

1. *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—dopo circa cinque anni dalla firma del Trattato di Roma (1957) —. Il regolamento è entrato in vigore il 13 marzo 1962¹ 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.

¹ 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.

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 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.

2. *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 ².

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 ³. 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 ⁴ era probabilmente influenzata dal modello di 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" ⁵. 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) ⁶.

Tale impostazione, criticata dalla dottrina ⁷, determinò — anche grazie a studi di diritto comparato compiuti in Francia con riferimento alla disciplina dei cartelli in Germania e negli USA ⁸ — una successiva radicale modifica del testo. In conseguenza di ciò la formulazione finale della norma, l'art. 59

² REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxiv.

³ 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.

⁴ JOSEPH HAMEL - GASTON LAGARDE, § 231. *Controle des ententes industrielles*, in *Traite de Droit Commercial*, Paris, Librairie Dalloz, p. 280.

⁵ VITTORIO SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, A. Milani, 1934, 28

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

⁷ CHARLEY DEL MARMOL, *Les Ententes industrielle*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 86.

⁸ V. PIERRE GIDE, *Le Projet Français de Loi Anti-Trust et les expériences étrangères - Etats-Unis - Angleterre - Allemagne*, Paris, Librairie Du Recueil Sirey, 1953.

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 ⁹ recitava: "Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59 *ter*, — toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou 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 ¹⁰ — 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.

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 ¹¹, 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 ¹² — per i rappresentanti tedeschi in sede di redazione del Trattato.

⁹ ANDRÉ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ V. HAROLD RASCH, *Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht*, 2a ed., Berlin, Verlag neue Wirtschaftsrufe, 1958, p. 5.

¹² E cioè limitatamente a quelli pubblicati in REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

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 2001¹³ — 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 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 controllo¹⁴.

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 cartello¹⁵. Parte dei propugnatori di tale principio asserivano, inoltre, l'illegittimità costituzionale del *Verbotprinzip*¹⁶.

Il principio che venne poi assorbito nella legge tedesca del 1957 riguardo ai cartelli industriali — dopo durissimi scontri politici e dottrinari¹⁷ — era quello del *Verbotprinzip* con specifiche esenzioni a tale principio¹⁸. 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.

3. La redazione dell'art. 81 TCE e 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"¹⁹ e, dall'altra, conteneva — relativamente alle pratiche restrittive di concorrenza²⁰ — 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

¹³ V. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *The EC Commission's Modernization*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

¹⁴ FRANZ BÖHM, *Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1956, p. 173.

¹⁵ V. RUDOLF ISAY, *Wirtschaftliche und rechtliche Konsequenzen des Böhm-Entwurfs*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1955, p. 339.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ V. HAROLD RASCH, *Wettbewerbsbeschränkungen*, cit. a nota 11; 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.

¹⁹ 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*.

²⁰ 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.

degli accordi "buoni" 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 statale²¹.

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 immutabile²².

A fronte di tale proposta i rappresentanti francesi — così come le altre rappresentanze — irrigidirono le loro posizioni pervenendo quindi ad una situazione di stallo²³. 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"²⁴.

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 Commissione²⁵ —. Il compromesso proposto da von der Groeben, e accettato dalle parti, fu la previsione di una norma relativa al divieto di accordi tra imprese che prevedesse la possibilità di autorizzare gli accordi vietati, sul modello proposto dalla rappresentanza francese²⁶.

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.

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 — che "gli accordi e decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto"²⁷.

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: — 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).

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

²¹ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 195, documento 62.

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

²³ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxvii.

²⁴ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 205, documento 65.

²⁵ 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. **COLLEGA**

²⁶ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxxi.

²⁷ 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.

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 1957²⁸). A tal fine il 28 novembre 1956 fu redatta la bozza dell'articolo poi divenuto — dopo successive elaborazioni — l'art. 83(2) lett. e TCE²⁹.

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 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 membri³⁰ (sul punto v. *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**).

4. *L'attuazione dell'art. 81(3) TCE ai sensi del reg. 17/62 e l'influenza della scuola di Friburgo 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.

La rappresentanza tedesca sosteneva, infatti, l'applicazione dell'art. 81(3) TCE a guisa del *Verbotprinzip* — recepito nel *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 1957 —³¹.

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 TCE³².

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. 17/62³³). A ciò si accompagnava la previsione dell'illiceità retroattiva dell'accordo in caso di rigetto dell'esenzione³⁴. 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 equilibrio tra principio tedesco e principio francese. Da questa situazione di "equilibrio", l'impostazione finale sarebbe stata più vicina al regime proposto dalla

²⁸ V. i documenti citati da ALBRECHT SPENGLER, *infra* nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

²⁹ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxxi.

³⁰ 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 **Errore. Il segnalibro non è definito.**

³¹ 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..

³² ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 31, 9 ss..

³³ ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht*, cit. a nota 31, 10.

³⁴ V. Sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *Sa. Brasserie de Haecht contro Wilkin- Janssen*, causa 48/72, *Raccolta della giurisprudenza*, 1973, p. 77, § 25.

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. 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). Uno dei motivi di tale influenza fu la nomina nel 1960 — dietro indicazione dell'allora presidente della Commissione, Walter Hallstein — del prof. Ernst-Joachim Mestmäcker quale consulente speciale (*Sonderberater*) della Commissione per la concorrenza.

Il prof. Ernst-Joachim Mestmäcker 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) ³⁵ la politica di concorrenza comunitaria. Il prof. Mestmäcker rimase consulente speciale della Commissione dal 1960 al 1970 ³⁶ influenzando l'interpretazione dei principi degli artt. 81 TCE e 82 TCE secondo la scuola tedesca.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

5. *La dichiarazione Spaak, la discussione sulla disciplina dei comportamenti monopolistici delle imprese e 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.

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 ³⁷.

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 ³⁸.

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 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". L'art. 82 TCE, così come l'art. 81 TCE, elencava in via esemplificativa delle pratiche che rientravano nel divieto dell'art. 82 TCE. Diversamente dall'art. 81 TCE, per l'art. 82 TCE non era prevista alcuna ipotesi di esenzione.

6. *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.**) ³⁹.

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

³⁷ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, xxxii.

³⁸ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, documenti 7 e 53.

³⁹ 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 **Errore. Il segnalibro non è definito.**

dominante sul mercato ai sensi dell'articolo [82] del Trattato, [è] vietat[o] senza che occorra una decisione preventiva in tal senso (...). Similarmente, l'art. 1(3) reg. 1/03 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".

La definizione dei poteri del sistema *antitrust* 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* § 3) 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.

LA COMMISSIONE

7. *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. 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* § 2 ss.).

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) e 3 reg. 17/62 (eliminazione delle infrazioni) 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); art. 5 reg. 17/62 (notificazione degli accordi, decisioni e pratiche esistenti); art. 6 reg. 17/62 (dichiarazioni ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3); art. 7 reg. 17/62 (disposizioni particolari per gli accordi, decisioni e pratiche esistenti); art. 8 reg. 17/62 (durata della validità e revoca delle dichiarazioni ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3); art. 23 reg. 17/62 (regime transitorio applicabile alle decisioni delle Autorità degli Stati membri).

8. *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.

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 (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 TCE⁴⁰. Con un repentino cambio di giurisprudenza la Corte aveva poi escluso che l'art. 9(3) reg. 17/62 si rivolgesse ai giudici nazionali⁴¹. 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 nazionale⁴².

⁴⁰ Sentenza della Corte del 18 marzo 1970, *Brauerei A. Bilger*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁴¹ Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Sabam - Fonior*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁴² 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

9. *i) La "cooperazione verticale ascendente" prevista dal reg. 17/62 e 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. Tale norma prescriveva che "su domanda della 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). 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.

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* nazionale⁴³. Il reg. 17/62, come confermato dalla giurisprudenza Banche spagnole⁴⁴, 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.

10. *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.

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

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*.

⁴³ Sul punto v. Sentenza della Corte del 16 luglio 1992, *Banche spagnole*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁴⁴ Sentenza della Corte del 16 luglio 1992, *Banche spagnole*, cit. a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**

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.

11. *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 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).

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.

I MECCANISMI DI CONTROLLO NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ANTITRUST

12. *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. 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. Al fine di tale 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). 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 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 ⁴⁵. *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 ⁴⁶. La proposta tedesca fu "bollata" dal Presidente della sottocommissione competente, il tedesco Hans von der Groeben, come troppo complessa ⁴⁷.

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 ⁴⁸. La Germania e gli Stati del *Benelux*, al contrario, sostenevano la necessità di riconoscere una competenza esclusiva della Commissione nei procedimenti di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE da essa istruiti ⁴⁹.

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).

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 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 ⁵⁰.

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.

⁴⁵ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 455.

⁴⁶ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 333.

⁴⁷ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 333.

⁴⁸ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 484.

⁴⁹ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (a cura di), *Dokumente, cit.* a nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 484.

⁵⁰ 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).

13. 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". D'altro canto, come chiarito dalla giurisprudenza *Sabam*⁵¹ e confermato dalla giurisprudenza *Delimitis*⁵², 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.

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.

⁵¹ 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.

⁵² V. *supra* nota **Errore. Il segnalibro non è definito.**