

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il Regolamento n. 1 del 2003,

(resoconto del convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Ordine degli Avvocati di Pescara – Pescara, 3 ottobre 2003)

Serena Iannicelli

Aprile 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

L' applicazione del diritto della concorrenza nelle decisioni del Tribunale di primo grado nell'UE

di Paolo Mengozzi (giudice del Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee)

Preliminare ad una presentazione delle giurisprudenza del Tribunale di primo grado delle Comunità Europee è un'analisi del rapporto tra quest'ultima e le statuizioni della Corte di Giustizia.

Com'è noto, la Corte Ce è competente a censurare le pronunce del Tribunale per motivi di diritto, tuttavia ciò avviene con particolare cautela, in quanto il rigetto di un ricorso presentato contro una decisione di primo grado contribuisce a far assumere alle pronunce del Tribunale una funzione integratrice del diritto comunitario vigente. Capita spesso, infatti, che, nonostante il Tribunale presti attenzione nel vagliare i precedenti della Corte, non sempre ciò è sufficiente per rinvenire gli elementi decisivi nel caso di specie, ove la legislazione risulti insufficiente o non chiara. Altre volte ci si trova dinanzi la mancanza di un vero e proprio precedente della Corte, per cui una presa di posizione del Tribunale, se non invalidata da un intervento successivo della giurisdizione superiore, contribuisce all'integrazione del diritto comunitario.

La relazione presenta una panoramica della più recente giurisprudenza del Tribunale che analizza le questioni sorte dall'interpretazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, che dal primo maggio 2004 potranno porsi a qualunque giudice ordinario all'interno dell'Unione Europea. Si parte dalla giurisprudenza riguardante le nozioni di base contenute negli articoli succitati, vale a dire la nozione di impresa (caso *Hofner* del 1991, caso *Cementi e Spedizionieri in Dogana*, entrambi del 2000, caso *FENIN* del 2003), la nozione di intesa e di pratica concordata (caso *PVC* del 1999, caso *Bayer c. Commissione* del 2000), di pregiudizio al commercio fra Stati membri (caso *Tate & Lyle* del 2001), di mercato rilevante (caso *Far Eastern Freight Conference* del 2002).

Il relatore si sofferma poi sul caso *Metropole Television* del 2001 in cui il Tribunale di Primo Grado fa chiarezza sull'applicazione della *rule of reason*, criterio usato dal giudice statunitense per determinare se un accordo danneggi o meno l'assetto concorrenziale, mediante un bilanciamento dei suoi aspetti pro e anti competitivi. Il punto è che un approccio del genere non può essere impiegato per il paragrafo 1 dell'art. 81, in quanto la struttura dell'articolo, organizzata secondo uno schema divieto/eccezione al divieto, già contiene, al paragrafo 3, un bilanciamento degli effetti di una restrizione concorrenziale ed è quindi solo in tale ambito che la lettera della legge potrebbe ammetterlo. Il Tribunale prosegue che si deve tener conto delle circostanze concrete in cui la disposizione spiega i suoi effetti, comprensive del contesto economico e giuridico, della natura dei prodotti e dei servizi e delle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato. A tale proposito il Tribunale si sofferma a precisare la nozione di restrizione accessoria la quale è direttamente legata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale, il che implica che essa sia a) obiettivamente necessaria alla realizzazione dell'operazione principale e b) proporzionata in rapporto a questa. Inoltre il controllo del Tribunale sulle determinazioni della Commissione a riguardo deve svolgersi sul rispetto delle norme procedurali, sulla sufficienza della motivazione, sull'esattezza materiale di fatti, sull'assenza di un manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere, in quanto la valutazione del carattere accessorio di un impegno rispetto ad un'operazione principale implica valutazioni economiche complesse che il giudice non è in grado di ripetere nel suo ragionamento.

Per quanto riguarda il risarcimento danni causati da pratiche anticoncorrenziali si riporta la sentenza della Corte di Giustizia del 20 settembre 2001 nella causa *Courage Ltd c. Crehan e altri*, in cui il giudice comunitario ha affidato al giudice interno la competenza a tutelare i diritti dei singoli anche qualora l'azione venga intentata dalla parte di un contratto invalidato per contrarietà alle norme comunitarie, purchè ciò avvenga nel rispetto del principio di equivalenza e di effettività. Con la decisione del 1 giugno 1999 nel caso *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* la Corte di Giustizia afferma il principio in base al quale nei limiti in cui il giudice nazionale debba, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere l'impugnazione per nullità di un lodo fondato sulla violazione delle norme nazionali di ordine

pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda basata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81.1, disposizione fondamentale e indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità per il funzionamento del mercato interno.

La rassegna degli orientamenti giurisprudenziali fin qui illustrata evidenzia che le norme in materia di concorrenza tutelano un interesse pubblico di matrice comunitaria la cui soddisfazione è alla base non solo della libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi ma anche di ogni forma di solidarietà che ha fatto della Comunità un modello di democrazia economica e progresso sociale.

**La modernizzazione del diritto comunitario della
concorrenza: profili innovativi del Regolamento CE 1/2003
rispetto al Reg. CEE 17/62**

di Paolo Cassinis (Servizio Giuridico dell' AGCM)

Le ragioni che hanno portato all'adozione del Reg. 1/2003 in luogo del precedente Reg. 17/62 sono molteplici e seguono un percorso progressivo che parte dalle difficoltà pratiche incontrate dalla Commissione nel suo ruolo di detentrica esclusiva del potere di assicurare l'applicazione delle norme sulla concorrenza, fino ad arrivare a veri e propri mutamenti di "sistema", come l'allargamento dell'Unione, l'entrata in vigore del Trattato dell'Unione Europea contenente il principio di sussidiarietà, la creazione, nei singoli ordinamenti nazionali, di assetti istituzionali specifici a presidio della libera concorrenza.

Il nuovo Regolamento presenta cinque aspetti particolarmente innovativi:

1. introduzione del sistema c.d. di eccezione legale

2. applicazione decentrata dell'art. 81.3 e connessi meccanismi di cooperazione all'interno della rete di autorità antitrust
3. introduzione di strumenti normativi volti ad ampliare l'applicazione della normativa comunitaria in sede decentrata ed a garantire l'uniformità e coerenza
4. creazione di meccanismi di cooperazione con i giudici
5. ampliamento delle competenze decisionali e dei poteri istruttori della Commissione.

Il Regolamento in questione non disciplina due importanti aspetti legati alla riforma, quali le procedure nazionali per l'attuazione degli artt. 81 e 82 e le sanzioni da irrogare. Da questo punto di vista potrebbe addirittura parlarsi di riforma mancata.

A ciò si aggiunge il fatto che la Commissione predisporrà una serie di comunicazioni volte a chiarire, in primo luogo a beneficio delle imprese, i profili sostanziali e procedurali della nuova disciplina.

Il c.d. pacchetto di attuazione del Reg. 1/2003 si comporrà di un Regolamento sulle procedure della Commissione in applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, di una Comunicazione sulla cooperazione all'interno della rete della autorità nazionali, una Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, di una Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, di una Comunicazione sull'orientamento informale per problemi nuovi legati ai articoli 81 e 82 sollevati da casi individuali (c.d. lettere di orientamento), infine di una Comunicazione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri e un'ultima Comunicazione sull'applicazione dell'articolo 81.3 del Trattato.

I riflessi ordinamentali e organizzativi del Reg. 1/2003

di Massimo Scuffi (Consigliere della Corte d'Appello di Milano)

Norma cardine del nuovo Regolamento è l'art. 6 secondo cui “le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato” dove l'applicazione diretta da parte dell'organo giurisdizionale in realtà si risolve in una applicazione in via incidentale nel senso che presuppone una controversia fra privati risolvibile dal giudice sia nei profili negoziali che nelle condotte extracontrattuali, allegando le corrispondenti previsioni del diritto comunitario. L'applicazione in via principale spetta ad un'autorità amministrativa e/o paragiurisdizionale(in Italia l'AGCM) cui è riservata sul piano “oggettivo” la regolamentazione sul piano nazionale tramite interventi inibitori o sanzionatori sotto la vigilanza della giurisdizione amministrativa.

L'entrata in vigore del Regolamento 1/2003 pone il problema d'individuare il giudice competente ad applicare l'articolo 81 nella sua interezza, per quanto riguarda il divieto e la sua eccezione.

Sotto il profilo ordinamentale la tutela dell'interesse privato degli operatori economici lesi da pratiche anticoncorrenziali è riservato, in Italia, al giudice ordinario identificato nel Tribunale a composizione monocratica qualora il mercato rilevante non sia solo quello nazionale ma interessi sensibilmente il commercio intracomunitario (presenza del requisito della c.d. dimensione comunitaria). Qualora, al contrario, il mercato di riferimento si concentri su quello nazionale, le violazioni di cui agli artt. 2 e 3 della legge 287 del 1990 sono devolute alla giurisdizione esclusiva della Corte d'Appello in composizione sempre collegiale, funzionalmente competente in primo ed unico grado ai sensi dell'articolo 33 della stessa legge. Al Tribunale rimane riservata la competenza a decidere sulle controversie in materia di intese e operazioni di concentrazione derivanti da posizioni dominanti vietate nel campo delle telecomunicazioni e radiotelevisivo *ex lege* 249/97, così come dei patti frutto di un abuso di dipendenza economica nella subfornitura nelle attività produttive (L. 192/98). E sempre il Tribunale potrà essere chiamato a valutare *incidenter tantum* (senza efficacia di giudicato) della nullità o della illiceità di una condotta ai sensi della L. 287/90 ove

oggetto di una eccezione riconvenzionale al pari di ogni questione puramente strumentale al merito della decisione.

Il criterio di ripartizione della competenza tra Corte d'Appello e Tribunale si fonda sulla prospettazione contenuta nella domanda, se, cioè, essa riguardi il pregiudizio della concorrenza sul mercato interno ovvero vengano in rilievo aspetti tali da menomare l'assetto del più vasto mercato comunitario o di una sua parte sostanziale.

Qualora i comportamenti denunciati contrastino al tempo stesso con le regole antitrust nazionali e comunitarie non è consentito il ricorso agli strumenti processuali della continenza e della connessione (artt. 39 e 40 c.p.c.). Il *simultaneus processus* potrà, semmai, essere regolato dalle norme regolanti il diverso istituto della sospensione, volto a regolare il coordinamento di giudizi contemporaneamente pendenti avanti a giudici diversi.

Il Reg. 1/2003 ora autorizza l'applicazione parallela, anche da parte delle giurisdizioni nazionali, delle regole antitrust comunitarie, da un lato, e nazionali da un altro, escludendo queste ultime soltanto ove imponga divieti non estendibili anche alle fattispecie comunitarie, con l'esclusione delle condotte puramente unilaterali delle imprese. Nonostante che le regole a tutela del mercato, quindi, verranno a convergere, ciò non influirà sull'assetto delle competenze giurisdizionali in seno all'ordinamento italiano che mantiene una distinzione di compiti affidati da un lato al Tribunale ordinario in composizione monocratica dall'altro alla Corte d'Appello. Il tutto a discapito delle finalità del legislatore comunitario che col nuovo Regolamento auspica una efficace tutela delle posizioni soggettive riconosciute dalla normativa antitrust, favorendo un unico organo giudiziario della concorrenza nel pieno rispetto del doppio grado di giurisdizione, senza che occorran conflitti di competenza o arresti del procedimento. Il Dott. Scuffi identifica nel Tribunale ordinario l'organo *ad hoc*, tanto più che l'ordinamento lo fornisce di adeguati strumenti di salvaguardia per l'applicazione degli artt. 81 e 82 quale l'intero impianto sanzionatorio previsto in tema di concorrenza sleale (provvedimenti inibitori, restitutori e risarcitori) oltre ai normali rimedi di natura contrattuale (nullità ex art. 1418) o extracontrattuale (art. 2043).

Da una panoramica della situazione attuale emerge che in Italia l'AGCM svolge un controllo di tipo oggettivo sulle imprese mentre la Corte d'Appello compone la conflittualità. Per assicurare un'applicazione coerente del diritto della concorrenza è necessario individuare i mezzi tramite i quali il giudice può perseguire gli scopi prefissi dalla normativa comunitaria, vale a dire una stretta collaborazione informativa in funzione di una tendenziale uniformità delle decisioni. A questo proposito il Reg. 1/2003 non armonizza le procedure nazionali né incide sugli istituti processuali interni, tuttavia esso sarà parametro privilegiato di adeguamento procedurale sui rimedi che propone e i risultati che suggerisce. Fin dalla Comunicazione del 1993 sulla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione si suggeriva la sospensione del procedimento nazionale in attesa del sopraggiungere di una determinazione della Commissione, sospensione che si aggiunge a quella ex art. 295 del c.p.c. ed alla sospensione del procedimento in pendenza della pregiudiziale comunitaria ex art. 177 del Trattato CE. Il Reg. 1/2003 rafforza il principio del primato stabilendo che quando la Commissione si è già pronunciata il giudice interno non può assumere decisioni in contrasto, venendo così ad attribuire ad interventi di natura amministrativa una vincolatività tipica dei provvedimenti giudiziari. Qualora un procedimento sia ancora pendente presso la Commissione il giudice è facoltizzato a valutare se sospendere o meno la causa per evitare contrasto fra giudicati.

Il Reg. 1/2003 per quanto riguarda gli strumenti informativi attribuisce ai giudici la potestà di chiedere alla Commissione informazioni e pareri sulle questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza (art. 15.1). Sotto questo particolare profilo si ricorda che il codice di procedura civile vigente contiene una norma simile, l'art. 213, che potrebbe essere utilizzato per ottenere notizie "in fatto" sull'esito dei procedimenti pendenti presso la Commissione. Il par. 3 dell'art. 15 del nuovo Regolamento introduce la figura dell' *amicus curiae*, già nota al diritto anglosassone, identificato nella Commissione (o nell'Autorità Garante all'uopo competente), abilitato a presentare d'ufficio osservazioni scritte su questioni riguardanti questioni relative all'applicazione degli artt. 81 e 82.

Un altro dei problemi che pone la recente riforma concerne il coordinamento dei procedimenti e la circolazione delle relative decisioni.

A tal uopo il 10 dicembre 2002 è stato creato l'*European Competition Network* per agevolare la cooperazione all'interno della rete delle *authorities* dei paesi membri, affinché producano decisioni tra loro coordinate, in nome dell'efficienza applicativa e della coerenza. Per quanto riguarda un meccanismo di composizione dei conflitti di giurisprudenza la soluzione si trova in altra sede, e precisamente nel Reg. CE 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale sempre tramite l'applicazione degli istituti della sospensione e senza la previsione di un intervento regolatore dall'alto. Le cause comportanti l'applicazione degli artt. 81 e 82 contemporaneamente instaurate presso giudici di diversi Stati membri sono regolate mediante un meccanismo orizzontale, vale a dire tramite gli istituti della litispendenza internazionale (art. 27) o della connessione (art. 28).

Un'importante segnale per la creazione di un giudice della concorrenza nelle sezioni specializzate proviene dal D.lgs. 168/2003 che istituisce sezioni specializzate a composizione collegiale in materia di proprietà industriale, intellettuale e concorrenza sleale. Secondo la delibera del CSM 503/FT/2003 del 23 luglio 2003 tali sezioni dovrebbero sorgere come uffici costituiti *ex novo* da aggiungere ai preesistenti formate da giudici di c.d. secondo incarico, potendo questi rimanere affidatari anche degli affari della sezione di provenienza. Esse dovranno essere formate da magistrati professionali, con esclusione di membri tecnici, traendo la loro qualificazione dalla specifica competenza dei giudici chiamati a farvi parte.

**Illustrazione di casi e comportamenti vietati in materia di
intese e accordi restrittivi (art. 81 Tratt.) e abusi di posizione
dominante (art. 82 Tratt.)**

di Angelo Converso (Consigliere Corte d'Appello, Torino)

In apertura il Dott. Converso sottolinea come il diritto comunitario si basi sul principio di effettività, il quale analizza gli effetti di un determinato comportamento e solo in subordine a questo irroga la

sanzione, mentre il diritto italiano si serve di categorizzazioni astratte in termini di divieti e obblighi. Il relatore premette che l'illustrazione del *case law* comunitario rappresenta un modo per avvicinare la materia della concorrenza in un modo diverso da quello al quale lo studioso italiano è avvezzo. Tuttavia bisogna evitare di cadere nella falsa convinzione che le norme comunitarie (artt. 81 e 82) siano totalmente sovrapponibili alla L.287/1990, nonostante essa contenga norme identiche, soprattutto sul piano lessicale.

Il *case law* si fonda sulla comprensione piena del fatto storico, cosicché la decisione sia assunta in rapporto a quello. Si tratta di afferrare la struttura del fatto storico, onde poi usarla quale dato di comparazione rispetto ad un nuovo caso.

Le fonti del diritto comunitario sono rappresentate dalle decisioni della Commissione e dalle sentenze del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia.

Segue una disamina del *case law* che meglio illumina il significato degli elementi fondamentali degli articoli 81 e 82 del Trattato, quale la nozione di accordo, di pratica concordata, di ripartizione dei mercati, di risarcimento danni in seguito a violazione di norme sulla concorrenza.

Particolare attenzione è dedicata al caso *A.A.M.S.* perché mette bene in evidenza il conflitto tra la formazione del giurista italiano rispetto al diritto comunitario. Esso ruota attorno al mercato dei prodotti da fumo in Italia, dominato dal c.d. Monopolio tabacchi, oggetto di indagine da parte della Commissione, con emissione della decisione 98/538/CE, poi impugnata presso il Tribunale di primo grado. La Commissione ritenne che l' *A.A.M.S.* avesse sfruttato abusivamente la posizione dominante detenuta sul mercato della distribuzione all'ingrosso di sigarette tramite la stipulazione di contratti tipo di distribuzione con imprese produttrici di sigarette e tramite comportamenti unilaterali riguardanti sigarette fabbricate in un altro Stato membro e successivamente introdotte in Italia. L'impugnazione della decisione della Commissione è stata sorretta da argomenti di tipo formale, che negavano totalmente la considerazione dell'effetto, ad esempio allegando il fatto che la liberalizzazione avvenuta nel mercato della distribuzione all'ingrosso di sigarette nel 1975 aveva sottratto all' *A.A.M.S.* qualunque posizione dominante nel mercato nazionale e che il contratto-tipo di

distribuzione non conteneva alcuna clausola di esclusiva che impedisca ai produttori di servirsi di altri canali di distribuzione. La sentenza del Tribunale, al contrario, è basata sul principio dell'effettività per cui è pacifico che la *A.A.M.S.* detenga la totalità del mercato considerato, poichè la posizione dominante si associa sempre a quote di mercato e, di conseguenza, il controllo di quote di mercato elevate è di per sé prova dell'esistenza di una situazione di dominanza . Quanto alle clausole contrattuali considerate restrittive, il Tribunale trova la difesa dell'*A.A.M.S.* generica e non specifica. In particolare essa “non ha dimostrato che le clausole menzionate, nel loro insieme, fossero necessarie per proteggere i suoi interessi commerciali ed evitare il rischio di sovraccarico della sua rete distributiva, nonché il rischio finanziario derivante da una durata eccessiva della giacenza nei depositi delle sigarette non ordinate”, il che sottolinea che, per il giudice CE, le clausole restrittive debbano essere giudicate alla luce dei principi di necessità e proporzionalità, alla stregua di robuste argomentazioni economiche.

I rapporti tra i soggetti di sistema della concorrenza: riparto di competenze e circolazione di informazioni

di Aurelio Pappalardo (Studio legale Bonelli Erede Pappalardo, Bruxelles)

La modernizzazione del diritto della concorrenza coinvolge direttamente il giudice, rendendolo strumento di attuazione del diritto, in mancanza della previsione di meccanismi adeguati. Alla base dell'intero processo della modernizzazione c'è un ripensamento della Commissione sul proprio ruolo, avvertito come inadeguato rispetto ad un sistema che esige certezza del diritto. Infatti, sotto il Reg. 17/62 l'art. 81.3 era interpretato come contenente una riserva d'esenzione secondo un sistema burocratico-autorizzatorio.

La sentenza *De Limitis* rappresenta un antecedente che ha riscontro nel nuovo Regolamento. Secondo questa il giudice può stabilire con sicurezza se il divieto ex art. 81.1 non si applica o se

l'esenzione di cui al par. 3 dello stesso non si applica. Nei casi intermedi il giudice può sospendere il giudizio in attesa di una pronuncia della Commissione sulla notifica. Tutto questo vigente il Regolamento 17/62, con la riforma la situazione d'incertezza viene finalmente a cadere.

Massimo Merola (Studio legale Bonelli Erede Pappalardo, Bruxelles)

Nel dibattito in chiusura della conferenza l'apporto dell'Avv. Massimo Merola è prezioso, soprattutto per quanto riguarda le ultime novità normative. L'illustre relatore, infatti, informa che in data 2 ottobre è stato pubblicato il *modernization package* contenente sei progetti di comunicazione la cui struttura si raggruppa intorno a tre filoni principali:

- quello concernente la collaborazione tra la Commissione e i giudici/le autorità nazionali
- quello che riunisce i concetti giuridici essenziali di cui il giudice si serve per ricoprire il nuovo ruolo ad esso riservato dal Reg. 1/2003
- quello riguardante le novità procedurali e i tipi di provvedimenti adottabili dalla Commissione CE

A ciò si aggiunge la pubblicazione delle Linee Guida per la distribuzione delle competenze giudice nazionale/Commissione CE, che risponde anche ad un'esigenza di unicità del giudice e di evitare la conflittualità tra decisioni di giudici diversi. In merito a ciò si ricorda che la modernizzazione stessa si sposa con l'idea di sopranazionalità del diritto comunitario, dotato di regole direttamente applicabili, alla stregua dei tre criteri della sussidiarietà, dell'efficienza e dell'uso dell'analisi economica.