

MARIO TODINO

**L'AUTORITA' E L'APPLICAZIONE
DECENTRATA DEGLI ARTICOLI 85
E 86 DEL TRATTATO CE**

DICEMBRE 1997

6

TEMI
E PROBLEMI

A cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La serie “Temi e problemi” ospita contributi sui temi della concorrenza prodotti all’interno della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, allo scopo di rendere disponibili a studiosi e alle istituzioni interessate i risultati delle attività di ricerca in corso presso l’Autorità e stimolare la discussione su argomenti connessi alla normativa per la tutela della concorrenza e del mercato.

I lavori pubblicati nella collana riflettono esclusivamente le opinioni degli autori e non impegnano la responsabilità dell’Autorità.

Chiunque sia interessato a ricevere copia dei contributi ovvero a ottenere informazioni sulla serie può indirizzare la corrispondenza a: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, “Temi e problemi” - Biblioteca, via Liguria, 26, 00187 Roma (tel. 06-48162.299; fax 06-48162.256; e-mail: antitrust@agcm.it). Copia o sintesi dei contributi sono resi disponibili nel sito Internet dell’Autorità (<http://www.agcm.it>).

Commenti su singoli contributi possono essere indirizzati direttamente agli autori, allo stesso indirizzo.

Mario Todino si è laureato in giurisprudenza presso l'Università Federico II di Napoli. Ha conseguito il diploma di Alti Studi Europei presso il Collegio d'Europa di Bruges. Dal 1993 al 1995 ha lavorato presso la Commissione Europea di Bruxelles e, successivamente, presso la Corte di Giustizia delle Comunità europee a Lussemburgo. Dal gennaio 1996 lavora presso l'Ufficio Giuridico della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'AUTORITA' E L'APPLICAZIONE DECENTRATA DEGLI ARTICOLI 85 E 86 DEL TRATTATO CE

Mario Todino ^(*)

SINTESI

La tutela della concorrenza nelle Comunità europee è stata caratterizzata, nel corso degli ultimi anni, da una sempre maggior partecipazione delle istanze nazionali, giudici e autorità *antitrust*, alla gestione dell'attività di *enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza. Le iniziative concretamente assunte dalle istituzioni comunitarie al fine di favorire l'applicazione decentrata delle regole comunitarie di concorrenza si sostanziano essenzialmente nella tendenza a ridurre il campo di applicazione delle norme comunitarie di concorrenza a favore di quelle nazionali, a delegare più poteri alle autorità nazionali *antitrust* e ai giudici, nonché infine a definire in maniera più precisa il quadro delle rispettive competenze.

A fronte di un'accelerazione del processo di decentramento sul versante comunitario, contestualmente, sul versante nazionale, l'Autorità ha acquisito formalmente i poteri di applicazione degli artt. 85-86, sicché ad essa, attualmente, si schiude un'alternativa per svolgere le funzioni a cui è preposta, consistente nell'applicazione delle norme del trattato ovvero delle disposizioni della legge n. 287/90.

In siffatto rinnovato contesto, dove l'Autorità cumula le competenze relative alla normativa nazionale e a quella comunitaria in funzione decentrata, si pone l'esigenza di verificare, su un piano sostanziale, se ed in quale misura, ricorrendo ad uno strumento normativo piuttosto che a un altro, l'Autorità possa disporre di un margine operativo più ampio per sanzionare delle fattispecie restrittive della concorrenza. La questione che fino ad ora è stata trascurata, attesa la corrispondenza per contenuto delle disposizioni nazionali con quelle comunitarie, potrebbe rivestire al contrario particolare interesse ove si consideri che alcune differenziazioni cominciano a delinearsi tra i due ordinamenti, anche in ragione delle diverse prassi applicative. Dette divergenze appaiono più chiaramente in relazione alla possibilità di valutare la legalità di norme e di atti di carattere pubblico idonei a rendere inefficaci le regole di concorrenza dirette alle imprese. Nella materia, infatti, le istituzioni comunitarie, poste di fronte alla questione della applicabilità delle norme in materia di intese e abusi a condotte di imprese promananti direttamente o indirettamente da misure normative, hanno elaborato alcune originali soluzioni giuridiche fondate sull'*effetto utile* degli artt. 85-86, arrivando così, in talune circostanze, a sanzionare comportamenti di imprese ancorché avallati da atti e norme di carattere pubblico. In quest'ambito vanno distinte due problematiche affini, la prima relativa ad intese e abusi posti in essere da imprese le cui condotte risultano normativamente "coperte" e la seconda relativa ad abusi di posizione dominante commessi da imprese investite di diritti speciali o esclusivi. Soprattutto in quest'ultimo settore appare astrattamente ipotizzabile, ancorché problematico, che l'Autorità ricorra all'applicazione diretta del combinato disposto di cui agli artt. 90 e 86 del Trattato CE al fine di disapplicare una riserva normativa costitutiva di un diritto esclusivo laddove questa si presenti esorbitante.

Da un punto di vista procedurale, poi, va accertato se, nell'applicazione degli artt. 85-86 in funzione decentrata, l'Autorità possa far discendere dalla titolarità di tali disposizioni poteri ulteriori a quelli di cui normalmente dispone, come in particolare quello di adottare delle misura provvisorie. In proposito, è sulla base dell'esigenza di assicurare una tutela piena ed effettiva degli interessi giuridicamente rilevanti derivanti dalle norme comunitarie che, sia pure nella consapevolezza della delicatezza e complessità della questione, sembra possa ritenersi

^(*) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

astrattamente ipotizzabile il ricorso ad una misura cautelare in sede di applicazione da parte dell'Autorità degli artt. 85-86 del Trattato CE.

SOMMARIO

INTRODUZIONE	7
1. LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E L'ESIGENZA DI DECENTRAMENTO	8
<i>1.1. L'evoluzione del sistema comunitario</i>	8
<i>1.2. La cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali antitrust nell'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86</i>	10
2. L'AUTORITÀ E I POTERI DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 85-86	12
<i>2.1. I rapporti tra normativa nazionale e normativa comunitaria: diritto applicabile e organo competente</i>	12
<i>2.2. Disciplina comunitaria e disciplina interna- Differenze applicative</i>	15
2.2.1. Le misure di carattere pubblico elusive delle norme in tema di intese e abusi (l'applicazione degli artt. 3g, 5, par. 2, e 85)	16
2.2.2. Le misure normative costitutive di diritti esclusivi o speciali esorbitanti (l'applicazione degli artt. 86-90 del Trattato)	18
3. LA PIENA TUTELA DELLE POSIZIONE GIURIDICHE SOGGETTIVE COMUNITARIE: LE MISURE CAUTELARI	26
3.1 La Commissione e le misure cautelari di cui agli artt. 85-86 del Trattato CE	26
3.2 L'effettività della protezione delle situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario	28
4. CONCLUSIONI	32
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	34

INTRODUZIONE

La tutela della concorrenza nelle Comunità europee è stata caratterizzata, nel corso degli ultimi anni, da un progressivo ridimensionamento delle tendenze più spiccatamente accentriche delle istituzioni comunitarie, a cui è corrisposta una sempre maggior partecipazione delle istanze nazionali, giudici e autorità *antitrust*, alla gestione dell'attività di *enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza.

Le iniziative concretamente assunte dalle istituzioni comunitarie al fine di favorire l'applicazione decentrata delle regole comunitarie di concorrenza si sostanziano essenzialmente nella tendenza a ridurre il campo di applicazione delle norme comunitarie di concorrenza a favore di quelle nazionali¹, a delegare più poteri alle autorità nazionali *antitrust* e ai giudici, nonché infine a definire in maniera più precisa il quadro delle rispettive competenze.

A fronte di un'accelerazione del processo di decentramento sul versante comunitario, contestualmente, sul versante nazionale, l'Autorità ha acquisito formalmente i poteri di applicazione degli artt. 85-86, sicché ad essa, attualmente, si schiude un'alternativa per svolgere le funzioni a cui è preposta, consistente nell'applicazione delle norme del trattato ovvero delle disposizioni della legge n. 287/90.

Fino a quando l'Autorità è stata formalmente sprovvista dei poteri applicativi degli artt. 85-86, nel disciplinare i rapporti della legge n. 287/90 con le regole comunitarie, essa ha preferito ricorrere a un mero criterio di coordinamento procedurale che le permettesse di ricavare i margini più ampi possibili per l'applicazione della sola normativa interna a tutti i casi di rilevanza nazionale, ivi compresi quelli astrattamente assoggettabili agli artt. 85-86.

Attualmente, in un contesto sostanzialmente mutato, dove l'Autorità cumula le competenze relative alla normativa nazionale e a quella comunitaria in funzione decentrata, si pone l'esigenza di verificare se occorra più chiaramente distinguere gli ambiti applicativi *ratione materiae* dell'uno e dell'altro ordinamento.

Inoltre, su un piano sostanziale, va chiarito se ed in quale misura, ricorrendo ad uno strumento normativo piuttosto che a un altro, l'Autorità possa disporre di un margine operativo più ampio per sanzionare delle fattispecie restrittive della concorrenza. La questione che fino ad ora è stata trascurata, attesa la corrispondenza per contenuto delle disposizioni nazionali con quelle comunitarie, potrebbe rivestire al contrario particolare interesse ove si consideri che alcune differenziazioni cominciano a delinearsi tra i due ordinamenti, anche in ragione delle diverse prassi applicative.

Infine, va anche accertato se, nell'applicazione degli artt. 85-86 in funzione decentrata, l'Autorità possa far discendere dalla titolarità di tali disposizioni poteri ulteriori a quelli di cui normalmente dispone, come in particolare quello di adottare delle misura provvisorie, al fine di assicurare la piena effettività dei precetti dell'ordinamento comunitario.

¹ Si pensi, fra l'altro, alla revisione della *Comunicazione della Commissione sugli accordi di importanza minore* (in GUCE del 9 dicembre 1997, n. C 372/13), dove la Commissione ha sostanzialmente ampliato la categoria degli accordi sottratti all'applicazione dell'art. 85.1 CE innalzando la soglia di sensibilità e sopprimendo il criterio di fatturato, in virtù della nuova comunicazione, infatti non ricadono nel divieto dell'art. 85.1 quelle intese dove le quote di mercato detenute dalle imprese partecipanti non superano la soglia del 5% per le intese orizzontali, e del 10% per le intese verticali. Si veda anche il *Libro verde sulle intese verticali. del 22 gennaio 1996* (cfr. *infra*, n.6)

1. LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E L'ESIGENZA DI DECENTRAMENTO

1.1. L'evoluzione del sistema comunitario

La tutela della concorrenza nelle Comunità europee è stata tradizionalmente contraddistinta da alcuni tratti originali, di cui il più spiccato è forse quello della centralizzazione, intendendo per tale la vocazione della Commissione a monopolizzare la gestione dell'attività di *enforcement* delle norme comunitarie *antitrust*. Tale tendenza traspare innanzitutto dal modo in cui il modello comunitario di *enforcement* è concepito, ove si consideri che nel condurre i procedimenti ex artt. 85-86 la Commissione cumula le funzioni investigative e decisorie; poi, detta caratteristica emerge nell'ambito dei poteri di divieto delle intese, dove la Commissione beneficia del potere esclusivo di conferire esenzioni ai sensi dell'art. 85.3 in favore di accordi restrittivi della concorrenza ai sensi dell'art. 85.1. A ciò si aggiunga che detto modello è stato implementato dalla Commissione in modo tale da accentuarne ulteriormente i connotati centralistici, giacché questa ha applicato in maniera molto estensiva il divieto di cui all'art. 85.1, effettuando il bilancio competitivo globale dell'accordo nell'ambito dell'art. 85.3, dove, come detto, essa gode di un potere esclusivo².

Storicamente, la vocazione centralizzatrice della Commissione nella materia è discesa innanzitutto dalla circostanza che la disciplina della concorrenza è stata concepita nell'ambito della Comunità europea come funzionale all'obiettivo del Mercato comune, nel senso che essa ha rappresentato uno degli strumenti con cui realizzare il progetto dell'integrazione delle economie degli Stati membri. Tale peculiarità ha evidentemente influenzato il modo in cui le regole di concorrenza sono state interpretate e applicate, ingenerando nella Commissione una sorta di preoccupazione integrazionista che ha indotto quest'ultima ad assumere un orientamento particolarmente severo e formalista nel valutare la restrittività *antitrust* degli accordi verticali³.

Poi, la preferenza della Commissione per un modello di *enforcement* centralizzato è discesa dalla convinzione che solo detto meccanismo avrebbe potuto assicurare un esito positivo del processo di integrazione, attesa l'incapacità dei sistemi nazionali di garantire una corretta applicazione decentrata del diritto della concorrenza in un contesto carente tanto per integrazione economica quanto per cultura *antitrust*.

Attualmente, queste preoccupazioni stanno progressivamente svanendo e, con esse, si vanno ridimensionando anche le posizioni più formaliste e accentratrici assunte dalla Commissione nell'attività di tutela della concorrenza. Se, infatti, le sue tendenze centralizzatrici conseguivano alla sfiducia nutrita nei confronti della capacità degli Stati membri di applicare uniformemente la disciplina *antitrust* comunitaria, in un contesto più maturo sia in termini di integrazione economica che in termini di cultura *antitrust*, dove cioè l'integrazione tra le economie degli stati membri dell'Unione europea può essere considerata come almeno parzialmente acquisita⁴ e dove praticamente tutti gli stati membri dell'Unione hanno adottato

² Con tale impostazione metodologica, la Commissione ha di fatto centralizzato il controllo dell'applicazione delle regole di comunitarie di concorrenza, cosicché alle giurisdizioni e alle autorità nazionali di concorrenza è stato lasciato un margine di manovra molto esiguo, condividendo queste ultime con la Commissione il solo potere di applicazione dell'art. 85.1. Sulla politica di *enforcement* della Commissione, cfr. C. Bright (1994); cfr. anche I. Forrester (1994) e J. Faull (1992).

³ Su queste premesse, la Commissione ha sistematicamente condannato una molteplicità di accordi tra produttori e distributori sulla convinzione che detti accordi erano espressamente posti in essere al fine di compartimentare i mercati nazionali. Per un approfondimento sulla questione, cfr. V. Korah (1994).

⁴ Sussistono invero situazioni di monopolio ovvero di dominanza nazionale nell'ambito dei settori legati alle *public utilities* (l'energia, le poste, in parte i trasporti e le telecomunicazioni) dove sopravvivono forti barriere regolamentari, nonché in taluni settori industriali tipicamente nazionali per abitudine dei consumatori o comportamenti degli operatori (per es. il settore automobilistico).

delle legislazioni *antitrust* a livello nazionale, creando contestualmente autorità investite del controllo dell'applicazione di tali normative⁵, la centralizzazione come impostazione metodologica perde alcune delle sue più fondate giustificazioni⁶.

In siffatto rinnovato scenario vanno per l'appunto inquadrati tutta una serie di iniziative delle istituzioni comunitarie tese ad assicurare una tutela più efficace delle regole di concorrenza⁷, tra cui figura anche l'intendimento della Commissione di perseguire con maggior decisione la strada del decentramento in favore delle autorità nazionali *antitrust*.

La tendenza della Commissione a promuovere il decentramento nell'attività di *enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza appare giustificata da due principali considerazioni, una di carattere pratico-operativo, l'altra invece di natura più politica.

Innanzitutto, la strada del decentramento è apparsa una scelta in qualche modo necessitata a fronte della difficoltà crescente della Commissione di poter assicurare una vigilanza adeguata su tutti i casi di sua competenza. In proposito, va segnalato che la Commissione ha sempre sopportato con disagio il carico di lavoro derivante dall'attività di tutela della concorrenza, tanto più che le sopra descritte vocazioni centralizzatrici hanno prodotto come conseguenza un'estensione esorbitante dell'ambito di applicazione dell'art. 85.1, rendendo la gestione dei casi di concorrenza ancora più difficoltosa. Va incidentalmente ricordato che in passato la Commissione si è trovata a fronteggiare problemi analoghi, optando però per soluzioni diverse e comunque non esenti da critiche. Si pensi, in particolare, alla proliferazione dei regolamenti di esenzione per categoria⁸ i quali, se hanno parzialmente decongestionato i servizi della Commissione, d'altra parte hanno prodotto non pochi guasti nel sistema, da un lato introducendo un rilevante elemento di rigidità nella pratica degli affari dovuta al fatto che le imprese, al fine di beneficiare delle esenzioni per categoria, sono state indotte a *standardizzare* i contratti, conformando sistematicamente le clausole contrattuali alle prescrizioni regolamentari; dall'altro, ulteriormente accentuando l'inclinazione della Commissione ad assumere nell'esercizio della sua attività di *enforcement* il ruolo di regolatore più che di giudice, intendendo come tale la vocazione a presumere più che accertare in concreto l'impatto concorrenziale delle intese.

In secondo luogo, la sempre crescente partecipazione degli Stati membri nella gestione dell'attività di tutela della concorrenza comunitaria si inquadra in un più generale processo di

⁵ Peraltro, tutte le legislazioni *antitrust* di più recente introduzione sono fortemente ispirate al diritto comunitario.

⁶ Per un approfondimento sul tema, cfr. A. Pera - M. Todino (1996).

⁷ Passando, infatti, in rassegna i più recenti sviluppi della prassi e della giurisprudenza comunitaria in materia *antitrust*, vanno registrate tutta una serie di iniziative tese a promuovere alcuni rilevanti cambiamenti nell'attività di tutela della concorrenza, sia in termini di priorità di *policy*, che in termini di criteri sostanziali di valutazione delle fattispecie giudicate. Si pensi, fra l'altro, alla circostanza che la Commissione, nell'apprezzare l'impatto anticoncorrenziale degli accordi rilevanti ai sensi dell'art. 85, attualmente tende a conferire maggior rilievo all'analisi economica; ovvero al fatto che gli sforzi investigativi della Commissione appaiono sempre più focalizzati sugli accordi orizzontali tra concorrenti piuttosto che sulle restrizioni verticali generalmente meno nocive per la concorrenza. Anche su quest'ultima questione, la Commissione attualmente sta prendendo coscienza dei problemi riconnessi ad un indirizzo eccessivamente formalista, ed appare determinata a rivedere, quanto meno parzialmente, il suo indirizzo nella materia. In tal senso, nel noto *Libro verde sulle restrizioni verticali della concorrenza*, diretto ad avviare un ampio dibattito pubblico sull'applicazione dell'articolo 85, paragrafi 1 e 3, del Trattato CE alle intese verticali, la Commissione, fra l'altro, riconosce apertamente che l'impatto concorrenziale di un'intesa verticale sul mercato dipende strettamente dalla struttura dello stesso e che "*effetti anticoncorrenziali sono plausibili solo quando la concorrenza interbrand è debole e quando esistono barriere all'entrata al livello della produzione o a quello della distribuzione*". Essa sottolinea altresì che le singole clausole di un'intesa non hanno di per sé un effetto positivo o negativo sulla concorrenza o sull'integrazione dei mercati cosicché l'analisi concorrenziale deve concentrarsi non sulla forma di un'intesa ma sull'esame del suo impatto sul mercato, tenendo conto della struttura di quest'ultimo (dette considerazioni, tuttavia, non sono state ancora concretamente recepite dalla Commissione nelle sue decisioni sulle intese verticali, e restano, per ora, a un livello programmatico). In merito tuttavia alla prassi attualmente vigente, la Commissione sottolinea che non intende rivedere il suo indirizzo relativamente alle clausole contrattuali sulla protezione territoriale assoluta e sulla fissazione del prezzo le quali continueranno a essere considerate restrittive *per sé* e non esentabili; quanto, invece, alle altre intese verticali, essa propone alcune possibili evoluzioni del sistema vigente. A livello giudiziario, infine, un approccio meno formalista è stato accolto con favore dalle giurisdizioni comunitarie che hanno riaffermato la pertinenza della *rule of reason*. Per un'accurata rassegna sui più recenti sviluppi nel diritto comunitario della concorrenza, cfr. J. Art - D. Van Liedekerke (1995 e 1996).

⁸ Storicamente, i regolamenti di esenzione per categoria nacquero innanzitutto come risposta ai problemi delle imprese che, allarmate dall'ampissimo ambito di applicazione dell'art. 85.1 e soprattutto dagli effetti riconnessi a tale divieto, vale a dire la nullità degli accordi, investirono la Commissione con una ondata di notifiche ex art. 85.3. Esse, peraltro, furono anche incoraggiate dal fatto di potere beneficiare dell'immunità da eventuali sanzioni.

democratizzazione dei modelli decisionali propri dell'ordinamento comunitario⁹, tradizionalmente caratterizzati da un accentuato centralismo e da scarsa trasparenza. Emblematica, in tal senso, appare la consacrazione in seno al trattato di *Maastricht* del principio di sussidiarietà che sancisce appunto l'adesione delle Comunità ad una impostazione metodologica più democratica nel riparto delle competenze con gli Stati Membri¹⁰. Anche la scelta del decentramento in materia di concorrenza risponde dunque ad una esigenza di democrazia ed efficienza e si fonda sulla convinzione che qualsiasi decisione è più efficacemente adottata dall'istituzione più prossima al destinatario della stessa. Inteso in questi termini, il fenomeno del decentramento si pone peraltro in un rapporto di intimo collegamento con il principio di sussidiarietà, condividendone la stessa *ratio* giacché entrambi mirano a conseguire una ripartizione delle competenze tra centro e periferia più efficiente e razionale¹¹.

E' alla luce delle sopradescritte esigenze che vanno pertanto comprese le iniziative intraprese dalla Commissione volte ad assicurare e devolvere più ampie competenze alle istituzioni nazionali¹², siano esse le autorità *antitrust* o i giudici di diritto comune¹³.

1.2. La cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali antitrust nell'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86

Tra le varie iniziative tese a promuovere il decentramento, quella che qui ci occupa riguarda la comunicazione sulla "*cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali nell'applicazione decentrata degli artt. 85-86*"¹⁴, con cui la Commissione intende chiarire i criteri di ripartizione delle competenze nonché la metodologia di collaborazione tra le autorità nazionali e la Commissione. L'interesse di tale comunicazione sta nel fatto che la Commissione per la prima volta definisce in maniera precisa i parametri in base ai quali identificare i casi "comunitari" di competenza delle autorità nazionali.

Per ciò che riguarda in particolare la ripartizione delle competenze tra la Commissione e le autorità nazionali, in seno alla comunicazione sopramenzionata, la Commissione prende spunto da alcune note pronunce rese dalle giurisdizioni comunitarie nel quadro del contenzioso relativo ai diritti dei denunciati¹⁵, in buona sostanza devolvendo alle autorità nazionali la

⁹ Si pensi, fra l'altro, alla circostanza che, nella ripartizione dei poteri in seno al quadro istituzionale comunitario, il Parlamento europeo ha tradizionalmente rivestito un ruolo marginale rispetto a quello delle altre istituzioni (in proposito, si è per l'appunto parlato di *deficit democratico*). A colmare parzialmente tali carenze, nel trattato di Maastricht si è conferito al Parlamento un vero e proprio potere di codecisione legislativa (art. 189 b).

¹⁰ Cfr. l'art. 3 B del Trattato CE, introdotto a seguito degli emendamenti apportati nel Trattato di *Maastricht*.

¹¹ Le nozioni di decentramento e sussidiarietà restano comunque non coincidenti. Come correttamente nota Tizzano, " (...) Mentre la prima evoca l'idea di una delega di competenze che sono proprie dell'organo decentrante, il quale ne consente così l'esercizio da parte di altri organi, mantenendo in principio la possibilità di una revoca e quindi di una riappropriazione delle stesse, la sussidiarietà si traduce invece in un riparto di competenze tra autorità comunitarie e istanze nazionali, che è definito in base ai criteri indicati dall'art. 3b e che opera quindi in modo oggettivo e automatico, senza che occorra alcuna concessione da una parte o dall'altra. Il processo di autolimitazione delle competenze comunitarie in materia di concorrenza costituirebbe più un caso di decentramento decisionale che di sussidiarietà, dato che esso si è realizzato per iniziativa e volontà della Commissione e come una sorta di delega di competenze" (cfr. A. Tizzano (1995)).

¹² Con riferimento, più in particolare, alla concorrenza, il rafforzamento del ruolo delle autorità nazionali e dei giudici dovrebbe per l'appunto garantire un'applicazione più efficace delle regole comunitarie di concorrenza proprio in ragione del fatto che queste, data la vicinanza delle attività sottoposte al loro controllo, sono capaci di assicurare un controllo più effettivo. Inoltre, l'applicazione decentrata degli artt. 85-86 riduce i costi delle imprese che possono rivolgersi ad unico organo di vigilanza, all'occorrenza quello nazionale, senza dover sdoppiare i procedimenti con un aggravio evidente di costi e tempi.

¹³ Va ricordato che la Commissione ha già pubblicato una *comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE*, in GUCE del 13 febbraio 1993, n. C 39/6.

¹⁴ *Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del trattato CE*, in GUCE del 15 ottobre 1997, n. C 313/3.

¹⁵ Si veda per tutte la sentenza 18 settembre 1992, causa T24/90, *Automec II*, racc. II-2223. Nell'occasione il Tribunale ha respinto il ricorso in annullamento di un denunciante avverso il diniego della Commissione di avviare un procedimento ex art. 85.1, riconoscendo a quest'ultima la possibilità di determinare delle priorità nel quadro dell'esercizio dei propri poteri, alla luce del criterio dell'interesse comunitario. Successivamente, nella *Comunicazione sulla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione*, quest'ultima ha ribadito i principi contenuti nella precitata sentenza, affermando che nell'esplicazione dei suoi poteri la Commissione intende trattare con

competenza su tutti i casi in cui faccia difetto un interesse comunitario. Si tratta, più concretamente di quei casi dove: (i) gli effetti restrittivi della concorrenza attuali o prevedibili si esplicano essenzialmente nel territorio di un unico stato membro; (ii) la fattispecie non rientra nell'ambito delle competenze esclusive della Commissione (come, a titolo d'esempio, le intese notificate alla Commissione per ottenere una esenzione ai sensi dell'articolo 85.3 o le denunce finalizzate alla revoca di un'esenzione già concessa); (iii) la fattispecie non riveste un interesse particolare per la Comunità, il quale generalmente sussiste in relazione ai casi concernenti questioni economiche che possano coinvolgere rilevanti interessi di soggetti appartenenti ad altri Stati membri, imprese pubbliche ovvero destinatarie di diritti speciali ed esclusivi (ai sensi dell'articolo 90.1 del Trattato) o anche imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi natura di monopolio fiscale (ai sensi dell'articolo 90.2).

La Commissione pone poi come presupposto generale dell'applicazione decentrata degli articoli 85.1 e 86 la circostanza che l'autorità *antitrust* nazionale competente sia capace di assicurare una tutela efficace nel senso che essa disponga di una organizzazione nonché di poteri istruttori e sanzionatori adeguati.

Con riferimento alle procedure di cooperazione tra Commissione e autorità nazionali, la comunicazione recepisce il principio *dell'intervento unico*, secondo cui un'unica autorità è competente a conoscere una medesima fattispecie. In relazione, in particolare, alla possibilità per le Autorità nazionali di trattare in funzione decentrata i casi denunciati anche alla Commissione, per le fattispecie riconducibili all'articolo 85.1 e all'articolo 86 del Trattato, le autorità nazionali godono di una competenza concorrente e possono esaminare tali fattispecie direttamente ovvero su richiesta della Commissione, laddove questa ravvisi l'assenza di un "sufficiente interesse comunitario". In relazione invece alla possibilità di trattare le intese notificate alla Commissione, secondo la comunicazione l'autore della notifica ha diritto di ottenere dalla Commissione una decisione sul merito della domanda, sussistendo la competenza esclusiva della Commissione ad applicare l'articolo 85.3; sicché va escluso che nella specie possa occorrere un rinvio del caso a un'autorità *antitrust* nazionale. La comunicazione contempla infine una particolare procedura di coordinamento con le autorità nazionali nella ipotesi delle cosiddette notifiche "dilatatorie", secondo cui la Commissione potrà non esaminare la notifica in via prioritaria, lasciando all'autorità nazionale interessata la possibilità di svolgere la propria istruttoria.

In definitiva, l'apporto principale della comunicazione¹⁶ sta nel fatto di indicare dei criteri idonei a circoscrivere in maniera sufficientemente chiara le competenze delle autorità *antitrust* nazionali nell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza in funzione decentrata¹⁷.

priorità i casi che presentano un interesse politico, economico o giuridico particolare per la Comunità, rinviando dinanzi alle autorità o ai giudici nazionali tutti i casi sprovvisti di tale carattere. Nella sentenza del 24 gennaio 1995, causa T-114/92, *Bemim*, Racc. p. II-178, p. 80, il Tribunale ha osservato che "la Commissione, nel valutare l'interesse comunitario all'esame di una denuncia, deve contemperare la rilevanza dell'infrazione per il funzionamento del mercato comune, la probabilità di poterne accertare l'esistenza e la portata dei provvedimenti istruttori necessari al fine di adempiere, nel miglior modo possibile, il proprio compito di vigilanza sul rispetto degli artt. 85 e 86".

¹⁶ In questa sede non si intende commentare criticamente la comunicazione in questione.

¹⁷ Per un approfondimento sulla questione dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle autorità nazionali, si veda, fra l'altro, C.D. Ehlermann (1996), M. Siragusa (1995), V. Korah (1995), A. Tizzano (1995), K. Van Miert (1995), R. Whish (1994), I. Van Bael (1994).

2. L'AUTORITÀ E I POTERI DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86

2.1. I rapporti tra normativa nazionale e normativa comunitaria: diritto applicabile e organo competente

Se sul fronte comunitario la Commissione appare ormai aver decisamente intrapreso la strada del decentramento, identificando i casi comunitari sottratti alla sua competenza in relazione ai quali le autorità nazionali saranno tenute ad applicare gli artt. 85 e 86 in funzione decentrata, sul fronte nazionale il nostro legislatore ha formalmente conferito all'Autorità la titolarità dei poteri di applicazione degli artt. 85-86¹⁸. Essa, quindi, può disporre, attualmente, nell'esercizio dell'attività di tutela della concorrenza sui casi di sua competenza, di due strumenti normativi, da un lato gli artt. 85-86 e dall'altro, naturalmente, le disposizioni della legge n. 287/90.

Ora, su un piano strettamente giuridico formale, si porrebbe l'esigenza di mantenere distinti gli ambiti di riferimento delle due normative, giacché ciascuna di esse ha un proprio campo di applicazione complementare ed esclusivo, o, per meglio dire, il nostro legislatore ha formalmente definito il campo applicativo della legge n. 287/90 residualmente rispetto a quello comunitario¹⁹, così come emerge dall'art. 1.1 della legge n. 287/90²⁰, optando in buona sostanza per il principio della *barriera unica*, secondo cui è esclusa l'applicazione della normativa *antitrust* interna a quelle fattispecie che, pur esplicando effetti restrittivi della concorrenza nel mercato nazionale, sono soggette all'applicazione del diritto comunitario *antitrust*²¹.

Prima che il legislatore devolvesse esplicitamente all'Autorità i poteri di applicazione degli artt. 85-86, questa non ha mai definito i rapporti tra disciplina interna e disciplina comunitaria con riferimento agli ambiti applicativi delle due normative, ma ha preferito ricorrere al criterio di coordinamento procedurale ricavato dall'art. 1.3 della legge n. 287/90, secondo cui l'Autorità è sempre competente a conoscere una fattispecie applicando la normativa interna a meno che la Commissione non abbia già avviato un procedimento ex artt. 85-86, avente ad

¹⁸ L'art. 54, comma 5, della legge comunitaria 1994, prevede che "L'Autorità (...) applica gli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea, utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure di cui al titolo II, capo II, della medesima legge n. 287 del 1990". In realtà, anche in difetto di un esplicito conferimento di detti poteri, l'Autorità avrebbe potuto forse invocarne legittimamente la titolarità in base al solo diritto comunitario. L'art. 9, par. 3 del regolamento n. 17/62 prevede che "Fino a quando la Commissione non abbia iniziato una procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85.1 e dell'art. 86, in conformità dell'art. 88 del trattato". Tale disposizione, dunque, ha sempre riconosciuto alle autorità nazionali il potere di esercitare le funzioni di cui all'art. 85.1, ove naturalmente si eccettui l'esercizio dei poteri di esenzione di cui all'art. 85.3. Né, poi, il fatto che facesse difetto un adeguato quadro procedurale entro il quale esercitare detti poteri poteva costituire per l'Autorità un impedimento giacché uno dei principi cardine dell'ordinamento comunitario è quello secondo cui l'applicazione delle norme e degli atti comunitari è devoluta alle autorità degli Stati membri per il tramite delle vie procedurali predisposte dagli ordinamenti nazionali. D'altra parte, però, nell'esercitare detti poteri senza una esplicita devoluzione del legislatore, l'Autorità sarebbe stata sprovvista di poteri sanzionatori, e ciò in ragione del principio di legalità. Cosicché, in definitiva, l'esplicito rinvio della legge comunitaria alle procedure di cui alla legge n. 287/90 si è dimostrato, almeno su quest'ultimo profilo, indispensabile. Cfr. sulla questione A. Saggio (1996).

¹⁹ Come è noto, infatti, l'ordinamento comunitario non esclude che le fattispecie soggette all'applicazione degli artt. 85-86 siano poi anche assoggettate alle normative *antitrust* nazionali, con il solo limite che dall'applicazione di queste ultime norme non consegua un risultato in contrasto con i precetti di cui agli artt. 85-86, nel senso cioè di autorizzare fattispecie normalmente vietate ai sensi degli artt. 85.1-86, ovvero vietare fattispecie già autorizzate ex art. 85.3; in altri termini, il diritto comunitario riconosce l'applicazione cumulativa delle disposizioni nazionali su fattispecie già assoggettate agli artt. 85-86, nel rispetto del primato del diritto comunitario; cfr. in proposito la sentenza del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm*, Racc. p. 1.

²⁰ L'art. 1.1 della legge n. 287/90 prevede che "Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

²¹ Come è stato correttamente osservato da Tizzano, cit. *supra*, in nota n. 11, nella legge n. 287/90 il legislatore nazionale ha recepito un principio di *sussidiarietà rovesciata*, secondo cui le disposizioni interne si applicano solo nella misura in cui risultano inapplicabili le omologhe norme comunitarie.

oggetto la stessa fattispecie²². Così facendo, in buona sostanza essa ha risolto il problema dei rapporti tra le due normative non in termini di diritto applicabile quanto piuttosto in termini di istituzione competente²³.

In altri termini, fino a quando l'Autorità è stata formalmente sprovvista dei poteri applicativi degli artt. 85-86, nel disciplinare i rapporti della legge n. 287/90 con le regole comunitarie, essa si è semplicemente preoccupata di ricavarsi dei margini più ampi possibili per l'applicazione della sola normativa interna, preferendo pertanto ricorrere a un mero criterio di coordinamento procedurale che le permettesse di intervenire indistintamente su tutti i casi di rilevanza nazionale, ivi compreso quelli astrattamente assoggettabili agli artt. 85-86.

Detta soluzione, si badi, si è rivelata pienamente riuscita, quanto meno su un piano operativo, innanzitutto perché ha assicurato un'applicazione piena ed effettiva della disciplina interna, consentendo alla Autorità di giudicare una molteplicità di casi i quali, in quanto astrattamente idonei a rientrare nell'ambito degli artt. 85-86 CE, avrebbero potuto per ciò solo sottrarsi alla competenza di questa. Inoltre, la vocazione espansiva, per così dire, dell'Autorità nell'applicazione dei precetti di cui alla legge n. 287/90 non ha minimamente messo in causa l'applicazione uniforme del diritto comunitario, attesa la coincidenza per contenuto materiale delle norme nazionali rispetto a quelle comunitarie, nonché l'obbligo di cui all'art. 1.4 della legge n. 287/90 di interpretare le norme della legge in base ai principi comunitari in materia di concorrenza; né poi, seguendo tale indirizzo, l'Autorità ha in qualche modo sottratto indebitamente al giudizio della Commissione dei casi di interesse comunitario, giacché essa si è comunque pronunciata su fattispecie anticoncorrenziali aventi il centro di gravità sul territorio nazionale.

Attualmente, tuttavia, a fronte di un quadro sostanzialmente mutato dove l'Autorità dispone della titolarità dei poteri applicativi di entrambe le normative, vanno probabilmente chiariti i criteri con cui si determinano gli ambiti applicativi *ratione materiae* dell'uno e dell'altro ordinamento. Poi, soprattutto, la necessità di distinguere gli ambiti di riferimento delle due discipline deriva anche dalla constatazione, ben più importante, che (come si vedrà più diffusamente nel prosieguo) cominciano a delinearsi con maggior chiarezza talune differenziazioni in seno ai due ordinamenti, anche in ragione di certe divergenze riscontrabili nella prassi applicativa dell'Autorità rispetto a quella della Commissione.

In proposito, va osservato che il criterio a cui ricorrere al fine di delimitare il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali non può che essere il requisito del *pregiudizio al commercio intracomunitario*²⁴. Senonché, non sono mai emersi, né nell'ambito della prassi della Commissione, né nella giurisprudenza della Corte, dei parametri valutativi efficaci con cui verificare concretamente la sussistenza di tale requisito, per cui questo risulta generalmente soddisfatto con riferimento a considerazioni di estrema genericità. In particolare, nel definirne i presupposti di sussistenza, le istituzioni comunitarie hanno

²² L'articolo 1, comma 3, della legge n. 287/90 prevede infatti che per le fattispecie per le quali risulta già iniziata una procedura presso la Commissione, l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli aspetti di esclusiva rilevanza nazionale. Concretamente, ai sensi dell'articolo 9, terzo comma, del Regolamento CEE 17/62, ed in conformità con l'interpretazione resane dalla Corte di Giustizia delle CE (cfr., tra le altre, sentenze del 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht*, Racc. p. 77; e del 10 luglio 1990, causa T-64/89, *Automec*, Racc. p. II-367), sono considerati atti di inizio della procedura, e come tali idonei a inibire l'intervento dell'Autorità, solo quei provvedimenti che danno avvio ad un procedimento formale suscettibile di concludersi con una decisione definitiva di attestazione negativa (articolo 2, regolamento 17/62), divieto (articolo 3, regolamento 17/62) o esenzione (articolo 6, regolamento 17/62). Ne discende che, a titolo d'esempio, nel caso in cui la Commissione formuli nei confronti di un'impresa una richiesta di informazioni ai sensi dell'articolo 11 del Regolamento 17/62, siffatta richiesta rappresenta uno di quegli accertamenti pre-istruttori cui la Commissione, nel sistema del citato Regolamento 17/62, può dar luogo proprio per addivenire alle opportune determinazioni in ordine alla necessità di avviare una procedura formale, nel senso sopra delineato. Si tratta quindi di un atto preparatorio che si colloca in una fase prodromica rispetto ad un eventuale procedimento formale che dunque non preclude all'Autorità l'esercizio delle sue competenze ai sensi della legge n. 287/90. Questo indirizzo è stato avallato anche dalla giurisprudenza del Tar (cfr. sentenza del TAR del Lazio del 2 novembre 1993, *ANIA*, nonché sentenza del 16 aprile 1997, *SIP*).

²³ Cfr. P. Auteri (1996).

²⁴ Cfr., per tutte, la sentenza 13 luglio 1966, cause 56 e 58/64, *Grundig Consten*, Racc., p. 457, dove la Corte ha affermato che il requisito del pregiudizio al commercio " (...) tende a delimitare, in materia di disciplina delle intese, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello dei diritti nazionali".

generalmente identificato il pregiudizio al commercio nell'astratta idoneità di una fattispecie a condizionare gli scambi intracomunitari in maniera lesiva per gli interessi della Comunità²⁵. Sicché un criterio di siffatta magnitudine ha finito per creare non poca incertezza nella prassi applicativa, determinando indicazioni fortemente contraddittorie.

Quanto agli *standard* probatori generalmente richiesti perché il requisito del pregiudizio al commercio ricorra, la Corte si è riferita alla probabilità che l'accordo possa pregiudicare il commercio interstatale²⁶. Nella pratica, ha ritenuto sufficienti prove abbastanza generiche, così avallando la competenza della Commissione su casi di chiara rilevanza nazionale, dove cioè le imprese implicate erano tutte situate in unico stato membro e le pratiche poste in essere non riguardavano direttamente le importazioni o le esportazioni²⁷. Successivamente, tuttavia, alcune pronunce della Corte sono intervenute a ridimensionare la portata della nozione affermata dalla Commissione²⁸.

²⁵ Sulla questione se il termine di pregiudizio al commercio di cui all'art. 85.1 del Trattato di Roma abbia o meno una accezione negativa (se cioè per pregiudizio al commercio debba intendersi una alterazione degli scambi in negativo, oppure una qualsiasi incidenza, al limite anche positiva, sul commercio) si è sviluppata una nota *querelle* dottrinale, alimentata in particolare dalla difformità delle versioni linguistiche dei Trattati. Difatti, mentre in alcune versioni, ivi compresa quella italiana, il termine ha chiaramente una connotazione negativa, in altre versioni si è preferito utilizzare un vocabolo con una connotazione più neutra (si veda per es. la versione francese o inglese, dove i termini utilizzati, rispettivamente *affecter e to affect*, non hanno necessariamente un'accezione negativa). Nella ben nota sentenza *Consten Grundig* precitata, la Commissione sostenne che una qualsiasi incidenza, anche positiva, di una pratica anticoncorrenziale sul commercio intracomunitario era da considerare sufficiente perché detto requisito ricorresse; la Corte, nell'occasione, osservò che il *pregiudizio al commercio intracomunitario* causato da un'intesa andava verificato con riferimento alla capacità di questa di nuocere alla realizzazione degli obiettivi del mercato comune. Essa, in particolare, statui: " *E' soprattutto importante stabilire se l'accordo possa incidere, in modo diretto o indiretto, in potenza o in atto, sulla libertà di commercio fra Stati membri in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati. La circostanza che l'accordo favorisca l'aumento, anche in misura considerevole, del volume degli scambi fra Stati non è quindi sufficiente ad escludere che detto accordo possa "pregiudicare" detti scambi nel senso sopra citato*". In altri termini, già in quell'occasione la Corte sembrò considerare la nozione di *pregiudizio al commercio* in senso neutro rispetto all'incidenza sugli scambi commerciali intracomunitari (tanto è vero che la Corte considerò irrilevante la circostanza che l'accordo era suscettibile di far incrementare il volume degli scambi), ma in senso negativo rispetto all'obiettivo dell'integrazione dei mercati, vale a dire all'obiettivo del Mercato Comune. Nella coeva sentenza *Société Technique Minière* (sentenza del 30 giugno 1966, causa 56/65, Racc. p. 261) la Corte, non dissimilmente da quanto statuito in *Grundig*, osservò che il parametro valutativo su cui accertare la sussistenza del requisito del pregiudizio al commercio era la capacità di un'intesa di nuocere all'integrazione fra mercati. Per il seguito, in una molteplicità di pronunce, ai fini dell'accertamento della sussistenza del requisito al *pregiudizio al commercio*, la Corte ha fatto riferimento alla capacità di un'intesa di modificare il corso naturale dei flussi commerciali, talvolta addirittura omettendo di verificare se detta alterazione dei flussi commerciali avesse poi un impatto negativo sull'obiettivo del mercato comune (cfr., fra tutte, la sentenza 15 maggio 1975, causa 71/74, *Frubo c/ Commissione*, Racc. p. 563). In sostanza, la Corte sembra ormai aver avallato la tesi della Commissione secondo cui l'effetto del pregiudizio al commercio debba intendersi in senso neutro per ciò che attiene agli scambi commerciali intracomunitari, il che implica che detto effetto è provato anche nel caso in cui l'accordo porti ad un aumento piuttosto che a una diminuzione del volume del commercio tra stati membri; per contro, da detta alterazione per così dire neutra degli scambi deve poi promanare un'incidenza negativa sull'integrazione dei mercati nazionali. Questa posizione, è peraltro fedele allo spirito del Trattato di Roma, giacché valorizza l'obiettivo integrazionista delle regole comunitarie di concorrenza a detrimento di altri obiettivi propri delle normative *antitrust* quale l'efficienza allocativa e produttiva. Incidentalmente, peraltro, va sottolineato che la circostanza che un'intesa sia atta a produrre un incremento del volume degli scambi commerciali intracomunitari e che, nondimeno, abbia un'incidenza negativa sul Mercato unico non rappresenta un'ipotesi particolarmente peregrina, ma, anzi, si verifica con una certa frequenza nell'ordinamento comunitario, in particolare per quel che concerne le intese verticali; queste, pur assolvendo, generalmente, a una funzione di incentivazione del commercio, sono state tradizionalmente trattate dalle istituzioni comunitarie con estrema severità perché considerate idonee a compromettere l'integrazione delle economie degli Stati impedendo o ostacolando il commercio parallelo.

²⁶ Cfr. sentenza *Société technique minière*, cit. *supra*, nota n. 24, dove la Corte ha osservato " *Perché si verifichi questa condizione, deve apparire ragionevolmente probabile, in base a un complesso di elementi oggettivi di fatto e di diritto, che l'accordo eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri*".

²⁷ Cfr. sentenza del 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging Cemenhandelaren*, Racc. p. 977, dove la Corte, pronunciandosi su un ricorso in annullamento avverso una decisione della Commissione di condanna ai sensi dell'art. 85.1 di un cartello di portata chiaramente nazionale, ha osservato che l'intesa in causa rientrava nell'ambito dell'art. 85.1 in quanto aveva " (...) *per natura, l'effetto di rinforzare le compartimentazioni di carattere nazionale, e di conseguenza ostacola la compenetrazione economica voluta dal Trattato ed altresì protegge i prodotti nazionali*" (cfr. p. 26/27).

²⁸ Nella sentenza del 26 novembre 1975, causa 73/74, *Papiers peints*, Racc. p. 1491, dove l'intesa condannata dalla Commissione verteva su una concertazione dei produttori di parati avente ad oggetto gli sconti da accordare ai grossisti, la Corte ha annullato la decisione della Commissione per carenza di motivazione sul punto, statuendo che " *senza escludere che un'intesa sui prezzi come quella oggetto della controversia possa in concreto pregiudicare gli scambi intracomunitari, resta il fatto che la convenuta avrebbe dovuto esporre le sue motivazioni in maniera più esplicita*". Analogamente, nella sentenza del 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin/Lipton*, Racc. p. 1869, dove la fattispecie condannata dalla Commissione ex art. 86 riguardava un rifiuto, opposto da un costruttore di registratori di cassa, a fornire i pezzi di ricambio dei suoi registratori ad un operatore indipendente impiantato nella regione londinese, la Corte ha annullato la decisione della Commissione statuendo che le condotte incriminate non erano idonee a pregiudicare il commercio intracomunitario.

In sintesi, dalla prassi applicativa della Commissione e della giurisprudenza della Corte emerge una nozione di *pregiudizio al commercio* di estrema ampiezza ma anche di estrema genericità, sicché detto requisito potrebbe astrattamente ricorrere in qualsivoglia fattispecie anche di esclusiva rilevanza nazionale, ove, ben inteso, gli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'intesa abbiano un minimo di incidenza sugli scambi nazionali.

Ne discende che in seno alle competenze dell'Autorità risulta difficile distinguere chiaramente gli ambiti applicativi della normativa comunitaria da quella nazionale a fronte di un criterio scriminante che si dimostra, per quanto sopra detto, approssimativo. Si può pertanto ritenere che relativamente a tutti i casi di concorrenza il cui centro di gravità è nazionale, l'Autorità potrà discrezionalmente ricorrere all'una o all'altra disciplina, ferme tuttavia restando le dovute eccezioni. In particolare, i casi che hanno una marginale incidenza sugli scambi commerciali (nel senso che questa incidenza è essenzialmente locale), non possono che essere assoggettati alle sole disposizioni di cui alla legge n. 287/90²⁹. Per contro, i casi che hanno un'incidenza evidente sugli scambi intracomunitari, sia *i*) in ragione della nazionalità delle imprese coinvolte (perché gli effetti restrittivi della concorrenza pregiudicano direttamente imprese ubicate al di fuori del territorio nazionale³⁰ ovvero perché l'intesa coinvolge anche imprese straniere, pur esplicando i suoi maggiori effetti nel territorio nazionale), sia *ii*) in ragione della peculiarità del mercato geografico di riferimento (perché, per es. la fattispecie in causa interessa mercati transfrontalieri) andrebbero piuttosto valutati in base alle sole regole del Trattato in materia di concorrenza. Ciò peraltro, consentirebbe anche di sottrarre i procedimenti dell'Autorità alle censure delle parti, ottenendo nel contempo un "avallo" comunitario, senza peraltro correre il rischio di essere spogliati delle competenze dalla Commissione in forza della sussistenza di un *interesse comunitario*, giacché quest'ultima non tende a avocare a sé procedimenti già avviati dalle Autorità nazionali.

2.2. Disciplina comunitaria e disciplina interna: differenze applicative

Ciò detto, resta, poi, soprattutto da chiarire se ed in quale misura, ricorrendo ad una disciplina piuttosto che all'altra, l'Autorità disponga di un margine operativo più ampio per sanzionare fattispecie restrittive della concorrenza. In buona sostanza, va soprattutto verificato se l'Autorità possa, per il tramite della disciplina comunitaria, mettere in causa delle fattispecie il cui controllo di conformità le sarebbe altrimenti precluso nell'esercizio dei poteri di cui alla legge n. 287/90. La questione è stata poco esplorata ed è generalmente considerata di scarso interesse per il fatto che, come è noto, i precetti in materia di intese ed abusi di cui alla legge n. 287/90 riproducono fedelmente quelli delle norme del Trattato CE; a ciò si aggiunga il fatto che le disposizioni della normativa interna vanno interpretate in base ai principi comunitari, conformemente al più volte menzionato art. 1.4 della legge n. 287/90. Sicché anche la prassi dell'Autorità nell'applicazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90 non si è sostanzialmente discostata da quella comunitaria per quanto attiene all'applicazione degli artt. 85-86³¹.

Nondimeno, alcune diversità sono riscontrabili nell'ambito delle due discipline, con riferimento in particolare alla possibilità di valutare la legalità di norme e di atti di carattere pubblico idonei a rendere inefficaci le regole di concorrenza dirette alle imprese. Le istituzioni comunitarie, infatti, poste di fronte alla questione della applicabilità delle norme in materia di intese e abusi a condotte di imprese promananti direttamente o indirettamente da misure normative, hanno elaborato alcune originali soluzioni giuridiche fondate sull'*effetto utile* degli

²⁹ Per un es. si pensi al provv. del 12 dicembre 1996 n. 4496, *Istituti vigilanza Sardegna*, in Boll. 50/96, relativamente alle pratiche concordate poste in essere dalle imprese di vigilanza privata in Sardegna.

³⁰ Casi calzanti potrebbero essere quelli legati all'utilizzo delle infrastrutture portuali e aeroportuali da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri dell'Unione.

³¹ Una significativa eccezione va tuttavia segnalata nella prassi applicativa in materia di intese verticali, dove l'Autorità ha optato per un orientamento pragmatico, fondato sulla valutazione concreta dell'impatto prodotto da tali accordi sulla concorrenza. Ciò ha permesso all'Autorità di differenziarsi sostanzialmente dalla tipica prassi della Commissione che, come è noto, risulta molto severa ed eccessivamente formalista nel trattamento delle intese verticali. Su questo profilo, con riferimento in particolare alla prassi dell'Autorità in materia di intese verticali, cfr. M. Siragusa (1997).

artt. 85-86 (vale a dire sull'esigenza di assicurare piena efficacia a tali precetti)³² arrivando così, in talune circostanze, a sanzionare comportamenti di imprese ancorché avallati da atti e norme di carattere pubblico. In quest'ambito, su cui si concentra, per il prosieguo, il fuoco della ricerca, vanno distinte due problematiche affini, la prima relativa ad intese e abusi posti in essere da imprese le cui condotte risultano normativamente "coperte" e la seconda relativa ad abusi di posizione dominante commessi da imprese investite di diritti speciali o esclusivi.

2.2.1. Le misure di carattere pubblico elusive delle norme in tema di intese e abusi (l'applicazione degli artt. 3g, 5, par. 2, e 85)

La questione della sanzionabilità delle condotte di impresa avallate direttamente o indirettamente da misure normative³³ si è posta sin da epoca risalente nell'ambito dell'ordinamento comunitario, dove atti e norme di carattere pubblico tese a disciplinare l'esercizio di un'attività economica, suscettibili, eventualmente, di restringere la concorrenza, si situano al di fuori dell'ambito applicativo degli artt. 85 e 86, i quali, come è noto, si indirizzano alle imprese e non agli Stati membri. A ciò si aggiunga la circostanza che il Trattato di Roma non ha mai contemplato uno strumento normativo *ad hoc* con il quale sanzionare normative statali per il solo fatto che queste producano un effetto anticoncorrenziale³⁴.

A fronte di tale lacuna, fondandosi in particolare sul principio secondo cui gli Stati membri della Comunità non possono comunque adottare disposizioni che sottraggano le imprese all'applicazione piena e uniforme delle norme in materia di intese e abusi, la prassi e la giurisprudenza comunitaria si sono sviluppate nel senso di espandere il campo di applicazione degli artt. 85-86, eventualmente in applicazione combinata con gli artt. 3f³⁵, e 5, par. 2³⁶, giungendo così, ad accertare, in via incidentale, l'incompatibilità con le regole di concorrenza sopracitate di quelle normative di carattere pubblico il cui vero obiettivo fosse quello di eludere le disposizioni in tema di intese³⁷.

In particolare, la Corte di giustizia ha progressivamente precisato in alcune pronunce le fattispecie suscettibili di pregiudicare la piena efficacia degli artt. 85-86, identificando due grandi categorie di misure³⁸: nella prima figurano le misure normative adottate da uno Stato membro volte a imporre, favorire ovvero rafforzare delle intese concluse tra imprese³⁹; nella seconda vanno invece annoverate le ipotesi in cui lo Stato deleghi agli operatori privati la responsabilità di regolamentare un dato settore attraverso degli interventi restrittivi della concorrenza⁴⁰.

³² La Corte ha generalmente fatto ricorso al principio dell'*effet utile* delle regole del trattato proprio al fine di far prevalere la sostanza dei precetti comunitari rispetto ad interpretazioni formaliste miranti a privare tali disposizioni della loro efficacia (per un riferimento a tale principio si veda, per tutte, la sentenza del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Leclerc c. Au Blé vert*, Racc. p.1, punto 31).

³³ Sul tema, si veda M. De Vita (1997).

³⁴ Per contro il trattato di Roma conferisce alla Commissione degli strumenti normativi con cui sanzionare direttamente misure statuali suscettibili di produrre altre forme di restrizioni agli scambi intracomunitari, più precisamente gli ostacoli alla circolazione delle merci (art. 30), delle persone, intese come lavoratori dipendenti (art. 48) e indipendenti (art. 52), dei servizi (art. 59) e dei capitali (art. 67).

³⁵ L'art. 3f corrisponde all'art. 3 g dell'attuale versione del Trattato CE così come emendata dal Trattato di *Maastricht*, e fissa l'obiettivo programmatico di "*Un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*".

³⁶ Detta disposizione prevede che " (...) *Gli stati membri si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato.*" Ne discende dunque un obbligo di cooperazione in capo a tutti gli Stati membri.

³⁷ Si veda, sul tema, P. Pescatore (1987); R. Joliet (1988); L. Gyselen (1994).

³⁸ La sentenza del 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke*, Racc. p. 4769, codifica i due orientamenti giurisprudenziali.

³⁹ Per delle fattispecie annoverabili fra tale categoria di misure, si veda la sentenza del 3 dicembre 1987, causa 136/86, *BNIC c Aubert*, Racc. p. 4789, dove la Corte ha dichiarato incompatibile ai sensi degli artt. 3f, 5 e 85 un decreto ministeriale francese che attribuiva all'organismo interprofessionale dei produttori di cognac il potere di porre in essere degli accordi in materia di prezzi e condizioni di pagamento vincolanti per tutti gli operatori del settore, previa ratifica dell'autorità amministrativa competente.

⁴⁰ Per delle fattispecie annoverabili fra tale categoria di misure, si veda la sentenza *Leclerc c. Au Blé vert*, cit. supra, in nota n. 31. Nella specie, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla legalità di una legge francese che prevedeva in capo ad ogni editore l'obbligo di fissare il prezzo minimo di rivendita dei libri, prezzo dal quale i rivenditori non potevano discostarsi; l'obiettivo di tale disposizione era quello di eliminare la concorrenza al livello della rivendita dei libri, proteggendo i piccoli librai dalla concorrenza della grande distribuzione. Nell'occasione, la Corte ha osservato che siffatta legislazione, attribuendo agli editori la responsabilità di fissare i prezzi di rivendita dei

Ciò detto, va però sottolineato che detto orientamento giurisprudenziale non ha trovato un'applicazione particolarmente ampia, e ciò in quanto i presupposti per l'applicabilità del combinato disposto degli artt. 3f, 5 e 85-86, così come individuati dalla Corte, risultano particolarmente stringenti. A tal proposito, va infatti sottolineato come nel quadro di tale giurisprudenza, la Corte abbia sempre cercato di provare la sussistenza di un collegamento tra i comportamenti anticoncorrenziali imputabili alle imprese e le misure pubbliche dirette a coprire normativamente tali condotte. Concretamente, al fine di dichiarare incompatibile con le sopracitate regole del Trattato una normativa pubblica restrittiva della concorrenza, la Corte ha sempre preteso da un lato la prova dell'esistenza di un'intesa contraria all'art. 85.1 del Trattato conclusa tra le imprese di un dato settore, dall'altro un intervento dello Stato che in qualche maniera legalizzi tale intesa, sia attraverso l'adozione di una misura statale che lo impone, lo facilita o anche ne rafforza gli effetti, sia attraverso una delegazione espressa di poteri alle imprese operanti nel settore al fine di disciplinare lo stesso. Da ciò ne è disceso che le sole fattispecie in cui le disposizioni comunitarie sopracitate abbiano trovato applicazione corrispondono a delle situazioni dove in buona sostanza l'intervento pubblico mirava a coprire normativamente delle vere e proprie intese concluse sul mercato dalle imprese.

Peraltro, va anche segnalato che nel quadro della giurisprudenza più recente nella materia, la Corte si è mostrata poco incline a sviluppare ulteriormente il campo di applicazione di tali disposizioni, respingendo così l'ipotesi di creare *ex novo*, in seno al Trattato di Roma, una sorta di clausola generale di controllo della legalità delle normative pubbliche aventi un effetto restrittivo della concorrenza⁴¹.

In conclusione, se nella materia di cui è questione l'ordinamento comunitario sembra poter beneficiare di un margine d'operatività più ampio rispetto alla normativa nazionale antitrust, la quale non prevede una disposizione *ad hoc* con cui sindacare direttamente la legittimità delle normative che si pongano in contrasto con le regole di concorrenza, nella pratica le stesse fattispecie che ricadrebbero nel campo di applicazione degli artt. 3f, 5, 85-86, risultano in linea generale sanzionabili dall'Autorità, sebbene attraverso un *iter* diverso, per il tramite della sola applicazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90⁴². Resta ad ogni buon conto ipotizzabile, in linea di principio, che l'Autorità, nel rispetto dei limiti applicativi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria, ricorra all'applicazione diretta degli artt. 3f, 5 e 85 per sanzionare una condotta di impresa coperta da una misura pubblica restrittiva della concorrenza, dopo aver previamente

libri, produceva un effetto anticoncorrenziale e nel contempo rendeva inutile un eventuale accordo tra gli operatori sul mercato; tuttavia, la Corte non ha condannato la legislazione francese ai sensi degli artt. 3f, 5 e 85, in ragione degli elementi di novità che la fattispecie in causa presentava.

⁴¹ Si vedano le sentenze del 17 novembre 1993 causa C-2/91, *Meng*, Racc. p. I-5751; causa C-185/91, *Reiff*, Racc. p. I-5801; causa C-245/91, *Ohra*, Racc. p. I-5851, dove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con gli artt. 3f, 5 e 85 di talune misure normative restrittive della concorrenza che non risultavano collegate a delle condotte anticoncorrenziali delle imprese. Nell'occasione, la Corte ha escluso la possibilità che l'obbligo di cui alle norme sopracitate possa trovare applicazione anche in capo a misure statali unicamente in ragione dei loro possibili effetti, prescindendo pertanto dall'esistenza di una condotta di soggetti privati in contrasto con gli artt. 85-86 del Trattato.

⁴² La prassi attualmente seguita dall'Autorità nel giudicare fattispecie dove le condotte anticoncorrenziali delle imprese siano in qualche modo coperte da normative pubbliche, consiste infatti nell'ascrivere ogni comportamento che non sia direttamente imposto da una prescrizione normativa nell'ambito di autonomia privata delle imprese, rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90. In questo senso l'Autorità tende, per esempio, a porre su un piano di irrilevanza, ai fini dell'applicazione degli artt. 2 e 3 della legge 287/90, la circostanza che le condotte anticoncorrenziali delle imprese ricevano successivamente l'avallo di una pubblica autorità, considerando quest'ultimo come una forma di ratifica di mero valore formale. Al riguardo, si veda, fra l'altro, il provvedimento n.1017 del 17 marzo 1993, *Ibar/Aeroporti di Roma*, in Boll. n.6/93; cfr. anche i provvedimenti del 19 giugno 1996 n. 3999, *Consorzi del prosciutto di Parma e di San Daniele*, in Boll. 25/96, e del 24 ottobre 1996 n. 4352, *Consorzi del Parmigiano Reggiano e Grana Padano*, in Boll. 43/96. In quest'ultimo provvedimento, l'Autorità ha osservato che l'attività di programmazione quantitativa della produzione svolta dai consorzi non era prevista espressamente dalla legge sulla protezione di tali denominazioni di origine; di conseguenza, il potere di controllo quantitativo della produzione, attribuito ai consorzi dai decreti ministeriali attuativi della legge, risultava illegittimo in quanto esorbitante dalle funzioni di vigilanza che la legge intendeva conferire a tali consorzi. Una fattispecie normativa come quella oggetto del procedimento sopracitato potrebbe ricadere nel campo di applicazione degli artt. 3f, 5 e 85 del Trattato, e più precisamente potrebbe rientrare fra le categorie di misure normative che delegano ai privati la regolamentazione in chiave anticoncorrenziale di un settore commerciale

accertato, in via incidentale, l'incompatibilità di quest'ultima ai sensi del combinato disposto delle norme sopracitate⁴³.

2.2.2. Le misure normative costitutive di diritti esclusivi o speciali esorbitanti (l'applicazione degli artt. 86-90 del Trattato)

La seconda diversità riscontrabile nel diritto materiale della concorrenza tra disposizioni comunitarie e disposizioni nazionali è rappresentata dalla disciplina dei diritti speciali o esclusivi. Nella materia, tuttavia, la diversità dei regimi è essenzialmente dovuta ad una asimmetria delle norme giacché ad un quadro normativo nazionale limitato, nell'ambito del quale è possibile sanzionare, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 287/90, solo le condotte anticoncorrenziali delle imprese beneficiarie di tali diritti⁴⁴, si contrappone una disciplina comunitaria di più ampia portata, che fa divieto agli Stati membri di introdurre ovvero di mantenere a favore delle imprese beneficiarie di diritti esclusivi o speciali misure contrarie alle regole del trattato, conformemente all'art. 90 del Trattato CE⁴⁵.

Nel dare poi esecuzione ai precetti di cui all'art. 90, la Commissione, come è noto, si è mostrata negli ultimi anni particolarmente determinata, nel quadro di una più intraprendente politica di liberalizzazione dei mercati.

Anche la Corte di giustizia, dal canto suo, recependo tali indicazioni, ha assunto, in sede di controllo giudiziario, un indirizzo più severo nei confronti delle misure normative costitutive di forme di monopolio. In particolare, con una serie di pronunce rese nell'ambito di rinvii pregiudiziali ex art. 177 del Trattato, è giunta finanche a sanzionare, in via incidentale, fattispecie in cui l'impresa beneficiaria di diritti esclusivi riconosciuti *ex lege* poneva in essere condotte restrittive della concorrenza coperte espressamente da una riserva normativa. Tale giurisprudenza ha in particolare consacrato un principio generale secondo cui non solo l'esercizio, ma anche la stessa esistenza di un diritto esclusivo può essere contraria alle regole di concorrenza. Da dette pronunce, si noti, non emerge una presunzione generale di illegalità che coinvolge indistintamente tutti i diritti esclusivi, su cui, peraltro, come è noto, l'ordinamento comunitario mantiene una posizione di sostanziale neutralità; discende piuttosto una presunzione di illegalità relativamente a talune riserve normative che pongono l'impresa beneficiaria del diritto speciale o esclusivo in una posizione tale da non poter fare a meno di abusare di tale diritto, avuto appunto riguardo alle caratteristiche esorbitanti dello stesso così come conferite *ex lege*. Volendo tentare una tipizzazione delle fattispecie giudicate dalla Corte in seno a tale giurisprudenza, è possibile identificare, schematicamente, quattro ipotesi di violazione del combinato disposto degli artt. 86-90, di cui tre hanno ad oggetto un abuso di posizione dominante che promana direttamente dalla misura normativa in quanto tale, e la quarta ipotesi, invece,

⁴³ Poiché, come detto, il ricorso alle disposizioni comunitarie nella specie consentirebbe all'Autorità di sanzionare solo quelle misure pubbliche dove è possibile provare un nesso di collegamento con un'intesa sottostante, resterebbe comunque sottratta ad ogni sindacato la categoria, invero ben più importante, delle misure pubbliche restrittive della concorrenza *tout court*, cioè quelle misure dove, da un lato non esiste o non è possibile provare un legame con un'intesa; dall'altro il precetto normativo impone una condotta anticoncorrenziale senza lasciare al destinatario alcun margine di autonomia; l'unico rimedio ipotizzabile in questa ipotesi teso a rimuovere l'ostacolo normativo resterebbe il ricorso ai poteri di segnalazione di cui agli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90. Andrebbe poi, in ultima analisi, esplorata l'ipotesi di un'eventuale rinvio diretto dell'Autorità alla Corte Costituzionale volto a sollevare la questione della conformità della normativa statale avente un effetto anticoncorrenziale con l'art. 41 della Costituzione. Va comunque segnalato che l'ammissibilità da parte della Corte Costituzionale di un rinvio diretto dell'Autorità presenta oggettivi margini di incertezza. Sul tema cfr. G. Amato (1996).

⁴⁴ Ove, naturalmente, si eccettuino i poteri di segnalazione di cui agli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90.

⁴⁵ L'art. 90 prevede che " **1.** Gli stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 6 e da 85 a 94 inclusi. **2.** Le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. **3.** La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni".

riguarda un abuso di condotta del tutto anomalo, o per lo meno difficilmente riconducibile alle condotte abusive tipiche.

i) L'abuso automatico, dove l'abuso consisterebbe nel semplice conferimento di un diritto esclusivo ad un soggetto nell'ambito di un settore in cui non sussistono le condizioni per l'applicazione della clausola derogatoria di cui all'art. 90.2 (in particolare il servizio sottratto al regime di concorrenza non presenta i caratteri tipici del servizio di interesse generale)⁴⁶.

ii) L'abuso da estensione della posizione dominante, dove l'abuso consiste nel fatto che il legislatore conferisce al beneficiario di un diritto di esclusiva un diritto ulteriore, relativamente ad un servizio dissociabile da ciò che rappresenta la *core competence* del monopolista⁴⁷.

iii) L'abuso da conflitto di interessi, dove l'abuso consiste nel fatto che il legislatore conferisce ad un operatore, già beneficiario di un diritto esclusivo per la prestazione di un dato servizio, la possibilità di esercitare un altro servizio in un settore contiguo a quello in monopolio, in concorrenza con altri operatori, nonché di svolgere, in detto settore, la funzione di regolatore⁴⁸.

iv) L'abuso da inefficienza del monopolista ex lege, dove l'abuso consiste nell'incapacità manifesta dell'operatore beneficiario del diritto esclusivo a soddisfare adeguatamente la domanda del mercato su cui gode di un monopolio⁴⁹.

In definitiva, l'apporto innovativo della giurisprudenza sopra illustrata sta nel fatto che in essa la Corte appare, per la prima volta, accertare delle forme di abuso di posizione dominante

⁴⁶ Cfr. sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Porto di Genova* Racc. p. I-5889. Nell'occasione la Corte ha dichiarato incompatibile con il combinato disposto degli artt. 90 e 86 del Trattato la normativa italiana costitutiva di un monopolio nel settore dell'esercizio delle attività portuali. L'ipotesi dell'*abuso automatico* risulta invero molto controversa giacché, se è vero che la Corte nella sentenza in questione ha finito per dichiarare incompatibile con il combinato disposto degli artt. 86 e 90 il monopolio dell'esercizio delle attività portuali espressamente voluto dal legislatore *tout court*, d'altra parte, va ricordato che detta pronuncia è stata resa nel quadro di un giudizio dove la parte convenuta contestava innanzitutto l'iniquità delle tariffe poste in essere dal monopolista, in altri termini un tipico abuso da condotta. Sicché, forse, la portata di questa pronuncia va notevolmente ridimensionata. D'altronde, la possibilità di poter sindacare, ai sensi degli artt. 86-90, la mera esistenza di un diritto esclusivo normativamente riconosciuto, si porrebbe anche in contrasto con l'art. 222 del Trattato CE, che appunto sancisce la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto al regime della proprietà.

⁴⁷ Cfr. sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, Racc. p. I-2533. Nell'occasione la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con le regole comunitarie di concorrenza di una fattispecie dove, in virtù di una espressa riserva normativa, un dato soggetto non solo beneficiava di un diritto esclusivo di erogare un servizio di interesse generale (nella specie si trattava dell'ente pubblico tenuto a prestare il servizio postale nazionale), ma in qualche modo godeva di un'estensione del suo diritto di esclusiva relativamente a dei servizi distinti ma contigui a quelli caratterizzanti la sua missione di interesse collettivo (l'Ente poste godeva infatti di un'esclusiva anche nel settore del servizio di corriere rapido). In queste circostanze, la Corte ha sancito che una esclusiva normativamente riservata conferita ad un soggetto al fine di assolvere un servizio di interesse generale, può essere considerata illegittima se esorbitante, vale a dire allorché siffatta esclusiva abbia ad oggetto anche servizi specifici, dissociabili dal servizio di interesse economico generale, che rispondono a bisogni particolari ed esigono prestazioni supplementari, sempreché, però, il fatto di sottrarre la titolarità di tali servizi al soggetto investito della missione di interesse collettivo non metta poi in causa l'equilibrio economico di tutto il servizio stesso.

⁴⁸ Cfr. sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT GB Inno*, Racc. p. I-5941. Nell'occasione la Corte ha condannato ex artt. 86-90 CE la normativa belga che attribuiva allo stesso operatore la gestione in monopolio della rete di telecomunicazioni nazionale e la vendita dei terminali di telecomunicazione, nonché la funzione di omologare i terminali venduti dai concorrenti.

⁴⁹ Cfr. sentenza 18 giugno 1991, causa C-41/90, *Hofner*, Racc. p. I-1979. Nell'occasione la Corte ha accertato l'incompatibilità con il disposto normativo degli artt. 90-86, della legislazione tedesca che attribuiva ad un ente pubblico il monopolio del collocamento della forza lavoro relativa al personale della carriera direttiva. L'abuso è stato identificato nella circostanza che lo Stato aveva creato un monopolio nella prestazione di un servizio, manifestamente incapace di soddisfare la domanda sul mercato rilevante. Va detto che la Corte in quell'occasione non ha indicato alcun particolare parametro valutativo ai fini dell'accertamento dell'abuso se non, ovviamente, l'inefficienza del monopolista. Attualmente, però, pende una causa ex art. 177, (causa C-111/94, *Job Centre COOP. a r.l.*), dove la Corte è chiamata a rispondere ad una serie di questioni pregiudiziali, relative, fra l'altro, alla compatibilità con le regole di concorrenza del Trattato della normativa italiana che vieta l'attività privata di collocamento di manodopera. Nelle sue conclusioni alla causa, l'Avv. Generale Helmer, pur ispirandosi al modello di ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza *Hofner*, introduce, tuttavia, una differenziazione in seno alla attività generale del collocamento della forza lavoro, distinguendo alcune particolari attività di collocamento caratterizzate da una più spiccata connotazione sociale (come in particolare le ipotesi di collocamento di categorie sociali a rischio quali gli alcolisti, i tossicodipendenti e gli ex detenuti), per le quali risulterebbe più problematica una gestione di tipo "commerciale". Da ciò ne discende che, secondo la tesi dell'Avv. Generale, l'inefficienza del monopolista andrebbe stabilita anche in relazione al grado di complessità del servizio richiesto nella intermediazione della forza lavoro, cosicché, se non può escludersi che un monopolio statale del collocamento sia in grado di soddisfare la domanda di collocamento tradizionale per quanto riguarda la manodopera non specializzata, al contrario esso non sarà mai in grado di assicurare l'intermediazione di forza lavoro altamente specializzata e in generale di personale della carriera direttiva, per i quali è necessario un'approfondita conoscenza delle esigenze delle domanda e dell'offerta di lavoro.

per così dire “normative”, dove cioè non è rilevabile una condotta ascrivibile all’ambito di autonomia privata di un’impresa.

a) *L’efficacia diretta dell’art. 90.2 CE*

Se dunque l’ordinamento comunitario consente nella materia in questione un margine di operatività più ampio rispetto a quello contemplato dalla disciplina interna, va però verificato se l’Autorità sia legittimata, nell’esercizio delle sue competenze comunitarie in funzione decentrata, ad accertare gli abusi sopra descritti, mettendo incidentalmente in causa la riserva normativa costituita del diritto esclusivo per il tramite di un’applicazione combinata dell’art. 86 con l’art. 90 del Trattato; sicché, in sostanza, occorre accertare se quest’ultima disposizione sia provvista di efficacia diretta⁵⁰.

In proposito, l’art. 90.1 non appare porre un problema di applicabilità diretta, trattandosi di una mera norma di rinvio il cui contenuto materiale è definito *per relationem* rispetto alle altre disposizioni di diritto materiale del trattato. L’efficacia diretta di tale disposizione promana pertanto dal carattere delle norme del trattato con cui si combina⁵¹.

Per contro, il principale ostacolo applicativo del combinato disposto 90-86 in capo all’Autorità discende dai profili problematici riconnessi all’applicabilità diretta della clausola derogatoria di cui all’art. 90.2 del Trattato. Come è noto, in virtù di tale disposizione le norme del Trattato in materia di concorrenza non si applicano alle imprese investite di un servizio di interesse economico generale ove ciò sia necessario per consentire lo svolgimento dello specifico compito loro affidato. In particolare, la clausola derogatoria di cui si discute è applicabile laddove: *i)* l’impresa sia investita della sua missione per il tramite di una misura normativa; *ii)* il servizio per il quale si invoca la deroga rientri nella categoria dei servizi di *interesse economico generale*; *iii)* l’applicabilità delle regole di concorrenza all’attività dell’impresa impedisca in assoluto l’assolvimento della sua missione; *iv)* dall’attività dell’impresa non derivi una alterazione degli scambi contraria agli interessi della Comunità.

La questione dell’efficacia diretta dell’art. 90.2 resta tuttora fortemente controversa in ragione della compresenza di diverse quanto contrastanti indicazioni. Più in particolare, per il tenore del dettato normativo nonché per la collocazione nell’ambito del Trattato, la norma di cui si discute sembrerebbe inequivocabilmente sprovvista di efficacia diretta. Essa, infatti, ha ad oggetto una clausola derogatoria la cui applicazione è sostanzialmente subordinata ad una valutazione complessa dove vanno contemperati interessi contrapposti. Cosicché la *ratio* dell’art. 90.2 non sembrerebbe dissimile da quelle delle altre clausole derogatorie delle regole di concorrenza del Trattato di Roma, vale a dire l’art. 85.3⁵² che prevede l’esentabilità di talune intese restrittive della concorrenza e l’art. 92.3 che prevede l’autorizzabilità di talune forme di aiuti di Stato; disposizioni, queste, come è noto, sprovviste di efficacia diretta⁵³.

A ciò va aggiunto che il legislatore comunitario ha dotato la Commissione di uno strumento normativo ad *hoc*, l’art. 90.3 con cui vigilare sulle misure statali costitutive di diritti

⁵⁰ Come è noto, l’efficacia diretta è propria di quelle norme dell’ordinamento comunitario il cui precetto risulta chiaro, preciso e incondizionato. Solo da tali norme i singoli discendono posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinanzi alle giurisdizioni nazionali le quali possono per l’appunto verificare, proprio in ragione della chiarezza del dettato normativo delle disposizioni comunitarie in causa, la violazione o meno del precetto e, all’occorrenza, ove la violazione dipenda da una norma interna confliggente con il diritto comunitario, disapplicare la stessa in ragione del primato di quest’ultimo (cfr., per tutte, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend e Loos*, Racc. p. 1).

⁵¹ Cfr. sentenza del 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, Racc. p. 409, dove la Corte osserva “*Anche nell’ambito dell’art. 90 i divieti sanciti dall’art. 86 hanno efficacia diretta ed attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*”.

⁵² Quest’ultima norma è stata concretamente implementata per il tramite di un regolamento di esecuzione, il reg. n. 17/62, con cui si è devoluto in via esclusiva alla Commissione il potere di esenzione e si è posto un obbligo di notifica in capo alle imprese.

⁵³ In materia di aiuti di Stato, va ricordato che la Corte di giustizia ha riconosciuto l’effetto diretto in capo all’art.93.3, che prevede l’obbligo formale per gli stati membri di notificare alla Commissione ogni forma di aiuto nuovo. In altri termini, i giudici nazionali possono constatare su istanza di parte, nell’ambito di controversie dinanzi a loro pendenti, che un aiuto è stato illegalmente erogato in quanto non preventivamente notificato alla Commissione; per contro essi non possono mai verificare se l’aiuto nel merito sia o meno compatibile con l’art. 92 del Trattato.

esclusivi o speciali contrarie alle regole del Trattato, rimuovendole ovvero, all'occorrenza, esplicitamente autorizzandole sulla base di una valutazione complessiva⁵⁴. La Commissione, poi, come detto in precedenza, ricorre sempre più frequentemente a tali poteri⁵⁵, adottando svariate direttive e decisioni sulla base dell'art. 90.3⁵⁶.

Poi, soprattutto, va ricordato che le ultime due condizioni delle quattro che concorrono all'applicabilità di detta clausola, richiedono un complesso e articolato temperamento degli interessi in causa che sembrerebbe di esclusiva competenza della Commissione.

Ciò detto, non può essere sottaciuto che i recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria nella materia sembrano smentire la tesi testé illustrata⁵⁷. Se infatti nelle sue pronunce più risalenti la Corte sembrava non avere esitazioni nell'escludere la sussistenza dell'effetto diretto⁵⁸, successivamente, essa ha intrapreso una evidente inversione di tendenza, arrivando esplicitamente a conferire all'art. 90.2 efficacia diretta. In particolare, nel quadro di una serie di pronunce rese nell'ambito di rinvii pregiudiziali ex art. 177, la Corte ha esplicitamente devoluto al giudice della controversia nazionale il compito di valutare *i*) se l'impresa che invoca l'applicazione dell'art. 90.2 sia effettivamente incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale e soprattutto, *ii*) se l'applicazione delle regole di concorrenza osti concretamente all'adempimento di tale funzione⁵⁹.

⁵⁴ In questo senso, cfr. M. Bazex (1992).

⁵⁵ Fra queste, si vedano, fra l'altro, le direttive adottate in materia di telecomunicazioni, come, in particolare, la direttiva del 28 giugno 1990, n. 90/388/CEE in materia di servizi di telecomunicazioni, con cui la Commissione ha liberalizzato tutti i servizi di telecomunicazione con la sola eccezione del servizio di telefonia vocale che è stato invece considerato di interesse economico generale e pertanto gestibile in monopolio in virtù appunto della deroga di cui all'art. 90.2. Tuttavia, come è noto, a seguito poi dell'adozione della direttiva 96/19/CE (in GUCE del 22 marzo 1996, n. L 74), denominata *full competition*, anche i servizi di telefonia vocale dovranno essere liberalizzati entro il 1° gennaio 1998.

⁵⁶ Va altresì segnalato che la stessa Commissione considera di sua esclusiva competenza il trattamento delle pratiche anticoncorrenziali poste in essere da imprese beneficiarie di diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 90. Si veda, su tale profilo, la già citata comunicazione sulla *"cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali nell'applicazione decentrata degli artt. 85-86"*.

⁵⁷ In favore dell'applicabilità diretta dell'art. 90.2, cfr. Berlin (1991).

⁵⁸ Si veda, in proposito, la sentenza 14 luglio 1971, causa 10/71, *Muller*, Racc. 1971, p. 723, dove la Corte statuiva che l'art. 90.2 *"non contiene l'enunciazione di una norma incondizionata. La sua applicazione implica infatti la valutazione delle esigenze inerenti sia all'adempimento dello specifico compito affidato alle imprese di cui trattasi, sia alla tutela dell'interesse della Comunità. (...) Una valutazione del genere dipende dagli obiettivi di politica economica generale perseguiti dagli Stati sotto il controllo della Commissione. Di conseguenza, e fatta salva la facoltà della Commissione di esercitare i poteri di cui all'art. 90.3, nello stato attuale delle cose il par. 2 dello stesso articolo non può attribuire diritti ai singoli"*.

⁵⁹ Più precisamente, nella sentenza *Ahmed Saeed* (sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed*, Racc. p. 803) la Corte ha attribuito al giudice nazionale una competenza analoga a quella della Commissione quanto alla interpretazione ed all'applicazione dell'art. 90.2, devolvendogli il compito di determinare le esigenze derivanti dall'adempimento del compito di interesse generale in questione e le loro ripercussioni sull'applicazione delle norme in materia di concorrenza. Nell'occasione, la Corte, chiamata a pronunciarsi, nel quadro di una questione pregiudiziale, se un'impresa di trasporto aereo potesse essere considerata incaricata di una missione di interesse generale laddove sia tenuta ad assicurare il collegamento di tratte non remunerative, statuiva che *"Affinché l'efficacia delle regole di concorrenza possa essere ristretta, in conformità dell'art. 90.2, dalle esigenze derivanti dall'adempimento di un compito di interesse generale, è necessario che (...) i giudici investiti delle liti ad esse afferenti, possano determinare qual è la natura esatta delle necessità di cui trattasi, e quale è la ripercussione sulla struttura delle tariffe praticate dalle compagnie aeree interessate"* (cfr. punto 56). Analogamente, nella sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, Racc. I-2925, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con le regole del Trattato in materia di concorrenza di talune pratiche poste in essere da un'impresa titolare del monopolio per la ritrasmissione dei programmi televisivi stranieri, osservava *" (...) Spetta (...) al giudice nazionale valutare la compatibilità delle pratiche di una siffatta impresa con l'art.86 e verificare se dette pratiche, qualora fossero in contrasto con detta disposizione, possano essere giustificate dalle esigenze derivanti dall'adempimento della specifica missione eventualmente affidata all'impresa"* (cfr. punto 34). Successivamente, nella sentenza *Corbeau* precitata la Corte, chiamata a verificare se un'impresa incaricata della raccolta e distribuzione della posta potesse beneficiare della deroga di cui all'art. 90.2, ha osservato che, se da un lato l'esercizio di un servizio di interesse generale può implicare una restrizione della concorrenza che permetta al prestatore di tale servizio di assicurare l'universalità del servizio effettuando una compensazione tra settori remunerativi e settori non remunerativi, spetta comunque al giudice nazionale il compito di verificare se tali restrizioni alla concorrenza sono giustificate laddove si estendano a servizi specifici dissociabili dal servizio di interesse generale. Infine anche nella sentenza *Comune d'Almelo* (sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune d'Almelo*, Racc. 1994 p. I-1477), la Corte, dopo aver implicitamente riconosciuto che un'impresa incaricata del compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica in una parte del territorio nazionale può svolgere un servizio di interesse generale, ha attribuito al giudice nazionale il compito di verificare se le restrizioni alla concorrenza imposte agli altri operatori economici fossero necessarie per consentire all'impresa distributrice regionale di svolgere il suo compito di interesse generale (il caso di specie riguardava l'imposizione di una clausola di approvvigionamento esclusivo che vietava ai distributori locali l'importazione di energia elettrica).

E' interessante evidenziare come nel quadro di questa giurisprudenza la Corte, pur espressamente conferendo al giudice il potere di accertare se l'eccezione di cui all'art. 90.2 sia o meno applicabile, in particolare verificando se l'applicazione delle regole di concorrenza in concreto impedisca l'assolvimento della missione, per contro non menzioni mai la quarta condizione di applicabilità della norma in questione, la quale, come detto, comporterebbe una ponderazione di interessi che sembra completamente sfuggire alle competenze del giudice.

Da tutto quanto detto discende che l'art. 90.2 sembra avere ormai acquisito efficacia diretta nel senso che la verifica dell'applicabilità o meno della clausola derogatoria oggetto della norma spetta al giudice nazionale il quale si limita a verificare la sussistenza di tre delle quattro condizioni applicative della norma; resterebbe, per contro residualmente, il potere esclusivo della Commissione di verificare, all'occorrenza, se l'adempimento della missione da parte dell'impresa investita del servizio di interesse generale possa comunque produrre un pregiudizio eccessivo sugli scambi comunitari, e in ipotesi, intervenire per il tramite di una misura ex art. 90.3⁶⁰.

Tale soluzione, d'altronde, è l'unica che appaia ben conciliarsi con l'anomalia procedurale propria della norma di cui si discute, la quale, contrariamente alle clausole derogatorie relative alle altre regole del Trattato in materia di concorrenza⁶¹, non prevede, ai fini applicativi, un obbligo preventivo di notifica alla Commissione. L'eccezione in causa non può, pertanto, che operare di pieno diritto dinanzi ai giudici nazionali i quali sono tenuti a verificare la sussistenza delle condizioni di applicabilità, con il solo limite relativo alla possibilità per la Commissione di azionare la clausola di salvaguardia contenuta nell'art.90.3.

Incidentalmente, va aggiunto che gli ultimi sviluppi giurisprudenziali nella materia hanno notevolmente facilitato il compito ai giudici nazionali, apportando una serie di chiarimenti in merito ai presupposti di applicazione della disposizione in questione, nonché identificando anche taluni parametri valutativi. Così, in merito al primo requisito, la Corte ha ormai inequivocabilmente chiarito che la deroga in questione è applicabile solo nell'ipotesi in cui l'impresa sia investita della sua missione per il tramite di un atto formale della Pubblica Autorità⁶².

Quanto al secondo requisito, vale a dire lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale, se è vero che detta nozione resta di rilevanza nazionale, essa è stata sottoposta ad uno stringente inquadramento comunitario giacchè le istituzioni comunitarie hanno precisato una serie di elementi che ne delimitano in concreto i confini⁶³. In proposito, se nelle prime pronunce la Corte non ha elaborato dei parametri generali con cui valutare la sussistenza o meno della deroga in questione, preferendo indicare in concreto se l'attività in causa potesse o meno essere considerata un servizio di interesse economico generale⁶⁴, successivamente essa ha identificato i requisiti essenziali caratterizzanti un servizio di interesse generale⁶⁵, definendolo con riferimento agli obblighi che da questo scaturiscono in capo all'impresa incaricata del servizio, e cioè un servizio diretto a soddisfare un interesse essenziale per la collettività e prestato

⁶⁰ In questo senso, si veda R. Kovar (1993), A. Frignani e M. Walbroeck (1996), L. Defalque (1990), C. Bellamy e G. Child (1993).

⁶¹ Si tratta rispettivamente del beneficio dell'esenzione di cui all'art. 85.3, che le imprese possono ottenere solo nel caso in cui abbiano preventivamente notificato alla Commissione l'intesa ai sensi dell'art. del reg. n. 17/62, e dell'autorizzazione di cui all'art. 92.3 in materia di aiuti di stato, che gli Stati membri erogatori dell'aiuto richiedono per il tramite di una notifica preventiva ai sensi dell'art. 93.3.

⁶² Sentenza 21 marzo 1974, causa 127/73, *BRTc/SABAM*, Racc. p. 313.

⁶³ Cfr. R. Kovar (1996); cfr. anche M. Walbroeck (1993) il quale osserva "*Le contenu de la notion d'intérêt général peut varier selon les Etats à condition que le droit communautaire lui assigne une sphère maximale d'extension*".

⁶⁴ Nella sentenza *Muller* precisata la Corte ha considerato che l'impresa incaricata della gestione dello sbocco più importante del Lussemburgo per il traffico fluviale poteva rientrare nell'ambito dell'art. 90.2.

⁶⁵ Già nella sentenza *Porto di Genova*, cit. supra in nota n. 46, la Corte, chiamata ad apprezzare se il monopolio delle attività portuali potesse essere considerato un servizio di interesse generale, osservava che detta attività non presentava alcuna *specificità* tale da differenziarla da altre attività economiche ordinarie. L'esigenza di specificità rappresenta dunque uno degli elementi costitutivi del servizio di interesse generale.

con i caratteri dell'universalità (vale a dire un servizio prestato a chiunque ne faccia richiesta, ad un prezzo uniforme e ragionevole)⁶⁶.

Se, dunque, per quanto sopra detto, la questione pregiudiziale dell'efficacia diretta dell'art. 90.2 può essere risolta in senso positivo, ne discende che nell'ambito dell'ordinamento comunitario il giudice nazionale, che è giudice comunitario di diritto comune, è tenuto a sindacare, sia pur in via incidentale nell'ambito di controversie dinanzi a lui pendenti, la legittimità di talune misure di carattere pubblico costitutive di diritti speciali o esclusivi esorbitanti, alla luce di un ulteriore parametro di legalità, l'art. 90, la cui verifica sembrava, inizialmente, a lui preclusa. Quest'ultima considerazione assume nella specie particolare rilevanza ove si consideri che l'Autorità, se chiamata ad applicare in funzione decentrata gli artt. 85-86, agisce alla stregua di un giudice, e come tale, può, *rectius*, è tenuta a ricorrere agli stessi parametri utilizzati in sede giudiziale da quest'ultimo.

Ovviamente, analogamente a quanto accadrebbe dinanzi ad un giudice, l'intervento dell'Autorità fondato su tali basi giuridiche non potrebbe avere ad oggetto la riserva normativa costitutiva del diritto esclusivo, né come destinatario lo Stato, quanto piuttosto la condotta delle imprese indotta o determinata dalla riserva normativa⁶⁷. Sicché, un eventuale procedimento dell'Autorità ex artt. 86-90 non potrebbe che tradursi in una disapplicazione della misura normativa che consenta di mettere in causa la condotta del beneficiario del diritto esclusivo. Su quest'ultimo profilo l'Autorità potrebbe agevolmente ricavarsi un obbligo di disapplicare la normativa nazionale confliggente con quella comunitaria fondandosi sul primato di quest'ultima, giacché è ormai pacifico che detto obbligo di disapplicazione sussista non solo per l'autorità giudiziaria, ma in linea più generale per le amministrazioni nazionali⁶⁸ chiamate ad assicurare, nello svolgimento delle proprie funzioni, la piena efficacia dei precetti scaturiti dall'ordinamento comunitario.

b) Le ipotesi applicative

Appare utile, a questo punto del lavoro, verificare le ipotesi concrete in cui l'Autorità potrebbe ricorrere al combinato disposto degli artt. 86-90, ovviamente nei limiti e secondo le modalità tracciate dalla giurisprudenza comunitaria sopra illustrata. A tal proposito, non appaiono, ovviamente, degni di interesse tutti i casi in cui la riserva normativa attributiva di un diritto esclusivo in capo ad una certa impresa non identifica espressamente le condotte a cui l'impresa è tenuta nell'esercizio del suo diritto. In siffatte ipotesi, infatti, essendo possibile attribuire all'impresa in questione un insieme di condotte sprovviste di un legame di necessità e proporzionalità rispetto alle prescrizioni di legge, sussisterà un margine in capo all'Autorità per sanzionare tali condotte ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/90, senza dover ricorrere ad un'applicazione diretta delle norme del Trattato, che resta peraltro fortemente problematica⁶⁹.

⁶⁶ Peraltro, la Corte ha suggerito anche un modello di ragionamento articolato per verificare la sussistenza della terza condizione d'applicabilità dell'art. 90.2; si veda, in proposito, la sentenza *Corbeau* precitata, dove la Corte precisa che detta condizione è soddisfatta non solo quando l'applicazione delle regole di concorrenza renderebbe impossibile all'impresa interessata lo svolgimento dei suoi compiti, ma anche quando ne mette in pericolo l'equilibrio finanziario.

⁶⁷ Nel senso che al giudice è possibile solo disapplicare le norme ritenute incompatibili con il combinato disposto degli artt. 90-86, si vedano le conclusioni dell'Avv. Generale Darmon alla causa C-393/92, sentenza *Comune d'Almelo*, cit. supra, in nota n. 59, punto 134.

⁶⁸ Cfr., per tutte, la sentenza del 22.6.1989, causa 103/89, *Fratelli Costanzo*, Racc. 1989, p. 1839.

⁶⁹ Per delle applicazioni dell'art. 3 della legge n. 287/90, cfr., fra l'altro, il provvedimento GSM (provvedimento n. 1532, in Boll. n. 32/1993), dove la SIP aveva fondato la propria pretesa a gestire in esclusiva il servizio GSM sulla convenzione per la concessione dei servizi di telecomunicazione ad uso pubblico tra il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni e la SIP, la quale attribuiva a questa l'esclusiva di installazione e di esercizio degli impianti di telecomunicazioni e dei relativi servizi di telecomunicazioni in ambito nazionale, ma non menzionava espressamente il servizio GSM. In quell'ipotesi l'Autorità, dopo aver constatato che la convenzione non conteneva meccanismi automatici che ne consentissero l'estensione in esclusiva ai servizi nuovi da essa non contemplati, ha imputato alla SIP il fatto di aver acquisito in esclusiva la gestione del servizio di GSM, considerando la fattispecie contraria all'art. 3 della legge n. 287/90. Cfr. anche il provv. del 4 luglio 1996, n. 4045, *Adusbef/Autostrade*, in Boll. 27/96 dove l'Autorità ha constatato che il comportamento posto in essere dalla società Autostrade, consistente nel rifiutare l'accesso alla propria rete alla società Europe Assistance per lo svolgimento del servizio di soccorso autostradale, costituiva una violazione dell'art. 3 della legge n. 287/90. Nell'occasione, l'Autorità ha preliminarmente escluso che l'ente erogatore del servizio in esclusiva potesse avvalersi della clausola derogatoria di cui all'art. 8.2 della legge n. 287/90 e ciò in quanto il soccorso autostradale, pur potendo essere annoverato tra i servizi di interesse generale, erogato all'utenza con i caratteri dell'universalità, era stato conferito in regime di monopolio ad ACI non in virtù di una espressa volontà del legislatore, ma per deliberata scelta dell'ente concessionario della rete autostradale, giacché la normativa di riferimento prevedeva

Per contro, le ipotesi più interessanti vanno ricercate nell'ambito di quelle fattispecie, di ben maggiore complessità, in cui l'operato dell'impresa beneficiaria del diritto esclusivo sia conseguenza necessaria e diretta della legge, dove, cioè, l'esigenza di conformarsi ad un precetto normativo non lasci al soggetto destinatario alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento⁷⁰. Per queste ipotesi, generalmente l'Autorità ha fatto ricorso ai poteri di segnalazione di cui all'art. 21 della legge n. 287/90⁷¹.

c) I problemi applicativi

Se, ragionando sulla base dei principi comunitari sopradescritti, l'ipotesi di un intervento diretto dell'Autorità volto a sanzionare un diritto esclusivo esorbitante per il tramite del combinato disposto degli artt. 86-90 costituisce, per quanto sopra detto, una soluzione giuridicamente sostenibile e pertanto astrattamente praticabile, nondimeno siffatta opzione resta, comunque, "eversiva" nell'ambito del sistema. Tali interventi, difatti, giacché implicanti, sia pur incidentalmente ed ai fini dell'applicazione diretta dell'art. 86, una sorta di sindacato di legalità di misure normative, potrebbero condurre l'Autorità ad esercitare un ruolo che travalichi la funzione di mero controllo delle condotte di impresa a cui, in fin dei conti, essa è preposta. Ciò è tanto più evidente ove si consideri che : *i*) i casi giudicati dalla Corte di giustizia e tipizzati nelle quattro categorie di abuso sopramenzionate non costituiscono dei veri e propri casi *antitrust*, dove cioè si sono accertate delle fattispecie tipiche di violazione dell'art. 86⁷²; *ii*) la giurisprudenza "estremista" della Corte di giustizia nasce storicamente in un contesto e per delle motivazioni particolari, e cioè per il fatto che l'art. 90.1 era rimasto a lungo inapplicato, non riuscendo la Commissione ad assicurare la piena implementazione dei precetti ivi contenuti per il tramite di

soltanto un vincolo teleologico (lo sgombero e la sicurezza delle autostrade), senza imporre né un modello particolare di organizzazione, né tantomeno l'affidamento del servizio in questione in esclusiva. La decisione, pertanto, del concessionario della rete autostradale di attribuire l'erogazione del servizio ad un unico soggetto è stata apprezzata alla stregua di una condotta interamente ascrivibile all'ambito di autonomia privata e come tale soggetta al vaglio della disciplina *antitrust* sulla base dei tipici parametri di necessità e proporzionalità. Applicando questo test, l'Autorità ha riscontrato che l'universalità del servizio di soccorso autostradale non sarebbe stata messa in causa dall'eventuale presenza di una pluralità di operatori e che pertanto la scelta di Autostrade di conferire la gestione del servizio in regime di monopolio risultava restrittiva della concorrenza.

⁷⁰ Un esempio calzante è dato dalla normativa italiana che vieta l'attività privata di collocamento della forza lavoro, attribuendone il diritto esclusivo agli uffici pubblici preposti (va, tuttavia, ricordato che attualmente detta normativa fa oggetto di una profonda revisione mirante a rimuovere tutti i profili di incompatibilità con le norme a tutela della concorrenza). La fattispecie in questione risulterebbe non assoggettabile alle disposizioni di cui all'art. 3 della legge n. 287/90, essendo l'esercizio dell'attività di collocamento in regime di monopolio ad opera degli uffici pubblici espressamente previsto dalla legge, ma, per contro, in ipotesi assoggettabile al combinato disposto degli artt. 90-86 del trattato.

⁷¹ Tra le segnalazioni effettuate negli ultimi anni dall'Autorità ai sensi dell'art. 21 della legge 287/90, ve ne figurano alcune dove la distorsione della concorrenza denunciata dall'Autorità promana da una misura normativa costitutiva di un diritto esclusivo "esorbitante", alla stregua cioè delle ipotesi di abuso condannate dalla Corte di giustizia per il tramite del combinato disposto degli artt. 86-90 del Trattato CE. In proposito, va innanzitutto ricordata l'ultima segnalazione in materia di riassetto del settore portuale (AS 084, in Boll. n. 4/97) dove in particolare l'Autorità ha contestato la compatibilità con le regole di concorrenza delle modifiche introdotte dalla conversione del decreto legge 16 aprile 1996 (che modificava la l. 84/94) in legge 23 dicembre 1996, n. 647, con cui da un lato si è ulteriormente prorogato l'esclusiva delle compagnie portuali nella fornitura della manodopera per l'esecuzione di operazioni portuali; dall'altro, con una nuova disposizione (art. 17, co. 3) si è sancita la non applicabilità del divieto di cui all'art. 1 della legge 1369/60 (il quale come noto, fissa il divieto generale di mediazione di manodopera al di fuori degli uffici pubblici del collocamento) agli "appalti di servizi, compresi quelli ad alto contenuto di manodopera e se forniti esclusivamente dalle compagnie portuali trasformate in imprese", ripristinando una forma di esclusiva, per un'ampia parte dei servizi portuali. Nel caso sopra descritto, l'Autorità potrebbe in ipotesi ricorrere all'applicazione diretta degli artt. 86-90, fondandosi peraltro agevolmente sulla pronuncia della Corte di giustizia resa per l'appunto nella materia. Nelle segnalazioni relative al settore dello smaltimento dei rifiuti (AS072 in Boll. 25/96 e AS080 in Boll. 47/96), l'Autorità è intervenuta dapprima a segnalare le restrizioni concorrenziali prodotte da una legge regionale del Lazio (l. 8 marzo 1995, n. 38) che conferiva ai comuni lo sfruttamento in esclusiva delle attività relative alla realizzazione ed alla gestione degli impianti di smaltimento dei rifiuti. La disciplina regionale escludeva poi che i soggetti privati potessero essere destinatari di un'autorizzazione provinciale e partecipare in alcun modo alle attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti, se non dietro concessione del comune ovvero attraverso la partecipazione ad imprese controllate dall'ente pubblico. Tale preclusione valeva non solo per i rifiuti solidi urbani, per i quali la legge nazionale di riferimento contemplava l'esclusiva in capo al comune, ma per tutte le attività relative a qualunque tipologia di rifiuto, per le quali, però, non sussisteva un'esigenza di interesse generale tale da legittimare la previsione di un'esclusiva in capo al comune. Il secondo intervento ha avuto ad oggetto lo schema di decreto legislativo (20 settembre 1996) di recepimento delle direttive comunitarie in materia di rifiuti, il quale estendeva, tra l'altro, indebitamente, la privativa comunale prevista per la raccolta e lo smaltimento comunale dei RSU ad altre tipologie di rifiuti speciali di lavorazione industriale, agricoli od ospedalieri *assimilabili*. Le fattispecie sopra illustrate potrebbero configurare un'ipotesi di *abuso da estensione della posizione dominante* sanzionabile ex artt. 86-90.

⁷² Si pensi in particolare al singolarissimo *abuso da inefficienza o all'abuso automatico* (cfr. supra, note nn. 46 e 49).

misure di esecuzione ex art. 90.3⁷³; *iii*) le idee informatrici dei principi di diritto scaturenti da quelle pronunce discendono, comunque, direttamente o indirettamente, da alcune idee che la Commissione europea verso la fine degli anni '80 aveva fatto proprie e tentava di promuovere nell'ambito della sua attività di politica della concorrenza, e non di *enforcement* delle regole di concorrenza⁷⁴; *iv*) l'ordinamento comunitario, come già detto in precedenza, prevede, peraltro, ad appannaggio della Commissione, lo strumento normativo appropriato con cui intervenire nella materia, l'art. 90.3, introducendo, all'occorrenza, misure regolamentari di liberalizzazione. Proprio su quest'ultimo profilo, peraltro, va segnalato che nella più volta citata comunicazione sulla cooperazione con le autorità nazionali *antitrust* per l'applicazione decentrata degli artt. 85-86 la Commissione include le fattispecie anticoncorrenziali poste in essere da imprese pubbliche o beneficiarie di diritti esclusivi o speciali ai sensi dell'art. 90.1 nell'ambito dei *casi aventi un'importanza particolare per la Comunità* e, come tali, generalmente di competenza della Commissione⁷⁵.

⁷³ Si ricordi che solo nel 1980 è stata adottata una prima direttiva ex art. 90.3, con cui la Commissione ha imposto agli Stati membri degli obblighi di trasparenza nelle relazioni contabili tra lo Stato e le imprese pubbliche. Questa lunga *impasse* legislativa della Commissione ha per l'appunto persuaso la Corte di giustizia, in particolare (direttiva del 25 giugno 1980, n. 80/723/CEE, in GUCE del 29 luglio 1980, n. L 195) intorno alla fine degli anni '80 ad adottare un'interpretazione meno prudente della norma in questione, con il chiaro intento di dare un'accelerazione al processo di liberalizzazione e di integrazione di numerosi settori economici sottratti alla concorrenza proprio in quanto caratterizzati da situazioni di monopolio naturale. In questa fase si registrano per l'appunto la maggior parte delle pronunce rese in merito all'art. 90, ivi compreso quelle in cui si è sancito l'effetto diretto dell'art. 90.2. Per un approfondimento generale sul tema dell'attivismo giudiziario della Corte di giustizia, si veda J. Weiler (1991); cfr anche I. Louis (1990) e K. Lenaerts (1988).

⁷⁴ Si veda in particolare, il *Libro verde sulle telecomunicazioni* e le prime direttive nella materia, la direttiva del 16 maggio 1988, n. 88/301/CEE (in GUCE del 27 maggio 1988, n. L 131/73), denominata direttiva *terminali*, e la direttiva 90/388/CEE (cfr supra, n.54) in materia di servizi, dove la Commissione cominciava a fissare alcuni punti fermi con cui assicurare un minimo di liberalizzazione e concorrenza nel settore, come, per esempio, l'esigenza di garantire l'*unbundling* nella gestione di più servizi da parte dell'operatore pubblico e di rimuovere il *conflitto di interessi* dell'operatore pubblico che è nel contempo regolatore e concorrente; idee, queste, che la Corte riprende nella sua giurisprudenza ex artt. 86-90.

⁷⁵ Detta posizione, tuttavia, non appare preclusiva delle tesi sopra illustrate innanzitutto perché la Commissione non esclude tassativamente dal decentramento tutti i casi ex art. 90 (la comunicazione, infatti, prevede che "*Possono* (enfasi aggiunta) *altresì rivestire importanza particolare per la Comunità le presunte pratiche (...) ai sensi dell'art. 90.1(...)*" cfr. par. 36 della comunicazione). Poi, comunque, la posizione della Commissione è espressa in un atto interpretativo privo di efficacia giuridica vincolante e non è avallata da precedenti giurisprudenziali.

3. LA PIENA TUTELA DELLE POSIZIONE GIURIDICHE SOGGETTIVE COMUNITARIE: LE MISURE CAUTELARI

Al fine di completare la ricognizione sullo strumentario a disposizione dell'Autorità nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie, occorre, da ultimo, interrogarsi su una ulteriore delicata questione, ovvero se, nell'applicazione degli artt. 85-86 in funzione decentrata, l'Autorità possa far discendere dalla titolarità di tali disposizioni anche il potere di adottare delle misure cautelari inibitorie di condotte ritenute lesive della concorrenza. In proposito, va sottolineato che ai sensi dell'art. 54 della legge comunitaria in precedenza citata, l'Autorità applica gli artt. 85-86 del Trattato CE in funzione decentrata ricorrendo agli strumenti procedurali di cui alla legge n. 287, la quale, come è noto, non le riconosce il potere di adottare in pendenza di procedimento istruttorio misure cautelari inibitorie di condotte ritenute lesive degli artt. 2 e 3 di detta legge. Sicché, l'unica ipotesi alternativa consiste nel verificare se la lacuna, sul punto, del quadro normativo sopra sommariamente descritto possa essere superata da un'operazione interpretativa che consenta di ricondurre il potere cautelare dell'Autorità in sede di applicazione delle citate disposizioni comunitarie ai principi generali dell'ordinamento comunitario e più in particolare ai principi relativi alla effettività della protezione degli interessi giuridicamente rilevanti derivanti dalle norme comunitarie.

A tal proposito, appare utile procedere preliminarmente ad una ricognizione della disciplina della materia in seno all'ordinamento comunitario, partendo dai poteri riconosciuti alla Commissione nell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza.

3.1. La Commissione e le misure cautelari di cui agli artt. 85-86 del Trattato CE

Se è vero che né il Trattato CE, né il regolamento 17/62 riconoscono espressamente alla Commissione il potere di adottare delle misure cautelari nell'applicazione degli artt. 85 e 86, la Corte di giustizia ha tuttavia provveduto a colmare questa lacuna in occasione dell'ordinanza *Camera Care*, dove ha ritenuto che il potere della Commissione ex art. 3 del regolamento 17/62 di adottare decisioni che obblighino le imprese a porre fine alle infrazioni contestate implichi necessariamente il potere di adottare misure cautelari indispensabili all'esercizio della sua funzione⁷⁶.

Come è noto, i provvedimenti finali adottati dalla Commissione intervengono a conclusione di un procedimento amministrativo complesso, destinato a raccogliere, nel rispetto dei diritti della difesa, tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti per la valutazione delle condotte delle imprese; ed è appunto la complessità e la lunghezza della procedura che fa sorgere la necessità di proteggere, a titolo provvisorio ed in corso di procedura, le posizioni giuridiche riconosciute dalle disposizioni comunitarie antitrust, al fine di evitare che queste, nell'attesa di una constatazione definitiva, non siano irreversibilmente compromesse. Si noti poi che, secondo la Corte, gli interessi giuridici riconosciuti dalle disposizioni comunitarie di concorrenza includono non solo le posizioni soggettive lese dei concorrenti, ma anche la tutela dell'interesse pubblico consistente nella salvaguardia del mercato in generale (su cui si tornerà in seguito).

Da quanto detto emerge, in sostanza, come la Corte abbia fondato il riconoscimento del potere della Commissione di emettere delle misure cautelari sulla necessità di assicurare la piena effettività delle decisioni definitive adottate da questa.

In merito poi alle modalità di esercizio dei poteri cautelari della Commissione nell'applicazione degli artt. 85-86, la Corte ha identificato innanzitutto i presupposti necessari per

⁷⁶ Ordinanza del 17 gennaio 1980, causa 792/79-R, *Camera care c/ Commissione*, Racc. p. 119. In sostanza, secondo la Corte, l'impossibilità per la Commissione di concedere delle misure cautelari svuoterebbe il potere di quest'ultima di emettere delle decisioni finali. Pertanto "*La Commissione deve poter prendere (...) disposizioni cautelari in quanto possano apparire indispensabili per evitare che l'esercizio del potere di decisione di cui all'art. 3 del regolamento 17/62 non finisca col diventare inefficace o persino illusorio (...)*".

l'emissione di provvedimenti a carattere conservativo⁷⁷, sottolineando che la Commissione può adottare provvedimenti provvisori solo in casi di indiscussa urgenza, per far fronte ad una fattispecie che appaia *prima facie* lesiva della concorrenza e che sia suscettibile di causare un danno grave ed irreparabile alla parte che lo richiede o intollerabile per l'interesse pubblico.

Più in particolare, in merito al requisito dell'urgenza, appare chiaro come il fatto di dimostrare l'imminenza di un pregiudizio costituisca un fattore decisivo al fine di ottenere la concessione di una misura interinale, e, in talune circostanze, acquisti anche più importanza rispetto alla prova dell'elemento del *fumus*⁷⁸.

Quanto poi al requisito del *fumus boni iuris*, in linea generale è sufficiente verificare la sussistenza *prima facie* di un'infrazione alle regole di concorrenza, senza dover accertare concretamente l'avvenuta violazione. A tal riguardo, va segnalato che il Tribunale di primo grado ha respinto in occasione di una sua pronuncia l'interpretazione fornita dalla Commissione secondo cui il requisito del *fumus* andrebbe identificato nella sussistenza di un'infrazione chiara e flagrante alle regole di concorrenza⁷⁹. Siffatta interpretazione, secondo il Tribunale, indurrebbe l'istituzione a ricercare, proprio nella fase dell'accertamento sommario, lo stesso grado di certezza che invece è richiesto per la decisione definitiva, contravvenendo alla *ratio* stessa della protezione provvisoria la quale si arresta alla soglia dell'apparenza del diritto, vale a dire alla constatazione della sussistenza verosimile, probabile, ma non certa di un'infrazione.

Il *periculum in mora*, secondo quanto stabilito dal Tribunale nella stessa pronuncia, va identificato con un danno che non potrebbe essere sanato dal provvedimento adottato dalla Commissione al termine del procedimento istruttorio. A tal proposito, va segnalato che la Commissione aveva inizialmente adottato una nozione ancora più restrittiva di tale requisito, identificando il *periculum in mora* in un rischio di pregiudizio al quale non si potrebbe più porre rimedio con alcuna decisione ulteriore, né della Commissione, né di altre istanze anche nazionali. Il Tribunale è successivamente intervenuto a rettificare la posizione della Commissione, osservando che una simile interpretazione avrebbe di fatto reso particolarmente difficile la verifica della sussistenza del requisito del *periculum in mora*, svuotando di contenuto la competenza della Commissione nel concedere misure provvisorie⁸⁰.

Né la giurisprudenza del Tribunale e della Corte, né la prassi della Commissione, hanno completamente chiarito la questione se vada considerato irreparabile il rischio di un pregiudizio a cui si espone un'impresa alla quale resterebbe il rimedio ultimo di ottenere riparazione dinanzi ai giudici nazionali per il tramite di un'azione in risarcimento del danno fondata sul provvedimento finale della Commissione⁸¹.

Sempre in merito al requisito del *periculum in mora*, va ricordato che la Corte ha riconosciuto alla Commissione il potere di adottare una misura interinale anche in assenza di un rischio di pregiudizio in capo ad un'impresa, allorché questa ritenga che le condotte indagate espongano l'interesse pubblico alla salvaguardia della concorrenza nel mercato comune al rischio

⁷⁷ Questi, peraltro, corrispondono in buona sostanza ai requisiti generalmente richiesti dalle autorità giudiziarie allorché concedono una misura conservativa.

⁷⁸ Naturalmente il requisito dell'urgenza può di frequente essere dedotto dalla circostanza che il danno a cui l'impresa richiedente si espone è irreparabile, vale a dire non sanabile a seguito del provvedimento finale della Commissione. Si veda in proposito, la decisione della Commissione del 25 marzo 1992, *Mars/Lagnese/Scholler*.

⁷⁹ Sentenza del 24 gennaio 1992, causa T-44/90, *La cinq c/ Commissione*, Racc. p. II-1.

⁸⁰ Si veda la sentenza *La cinq* precitata.

⁸¹ La Commissione sembra comunque favorevole a concedere misure conservative ogniqualvolta, oltre alla probabile perdita finanziaria, si riscontrino in capo alle imprese richiedenti anche perdite in termini di vantaggi competitivi. Nel provvedimento *Mars* precitato, La Commissione ha osservato che l'eventualità del danno è seria quando il ricorrente rischia di subire uno svantaggio competitivo considerevole suscettibile di produrre un effetto durevole. Va ad ogni buon conto ricordato che, anche nell'ottica della promozione dell'applicazione decentrata degli artt. 85-86, la Commissione verifica se sussistano in alternativa dei rimedi efficacemente esperibili dinanzi alle istanze nazionali. La Commissione ha sottolineato tale profilo in seno alla *Comunicazione sulla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85-86 del Trattato CEE*, in GUCE n. C39/6 del 13 febbraio 1993, par. 14-15.

di un danno intollerabile⁸². A tal riguardo, va sottolineato che, introducendo la nozione di interesse pubblico, la Corte di giustizia ha inteso accordare alla Commissione un potere autonomo nella materia, che possa anche prescindere dalle istanze dei singoli⁸³. Va tuttavia aggiunto che nella sua prassi applicativa la Commissione ha raramente fatto espressamente ricorso al criterio della minaccia all'interesse pubblico al fine di giustificare l'adozione di una misura interinale⁸⁴.

3.2. L'effettività della protezione delle situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario

Appare a questo punto opportuno illustrare sinteticamente l'apporto che la Corte di giustizia ha fornito nel processo di perfezionamento dei meccanismi nazionali di protezione dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.

Come è noto, l'ordinamento comunitario, che promuove l'applicazione decentrata delle disposizioni di diritto comunitario dinanzi alle autorità amministrative e giudiziarie degli Stati membri⁸⁵, lascia impregiudicate le vie procedurali predisposte dagli ordinamenti nazionali attraverso le quali far valere gli interessi giuridicamente rilevanti scaturenti dal sistema comunitario⁸⁶, imponendo, però, nel contempo, che tali posizioni giuridiche siano effettivamente e efficacemente tutelate all'interno degli ordinamenti nazionali, giacché la protezione effettiva dei diritti, principio di diritto sostanziale e non meramente processuale, rappresenta la condizione necessaria per il funzionamento di tutto il sistema comunitario⁸⁷.

Al fine pertanto di garantire una tutela effettiva di tali diritti, la Corte di giustizia è intervenuta a comunitarizzare progressivamente i criteri e i livelli di protezione assicurati dai sistemi procedurali nazionali, consacrando nella materia due grandi principi, *il principio della parità di trattamento*, secondo cui la protezione giurisdizionale garantita dal sistema procedurale di uno Stato membro ai diritti di cui il singolo beneficia in virtù del diritto comunitario non può essere inferiore a quella garantita ad una situazione giuridica analoga scaturente da norme interne, ed *il principio della soglia minima di efficacia*⁸⁸, secondo cui il sistema nazionale non

⁸² Si veda l'ordinanza *Camera care* precitata, punto 19, dove la Corte ha osservato che "E' essenziale che provvedimenti provvisori siano adottati soltanto in caso di indiscussa urgenza, per far fronte ad una situazione tale da causare un danno grave ed irreparabile alla parte che li richiede, o intollerabile per l'interesse pubblico".

⁸³ E' la ragione per la quale le misure cautelari possono essere adottate dalla Commissione su istanza di parte ovvero su propria iniziativa (per un provvedimento provvisorio emanato d'ufficio, si veda la decisione del 18 agosto 1982, *Ford-Werke AG*, in GUCE n. L 256/20, dove la Commissione fece divieto al produttore di autoveicoli Ford di attuare un nuovo sistema di distribuzione in virtù del quale non era più consentita ai concessionari del continente la vendita di autoveicoli Ford con guida a destra destinati al mercato britannico. Nell'occasione la Commissione attivò il procedimento a seguito dei reclami presentati dai cittadini britannici e dai distributori tedeschi di Ford; ovviamente nessuno dei reclamanti avrebbe potuto dimostrare di essere esposto al rischio di un danno grave e irreparabile).

⁸⁴ Si veda la decisione della Commissione *Ford-Werke AG*, precitata, par. 41, dove la Commissione ha identificato l'interesse pubblico nella possibilità per i distributori appartenenti ad uno stesso sistema di distribuzione di farsi concorrenza a livello del commercio al dettaglio, nonché nella possibilità per gli utilizzatori di acquistare i prodotti comunitari messi in commercio dal produttore in tutto il territorio della Comunità; si veda anche la decisione della Commissione del 23 giugno 1990, *Ecosystem/Peugeot*, par. 21, dove la Commissione ha identificato l'interesse pubblico nell'esigenza dei clienti di *Ecosystem* di essere riforniti da questa fino all'esito del provvedimento definitivo.

⁸⁵ La specificità dell'ordinamento giuridico comunitario risiede nella circostanza che l'applicazione delle norme e degli atti comunitari è devoluta per molta parte alle autorità amministrative degli Stati membri, così come il controllo dell'applicazione dei diritti scaturenti da tale ordinamento è conferito soprattutto al giudice nazionale (definito giudice comune di diritto comunitario).

⁸⁶ E' proprio tale considerazione che induce ad accantonare la tesi secondo cui l'Autorità, nell'applicare i precetti di cui agli artt. 85-86, disporrebbe anche degli strumenti procedurali previsti dall'ordinamento comunitario, ivi compresi i poteri cautelari conferiti alla Commissione.

⁸⁷ Per un approfondimento sul tema dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive scaturenti da norme di diritto comunitario, cfr A. Barav (1996), G. Tesauro (1993), R. Kovar (1996).

⁸⁸ Cf. sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, Racc. p. 3595.

deve rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti di cui il singolo beneficia in virtù del diritto comunitario⁸⁹.

E' in questo contesto che vanno inquadrare le pronunce della Corte volte a riconoscere in capo ad istanze nazionali e comunitarie il potere di adottare misure cautelari in situazioni dove o l'ordinamento comunitario o l'ordinamento nazionale non prevedevano espressamente il ricorso a tale strumento⁹⁰. Dette pronunce sono state per l'appunto ispirate dall'esigenza di colmare le lacune degli ordinamenti giuridici nazionali in nome del principio sostanziale dell'effettività della protezione dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario⁹¹.

La Corte ha così riconosciuto in capo ad un giudice nazionale il potere di emettere delle misure cautelari volte a tutelare le situazioni giuridiche soggettive conferite dall'ordinamento comunitario di fronte all'assenza di una disciplina normativa nazionale che prevedesse tale potere in capo a detto giudice⁹². Essa ha fondato la sua pronuncia sull'esigenza che il giudice nazionale assicuri pienamente ed immediatamente l'applicazione del diritto comunitario, e che se pertanto il solo ostacolo alla protezione provvisoria di situazioni giuridiche fondate sull'ordinamento comunitario è costituito da una disposizione nazionale, questa va rimossa⁹³.

Se da quanto sopra detto emerge chiaramente come il ricorso al sopra descritto principio dell'effettività abbia assicurato piena tutela alle posizioni giuridiche soggettive comunitarie laddove queste risultavano inadeguatamente protette nell'ambito degli ordinamenti nazionali, occorre successivamente interrogarsi se lo stesso principio di effettività possa essere azionato anche con riferimento a circostanze dove la carenza di protezione nell'ambito del sistema nazionale investa un interesse giuridico comunitario di natura collettiva, all'occorrenza non coincidente con un diritto soggettivo perfetto attribuibile ad un singolo. Tale questione appare particolarmente pertinente con riferimento al tema della concorrenza comunitaria che, pur esprimendosi, in seno al trattato di Roma, attraverso una pluralità di disposizioni concrete⁹⁴, all'occorrenza conferenti ai singoli diritti soggettivi perfetti (come per l'appunto gli artt. 85-86),

⁸⁹ Una delle conseguenze di quest'ultimo principio è appunto che la protezione va accordata anche nell'assenza di una procedura prevista dall'ordinamento giuridico nazionale; basti ricordare, a titolo di esempio, la celebre sentenza *Simmethal* (Sentenza 28 giugno 1978, causa 70/77, Racc. p. 1453) dove la Corte non ha fatto altro che introdurre un mezzo di protezione fino ad allora impraticabile nel nostro sistema procedurale, vale a dire la possibilità per il giudice ordinario di verificare personalmente l'incompatibilità della norma interna con il diritto comunitario e di disapplicarla senza dover ricorrere al filtro preventivo del giudizio di legittimità costituzionale.

⁹⁰ Come è noto, infatti, la protezione provvisoria prevista dal Trattato di Roma è accordata dalle istanze giudiziarie comunitarie nell'ipotesi di ricorsi diretti avverso atti comunitari ai sensi dell'art. 173 del Trattato, ovvero di ricorsi per inadempimento ai sensi dell'art. 169 avverso delle disposizioni nazionali. Non risulta invece disciplinata l'ipotesi in cui sorga l'esigenza, nel corso di giudizio dinanzi ad un giudice nazionale, di proteggere a titolo provvisorio una situazione giuridica fondata su disposizioni comunitarie.

⁹¹ Per un commento approfondito di queste sentenze, cfr G. Tesaurò (1993).

⁹² Sentenza del 19 giugno 1990, causa 213/89, *Factortame*, Racc. p. 2433. Nell'occasione, si contestava dinanzi a un giudice inglese la compatibilità con le disposizioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi di una legge britannica che imponeva per l'immatricolazione nel registro navale britannico dei battelli da pesca condizioni a tal punto restrittive, da rendere tale immatricolazione di fatto impossibile ai battelli appartenenti a società costituite da cittadini di altri Stati membri della Comunità. Sussistendo una forte presunzione di non conformità dell'atto in questione con il diritto comunitario, oltreché il rischio di pregiudizio in capo alle parti attrici, queste facevano istanza per ottenere delle misure interinali. Il giudice (per l'esattezza la Camera dei Lords in qualità di giudice di ultima istanza), che si trovava sprovvisto del potere di sospendere l'applicazione di una legge approvata dal Parlamento - la quale beneficia nell'ordinamento britannico di una presunzione di legalità fino all'esito definitivo del giudizio di merito - chiedeva alla Corte tramite rinvio pregiudiziale se il diritto comunitario gli conferiva il potere che l'ordinamento interno gli negava, vale a dire la concessione di una misura cautelare sospensiva degli effetti della legge.

⁹³ Nello stesso senso, la Corte ha attribuito al giudice nazionale il potere di emettere delle misure provvisorie volte a sospendere l'efficacia di norme comunitarie ogniqualvolta sorga la questione della compatibilità di queste con le disposizioni di diritto comunitario di rango primario. Anche in tale occasione, mossa dall'esigenza di accordare ai singoli una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti a questi attribuiti, la Corte ha innanzitutto osservato che il giudice nazionale, a cui è preclusa la possibilità di pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari, è tenuto a richiedere una pronuncia della Corte attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale il che però, visti i tempi necessari per una pronuncia pregiudiziale, potrebbe frustrare i diritti della parte attrice. La Corte pertanto ha riconosciuto che solo una misura interinale sospensiva dell'atto in questione adottata dallo stesso giudice permette di neutralizzare a titolo temporaneo gli effetti dell'atto contestato nell'attesa dell'esito del giudizio sulla validità (cfr. sentenza del 21 febbraio 1991, causa 143/88, *Zuckerfabrik*, Racc. p. 4189). Per completezza, va infine ricordato che la Corte di giustizia, completando il corso avviato con la giurisprudenza precitata, ha di recente attribuito al giudice nazionale anche il potere di emettere delle misure provvisorie positive volte a neutralizzare temporaneamente gli effetti di norme comunitarie ritenute incompatibili con le disposizioni di diritto comunitario di rango primario in vista poi dell'esito del giudizio di validità (cfr. sentenza del 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, Racc. p. I-3761).

⁹⁴ Per citarne solo alcune, si pensi ai ben noti artt. 85-86, 92-93 in materia di aiuti di Stato, all'art. 90 sulle imprese beneficiarie di diritti esclusivi, nonché al precitato art. 3g.

rappresenta, nondimeno, un valore primario che trascende tali precetti. Significativo, in tal senso, è l'art. 3g del Trattato⁹⁵, che chiarisce il ruolo della concorrenza nel disegno comunitario, concepita come uno degli strumenti con cui realizzare l'integrazione del mercato comune⁹⁶. Nel quadro di una giurisprudenza consolidata, peraltro, la Corte di giustizia ha da tempo chiarito che le regole di concorrenza applicabili alle imprese ai sensi degli artt. 85-86 non sono altro che l'espressione concreta dei mezzi dell'azione comunitaria di cui all'art. 3g⁹⁷. Sicché, in definitiva, la creazione di condizioni di concorrenza omogenee, che è perseguita anche attraverso i precetti di cui agli artt. 85-86, rappresenta la condizione necessaria per la realizzazione del mercato comune⁹⁸.

I precetti di cui agli artt. 85-86, costitutivi innanzitutto di obblighi e diritti nei confronti dei singoli, vanno dunque inquadrati nell'insieme delle disposizioni del Trattato e considerati come uno dei mezzi per la realizzazione di un regime di concorrenza non falsato. Così definito, il principio della concorrenza assurge a principio di carattere generale che si concretizza in seno al Trattato in molteplici norme, ed a cui va garantita piena efficacia in tutte le sue espressioni. In tal senso, la sua tutela va perseguita mediatamente per il tramite dei singoli titolari delle posizioni giuridiche conferite dal Trattato, e direttamente per il tramite della Commissione che persegue l'interesse più generale della salvaguardia della concorrenza nel mercato comune, nonché per il tramite delle autorità antitrust nazionali che, nell'applicazione degli artt. 85-86, non sono altro che istanze decentrate della Commissione. A questa impostazione, si noti, appare aderire la stessa Corte di giustizia la quale, nell'attribuire per via giurisprudenziale alla Commissione la titolarità delle misure interinali nell'esercizio dell'attività di tutela della concorrenza, ha espressamente riconosciuto a quest'ultima un potere autonomo che prescinde dalle istanze dei singoli, per l'appunto fondato sull'esigenza di assicurare piena tutela all'interesse collettivo alla salvaguardia della concorrenza.

Tutto ciò posto, va a questo punto verificato se, difettando in capo all'Autorità il potere di adottare misure interinali, tale carenza procedimentale, funzionale all'esercizio di un potere sostanziale, si traduca in concreto in una lacuna in seno al sistema di protezione delle situazioni giuridiche scaturenti dall'ordinamento comunitario che possa essere colmata in base ai principi sopra richiamati. A tal proposito, va osservato in primo luogo che nell'ordinamento italiano sussiste la possibilità per le imprese di adire le vie giudiziarie ordinarie al fine di ottenere una misura cautelare avverso condotte di concorrenti ritenute lesive della concorrenza in violazione degli artt. 85-86 del Trattato CE e suscettibili di produrre un pregiudizio grave e irreparabile.

Tuttavia, è opinabile che tale forma di tutela alternativa possa assicurare, in materia di concorrenza, una protezione piena ed effettiva di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti minacciati da comportamenti anticoncorrenziali. In primo luogo, infatti, il giudice delle misure cautelari è preposto alla tutela in via provvisoria dei diritti soggettivi dei richiedenti, ma non certo alla protezione di un interesse primario e generale consistente nella salvaguardia del libero mercato e di un regime di concorrenza non falsato, interesse che va tutelato indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica soggettiva. Poi, tale giudice, anche quando è chiamato ad accordare una tutela provvisoria alle posizioni soggettive dei singoli, è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare accertando, in particolare, il *fumus* anticoncorrenziale a seguito di un complesso giudizio di deliberazione che richiede conoscenze tecniche e mezzi investigativi particolari, avuto riguardo alla specificità e complessità della materia in questione⁹⁹. La lacuna legislativa in esame sembra quindi effettivamente

⁹⁵ Cfr. supra, nota n. 35

⁹⁶ Per una riflessione sul tema, cfr. P. Pescatore (1987).

⁹⁷ Su tale profilo si veda, in particolare, l'*obiter dictum* che la Corte formulò in una famosa quanto risalente causa (sentenza del 13 luglio 1966, causa 32/65, *Repubblica italiana c/ Consiglio*, Racc. p. 585) avente ad oggetto un ricorso in annullamento per sviamento di potere presentato dalla Repubblica Italiana avverso il regolamento 19/65 con il quale il Consiglio delle comunità europee aveva conferito alla Commissione il potere di adottare dei regolamenti di esenzione per categoria.

⁹⁸ Quest'ultimo poi è finalizzato, in una prospettiva di lungo termine, alla realizzazione degli obiettivi fondamentali di cui all'art. 2 del Trattato, vale a dire la crescita delle economie, il miglioramento delle condizioni di vita dei popoli e la solidarietà.

⁹⁹ Va comunque ricordato per completezza che il giudice ordinario dispone, anche nel quadro dei procedimenti cautelari, di un potere istruttorio ancorché sommario.

suscettibile di frustrare la corretta applicazione delle prescrizioni di cui alle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza¹⁰⁰.

Ove perciò si consideri che il principio sostanziale dell'effettività della tutela delle situazioni giuridiche fondate sull'ordinamento comunitario impone che queste vadano effettivamente e efficacemente tutelate all'interno degli ordinamenti nazionali, è allora dall'esigenza di rispettare tale principio che può essere desunta la necessità di colmare siffatta lacuna in via interpretativa, al fine di evitare che risulti frustrata la protezione effettiva di tutti gli interessi giuridici fondati sulle norme comunitarie¹⁰¹.

¹⁰⁰ All'argomento poi secondo cui l'impossibilità per l'Autorità di disporre dei poteri cautelari deriverebbe proprio dalla circostanza che questa è tenuta ad applicare gli artt. 85-86 utilizzando i poteri di cui alla legge n. 287, va replicato che il rinvio effettuato dal precitato art. 54 della legge comunitaria, avendo carattere procedimentale, non intende, né d'altronde potrebbe incidere sui poteri che discendono all'Autorità dall'ordinamento comunitario nel suo complesso.

¹⁰¹ Per completezza, va segnalato che nella precitata comunicazione sulla "*cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali nell'applicazione decentrata degli artt. 85-86*", la circostanza che le autorità *antitrust* nazionali dispongano degli strumenti procedurali idonei ad assicurare l'applicazione effettiva delle disposizioni comunitarie è posta dalla Commissione come uno dei presupposti del decentramento. Detta indicazione, tuttavia, formulata in un atto privo di efficacia giuridica vincolante, non sembra inficiare la tesi sopra illustrata, tanto più che quest'ultima si fonda sui principi elaborati in sede giurisdizionale dal giudice comunitario.

4. CONCLUSIONI

La chiarificazione, sul versante comunitario, dei parametri in base ai quali la Commissione intende devolvere alle autorità nazionali *antitrust* la competenza ad applicare gli artt. 85-86 del Trattato a taluni casi comunitari rappresenta un'iniziativa globalmente lodevole che si iscrive nel solco di una sempre maggior cooperazione tra istituzioni comunitarie e istituzioni nazionali nella gestione dell'attività di tutela della concorrenza. Detto decentramento, tuttavia, non appare, in concreto, incidere in termini quantitativi sull'attività istruttoria dell'Autorità in materia di intese ed abusi giacché questa, fino ad ora, sia pure ricorrendo alla sola disciplina nazionale, si è sempre dichiarata competente a conoscere tutti i casi i cui effetti sulla concorrenza si esplicavano essenzialmente sul territorio nazionale, senza distinguere, in questo ambito, casi di rilevanza comunitaria (ma sprovvisti di interesse comunitario) assoggettabili alla disciplina comunitaria.

Il conferimento formale dei poteri di applicazione degli artt. 85-86 potrebbe, per contro, tradursi in un ampliamento dei poteri sanzionatori dell'Autorità, soprattutto per quanto riguarda la possibilità di valutare incidentalmente la legalità di alcune particolari fattispecie quali le normative pubbliche distorsive della concorrenza e le riserve normative costitutive di posizioni di monopolio. Soprattutto in quest'ultimo settore, sia pur nella consapevolezza della delicatezza e della complessità delle tesi sopra illustrate, appare astrattamente ipotizzabile un ricorso all'applicazione diretta del combinato disposto di cui agli artt. 90 e 86 che consenta all'Autorità di sanzionare direttamente una riserva normativa costitutiva del diritto esclusivo laddove questa si presenti esorbitante, o, per meglio dire, di disapplicare detta riserva per poi colpire l'operato dell'impresa beneficiaria del diritto esclusivo nonostante esso sia una conseguenza necessaria e diretta della legge.

Dal punto di vista procedurale, infine, la carenza in capo all'Autorità di poteri cautelari può certamente tradursi in una lacuna suscettibile di frustrare l'effettiva tutela dell'interesse generale alla salvaguardia della concorrenza nel mercato comune. Se è vero che facendo ricorso alle vie giudiziarie ordinarie al fine di ottenere una misura cautelare, le imprese sembrano disporre, quanto meno in linea di principio, di uno strumento di protezione provvisoria dei propri diritti, tuttavia, non va trascurata la considerazione che siffatta forma di protezione può essere sovente frustrata dalle difficoltà che il giudice incontra nel verificare la sussistenza dei presupposti per la concessione di una misura interinale, sia perché appare sprovvisto delle conoscenze appropriate in materia, sia perché è costretto ad emettere un provvedimento senza disporre degli strumenti investigativi idonei. Ma soprattutto, va tenuto conto della circostanza che il giudice è chiamato a tutelare solo i diritti soggettivi dei singoli, attivandosi su domanda e lasciando pertanto alla mercé degli interessi di parte la tutela di un interesse generale primario quale la salvaguardia della concorrenza. E' appunto sulla base dell'esigenza di assicurare un intervento tempestivo volto a tutelare tale sfera di interessi che, sia pure nella consapevolezza della delicatezza e complessità della questione, ed argomentando sulla base dei principi generali sopra illustrati, sembra possa ritenersi ipotizzabile il ricorso ad una misura cautelare in sede di applicazione da parte dell'Autorità degli artt. 85-86 del Trattato CE.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AMATO G. (1995), "Conclusioni", in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, p. 298.

ART J. - VAN LIEDEKERKE D.(1995) "Developments in EC competition law in 1994 - An overview" CMLR, n.32, p. 921-971.

ART J. - VAN LIEDEKERKE D.(1996) "Developments in EC competition law in 1995 - An overview" CMLR , n.33, p. 719-775.

AUTERI P. (1996) "I rapporti tra la normativa antitrust nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria 1994" Contratto e Impresa, n. 2, p. 544.

BARAV A. (1996) "The effectiveness of judicial protection and the role of the national courts", Atti del convegno di Venezia del 30 maggio 1996, sul tema "judicial protection of rights in the Community legal order".

BAZEX M. (1992) "Règles de concurrence applicables au secteur public" Juris-classeurs, fasc. 1500.

BELLAMY C.-CHILD G. (1993) "Common market law of competition" London, 1993, p. 819.

BERLIN (1991) "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises" Revue trimestrielle du droit européen, n. 1, pagg. 1-5.

BRIGHT C. (1994) "Deregulation of EC competition law: rethinking art. 85" Fordham Corporate Law Institute, p. 458. e p. 514.

DEFALQUE L. (1990), nota alla sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed*, in Cahiers de droit européen, p. 620.

DE VITA M. (1997) "Misure normative e applicabilità alle imprese della legge antitrust", in Temi e problemi n. 5, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

EHLERMANN C.D. (1996) "Implementation of EC competition law by National Antitrust Authorities" ECLR n. 2, p. 88.

FAULL J. (1992) "The enforcement of competition policy in the European Community: a mature system", in Fordham International Law Journal, n. 15, p. 219.

FORRESTER I. (1994) "Competition structures for the 21st century" Fordham Corporate Law Institute.

FRIGNANI A.-WAELEBROECK M. (1996) "Disciplina della concorrenza nella CE", Torino, 1996, pp. 272-274.

GYSELEN L. (1994) "Towards a substantive legality standard" E. L. Rev., p. 55.

JOLIET R. (1988) "Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire" CDE, p. 363.

KORAH V.(1994) "EC competition law and practice" London, p. 267.

KORAH V. "Sussidiarietà e decentramento nel diritto della concorrenza europea" in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, p. 51.

KOVAR R. (1996) "Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée", revue trimestrielle du droit européen, n.2, p. 232.

- KOVAR R. (1993) “*Code européen de la concurrence*”, Paris, 1993, p. 27.
- KOVAR R. (1996) “*Le controle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire*” Atti del convegno di Venezia del 30 maggio 1996, sul tema “judicial protection of rights in the Community legal order”, p. 17.
- LENAERTS K. (1988) “*Two hundred years of U.S. Constitution and thirty years of EEC Treaty - Outlook for a comparison*”, the Netherlands, 1988.
- LOUIS J. V. (1990) “*The Community legal order*”, Brussels, 1990, pp. 107-134.
- PERA A.-TODINO M. (1996) “*Enforcement of EC competition rules: need for a reform?*” in Fordham Corporate Law Institute, p. 125.
- PESCATORE P. (1987) “*Public and private aspects of Community competition law*” Fordham Corporate Law Institute, p. 381.
- SAGGIO A. (1996) “*Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*” Quaderni di ricerca giuridica, Banca d’Italia, Perugia 1996, pp. 189-190.
- SIRAGUSA M. “*Il ruolo delle autorità nazionali antitrust nel promuovere un’applicazione convergente delle norme sulla concorrenza in Europa: opportunità di un’applicazione decentrata della normativa dell’UE sulla concorrenza*” in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, p. 79.
- SIRAGUSA M. (1997), *Rethinking article 85: problems and challenges in the design and enforcement of the EC competition rules*, in Fordham Corporate Law Institute, Ventiquattresimo Convegno annuale, 16-17 ottobre 1997, atti del convegno.
- TESAURO G. (1993) “*The effectiveness of judicial protection and cooperation between the Court of Justice and the national courts*” in Yearbook of European Law, n. 1.
- TESAURO G. (1993) “*Les mesures provisoires dans le système communautaire*” in Hacia un nuevo orden internacional y europeo, estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Diez De Velasco, Madrid, 1993, p. 1241.
- TIZZANO A. (1995) “*L’applicazione decentrata degli articoli 85 86 del Trattato CE in Italia*”, in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, p.99.
- VAN BAEL I. (1994) “*The role of the national courts in the enforcement of EC competition law*” in European Competition Law Review, n. 15.
- VAN MIERT K. “*Sviluppi e prospettive dell’applicazione decentrata del diritto della concorrenza europeo*” in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, p. 113.
- WALBROECK M. (1993) *Le droit de la CEE*, vol. 4, Editions de l’Université de Bruxelles, p. 90.
- WEILER J. (1991) “*The transformation of Europe*”, Yale law journal, p. 2043.
- WHISH R. (1994) “*The enforcement of EC competition law in the domestic courts of Member States*” in European Competition Law Review, n. 15.