reg. 17/62 — modificato successivamente nel 2000 in previsione del nuovo regolamento sugli accordi verticali, reg. 2790/99 — disciplinava i casi in cui le intese, in presenza di determinate caratteristiche, non dovevano essere notificate alla Commissione (sebbene le parti fossero comunque facoltizzate a presentare la notifica, v. art. 4(3) reg. 17/62). È stato notato (KOENRAAD LENAERTS, *Le Juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre juridique Européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 154) come tale norma, che aveva la funzione di limitare il campo di applicazione dell'art. 81 TCE, fu successivamente ampliata — in particolare con la Sentenza della Corte del 18 marzo 1970, *Brauerei A. Bilger Soehne GmbH contro Heinrich Jehle E Marta Jehle*, causa 43/69, *Raccolta della giurisprudenza*, 1970, p. 127 — e portata fino a comprendere anche intese aventi effetto meramente interstatale.

<sup>92</sup> L'art. 5 reg. 17/62 regolava, invece, la notifica degli accordi, decisioni e pratiche esistenti al momento dell'entrata in vigore del regolamento. Tale norma, ancorché avesse perduto con il passare del tempo importanza, rimaneva comunque — insieme alla relativa giurisprudenza — di rilievo per determinare quale tipo di sistema di applicazione dell'art. 81(3) TCE fosse disciplinato dal Trattato di Roma.

3)<sup>93</sup>; art. 7 reg. 17/62 (disposizioni particolari per gli accordi, decisioni e pratiche esistenti)<sup>94</sup>; art. 8 reg. 17/62 (durata della validità e revoca delle dichiarazioni ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3)<sup>95</sup>; art. 23 reg. 17/62 (regime transitorio applicabile alle decisioni delle Autorità degli Stati membri)<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> L'art. 6 reg. 17/62 disciplinava i provvedimenti con cui la Commissione — in virtù della competenza esclusiva ex art. 9(3) reg. 17/62 — riconosceva le esenzioni di cui all'art. 81(3) TCE. Tale norma attribuiva natura dichiarativa al provvedimento di autorizzazione, aspetto essenziale per determinare il momento in cui eventualmente sarebbe sorto in capo alle parti dell'intesa l'obbligo di risarcire i danni da loro causati (sul tale problema con riferimento al reg. 1/03 v. *infra*). Tale norma prescriveva inoltre che l'esenzione non poteva essere anteriore alla data di notifica, salvo alcune eccezioni (cd. le intese esistenti). L'art. 6 reg. 17/62 — ai sensi del combinato disposto degli artt. 4(1) reg. 17/62 e 15(5) reg. 17/62 — determinava, quindi, che la notifica fosse necessaria per l'ottenimento di una esenzione ex art. 81(3) TCE, e che tale esenzione non potesse avere effetto anteriore alla data di notifica. La notifica, inoltre, escludeva la possibilità di sanzionare le imprese notificanti. Come *infra* ricordato, fin quando non era notificato, l'accordo era valutato esclusivamente ai sensi dell'art. 81(1) TCE e, in considerazione della successiva interpretazione rigida dell'art. 81(1) TCE, la mancanza della notifica aveva quale conseguenza la "più che probabile" illiceità dell'accordo stesso ex art. 81(1) TCE.

<sup>94</sup> L'art. 7 reg. 17/62 disciplinava delle disposizioni particolari per gli accordi, le decisioni e le pratiche esistenti. E cioè la possibilità delle imprese che avessero notificato intese che non presentavano i requisiti di cui all'art. 81(3) TCE — intese esistenti al momento dell'entrata in vigore del reg. 17/62 e notificate prima del 1 agosto 1962 —, di porre fine o di modificare tali intese così che non fossero vietate dall'art. 81(1) TCE o che presentassero i requisiti ex art. 81(3) TCE. In tal caso il divieto ex art. 81(1) TCE sarebbe stato limitato a quanto deciso dalla Commissione.

<sup>95</sup> L'art. 8 reg. 17/62 regolava la validità e la revoca delle dichiarazioni ex art. 81(3) TCE. In particolare, esso prescriveva che "la dichiarazione di cui all'articolo [81], paragrafo 3 del Trattato è rilasciata per un periodo determinato e può essere sottoposta a condizioni ed oneri" (art. 8(1) reg. 17/62) e che "la dichiarazione può essere rinnovata su domanda, qualora continuano a sussistere le condizioni previste dall'articolo [81], paragrafo 3 del Trattato" (art. 8(2) reg. 17/62). Infine, l'art. 8(3) reg. 17/62 recitava: "La Commissione può revocare o modificare la dichiarazione o vietare agli interessati determinati comportamenti: a) se cambia la situazione di fatto relativa ad un elemento essenziale della dichiarazione, b) se gli interessati non osservano un onere imposto dalla dichiarazione, c) se la dichiarazione è stata rilasciata in base a indicazioni inesatte ovvero ottenuta con frode, d) se gli interessati abusano dell'esenzione dalle disposizioni dell'articolo [81], paragrafo 1 del Trattato che è stata loro concessa con la dichiarazione". L'ipotesi sub d) era l'unico caso disciplinato dal reg. 17/62 in cui sussistesse il principio di abuso, v. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization of Competition Policy: a Challenge to the Community's Constitutional Order*, in *European Business Organization Law Review*, 2000, p. 401.

<sup>96</sup> La Corte di giustizia, sulla base delle decisioni previste dal reg. 17/62, riconobbe in via interpretativa l'ulteriore potere della Commissione di emanare misure cautelari; v.

20. *B) Le sanzioni comminabili dalla Commissione e la disciplina della prescrizione e della decadenza ai sensi del reg. 2988/74.*

Il reg. 17/62 disciplinava nel dettaglio — ai sensi dell'art. 83(2) lett. a TCE e concretizzando quanto già previsto all'art. 85 TCE — il potere sanzionatorio della Commissione per la violazione degli artt. 81 e 82 TCE. Il regolamento prevedeva, in particolare, la facoltà della Commissione di comminare alle imprese sia ammende (art. 15 reg. 17/62) che penalità di mora (art. 16 reg. 17/62). Il reg. 17/62 stabiliva inoltre per queste ultime — in attuazione dell'art. 83(2) lett. d TCE e dell'art. 229 TCE — la competenza della Corte di giustizia sia per profili di legittimità del procedimento, che per profili di merito della sanzione.

Con riferimento alle sanzioni comminate dalla Commissione, quello che qui interessa — soprattutto per le conseguenze sul reg. 1/03 — riguardava la prescrizione del potere della Commissione di sanzionare le violazioni degli artt. 81 e 82 TCE. Com'è noto, il reg. 17/62 non disciplinava la prescrizione o la decadenza del potere della Commissione di comminare le sanzioni *ex* artt. 15 reg. 17/62 e 16 reg. 17/62. Solo nel 1969 fu sollevata dalle parti del caso ACF<sup>97</sup> un'eccezione riguardo all'assenza di tale disciplina. La Corte di giustizia, rigettando il motivo di ricorso, sostenne che "i testi che attribuiscono alla Commissione il potere d'infliggere ammende in caso di violazione delle norme sulla concorrenza non prevedono la prescrizione. Onde adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, il termine di prescrizione deve essere stabilito in precedenza. La determinazione della sua durata e delle modalità d'applicazione è di competenza del legislatore comunitario"<sup>98</sup>. A

---

Ordinanza della Corte del 17 gennaio 1980, *Camera Care Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, causa 792/79 R, *Raccolta della giurisprudenza*, 1980, p. 119.

<sup>97</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 1970, *Acf Chemiefarma Nv contro Commissione delle Comunità europee*, causa 41/69, *Raccolta della giurisprudenza*, 1970, p. 661

<sup>98</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 1970, *Acf Chemiefarma Nv contro Commissione delle Comunità europee*, causa 41/69, *Raccolta della giurisprudenza*, 1970, p. 661, §§ 19 e 20.

seguito di ciò il Consiglio, al fine di limitare temporalmente i poteri sanzionatori della Commissione, emise il reg. 2988/74<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Regolamento n. 2988 del Consiglio del 26 novembre 1974, relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei trasporti e della concorrenza della Comunità economica europea, in GUCE L 319 del 29 novembre, 1974, p. 1. Sul punto v. MICHEL WAELBROECK - ALDO FRIGNANI, *Concurrence (Commentaire Megret - 4)*, 2a ed., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 435.

## SOTTOSEZIONE III

## LE AUTORITÀ NAZIONALI

21. A) *La competenza delle Autorità nazionali e i rapporti con la competenza della Commissione. Il concetto di Autorità nazionale antitrust ai sensi del diritto antitrust europeo.*

Il reg. 17/62 manteneva in capo alle Autorità nazionali la competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 TCE, così come già ai sensi dell'art. 84 TCE. L'art. 9(3) reg. 17/62 prevedeva infatti che "fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3 o 6, le Autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo [81], paragrafo 1 e dell'articolo [82], in conformità dell'articolo [84] del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2". D'altro canto, non vi sarebbe stato motivo per eliminare tale competenza, soprattutto in presenza negli Stati membri di organi che avrebbero potuto cooperare con la Commissione per la tutela *antitrust* CE<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Come già anticipato *infra*, vi è chi sostiene che la scelta di attribuire alle Autorità nazionali la competenza per applicare gli artt. 81 e 82 TCE era stata operata per via della generale attività di tutela *antitrust* nella CEE; impegno che sarebbe stato l'aspetto discriminante rispetto al Trattato CECA, dove non erano richiamate le Autorità nazionali quali organi competenti ad applicare il diritto (parziale) *antitrust* TCECA, v. DANIEL G. GOYDER, *EC Competition Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, 18. A ben vedere, certamente il TCE richiedeva una maggiore attività di tutela *antitrust*, ciò determinato dal controllo *ex artt.* 81 e 82 TCE di tutti i settori economici — e non solo per il settore carboniferurgico, come nel Trattato CECA —. Ma tale dottrina non tiene presente gli accadimenti che dal 1952 al 1957 erano avvenuti in Europa; in particolare la riforma della legge francese sulla disciplina dei cartelli, l'emanazione del tedesco *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* e l'istituzione, nel caso tedesco, di uno specifico organo di applicazione della disciplina. Sono questi fatti — e la relativa contrapposizione tra scuola francese e scuola tedesca — che determinano la necessità di disciplinare nel TCE le Autorità nazionali quali organi che si sostituissero alla Commissione per l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE. Ciò era conseguenza dalla necessità degli Stati membri di "prendere tempo" per definire un compromesso sull'applicazione dell'art. 81(3) TCE.

La competenza riconosciuta dal reg. 17/62 alle Autorità nazionali non si estendeva però — a differenza dell'art. 84 TCE — all'applicazione dell'art. 81(3) TCE, competenza esclusiva della Commissione (art. 9(1) reg. 17/62).

Inoltre, le Autorità nazionali non potevano esercitare la propria competenza *ex* artt. 81 e 82 TCE parallelamente alla Commissione riguardo ad una medesima fattispecie <sup>101</sup> (art. 9(3) reg. 17/62). Infatti, in conseguenza dell'apertura di un procedimento da parte della Commissione sul medesimo caso oggetto di valutazione di un'Autorità nazionale, l'Autorità CE avocava a sé la competenza *antitrust* per poter giudicare tale fattispecie. Parimenti l'Autorità nazionale non poteva iniziare un procedimento ai sensi del diritto *antitrust* CE per casi oggetto in quel momento di un procedimento istruttorio della Commissione. Ciò non escludeva però che le Autorità nazionali potessero applicare parallelamente — sebbene nella vigenza del reg. 17/62 questo fosse una mera ipotesi di scuola — la competenza *antitrust* CE per la medesima fattispecie.

Al contrario, il reg. 17/62 non escludeva, come confermato dalla sent. Walt Wilhelm, procedimenti paralleli della Commissione e delle Autorità nazionali su di una medesima fattispecie: la Commissione ai sensi del diritto *antitrust* CE e l'Autorità ai sensi del diritto *antitrust* nazionale.

Sempre con riferimento all'avocazione della competenza *antitrust* CE *ex* art. 9(3) reg. 17/62, la Corte di giustizia aveva chiarito l'importante problema se i giudici nazionali costituissero "Autorità nazionali" ai sensi dell'art. 9(3) reg. 1/03. La Corte aveva inizialmente risolto il problema per l'affermativa, in questo modo escludendo che vi fosse una distinzione tra Autorità e giudici nazionali nell'applicazione degli artt. 81(1) e 82 TCE <sup>102</sup>. Con un repentino cambio di giurisprudenza la Corte aveva poi escluso che

---

<sup>101</sup> Cfr. l'art. 11(6) reg. 1/03 e l'impossibilità dell'applicazione parallela del diritto *antitrust* CE riguardo ad una medesima fattispecie *antitrust* tra Commissione e Autorità nazionali, ma non al divieto per le varie Autorità nazionali di applicare parallelamente il diritto *antitrust* CE su di una medesima fattispecie.

<sup>102</sup> Sentenza della Corte del 18 marzo 1970, *Brauerei A. Bilger*, *cit.* a nota 91.

l'art. 9(3) reg. 17/62 si rivolgesse ai giudici nazionali <sup>103</sup>. Tale modifica era conseguenza degli effetti che la prima interpretazione avrebbe determinato sulla tutela dei diritti riconosciuti dagli artt. 81(1) e 82 TCE. Il fatto che i giudici nazionali avessero dovuto interrompere i relativi procedimenti in caso di apertura da parte della Commissione di una istruttoria sulla medesima fattispecie avrebbe, infatti, impedito ai singoli la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti dall'ordinamento CE.

Per altro, il reg. 17/62 non obbligava gli Stati membri a costituire o a individuare un organo che applicasse il diritto *antitrust* CE, e ciò nonostante l'attribuzione alle Autorità nazionali della competenza *ex* artt. 81 e 82 TCE (art. 9(3) reg. 17/62). Inoltre, il fatto che Autorità *antitrust* nazionali potessero esercitare il diritto *antitrust* statale ai sensi di discipline interne non costituiva condizione sufficiente perché esse potessero porre in essere *anche* il diritto *antitrust* CE (art. 9(3) reg. 17/62). Per l'applicazione della disciplina CE da parte delle Autorità nazionali era (ed è) necessaria una espressa disciplina nazionale <sup>104</sup>.

A tal fine, *in primo luogo* erano (e sono) necessarie norme interne che individuino espressamente quale sia l'organo competente *ex* art. 9(3) reg. 17/62 <sup>105</sup>. Infatti, come già sottolineato, il rinvio dell'art. 9(3) reg. 17/62 all'art. 84 TCE non determinava

---

<sup>103</sup> Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Sabam - Fonior*, *cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

<sup>104</sup> Al contrario, il reg. 17/62 obbligava gli Stati membri a determinare le modalità — e quindi anche gli organi degli Stati membri — per mezzo dei quali fornire l'assistenza necessaria per l'esecuzione degli accertamenti *ex* art. 14(3) reg. 17/62. Tale ruolo era svolto in Italia, prima dell'emanazione della l. n. 287/90, dal Ministero dell'industria e del commercio per tramite dei suoi funzionari, così come previsto dall'articolo unico d.p.r. 22 settembre 1963, n. 1884, v. *infra*.

<sup>105</sup> Sotto questo aspetto, nell'esperienza italiana non è sufficiente che l'organo sia definito "Autorità garante della concorrenza e del mercato" per individuare che esso sia l'organo competente ad applicare gli artt. 81 e 82 TCE. Infatti, l'individuazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato quale titolare della competenza *ex* art. 9(3) reg. 17/92 (e quindi dell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE) è avvenuta solo successivamente con l'art. 54 l. n. 52/96. La stessa l. n. 287/90 prevede una ulteriore specificazione riguardo al ruolo dell'Autorità italiana. Infatti, l'art. 10 l. n. 287/90 chiarisce che è l'Autorità che, "in quanto Autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza e del mercato, intrattiene con gli organi delle Comunità europee i rapporti previsti dalla normativa comunitaria in materia" (art. 10(4) l. n. 287/90).

automaticamente l'applicabilità degli artt. 81 e 82 TCE da parte delle Autorità nazionali <sup>106</sup>. Il rinvio dell'art. 9(3) reg. 17/62 all'art. 84 TCE era infatti una semplice indicazione della coincidenza delle Autorità competenti di cui all'art. 84 TCE con quelle di cui all'art. 9(3) TCE <sup>107</sup>. Inoltre, il rinvio alle norme del TCE era comunque un fatto costante nel reg. 17/62 e non caratteristico solo dell'art. 9(3) reg. 17/62. Né, d'altra parte, la giurisprudenza CE si era mai espressa in modo differente. *In secondo luogo*, la disciplina nazionale doveva (e deve) stabilire, affinché l'Autorità possa applicare il diritto *antitrust* CE, quali siano i relativi procedimenti. *In terzo luogo*, nell'ordinamento italiano è inoltre necessaria una normativa statale che stabilisca le sanzioni conseguenti alla violazione degli artt. 81 e 82 TCE (per una visione più ampia di questi tre punti, v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**).

22. B) *Le sanzioni comminabili, le decisioni emanabili e i poteri istruttori esercitabili delle Autorità nazionali.*

---

<sup>106</sup> Infatti, anche ai sensi dell'art. 84 TCE era necessaria una normativa dei singoli Stati membri affinché le Autorità nazionali potessero applicare gli artt. 81(1), 81(3) e 82 TCE, necessità dimostrata anche nell'esperienza italiana. Infatti, con l'art. 4 lett. d legge del 14 ottobre 1957 n. 1203 il Parlamento italiano aveva delegato il Governo alla definizione delle modalità di applicazione del divieto di cui all'art. 81(3) TCE. Tra l'altro, questo fatto fa quindi supporre che l'Italia valutasse gli artt. 81 e 82 TCE come direttamente applicabili dai giudici nazionali nel momento stesso dell'entrata in vigore del TCEE (1957), come suggerito da ALBRECHT SPENGLER, *Die Wettbewerbsregeln*, cit. a nota 53.

<sup>107</sup> Infatti, l'art. 84 TCE attribuisce alle Autorità nazionali una competenza che nulla ha a che vedere con quella dell'art. 9(3) reg. 17/62. Infatti, ai sensi dell'art. 84 TCE viene attribuito alle Autorità nazionali — in assenza di un regolamento o direttiva ex art. 83 TCE — anche la competenza di applicazione dell'art. 81(3) TCE, competenza di cui le medesime Autorità nazionali, ai sensi dell'art. 9(3) reg. 17/62, non sono titolari. L'art. 9(3) reg. 17/62 disciplina cioè, una fattispecie distinta rispetto all'art. 84 TCE.

Riguardo a questo punto, si confronti il reg. 1/03 il quale — in modo differente dal reg. 17/62 — non ricollega l'esercizio di tali poteri di richiesta di informazioni all'"assolvimento dei compiti affidatili dall'articolo [85] e dalle norme emanate in applicazione dell'articolo [83] del Trattato" (art. 11(1) reg. 17/62). L'art. 18(1) reg. 1/03 prevede, senza che ciò modifichi le finalità degli istituti, che la richiesta di informazioni è diretta all'"assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento", con questo "recidendo" ogni formale rapporto con il sistema disciplinato dagli artt. 84 e 85 TCE (come per altro avvenuto anche con riferimento alle Autorità nazionali e al richiamo dell'art. 83 TCE).

Il reg. 17/62 non disciplinava né i tipi di decisione che le Autorità nazionali emanavano in applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, né i poteri istruttori che a tal fine esse esercitavano, né le sanzioni conseguenti alle violazioni degli artt. 81 e 82 TCE. Questo in quanto l'obiettivo principale del reg. 17/62 — come *supra* ricordato — era infatti, *da una parte*, la definizione della modalità di applicazione dell'art. 81(3) TCE e, *dall'altra*, la definizione dei poteri della Commissione per applicare direttamente nei confronti delle imprese gli artt. 81 e 82 TCE. Al momento dell'emanazione del reg. 17, cioè nel 1962, non era quindi una priorità il definire a livello CE l'aspetto relativo all'applicazione (eventuale) degli artt. 81 e 82 TCE da parte delle Autorità nazionali (cfr. art. 5 reg. 1/03).

#### SOTTOSEZIONE IV

##### I MECCANISMI DI COOPERAZIONE E DI CONTROLLO NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ANTITRUST

23. A) *I meccanismi di cooperazione: A.i) La "cooperazione verticale ascendente" prevista dal reg. 17/62. L'utilizzabilità delle informazioni acquisite dalle Autorità nazionali per l'applicazione del diritto antitrust europeo e degli Stati membri.*

Il reg. 17/62, così come già l'art. 85 TCE, prevedeva delle norme relative alla *cooperazione e controllo* tra Commissione e Autorità nazionali.

Con riferimento alla *cooperazione* "verticale ascendente", l'art. 13 reg. 17/62 — così come l'art. 85 TCE — disciplinava l'obbligo delle Autorità di svolgere attività ispettive su richiesta della Commissione <sup>108</sup>. Tale norma prescriveva che "su domanda della

---

<sup>108</sup> Il reg. 17/62 prevedeva, infatti, che "per l'assolvimento dei compiti affidatili dall'articolo 85 e dalle norme emanate in applicazione dell'articolo 83 del Trattato, la Commissione può raccogliere tutte le informazioni necessarie presso i Governi e le Autorità competenti degli Stati membri, nonché presso le imprese e associazioni di imprese" (art. 11(1) reg. 17/62). Tale norma costituiva un obbligo di cooperazione tra

Commissione, le Autorità competenti degli Stati membri proced[esser]o agli accertamenti che la Commissione [avesse ritenuto] opportuni", e questo vale sia per gli accertamenti decisi dalla Commissione tramite semplice domanda sia tramite decisione (art. 13(1) reg. 17/62). L'art. 13(1) reg. 17/62 prevedeva inoltre che "gli agenti delle Autorità competenti degli Stati membri incaricati di procedere agli accertamenti esercita[va]no i loro poteri su presentazione di un mandato scritto rilasciato dall'Autorità competente dello Stato membro nel cui territorio [doveva] essere compiuto l'accertamento. Tale mandato specifica[va] l'oggetto e lo scopo dell'accertamento" (art. 13(1) reg. 17/62). In tal caso era la Commissione che disponeva della facoltà di inviare propri agenti affinché "assistessero" gli agenti di tale Autorità "nell'assolvimento dei loro compiti" (art. 13(2) reg. 17/62)<sup>109</sup>. I poteri di accertamento che le Autorità nazionali esercitavano erano disciplinati — in assenza di disciplina comunitaria e salvo quanto previsto dal reg. 17/62 — dalle normative dei singoli Stati membri<sup>110</sup>.

Anticipando quanto trattato *infra*, nel caso di accertamenti delegati da parte della Commissione, le Autorità nazionali — diversamente dal reg. 1/03 — non potevano conservare e utilizzare le informazioni e i documenti acquisiti su delega della Commissione per autonomi procedimenti istruttori a livello nazionale, né ai sensi del diritto *antitrust* CE, né ai sensi del diritto *antitrust* nazionale<sup>111</sup>. Il reg. 17/62, come confermato dalla giurisprudenza Banche spagnole

---

Commissione, Autorità nazionali e Governi ben superiore a quanto già disposto dall'art. 10 TCE. Essa infatti imponeva di fornire tutte le informazioni — nei limiti dall'art. 296 TCE — di cui la Commissione avesse necessità ai fini del reg. 17/62. Tale obbligo rendeva gli uffici dei Governi e delle Autorità nazionali sostanzialmente "trasparenti" alle richieste della Commissione; sul punto, v. C. S. KERSE, *E.C. Antitrust procedure*, 4ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, 15.

<sup>109</sup> Quanto detto relativamente al ruolo di controllo e di partecipazione delle Autorità competenti degli Stati membri, o allo svolgimento di poteri di accertamento delegati dalla Commissione agli Stati membri, vale anche con riferimento ai poteri istruttori di cui era titolare la Commissione per lo svolgimento di "inchieste per settore economico" (art. 12 reg. 17/62).

<sup>110</sup> Con riferimento all'ordinamento italiano, v. art. 54 l. n. 52/96 e successive modifiche.

<sup>111</sup> Sul punto v. Sentenza della Corte del 16 luglio 1992, *Banche spagnole*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

<sup>112</sup>, disciplinava infatti i poteri istruttori solo per le finalità del reg. 17/62, e cioè l'applicazione da parte della Commissione del diritto *antitrust* CE. In altre parole, tali informazioni potevano essere utilizzate esclusivamente come mezzo di prova dalla Commissione e non dalle Autorità nazionali.

24. A.ii) *Lo scambio di informazioni tra Commissione e Autorità nazionali antitrust.*

Il reg. 17/62 prevedeva due occasioni di scambio di informazioni e documenti tra Commissione e Autorità nazionali: *la prima* riguardava l'invio di informazioni dalle Autorità nazionali — e anche dai Governi — alla Commissione nell'esercizio dei propri poteri ispettivi (art. 11(1) e art. 13 reg. 17/62), informazioni funzionali a procedimenti *antitrust* della Commissione <sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Sentenza della Corte del 16 luglio 1992, *Banche spagnole*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

<sup>113</sup> Lo "scambio" di informazioni previsto dal reg. 17/62 è quindi limitato solo all'invio "coattivo" di informazioni e documenti dalle Autorità nazionali o dai Governi alla Commissione nell'esercizio dei mezzi istruttori disciplinati dal regolamento stesso (e cioè: richiesta di informazioni, delega alle Autorità nazionali dello svolgimento di accertamenti nei relativi territori nazionali, con i limiti di utilizzo delle stesse da parte delle Autorità nazionali per i procedimenti nazionali).

Alle ipotesi *infra* elencate di invio "obbligatorio" delle informazioni dalle Autorità o Governi alla Commissione, si distingue il caso in cui erano gli stessi Stati membri a prevedere l'invio — nella loro discrezionalità — di informazioni e documenti alla Commissione. Due esempi, in questo senso, sono disciplinati in Italia e in Gran Bretagna.

*Nel primo caso*, l'art. 1(2) l. n. 287/90 impone all'Autorità *antitrust* italiana, qualora valuti che "una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della [legge italiana *antitrust*, di informarne] la Commissione delle Comunità europee, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso". L'art. 1(2) l. n. 287/90 è relativo alla fattispecie in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia "al suo esame" fattispecie anticoncorrenziali che siano di "rilevanza comunitaria". In tale ipotesi l'Autorità, non potendo iniziare essa stessa un procedimento ai sensi della disciplina *antitrust* italiana — in considerazione dei limiti del campo di applicazione previsti dall'art. 1(1) l. n. 287/90 — invia tutte le informazioni a sua disposizione alla Commissione.

Nel secondo caso, il *Competition Act 1998* disciplina all'art. 55 una norma che permette di inviare documentazione alla Commissione in caso di necessità. Tale norma, relativa a "*Confidentiality and immunity from defamation*", al comma 3 prevede delle eccezioni al segreto d'ufficio relativamente ai documenti e informazioni acquisiti dall'Autorità nazionale del Regno Unito. Tra le eccezioni si elencano, tra le altre, "(i)

*La seconda* riguardava l'invio di informazioni e di documenti dalla Commissione alle Autorità nazionali per mantenere con queste seconde un "collegamento stretto e costante" durante i procedimenti della Commissione (art. 10(1) reg. 17/62). Il reg. 17/62 prevedeva quindi una disciplina relativa allo scambio di informazioni "verticale discendente" tra i due livelli (tra Commissione e Autorità nazionali) non al fine dell'utilizzo di queste per l'applicazione del diritto *antitrust* CE — come già indicato nel § precedente e differentemente dal reg. 1/03 (v. art. 12 reg. 1/03) — ma al fine del controllo da parte delle Autorità nazionali dell'attività della Commissione.

Il reg. 17/62 non disciplinava — a maggior ragione — lo scambio "orizzontale" di informazioni tra le Autorità nazionali (come diversamente regola ora l'art. 12 reg. 1/03). Ciò non era infatti necessario nel disegno del reg. 17/62; in esso le Autorità nazionali costituivano sostanzialmente organi di esecuzione delle decisioni della Commissione o, tutt'al più, organi di collaborazione della Commissione.

25. A.iii) *La disciplina del segreto professionale. I casi di pubblicazione delle informazioni acquisite.*

Sempre con riferimento al sistema di tutela amministrativa *antitrust* CE, il reg. 17/62 disciplinava il "segreto professionale" (art. 20 reg. 17/62). In particolare, questa norma disciplinava tre aspetti relativi alle informazioni acquisite "in applicazione" del reg. 17/62, e cioè: a) *lo scopo* dell'utilizzazione delle informazioni raccolte *ex reg.* 17/62; b) *il divieto di divulgazione* delle informazioni da parte dei

---

*facilitating the performance of any functions of the Commission in respect of Community law about competition; (...)* (iv) criminal proceedings in any part of the United Kingdom" (corsivo aggiunto).

Con riferimento ai rapporti tra Commissione e Autorità nazionali per l'uso di informazioni quali mezzi di prova, v. Sentenza della Corte del 16 luglio 1992, *Banche spagnole*, *cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**; Sentenza del Tribunale di primo grado (seconda sezione) del 24 gennaio 1995, *BEMIM*, *cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**; Sentenza del Tribunale di primo grado (prima sezione) del 6 aprile 1995, *Sotralentz*, *cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**; Sentenza del Tribunale di primo grado (Prima Sezione ampliata) del 20 febbraio 2001, *Mannesmannröhren - Werke AG contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-112/98, *Raccolta della giurisprudenza*, 2001, p. II - 729.

soggetti che dispongono di tali informazioni; c) *i casi di deroga ai primi due punti* al fine della pubblicazione delle informazioni.

Con riferimento al *primo punto*, la norma prevedeva che le informazioni raccolte in applicazione dell'art. 11 reg. 17/62 (richiesta informazioni), art. 12 reg. 17/62 (inchieste per settore economico), art. 13 reg. 17/62 (accertamenti effettuati dalle autorità nazionali) e art. 14 reg. 17/62 (poteri di accertamento della Commissione) potevano "essere utilizzate soltanto *per lo scopo* per il quale [erano] state richieste" (corsivo aggiunto)<sup>114</sup>.

Con riferimento al *secondo punto*, l'art. 20(2) reg. 17/62 disciplinava il divieto di divulgazione delle informazioni coperte dal segreto professionale. Tale norma, estendendo l'obbligo *ex art. 287 TCE* anche alla "Commissione e [alle] Autorità competenti degli Stati membri nonché [ai] loro funzionari ed [ad] altri agenti", imponeva ad essi di non divulgare le informazioni che "per loro natura, [erano] protette dal segreto professionale" e raccolte in applicazione del reg. 17/62. L'art. 20(2) reg. 17/62 prevedeva anche due eccezioni a tale divieto, e cioè l'art. 19(3) reg. 17/62 (rubricato come "Audizione degli interessati e dei terzi" — relativo ai procedimenti sulle decisioni di attestazione negativa e di esenzione *ex art. 81(3) reg. 17/62*) e l'art. 21 reg. 17/62 (rubricato come "Pubblicazione delle decisioni — relativo alle modalità di pubblicazione delle decisioni" (art. 21(2) reg. 17/62) —).

Infine, con riferimento al *terzo punto*, l'art. 20(3) reg. 17/62 disciplinava i casi di pubblicazione delle informazioni di cui ai primi due commi dell'art. 20 reg. 17/62<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> È interessante notare come l'oggetto dell'art. 21(1) reg. 17/62 — cioè lo scopo dell'utilizzazione delle informazioni raccolte — poco ha a che vedere con la rubrica dell'art. 21 reg. 17/62 (Segreto professionale). Il reg. 1/03, al contrario, prevede una specifica norma a tal fine. Tale differenza è conseguenza del fatto che il reg. 17/62, proprio in quanto limita l'utilizzo delle informazioni raccolte esclusivamente per l'uso della Commissione, non richiede una disciplina separata di tale problema. Tale problema si pone invece nel reg. 1/03 in considerazione dell'utilizzabilità delle informazioni da parte di tutta la cd. Rete.

<sup>115</sup> L'art. 20(3) reg. 17/62 prescriveva che i primi due commi "non ostano alla pubblicazione di informazioni di carattere generale o di studi nei quali non compaiono indicazioni su singole imprese o associazioni di imprese".

26. B) *I meccanismi di controllo: il principio di "stretta collaborazione" tra Commissione e Autorità nazionali. L'art. 10 reg. 17/62 e le fasi di redazione della norma. Il Comitato consultivo.*

Con riferimento al controllo "verticale ascendente" svolto dagli Stati membri nei confronti della Commissione, l'art. 10(2) reg. 17/62 disciplinava il "principio del collegamento stretto e costante con le Autorità nazionali", concetto introdotto già nell'art. 85 TCE <sup>116</sup>. Sulla base di tale principio, il reg. 17/62 regolava "la partecipazione degli Stati membri alla fase della decisione" dei procedimenti della Commissione relativi agli artt. 2, 3 e 6 reg. 17/62 <sup>117</sup>. Al fine di tale

---

<sup>116</sup> Il reg. 17/62 disciplinava, al pari dell'art. 85 TCE, la modalità con cui la Commissione mantiene una "stretta collaborazione" con le Autorità nazionali. Infatti, il sistema *antitrust* disciplinato direttamente dal TCE costituisce — in considerazione della divisione di competenze lì definita — la "falsa riga" sulla quale i regolamenti e direttive *ex art. 83 TCE* sono organizzati. Tale influenza non si limita ad aspetti più evidenti, quali il ruolo che la Commissione e le Autorità nazionali svolgono nel sistema *antitrust* CE, ma anche con riferimento al rapporto tra Commissione e Autorità nazionali. A tal fine la Commissione doveva, *in primo luogo*, trasmettere "immediatamente alle Autorità competenti degli Stati membri copia delle domande, delle notificazioni e dei documenti più importanti che le sono presentati ai fini della constatazione delle infrazioni all'articolo 81 o all'articolo 82 del Trattato, del rilascio di un'attestazione negativa o di una dichiarazione ai sensi dell' articolo 85, paragrafo 3" ai fini degli artt. 2, 3 e 6 reg. 17/62 (art. 10(1) reg. 17/62). *In secondo luogo*, essa era obbligata a svolgere tali procedure "in collegamento stretto e costante con le Autorità competenti degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni su tali procedure" (art. 10(2) reg. 17/62).

<sup>117</sup> A riprova della funzione di controllo "verticale ascendente" svolta dal Comitato consultivo *ex art. 10(2) reg. 17/62*, v. il già citato regolamento (CEE) n. 2821/71 (v. *infra*). I considerando del regolamento recitano: "Considerando che le modalità di applicazione dell'articolo [81], paragrafo 3, devono essere stabilite con regolamento basato sull'articolo [83]; (...) considerando che è opportuno porre la Commissione in grado di dichiarare mediante regolamento inapplicabili le disposizioni dell'articolo [81], paragrafo 1, a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate, per facilitare alle imprese una cooperazione economicamente auspicabile e senza inconvenienti sotto l'aspetto della politica della concorrenza; (...) considerando che occorre *precisare le condizioni in cui la Commissione potrà esercitare tale potere, in collegamento stretto e costante con le Autorità competenti degli Stati membri*; considerando che, in virtù dell'articolo 6 del regolamento n. 17, la Commissione può disporre che una decisione adottata ai sensi dell'articolo [81], paragrafo 3, del Trattato si applichi con effetto retroattivo ; *che conviene che la Commissione possa adottare tale decisione anche in un regolamento; considerando che in virtù dell'articolo 7 del regolamento n. 17 possono essere sottratti al divieto, mediante decisione della Commissione, gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate (...)*".

partecipazione, il reg. 17/62 istituiva un organo collegiale *ad hoc* di rappresentanza degli Stati membri; organo composto da funzionari designati dagli Stati stessi, cioè il Comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti (art. 10(4) reg. 17/62)<sup>118</sup>. A ben vedere, tale "collegamento stretto e costante con le Autorità nazionali" — di cui all'art. 10 reg. 17/62 — era disciplinato in due distinte ipotesi: 1. il "collegamento" tra Commissione e singole Autorità nazionali (art. 10(1) reg. 17/62); 2. il "collegamento" tra Commissione e organo di rappresentanza degli Stati membri, cioè il Comitato consultivo (art. 10(3) ss. reg. 17/62).

Non dev'essere sottovalutato che la modalità di definizione del "collegamento" tra Commissione e Stati membri era, al momento della redazione del reg. 17/62, tutt'altro che chiara. Dai documenti preparatori del reg. 17/62 risulta che gli Stati membri — e in

---

<sup>118</sup> L'art. 10(4) reg. 17/62 prescriveva: "Il Comitato consultivo è composto di funzionari competenti in materia di intese e posizioni dominanti. Ogni Stato membro designa un funzionario che lo rappresenta e che, in caso d'impedimento, può essere sostituito da un altro funzionario". Nella prassi, comunque, i componenti del Comitato erano costituiti da funzionari delle Autorità nazionali.

Il regolamento prevedeva quindi una distinzione tra gli organi che fornivano un'assistenza nella fase istruttoria e che dovevano essere designati dagli Stati membri (generalmente le Autorità nazionali) e i soggetti che partecipavano alla fase della decisione dei provvedimenti previsti ai sensi degli artt. 2, 3 e 6 reg. 17/62. La differenza sembra da ricondursi al fatto che le Autorità disponevano di una approfondita conoscenza del mercato nazionale e sotto questo aspetto potevano essere d'aiuto alla Commissione nella fase istruttoria. Diversamente i funzionari componenti il Comitato, fermo restando il fatto che era richiesta loro competenza tecnica in materia di intese e posizioni dominanti (art. 10(4) reg. 17/62), era loro richiesto una funzione maggiormente "tecnica".

L'art. 10 reg. 17/62 rappresentava — in ossequio al principio dell'art. 85 TCE — un mezzo per mantenere il controllo "indiretto" nei confronti di un organo — la Commissione — la cui natura "sopranazionale" garantiva l'autonomia dagli Stati membri.

I sei commi dell'art. 10 reg. 17/62 potevano essere divisi in tre gruppi.

*Il primo*, costituito dall'art. 10(3) reg. 17/62, stabiliva l'esistenza di un principio di "collegamento stretto e costante" tra Commissione e Autorità nazionali competenti, le quali erano autorizzate a formulare osservazioni sulle relative procedure. *Il secondo gruppo*, costituito dall'art. 10(1) reg. 17/62, stabiliva le modalità con cui tale "collegamento" tra Commissione e singole Autorità nazionali si sostanziava. *Il terzo gruppo*, costituito dagli artt. 10 (3-6) reg. 17/62, stabiliva un momento di collegialità in tale "collegamento"; ciò tramite la costituzione di un "Comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti" e la relativa disciplina di funzionamento. Il Comitato, come *supra* ricordato, poteva "dare un suo parere" alle proposte di decisione della Commissione ad esso sottoposte.

particolare Francia e Germania — concepivano differenti modalità ed intensità di "collegamento" (*rectius* controllo) degli Stati membri nei confronti della Commissione.

*In un primo momento, da una parte* la Francia proponeva che la Commissione dividesse con gli Stati membri la responsabilità di applicare gli artt. 81 e 82 TCE. Secondo tale impianto gli Stati membri avrebbero avuto un ruolo "costitutivo" della decisione *antitrust*, limitando quindi l'autonomia (*rectius* la sopranazionalità) dell'Autorità CE <sup>119</sup>. *Dall'altra*, la Germania sosteneva la necessità di limitare l'influenza degli Stati membri nei confronti della Commissione nell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE — con il (probabile) scopo di garantire l'indipendenza dell'Autorità CE —. La Germania proponeva, infatti, un'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE in due distinte fasi: *nella prima*, l'Autorità nazionale avrebbe emesso una decisione sul caso oggetto di valutazione; *nella seconda fase*, la Commissione avrebbe deciso il caso in modo definitivo <sup>120</sup>. La proposta tedesca fu "bollata" dal Presidente della sottocommissione competente, il tedesco Hans von der Groeben, come troppo complessa <sup>121</sup>.

*In un momento successivo*, le posizioni degli Stati membri si modificarono sensibilmente. La Francia manteneva però l'impostazione secondo la quale sarebbe dovuta sussistere una divisione della competenza tra Commissione e Stati membri per l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE; essa prevedeva quindi un intervento diretto e vincolante degli Stati membri nell'applicazione da parte della Commissione delle norme *antitrust* CE <sup>122</sup>. La Germania e gli Stati del *Benelux*, al contrario, sostenevano la necessità di riconoscere una competenza esclusiva della

---

<sup>119</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 455.

<sup>120</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 333.

<sup>121</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 333.

<sup>122</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 484.

Commissione nei procedimenti di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE da essa istruiti <sup>123</sup>.

La modalità di "collegamento" tra Commissione e Stati membri disciplinata dal reg. 17/62 ha seguito evidentemente l'impianto proposto dalla Germania e dagli Stati del *Benelux*. Infatti, l'art. 10(3) reg. 17/62 prevedeva l'istituzione del citato Comitato consultivo, Comitato composto da "funzionari competenti in materia di intese e posizioni dominanti" (art. 10(4) reg. 17/62) <sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 484.

<sup>124</sup> Il Comitato svolgeva una funzione di mera consulenza per determinati provvedimenti del reg. 17/62; tali provvedimenti erano "ogni decisione da prendere in seguito a una delle procedure di cui [all'art. 10(1) reg. 17/62], e prima di ogni decisione relativa al rinnovo, alla modifica o alla revoca di una dichiarazione ai sensi dell'articolo [81], paragrafo 3 del Trattato" (art. 10(3) reg. 17/62).

La consultazione del Comitato era specificamente disciplinata nel regolamento, il quale regolava che essa fosse effettuata "nel corso di una riunione comune, su invito della Commissione, e comunque non prima di quattordici giorni dall'invio della convocazione. A quest'ultima [sarebbero stati] allegati un'esposizione della questione, con l'indicazione dei documenti più importanti della pratica, e un progetto preliminare di decisione per ogni caso da esaminare" (art. 10(5) reg. 17/62).

Con riferimento all'art. 10(6) reg. 17/62, il parere del Comitato non era vincolante ed esso poteva essere reso anche "se alcuni membri [erano] assenti e non si [erano] fatti rappresentare" (art. 10(6) reg. 17/62). Il considerando 13 del reg. 2842/98 della Commissione del 22 dicembre 1998 relativo alle audizioni in taluni procedimenti a norma dell'articolo 81 e dell'articolo 82 del TCE (G.U. n. L 354 del 30 dicembre 1998, p. 18), in proposito recitava: "Considerando che il Comitato consultivo di cui rispettivamente all'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento n. 17 deve essere sentito sulla base del progetto preliminare di decisione; che deve quindi essere sempre sentito a conclusione dell'istruzione della pratica; che, tuttavia, la sua consultazione non deve precludere ulteriori eventuali accertamenti da parte della Commissione". L'assenza di vincolatività delle posizioni sostenute dai membri del Comitato garantiva alla Commissione la propria indipendenza di giudizio rispetto agli Stati membri. L'esito della consultazione era riportato in un rendiconto scritto che veniva unito al progetto di decisione e che non era reso pubblico.

Il medesimo procedimento era previsto per l'applicazione delle penalità di mora (art. 16 reg. 17/62) e per la "fase decisoria" delle inchieste per settore economico, ancorché in questa ipotesi non fosse applicabile l'art. 10(5) reg. 17/62.

Riguardo all'art. 10(3) reg. 17/62, nella realtà il Comitato non aveva — come previsto dalla impostazione tedesca e dei paesi del *Benelux* in sede di redazione del regolamento — una reale influenza sulla decisione della Commissione. A parte la possibilità riconosciuta al "Comitato consultivo" di fornire "il suo parere, anche se alcuni dei membri [erano] assenti e non si [erano] fatti rappresentare" — al fine di evitare un evidente blocco delle attività di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE —, l'art. 10(5) reg. 17/62 prevedeva che "l'esito della consultazione [era] riportato in un

Ai sensi del reg. 17/62 l'organo doveva "essere sentito prima di ogni decisione da prendere in seguito a una delle procedure di cui al paragrafo 1, e prima di ogni decisione relativa al rinnovo, alla modifica o alla revoca di una dichiarazione ai sensi dell'art. [81], paragrafo 3 del Trattato" (art. 10(3) reg. 17/62 — corsivo aggiunto). La consultazione era effettuata "nel corso di una riunione comune" nella quale la Commissione forniva, insieme alla convocazione della riunione, "un'esposizione della questione, con l'indicazione dei documenti più importanti della pratica e un progetto preliminare di decisione per ogni caso da esaminare" (art. 10(5) reg. 17/62).

Il risultato della consultazione consisteva nell'emanazione di un parere, e questo "anche se alcuni membri [erano] assenti e non si [erano] fatti rappresentare". Il parere, "che non [era] vincolante per la Commissione, [era] allegato al progetto di decisione" e rimaneva un documento interno che "non [era] reso pubblico" (art. 10(6) reg. 17/62).

Come appare evidente, il Comitato consultivo — come proposto dalla Germania e dagli Stati del *Benelux* — non era titolare quindi di poteri incisivi di intervento sull'attività della Commissione, anche in considerazione dell'autonomia riconosciuta dal TCE all'Autorità CE. Il Comitato svolgeva quindi "esclusivamente" un ruolo di rappresentanza e di "pressione" degli Stati membri nei confronti della Commissione. Il Comitato svolgeva, in particolare, la funzione di far presente all'Autorità CE le "considerazioni" dei singoli Stati membri

---

rendiconto scritto che [veniva] unito al progetto di decisione". Inoltre, la consultazione "non [era] res[a] pubblico" (art. 10(6) reg. 17/62) e non vincolava la Commissione.

Tale limitato potere di "controllo" verso la Commissione non escludeva però che esso costituisse un elemento di "pressione" per la Commissione. Infatti, ferma restando la necessaria autonomia della Commissione, un parere contro una determinata proposta di decisione della Commissione votato all'unanimità dai partecipanti al Comitato avrebbe svolto un evidente stimolo nei confronti dell'Autorità CE stessa.

Come affrontato *infra*, tale pressione informale degli Stati membri nei confronti dell'Autorità CE, disciplinata nel reg. 17/62, diviene nel reg. 1/03 un vero e proprio potere del Comitato consultivo di obbligare la Commissione a giustificare per iscritto e pubblicamente i motivi della propria decisione (art. 14(6) reg. 1/03).

La disciplina relativa al federalismo *antitrust* CE del reg. 17/62 è rimasta invariata fino all'emanazione del reg. 1/03. Ciò detto, nel corso degli anni vi sono stati alcuni cambiamenti rilevanti — nella giurisprudenza e nell'evoluzione dei rapporti tra sistema *antitrust* CE e sistema *antitrust* degli Stati membri — che hanno influenzato la successiva modifica del reg. 1/03.

riguardo alle proposte di decisioni ad esse sottoposte. Tale modalità di rapporto nel sistema a due livelli ("*two tier*") CE tra livello comunitario (livello superiore) e livello degli Stati membri (livello inferiore) costituiva la modalità con cui gli Stati membri CE "influivano" sul (e "controllavano" il) sistema *antitrust* CE <sup>125</sup>.

Tale "scarna" disciplina del reg. 17/62 rappresentava — in modo simile a quanto disposto dall'art. 85 TCE — la regolamentazione della disciplina "verticale ascendente" del federalismo *antitrust* CE.

27. C) *Il controllo sui generis degli Stati membri, ai sensi del reg. 17/62, nei confronti dell'esercizio dei poteri istruttori della Commissione.*

Sempre con riferimento al controllo degli Stati membri nei confronti della Commissione, il reg. 17/62 — così come il reg. 1/03 — disciplinava una forma di controllo *sui generis* con riferimento all'esercizio da parte della Commissione dei propri poteri istruttori <sup>126</sup>. Il reg. 17/62 prescriveva, infatti, che le Autorità competenti degli Stati membri fossero sempre informate dell'esercizio dei poteri della Commissione sul territorio dei singoli Stati membri, ciò con la finalità sia di cooperazione con la Commissione, sia di controllo — appunto controllo *sui generis* — dell'attività svolta dall'Autorità CE.

A tal fine, l'art. 11(2) reg. 17/62 prevedeva che "quando la Commissione rivolge[va] una richiesta di informazioni ad un'impresa o ad un'associazione d'impresе, invia[va] contemporaneamente una copia di questa domanda *all'Autorità competente dello Stato membro*

---

<sup>125</sup> In particolare, questo avveniva riconoscendo alle Autorità nazionali l'autorizzazione "a formulare osservazioni [sulle] procedure" relative alla "constatazione delle infrazioni all'art. 81, o all'art. 82 del Trattato, del rilascio di un'attestazione negativa o di una dichiarazione ai sensi dell'art. [81], paragrafo 3" (art. 10(1) reg. 17/62).

<sup>126</sup> Il reg. 17/62 sviluppava e precisava i poteri istruttori di cui la Commissione era titolare ai sensi dell'art. 85 TCE al fine di valutare i casi di presunta infrazione agli artt. 81 e 82 TCE. Al pari dell'art. 85 TCE, tali poteri riconosciuti dal reg. 17/62 potevano essere suddivisi in poteri istruttori propri della Commissione, e poteri istruttori delegati alle Autorità competenti degli Stati membri. Il reg. 17/62 attribuiva alla Commissione il potere di richiesta di informazioni (art. 11 reg. 17/62), il potere di svolgere inchieste per settore economico (art. 12 reg. 17/62) e il potere di accertamento della Commissione stessa (art. 14 reg. 17/62).

nel cui territorio [aveva] sede l'impresa o l'associazione di imprese"

<sup>127</sup>.

Inoltre la Commissione, nel caso in cui ai sensi dell'art. 14 reg. 17/62 [avesse esercitato] i propri poteri di accertamento presso imprese o associazioni di imprese, "avvisa[va] in tempo utile, prima dell'accertamento, *l'Autorità competente dello Stato membro* nel cui territorio [doveva] essere compiuto l'accertamento, della missione di accertamento e dell'identità dei suddetti agenti" (corsivo aggiunto).

Diversamente, nel caso in cui la Commissione avesse svolto accertamenti sulla base di una decisione *ex art. 14(3) reg. 17/62* — nel qual caso "le imprese e le associazioni di imprese [erano] obbligate a sottoporsi agli accertamenti ordinati dalla Commissione mediante decisione" (art. 14(3) reg. 17/62) — essa "prende[va] le decisioni di cui al paragrafo 3 dopo aver sentito *l'Autorità competente dello Stato membro* nel cui territorio [doveva] essere effettuato l'accertamento" (art. 14(4) reg. 17/62 — corsivo aggiunto). In tale caso il reg. 17/62 disciplinava la facoltà dell'Autorità nazionale stessa, nel cui territorio era svolto l'accertamento, "di prestare assistenza agli agenti della Commissione nell'assolvimento dei loro compiti" (art. 14(5) reg. 17/62). Detto in altro modo, l'Autorità nazionale era titolare del potere di collaborare — ma anche di controllare — i funzionari della Commissione durante tali accertamenti. La stessa Commissione era titolare della facoltà di chiedere la collaborazione dei funzionari dell'Autorità competente nel cui territorio era svolto l'accertamento.

Nel caso di accertamenti determinati con una decisione della Commissione, se un'impresa "si oppone[va] ad un accertamento ordinato" *con decisione* della Commissione, l'intervento dello Stato membro diveniva non facoltativo ma *obbligatorio*. In questo caso, infatti, lo Stato membro interessato "presta[va] agli agenti incaricati dalla Commissione l'assistenza necessaria per l'esecuzione del loro mandato" per garantire l'intervento della forza pubblica. A tal fine, l'art. 14(6) reg. 17/62 prescriveva che "gli Stati membri,

---

<sup>127</sup> La Commissione era parimenti obbligata, in caso di richiesta di informazioni tramite decisione, a inviare "copia della decisione *all'Autorità competente dello Stato membro* nel cui territorio [aveva] sede l'impresa o l'associazione di imprese" (art. 11(5) reg. 17/62, corsivo aggiunto), v. *infra*.

anteriamente al 1 ottobre 1962, e dopo aver consultato la Commissione, prend[evano] le necessarie misure" <sup>128</sup>. Questo era l'unico caso disciplinato dal reg. 17/62 in cui gli Stati membri erano obbligati alla collaborazione con la Commissione.

## SOTTOSEZIONE V

GLI EFFETTI DEL SISTEMA *ANTITRUST* DISCIPLINATO DAL REG. 17/62 SUI  
SISTEMI NAZIONALI *ANTITRUST*28. *Gli effetti del sistema antitrust disciplinato dal reg. 17/62 sui sistemi nazionali antitrust.*

Il sistema di tutela *antitrust* disciplinato dal reg. 17/62 — e la relativa applicazione — non ha avuto rilevanti influenze sui singoli sistemi nazionali di tutela della concorrenza. *Da una parte*, esso non aveva la funzione di intervenire sui singoli sistemi *antitrust* nazionali; *dall'altra*, non tutti gli originari sei Stati membri della CEE avevano istituito nel 1962 un'Autorità nazionale *antitrust* e una disciplina *antitrust* interna. Eventuali previsioni riguardo ai sistemi *antitrust* nazionali sarebbero stati, quindi, di difficile applicazione.

L'influenza determinante sui sistemi *antitrust* nazionali, e che determinerà la modifica del reg. 1/03, è conseguenza più che del sistema *ex reg.* 17/62, dell'evoluzione istituzionale ed economica europea. Questa — e il conseguente aumento del numero di casi *antitrust* sottoposti alla Commissione — determinerà la necessaria riduzione dell'attività repressiva diretta dell'Autorità CE — con la relativa concentrazione dell'attività repressiva sui casi più importanti — e la previsione di collegamenti più stretti tra Commissione e Autorità nazionali al fine di stimolare l'applicazione decentrata *antitrust* da parte delle Autorità e dei giudici nazionali.

---

<sup>128</sup> Prima dell'emanazione della l. n. 287/90, tale obbligo fu adempiuto in Italia, ai sensi dell'articolo unico d.p.r. 22 settembre 1963 n. 1884, dal Ministero dell'industria e del commercio.

Dal punto di vista giuridico, l'unico rilevante fatto relativo al reg. 17/62 che ha determinato importanti conseguenze nel lungo periodo con riferimento ai sistemi *antitrust* degli Stati membri — anche se elemento non collegato solamente al reg. 17/62 — è stato quanto contenuto nella sent. Walt Wilhelm; cioè la soluzione del problema relativo al rapporto tra competenza *antitrust* CE e legislazioni nazionali (e in particolare, leggi *antitrust* nazionali). Aspetto questo che, come già ricordato, fu risolto dalla sent. Walt Wilhelm con riferimento all'art. 9(3) reg. 17/62. Esso riguardava però il generale rapporto tra la competenza *antitrust* della CE e quella degli Stati membri (come chiarito successivamente dalla giurisprudenza INNO-ATAB) definendo il principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* CE (v. *supra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**).

## SEZIONE II

### LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLE NORME ANTITRUST EUROPEE

SOMMARIO: 75. A) La competenza dei giudici nazionali relativa al diritto *antitrust*. La competenza ad applicare l'art. 81(3) TCE. — 76. B) Le sanzioni emanabili dai giudici nazionali e la prescrizione dei diritti previsti dagli artt. 81(1) e 82 TCE.

#### 29. A) *La competenza dei giudici nazionali relativa al diritto antitrust. La competenza ad applicare l'art. 81(3) TCE.*

Il reg. 17/62, così come gli artt. 84 e 85 TCE, non prevedeva — al contrario del reg. 1/03 — alcun riferimento ai giudici nazionali; né, *in primo luogo*, con riferimento alla competenza di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, né, *in secondo luogo*, sotto il profilo della collaborazione con la Commissione o le Autorità nazionali.

Riguardo al *primo aspetto*, ciò era comprensibile in quanto i giudici applicavano gli artt. 81(1) e 82 TCE in conseguenza dell'effetto diretto di tali due norme. Essi, quindi, non necessitavano di specifiche norme che ai sensi dei regolamenti *ex art.* 83 TCE riconoscessero ad essi specifiche competenze.

Sotto questo aspetto, il reg. 17/62 risolveva — anche se indirettamente — uno dei problemi osservati agli artt. 84 e 85 TCE con riferimento al potere dei giudici nazionali di applicare gli artt. 81 e 82 TCE (e in particolare con riferimento all'art. 81(3) TCE). L'art. 1 reg. 17/62 infatti prevedeva — come già evidenziato — che le intese ai sensi dell'art. 81(1) (ma anche gli abusi di posizione dominante *ex art.* 82 TCE) erano "vietati senza che [fosse] necessaria una preventiva decisione in tale senso". In questo modo era chiarito che i

giudici nazionali, ai sensi dell'art. 1 reg. 17/62, applicavano gli artt. 81(1) e 82 TCE in considerazione del relativo effetto diretto.

Sebbene il reg. 17/62 avesse quindi risolto il problema relativo alla modalità di applicazione dell'art. 81 TCE, rimaneva comunque come limite per l'applicabilità della norma da parte dei giudici nazionali il fatto che l'art. 81(3) TCE non disponesse di "effetto diretto"<sup>129</sup>. D'altro canto, come chiarito dalla giurisprudenza *Sabam*<sup>130</sup> e confermato dalla giurisprudenza *Delimitis*<sup>131</sup>, se l'art. 81(3) TCE fosse stata norma avente effetto diretto, la competenza esclusiva della Commissione relativa a tale norma non avrebbe potuto escludere l'applicazione di tale norma da parte dei giudici nazionali.

---

<sup>129</sup> A ben vedere, la competenza dei giudici nazionali ad applicare l'art. 81(3) TCE non varia — a differenza delle Autorità nazionali — a seconda del contenuto dei regolamenti o delle direttive *ex art. 83 TCE*. I giudici nazionali, infatti, applicano le norme comunitarie in quanto aventi "effetto diretto".

Già nella sentenza *Delimitis* la Corte di giustizia ha indirettamente risolto il problema se i giudici nazionali in regime del reg. 17/62 non potevano applicare l'art. 81(3) TCE in considerazione della carenza di effetto diretto della norma, o per via della competenza esclusiva di applicazione dell'art. 81(3) TCE da parte della Commissione (art. 9(3) reg. 17/62). Infatti la Corte ha sostenuto che è competenza della Commissione "adottare, sotto il controllo del Tribunale e della Corte, decisioni individuali conformemente ai regolamenti di procedura in vigore ed emanare regolamenti di esenzione. L'esecuzione di *questo compito implica necessariamente valutazioni complesse in materia economica, specie quando si tratta di valutare se un accordo rientri nell' art. [81], n. 3*. La Commissione dispone di una competenza esclusiva per l'adozione delle decisioni di applicazione di detta disposizione in virtù dell' art. 9, n. 1, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di applicazione degli artt. [81] e [82] del Trattato CEE (GU 1962, n. 13, p. 204)" (Sentenza della Corte del 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis, cit.* a nota 42, § 44, corsivo aggiunto).

Da un lato, la Corte di giustizia ha quindi giustificato, sulla base dell'art. 9(1) reg. 1/03, la competenza esclusiva di applicazione dell'art. 81(3) TCE da parte della Commissione nel sistema amministrativo *antitrust* CE. Dall'altra, la Corte di giustizia ha giustificato la competenza esclusiva della Commissione di applicazione dell'art. 81(3) TCE in rapporto alle giurisdizioni nazionali; cioè sulla base dell'assenza di "effetto diretto" della norma e quindi dell'impossibilità dei giudici di applicare tale norma direttamente (*rectius* della necessità della Commissione di porre in essere "necessariamente valutazioni complesse in materia economica, specie quando si tratta di valutare se un accordo rientri nell'art. [81], n. 3").

<sup>130</sup> Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie contro Sv Sabam e Nv Fonior (Sabam - Fonior)*, causa 127/73, *Raccolta della giurisprudenza*, 1974, p. 51.

<sup>131</sup> V. *supra* nota 129.

Sempre la giurisprudenza *Delimitis* aveva però chiarito — in conseguenza della disciplina del reg. 17/62 — che nel caso di intese notificate alla Commissione, i giudici non potevano decidere della fattispecie fino a quando l'Autorità CE non avesse deciso sulla notifica stessa. Nel caso in cui la Commissione avesse rigettato la richiesta di autorizzazione, il giudice poteva però applicare l'art. 81(1) TCE. Nel caso di intese non notificate, i giudici potevano decidere immediatamente su tali accordi valutando esclusivamente la violazione o meno dell'art. 81(1) TCE, senza possibilità di valutare l'applicabilità dell'art. 81(3) TCE.

*In secondo luogo*, il reg. 17/62 non prevedeva norme relative al collegamento tra Commissione o Autorità nazionali (differentemente dal reg. 1/03). Questo in quanto l'obiettivo principale del regolamento era definire, *da una parte*, le modalità per applicare l'art. 81(3) TCE e, *dall'altra*, definire i poteri della Commissione per realizzare gli obiettivi dell'art. 3(1) lett. g TCE.

30. *B) Le sanzioni emanabili dai giudici nazionali e la prescrizione dei diritti previsti dagli artt. 81(1) e 82 TCE.*

Il reg. 17/62 non prendeva in considerazione i giudici nazionali neanche sotto l'aspetto delle sanzioni che essi potevano comminare per la violazione del diritto *antitrust* CE. Infatti, questo aspetto era lasciato alla discrezionalità dei singoli Stati membri, permettendo quindi ad essi di decidere delle conseguenze della violazione (ad es., sanzioni di carattere penale, risarcimento punitivo).

Lo stesso vale con riferimento alla prescrizione dei diritti di risarcimento conseguenti alla violazione degli artt. 81 e 82 TCE. In considerazione del fatto che nessuna disciplina era emanata in sede comunitaria <sup>132</sup>, la prescrizione dei diritti *ex* artt. 81(1) e 82 TCE era disciplinata dai singoli Stati membri, fermo restando i principi

---

<sup>132</sup> Principio espresso — tra le altre — nella Sentenza della Corte del 5 marzo 1980, *H. Ferwerda Bv contro Produktschap Voor Vee En Vlees*, causa 265/78, *Raccolta della giurisprudenza*, 1980, p. 617, § 6.

generali di diritto (ad es., principio di effettività, di equivalenza, di non discriminazione) <sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> V. ad esempio il caso Palmisani, nel quale è stata riconosciuta legittima una normativa nazionale che prevedeva un periodo di prescrizione o decadenza del diritto di risarcimento sebbene la direttiva da trasporre non prescrivesse tale istituto; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 10 luglio 1997, *Rosalba Palmisani contro Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, causa C-261/95, *Raccolta della giurisprudenza*, 1997 p. I - 4025.