da Luiss (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli)
CERADI
Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La sentenza della Corte di Giustizia nel
caso Cif: prevalenza del diritto comunitario
e tutela della concorrenza in contesti
regolamentati

Paolo Cassinis

Maggio 2004-

da Luiss (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli)
CERADI
Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La sentenza della Corte di Giustizia nel
caso Cif: prevalenza del diritto comunitario
e tutela della concorrenza in contesti
regolamentati
Paolo Cassinis
Maggio 2004-

{mospagebreak}1. INTRODUZIONE..... 2
2. LA VICENDA CIF DINNANZI ALL'AUTORITÀ..... 3
3. LA QUESTIONE DELLA DISAPPLICAZIONE (EX ARTT. 3 N.1, LETT. G, 10,
81-82 CE) DI NORME NAZIONALI CONTRASTANTI CON LE NORME

COMUNITARIE NELL'AMBITO DI UNA PROCEDURA ANTITRUST: I DUBBI DEL TAR E LA SOLUZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA..... 9
4. LA DISAPPLICAZIONE OPERATA DA PARTE DI UN'AUTORITÀ NAZIONALE DELLA CONCORRENZA. 16
5. SULLA DISAPPLICAZIONE C.D. IN MALAM PARTEM. 20
6. L'AMBITO RISTRETTO DELLA C.D. "COPERTURA NORMATIVA"..... 22
7. IL TEST DELLA DISAPPLICAZIONE NELLA SENTENZA CIF..... 27
8. LA DISAPPLICAZIONE NEL CONTESTO DELLA RIFORMA DELLA MODERNIZZAZIONE..... 29
9. CONCLUSIONI..... 33

1. Introduzione

Sono molteplici i motivi d'interesse della sentenza della Corte di Giustizia del 9 settembre 2003 nel caso Consorzio Industrie Fiammiferi1, che è

1 Sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non ancora pubblicata in Raccolta. La sentenza è stata immediatamente oggetto di riflessione. Tra i primi contributi di segnalano i seguenti: e. Fox, State Action: What if Parker v. Brown were Italian?, paper presentato alla 38 conferenza annuale su International Antitrust Law & Policy, Fordham, Ottobre 2003; R. Wainwright, A. Bouquet, State intervention and action in EC Competition Law, Fordham, Ottobre 2003; M. Monti, Comments and Concluding remarks at the conference on professional regulation, Brussels, 28 ottobre 2003; G. Tesauro, Riforma della regolazione e concorrenza: esiste un consenso politico?, Giornata italiana della concorrenza, Roma, 9 dicembre 2003; S. Cassese, Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale, in Giornale Dir. Amm., 11/2003, 1132; M. Libertini, La Disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza, in
Giornale di Dir. Amm., 11/2003, 1135; B. Nascimbene, S. Bastianon, La Corte di Giustizia ei poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza, in Corriere giuridico, 11/2003, 1421; M. Castellaneta, Ridefiniti anche i poteri sanzionatori del Garante: dalla Corte di giustizia un monito per il futuro, in Guida al Diritto, 36/2003, 107; G. Napoletano, Il Diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa, in Giornale di Dir. Amm.,
11/2003, 1138; C. Rizza, The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive

stata anche la prima pronuncia adottata a seguito di un rinvio pregiudiziale in materia di concorrenza, da parte dei giudici amministrativi italiani in sede di controllo delle decisioni antitrust.

Due i profili principali della sentenza, corrispondenti ai due quesiti del rinvio pregiudiziale, vale a dire, quello relativo alla disapplicazione di norme nazionali contrastanti con le norme del Trattato CE in materia di concorrenza da parte di un'autorità nazionale di concorrenza, e quello dell'imputabilità alle imprese di condotte anticoncorrenziali attuate in contesti regolamentati e, quindi, dell'applicabilità dell'art. 81 nei loro confronti CE (la c.d. State action defence).

Dalla soluzione del primo quesito, come si vedrà, derivano talune

importanti implicazioni nella prospettiva di una crescente applicazione del diritto comunitario della concorrenza in via decentrata, nell'ambito della ormai imminente riforma della "modernizzazione".
Prima di passare ad analizzare la sentenza, converrà richiamare la vicenda che ha dato luogo al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito l'Autorità) - di recente confermato dal Tar del Lazio, tranne per un profilo minore2 - ed al rinvio pregiudiziale a cui è seguita la pronuncia della Corte di Giustizia.
2. La vicenda CIF dinnanzi all'Autorità
Nel dicembre 1997, una società tedesca produttrice di fiammiferi, la KM Zündholz International Karl Müller GmbH, segnalava all'Autorità le difficoltà incontrate nell'entrare nel mercato italiano della distribuzione dei fiammiferi nonostante le relative licenze ed autorizzazioni. Tali difficoltà sembravano essenzialmente riconducibili, per un verso, alla presenza nel
domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the State action defense, European Competition Law Review, 2/2004, 126; M. Antonucci, I poteri aggiunti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Il Consiglio di Stato, 9/2003, 1577.
2 Cfr. il dispositivo del Tar del Lazio, I, n.192/2004 del 28 aprile 2004, con il quale, nel respingere il ricorso introduttivo del CIF su entrambi i profili oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia, è stato accolto il secondo motivo nel quale si contestava la trasformazione del Consorzio CIF da obbligatorio a volontario a seguito del decreto legge n.331 del 1993. Al momento in cui si scrive non sono state ancora pubblicate le motivazioni.
4
mercato italiano del Consorzio Industrie Fiammiferi (di seguito anche CIF), un consorzio che raggruppava tutte le imprese italiane produttrici di fiammiferi e, per altro verso, ai rapporti tra lo stesso CIF ed un consorzio (CONAEDI) che raggruppava la maggior parte delle imprese distributrici dei generi di monopolio3. Nel novembre 1998, l'Autorità avviava un'istruttoria ex artt. 85 e 86 del Trattato CE (ora artt. 81 e 82) nel corso della quale emergeva ben presto che l'organizzazione ed il funzionamento del mercato della produzione dei fiammiferi in Italia era soggetto ad una stringente regolamentazione e pianificazione per il tramite della costituzione e dell'operatività del consorzio obbligatorio CIF. Dell'istruttoria veniva tenuta informata la Commissione Europea4, la quale ritenne preferibile che l'autorità italiana continuasse l'indagine in considerazione degli effetti prevalentemente nazionali delle condotte in esame5.
L'istruttoria consentiva in primo luogo di ricostruire il complesso quadro normativo che per linee essenziali si connotava come segue.
Il Consorzio CIF era stato istituito dal Regio Decreto 11 marzo 1923 n. 560 e la relativa attività era disciplinata da una convenzione sottoscritta con lo Stato (di seguito la Convenzione), annessa e facente parte integrante dello stesso decreto6.
Il compito principale del Consorzio CIF consisteva nella fabbricazione e vendita in via esclusiva, tramite le consorziate, dei fiammiferi necessari a soddisfare la domanda del mercato nazionale, nonché nel garantire il gettito

dell'imposta di fabbricazione sui fiammiferi.
3 In particolare, la società tedesca lamentava il rifiuto opposto da alcuni gestori di magazzini di vendita di generi di monopolio a distribuire i suoi prodotti preferendo quelli del CIF.
4 Ciò era previsto dalla Comunicazione CE sulla Cooperazione tra la Commissione e le Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati Membri, in GUCE C313 del 15 ottobre 1997.
5 In base alla Raccomandazione OCSE sulla cooperazione tra autorità nazionali di concorrenza, dell'istruttoria, nel frattempo ampliata a Swedish Match SA, società di diritto svizzero ma facente parte di un noto gruppo svedese, veniva data notizia anche alle autorità di concorrenza di Svezia e Svizzera.
6 Articolo 3, comma 3, del R.D. 560/1923. Successivamente, la Convenzione veniva sempre prorogata, in ultimo, con talune modifiche, dal Decreto Ministeriale del 5 agosto 1992 con validità fino al 31 dicembre 2001.
5
Al Consorzio venivano pertanto assegnate marche-contrassegno funzionali all'applicazione dell'imposta di fabbricazione sui fiammiferi le quali dovevano essere distribuite alle imprese consorziate e da esse apposte sulle confezioni dei fiammiferi.
La Convenzione disciplinava in dettaglio il funzionamento interno del CIF. In particolare, l'art.4 della Convenzione assegnava il compito di contingentare e ripartire la produzione dei fiammiferi fra le imprese consorziate ad una apposita Commissione (di seguito, Commissione ex art.4), nominata dal Consiglio di Amministrazione dello stesso CIF e composta da un funzionario dei Monopoli di Stato, destinato a presiederla, da tre rappresentanti delle imprese consorziate e da un rappresentante del Consorzio, Commissione che deliberava a maggioranza. Il citato articolo 4 della Convenzione, tuttavia, non forniva indicazioni, né criteri di interesse pubblico per la ripartizione della produzione fra le imprese consorziate7.
Inoltre, l'art.6 del R.D. 560/1923 (e l'art.6 della Convenzione) disponeva che i prezzi massimi di vendita al pubblico dei fiammiferi fossero fissati con decreto del ministro delle finanze.
Solo dopo molti anni intervenivano alcune modifiche al predetto quadro normativo, di cui due particolarmente rilevanti ai fini della presente analisi. In primo luogo, con sentenza 3 giugno 1970, n.78, la Corte Costituzionale riteneva illegittime per contrasto con il principio di libertà economica di cui all'articolo 41, comma 2, della Costituzione, le modalità di organizzazione del Consorzio, nella misura in cui precludevano l'accesso di nuove imprese al mercato dei fiammiferi8. Per effetto di tale intervento, il Consorzio, prima chiuso all'adesione di nuove imprese, diventava aperto, ferma restando la sua obbligatorietà in virtù dell'esclusiva per la produzione e vendita dei fiammiferi per il territorio italiano.
7 Lo Statuto del Consorzio indicava quale criterio di ripartizione della produzione quello del "rapporto percentuale esistente" fra le imprese consorziate, affidando la verifica delle quote di produzione assegnate alle singole imprese ad una Commissione nominata dal CIF (art.23). A seguito della sentenza della Corte

Costituzionale, la Convenzione venne modificata.
8 In particolare, veniva ritenuto illegittimo il citato articolo 3, comma terzo, del R.D. nonché gli articoli 1, 2 e 10 della Convenzione.
6
In secondo luogo, con decreto legge 30 agosto 1993, n.331, convertito con legge 29 ottobre 1993, n.427, veniva eliminato il monopolio fiscale a favore del CIF individuando direttamente nel fabbricante o nell'importatore il soggetto obbligato al pagamento dell'imposta.
A fronte di siffatto quadro normativo e all'esito delle risultanze dell'istruttoria, l'Autorità con proprio provvedimento del luglio 2000 9, ha accertato che mentre talune condotte attuate dal CIF e dalle imprese consorziate erano imposte o favorite da una serie di previsioni normative, altre condotte erano il risultato di scelte imprenditoriali autonome. Venivano quindi individuate tre distinte situazioni rappresentate da: a) comportamenti imposti al Consorzio da disposizioni normative; b) comportamenti del Consorzio agevolati da disposizioni normative; c) comportamenti riconducibili a libere scelte del Consorzio10. A tali distinte situazioni era ricondotta l'applicabilità di un regime giuridico differenziato11, a seconda dell'esistenza o meno, da un lato, di disposizioni normative da cui le condotte d'impresa restrittive della concorrenza in maniera più o meno diretta "discendevano", dall'altro, di un margine di discrezionalità ed autonomia in capo al CIF e alle imprese consorziate, a fronte delle predette norme.
Più specificamente, l'Autorità ha riscontrato che la disciplina prevista dal legislatore italiano fino al 1994 imponeva alle imprese del settore di attuare un'intesa anticoncorrenziale, nella misura in cui prescriveva loro di far parte di un consorzio, il CIF, a cui era conferito il potere di ripartire fra le imprese consorziate la produzione di fiammiferi. In tale prospettiva, l'esistenza e l'operatività del CIF, come normativamente prevista ed entro tali limiti, rappresentava di per sé uno strumento per limitare la concorrenza nel mercato della fabbricazione e commercializzazione dei fiammiferi in Italia, creando e mantenendo in vita una struttura orizzontale tra gli operatori del settore che di fatto impediva l'ingresso di nuovi operatori e la concorrenza fra le imprese.
9 Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria del 13 luglio 2000, I318, Consorzio Industrie Fiammiferi, bollettino AGCM n.28/2000.
10 Cfr. § 198 del provvedimento CIF, citato.
11 Vale a dire, l'applicabilità del solo combinato disposto degli artt. 3 g, 10, 81.1 CE nel caso sub a); l'applicabilità anche dell'art. 81.1 CE nei confronti delle imprese e del Consorzio nel caso sub b); il solo art. 81.1 CE nei confronti delle imprese e del Consorzio nel caso sub c).
7
A partire poi dal 1994, il nuovo regime normativo, pur rimuovendo l'obbligo per le imprese del settore di aderire al CIF, aveva comunque agevolato e consentito a quest'ultimo di continuare a svolgere la medesima funzione di struttura centralizzata di ripartizione della produzione e commercializzazione di fiammiferi.
Su tali presupposti, l'Autorità ha pertanto accertato l'illegittimità di

entrambi i regimi normativi, precedente e successivo al 1994, con il combinato disposto degli articoli 3, n.1, lett. g), 10 e 81, paragrafo 1, del Trattato CE, in virtù del quale, secondo un consolidato orientamento della Corte di Giustizia, gli Stati membri della Comunità non possono – in virtù del principio di leale collaborazione - adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza del Trattato applicabili alle imprese12. La normativa relativa alla costituzione ed al funzionamento del Consorzio CIF “nella misura in cui” era idonea a dare luogo a tale effetto andava pertanto “disapplicata” per l’avvenire13.

La peculiarità ed il profilo maggiormente innovativo del caso di specie consisteva nel fatto che siffatta valutazione veniva svolta direttamente da un’autorità di concorrenza all’esito di un proprio procedimento istruttorio, il che era considerato dall’Autorità coerente con quella giurisprudenza della Corte di Giustizia14 che aveva espressamente riconosciuto non solo ai giudici, ma anche a tutti gli organi dello Stato, incluse le pubbliche amministrazioni,

12 Tra le altre, si vedano le seguenti sentenze della Corte di Giustizia: sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, Inno/Atab, Racc. 2115, punto 31; 30 aprile 1986, cause riunite 209-213/84, Asjes, in Racc. 1425; 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. I-5801, punto 14; 17 novembre 1993, causa C-2792, Meng, in Racc. I, 5791 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta, Racc. I-2517, punto 14; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Racc. I-2883, punto 20; 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, Racc. I-3851, punto 53-54. Da ultimo, si vedano le sentenze della Corte 19 febbraio 2002, C-35/99, Arduino, Racc. I- 1529, punti 34-35, nonché ora la sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, cit., punti 45-46.

13 Cfr. §§ 175-176 del provvedimento CIF, citato.

14 Cfr. Corte di Giustizia sentenza del 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. 1839, punti 31-32.{mospagebreak}

8

l’obbligo di disapplicare una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario15.

Per quanto riguarda, invece, le specifiche condotte imputabili al CIF, dall'istruttoria era emerso che di fatto la ripartizione della produzione tra le imprese consorziate e quindi la quota di ciascuna di esse, veniva stabilita dal CIF tramite accordi raggiunti all'interno del Consorzio, mentre la Commissione ex art. 4 (che normativamente avrebbe dovuto effettuare detta ripartizione) svolgeva soltanto una funzione di mera ratifica di tali accordi. Peraltro, anche la stessa Commissione ex art. 4, per la sua composizione (essendo i membri in maggioranza espressione delle imprese e non esperti indipendenti, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria 16), per le sue procedure deliberative (a maggioranza e con una mera comunicazione successiva delle delibere all’Amministrazione dei monopoli di Stato17) e per il contenuto delle delibere (che non erano vincolate a criteri di interesse pubblico), era espressione del Consorzio CIF e delle imprese produttrici di fiammiferi e non dei pubblici poteri18. Inoltre, le imprese consorziate effettuavano scambi di lavorazione e

cessioni delle rispettive quote attribuite dal Consorzio al fine di adeguare le quantità produttive assegnate alle loro effettive esigenze. Il Consorzio godeva pertanto di margini di autonomia nell'assolvimento degli obblighi ad esso imposti, con la conseguenza che avrebbe potuto e dovuto operare in modo tale da non restringere ulteriormente il residuo ambito di concorrenza esistente19.

15 Vale sottolineare, che questa possibilità di disapplicare la norma nazionale contrastante, quale corollario sia del potere normativamente riconosciuto all'Autorità di dare attuazione in via decentrata agli artt. 81.1 e 82 del Trattato CE, sia del primato e dell'efficacia diretta di tali norme, era stata prospettata dall'Autorità stessa sin dalla sua Relazione Annuale dell'Attività svolta al 30 aprile 1998, 10. In dottrina, questa prospettiva era stata enunciata da A. Tizzano, L'applicazione decentrata degli art.85 e 86 CE in Italia, Foro It., 1997, n.1, IV, 33, punto 11.

16 Cfr. inter alia, le sentenze della Corte di Giustizia del 7 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. I-5801, punti 17 e 19; del 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, cit., punto 55. E' altresì utile ricordare che il Consiglio di Stato in un suo parere (n. 18/86), a proposito dell'attività di ripartizione affidata alla Commissione di cui all'articolo 4 della Convenzione, aveva rilevato che "un principio
basilare dello specifico ordinamento di settore, [...], è quello per cui la ripartizione delle quote produttive fra i consorziati è demandata all'autoamministrazione degli stessi interessati".

17 Cfr. 31 del provvedimento CIF, cit.

18 Cfr. §§ 177-184 del provvedimento CIF, cit.

19 Cfr. § 193 del provvedimento CIF, cit..

9

L'Autorità ha perciò ritenuto che il CIF e le imprese consorziate avessero adottato delibere consortili e proceduto ad accordi limitativi della concorrenza ulteriori ed esorbitanti rispetto a quanto strettamente imposto dalla normativa, integrando pertanto autonome violazioni dell'articolo 81.1, del Trattato CE, che erano loro imputabili 20. L'Autorità, peraltro, pur diffidando le imprese dal continuare le condotte illecite21, non comminava sanzioni pecuniarie.

3. La questione della disapplicazione (ex artt. 3 n.1, lett. g, 10, 81-82 CE) di norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie nell'ambito di una procedura antitrust: i dubbi del Tar e la soluzione della Corte di Giustizia.

3.1 La delibera dell'Autorità veniva impugnata dal Consorzio CIF davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, chiedendone l'integrale annullamento. Il CIF, in particolare, contestava che l'Autorità, nell'applicare l'art. 81 CE, potesse sindacare in via principale la compatibilità di norme nazionali con il combinato disposto degli art. 3 g, 10 e 81 CE, ritenendo

20 Il dispositivo del provvedimento dell'Autorità, per la parte rilevante ai fini della presente analisi, era il seguente:
"a) che l'esistenza e l'attività del Consorzio Industrie Fiammiferi, quali disciplinate dal R.D. 11 marzo 1923, n. 560 e dall'annessa Convenzione, così come da ultimo modificata dal Decreto del Ministro delle Finanze del 5 agosto 1992, sono in

contrasto con gli artt. 3, lettera g), 10, e 81, n.1, del Trattato CE nella misura in cui hanno imposto, fino al 1994 e, a partire da tale data, consentito e agevolato al Consorzio Industrie Fiammiferi e alle imprese consorziate (…), comportamenti anticoncorrenziali in violazione dell'articolo 81, n.1, del Trattato CE;
b) che, in ogni caso, il Consorzio Industrie Fiammiferi e le imprese consorziate hanno adottato delibere consortili e proceduto ad accordi che, in quanto volti a definire le modalità e i meccanismi di ripartizione tra le imprese consorziate della produzione di fiammiferi destinati a essere
commercializzati dallo stesso Consorzio in modo tale da limitare la concorrenza al di là di quanto
comportato dalla conferente normativa, integrano fattispecie lesive della concorrenza, in violazione
dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato CE;
c) (…)
d) (…)
e) che il Consorzio Industrie Fiammiferi, le imprese consorziate e l'impresa Swedish Match
SA cessino dall'attuazione e continuazione delle infrazioni accertate e si astengano da ogni intesa che
possa avere oggetto o effetto analogo a quella accertata;
21 La diffida riguardava anche altre condotte del Consorzio e delle imprese costituenti violazioni dell'art. 81.1, CE, la cui trattazione esula dal tema della presente analisi.
10
che essa - interpretando la giurisprudenza della Corte nel caso Ladbroke 22 - dovesse limitarsi a verificare, in via incidentale, se un determinato assetto normativo lasciasse o meno margini di autonomia alle condotte delle imprese interessate, poiché solo in caso affermativo era applicabile l'art. 81 CE23. In proposito, il CIF prospettava la rimessione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE ex art. 234 CE.
L'Autorità chiedeva il rigetto del ricorso previa rimessione, ove opportuno, alla Corte di Giustizia CE di una questione pregiudiziale volta a chiarire l'effettiva estensione del potere in capo all'Autorità stessa di applicare gli artt.81 e 82 CE.
Seguiva l'ordinanza del 4 aprile 2001 n.2919, con cui il Tar del Lazio, I, sospendeva il procedimento sottoponendo due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia CE, ex art. 234 CE24. In essa, il Tar affrontava il tema dell'esistenza del potere dell'autorità nazionale della concorrenza di effettuare, nell'esercizio delle sue competenze istituzionali, una disapplicazione di norme nazionali che risultassero in contrasto con il diritto comunitario.
3.2 In particolare, nel percorso del giudice amministrativo che ha condotto alla proposizione della prima questione pregiudiziale possono identificarsi alcuni "punti fermi" particolarmente significativi.
In primo luogo, che l'Autorità (in base all'art. 54, legge n.52/1996 che aveva modificato parzialmente l'art.1-2, legge n.287/90) è competente a dare diretta applicazione agli artt. 81 e 82 CE, ponendosi così "le premesse di diritto

interno perché la medesima nell'esercizio delle sue funzioni potesse imbattersi in possibili conflitti tra gli artt. 85-86 (ora 81-82) del Trattato e le norme del diritto nazionale"25. In secondo luogo, che gli Stati membri, secondo giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, in base al combinato disposto degli articoli 3, lett. g, 10 e 81-

22 Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 11 novembre 1997, Ladbroke Racing, citata.

23 Inoltre, il CIF sosteneva che una legittimazione a procedere in tal senso non derivava all'Autorità né dalla legge n.52/1996, né dal principio del primato del diritto comunitario, che avrebbe potuto consentire solo disapplicazioni di tipo incidentale, e non ai fini degli accertamenti in via principale con autonoma statuizione.

24 Pubblicata in Riv. It. Dir. Pubb. Comunitario 2002, 565, con commento di L. F. Pace, In tema di norme nazionali illegittime per violazione del combinato disposto degli artt.

10 e 81 TCE.

25 Cfr. punti 31-32 dell'ordinanza di rinvio.

82 CE, sono tenuti "a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, sia pure di legge o di regolamento, tali da rendere praticamente inefficaci le norme sulla concorrenza riguardanti le imprese ...", dal che il Tar traeva "il sicuro corollario della - almeno tendenziale - disapplicabilità delle norme interne, legislative o regolamentari, che siano tali da rendere praticamente inefficaci le norme del Trattato a tutela della concorrenza"26. In terzo luogo, che deve riconoscersi che "il potere-dovere di disapplicazione delle norme interne in conflitto con il diritto comunitario non fa capo esclusivamente ai giudici nazionali, ma rientra nella titolarità di tutti gli organi della Pubblica Amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali" 27. In proposito, il Tar precisava subito che la natura giuridica dell'Autorità "non fa sorgere dubbi sul fatto che, come ogni altra amministrazione pubblica, anche la medesima possa, in astratto, procedere alla disapplicazione delle norme interne che siano in conflitto con il diritto comunitario direttamente applicabile"28. Il Tar, inoltre, nel respingere la distinzione operata dal CIF tra disapplicazione "incidentale" e disapplicazione "principale", osservava che "l'operazione compiuta dall'Autorità non si differenzia ... da ogni altra disapplicazione imposta dal diritto comunitario"; invero, benché "l'Autorità non ha (né ha preteso di esercitare nella presente vicenda), del resto una particolare competenza a compiere accertamento diretto, con effetti erga omnes, della compatibilità del diritto interno con il diritto comunitario", non sussistono ragioni per "negarle a priori il potere-dovere di disapplicare le norme interne nelle quali si può imbattere mentre esercita le sue competenze"29.

Partendo dunque da questi "punti fermi", il Tar del Lazio chiedeva ai giudici di Lussemburgo di chiarire se l'Autorità potesse legittimamente fare ricorso al potere di disapplicazione "nel caso concreto", vale a dire "nell'esercizio di una potestà repressiva, istituzionalmente rivolta a sanzionare (pur particolari) illeciti, e che all'interno di questo ambito la disapplicazione sia stata effettuata, per così dire, in malam partem, e cioè in senso sfavorevole agli operatori economici sottoposti al procedimento"30, in quanto la disapplicazione non sarebbe stata funzionale a far valere i diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie (negati da quelle nazionali), ma al

26 Cfr. punti 34-35 dell'ordinanza di rinvio.

27 Cfr. punto 36 dell'ordinanza di rinvio.
28 Cfr. punto 37 dell'ordinanza di rinvio.
29 Né osterebbe il fatto che a seguito della disapplicazione operata dall'Autorità verrebbe di fatto cancellata in toto dall'ordinamento giuridico statale una certa disciplina, il ché rappresenterebbe solo un "effetto tendenziale ed indiretto del provvedimento dell'Autorità" (cfr. punti 40-41 dell'ordinanza di rinvio).
30 Cfr. punto 43 dell'ordinanza di rinvio.
12
contrario a reprimere condotte legittimate da talune norme nazionali, ma vietate da quelle comunitarie.
In particolare, il Tar esprimeva due perplessità: la prima relativa "all'imputabilità psicologica dell'illecito anticoncorrenziale" nei confronti dell'impresa che abbia agito "sotto la copertura legale nazionale"; la seconda riguardante la situazione di incertezza giuridica scaturente dall'accertamento effettuato dall'Autorità (come noto dotata anche di poteri sanzionatori), giacché tale impresa sarebbe tenuta "ad una spontanea quanto problematica disapplicazione della normativa interna" per essa vincolante.
In ultima analisi, il Tar chiedeva alla Corte : (i) se la disapplicazione fosse possibile anche "in malam partem"; (ii) quali fossero le conseguenze di siffatta disapplicazione in termini di imputabilità psicologia dell'illecito concorrenziale e di eventuale lesione della certezza del diritto31.
3.3 La soluzione della Corte al primo quesito. Il ragionamento della Corte ha preso le mosse dal consolidatissimo orientamento secondo cui, sebbene, di per sé, gli artt. 81 e 82 CE riguardino esclusivamente le condotte d'impresa e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE che prevede un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese32.
31 Per sciogliere questi quesiti, il TAR rimetteva alla Corte di Giustizia la seguente questione:
"1) se in presenza di circostanze per cui un'intesa tra imprese provoca effetti pregiudizievoli al commercio comunitario, e qualora l'intesa stessa sia imposta o favorita da un provvedimento legislativo nazionale, che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla
determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, l'art.81 Trattato CE impone o consente all'Autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza di disapplicare comunque tale disciplina,
e di provvedere a sanzionare o almeno a vietare per il futuro il comportamento anticoncorrenziale delle
imprese, e con quali conseguenze giuridiche".
32 In tal senso, la Corte ha indicato che "si è in presenza di una violazione degli articoli 10 CE e 81 CE quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in
contrasto con l'art. 81 CE, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria

normativa
il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica"; cfr. punti 45-46 della sentenza CIF.
13
Per rafforzare questo principio la Corte ha richiamato
significativamente il Trattato di Maastricht il quale ha previsto espressamente
che l'azione degli Stati membri in materia economica debba seguire il principio
di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (artt.4 e 98 CE);
questa sottolineatura – sia detto incidentalmente ed in chiave evolutiva -
potrebbe ampliare le possibilità di procedere alla disapplicazione delle norme
nazionali per loro contrasto con le disposizioni del Trattato CE sulla
concorrenza, in ipotesi anche prescindendo dall'accertamento di condotte
d'impresa in violazione delle regole di concorrenza del Trattato CE 33.
Inoltre, la Corte ha precisato che, per giurisprudenza costante, il
principio del primato del diritto comunitario esige che, in caso di contrasto con
una norma comunitaria, qualsiasi disposizione nazionale, sia anteriore che
posteriore alla stessa, debba essere disapplicata e che siffatto obbligo incombe non
solo sul giudice nazionale ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le
autorità amministrative (secondo la ricordata giurisprudenza Fratelli Costanzo);
ciò comporta l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare
la piena efficacia del diritto comunitario34.
Questa statuizione ha avuto grande rilievo ed è stata per così dire
propedeutica a quella, altresì centrale, relativa al riconoscimento del ruolo che
un'autorità di concorrenza ha in relazione alla questione della disapplicazione:
in considerazione del fatto che l'Autorità, in base alla legge italiana (n.52/1996),
ha il compito di vigilare sul rispetto dell'articolo 81.1 CE e che tale norma in
combinato disposto con l'articolo 10 CE, impone un obbligo di astensione a
carico degli Stati membri da iniziative contrastanti con gli obiettivi del Trattato,
l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nel corso di una
procedura ex art. 81 CE, non venisse consentito a detta Autorità di accertare se
33 Si ricorda che in base alla giurisprudenza, sinora costante, della Corte di
Giustizia sull'applicazione del combinato disposto degli artt. 3 g, 10, 81-82 CE ha
ritenuto necessari due requisiti: i) la sussistenza di un'intesa, di un abuso, o comunque
di una condotta posta in essere da soggetti svolgenti attività di impresa che, in assenza
della copertura normativa, sarebbe lesiva della concorrenza ai sensi degli artt. 81-82
CE; ii) una misura pubblica che legalizzi tale condotta d'impresa, sia imponendola,
facilitandola o anche rafforzandone gli effetti, sia delegando ad operatori privati
l'adozione di decisioni volte ad incidere sulle condizioni di concorrenza tra le imprese.
Per una disamina di questi principi si veda G. Tesauro, Diritto comunitario, terza ed.,
2003, 721.
34 Cfr. punti 49-50 della sentenza CIF.
14
una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10
CE e 81 CE e se conseguentemente l'Autorità non la potesse disapplicare.
Ciò detto, la sentenza correttamente identifica due distinti profili, quello
della illegittimità delle misure (normative o regolamentari) contrastanti con gli

artt. 3 g, 10, 81-82 CE (illegittimità che riguarda gli Stati membri), e quello della imputabilità alle imprese di infrazioni ex artt. 81-82 CE (che implica invece la responsabilità delle imprese).
Ed invero, secondo la Corte, l'Autorità mantiene l'obbligo di disapplicare la misura nazionale contrastante anche nell'ipotesi in cui la normativa nazionale imponga un comportamento anticoncorrenziale che non lasci quindi alcuna autonomia alle imprese, con la conseguenza che non possa essere addebitata alle imprese stesse la violazione degli articoli 81 e 82 CE. Quest'ultima circostanza non ha, infatti, alcun rilievo, in quanto gli obblighi incombenti agli Stati ex artt. 3 g, 10, 81 e 82 CE sono distinti dagli obblighi a carico delle imprese ex artt. 81 e 82 ed i primi permangono anche quando i secondi non sussistono35.
La Corte ha, quindi, affrontato l'ulteriore profilo della sanzionabilità delle imprese per le loro condotte poste in essere in presenza di norme nazionali oggetto di disapplicazione. In proposito, vengono distinte le condotte delle imprese imposte, da quelle semplicemente agevolate dalle norme nazionali; inoltre, con riferimento alle prime (condotte imposte), la Corte ha chiarito che la sanzionabilità o meno – e più in generale qualsiasi conseguenza giuridica dell'infrazione dell'art. 81 CE - è legata ad un criterio temporale, a tutela della certezza del diritto.
In particolare, laddove la legge nazionale costringa (in senso stretto) le imprese ad adottare comportamenti anticoncorrenziali, l'Autorità, pur essendo tenuta a disapplicare quella legge, non può imporre sanzioni (penali o amministrative) alle imprese interessate per un comportamento pregresso rispetto a tale dichiarazione di disapplicazione, nel pieno rispetto del principio di certezza del diritto (in quanto tale comportamento appariva alle imprese come imposto da quella legge). La norma nazionale anticoncorrenziale continua a costituire, infatti, per il periodo precedente alla decisione di disapplicazione una causa giustificatrice che "sottrae le imprese interessate a qualsiasi conseguenza della

35 Cfr. punti 50-51 della sentenza CIF.

violazione degli artt. 81 e 82 CE, sia nei confronti delle pubbliche autorità, sia nei confronti degli altri operatori economici"36.
Discostandosi invece dalla soluzione prospettata sul punto dall'Avvocato Generale37, la Corte ha indicato che siano suscettibili di sanzione i comportamenti futuri delle imprese, vale a dire, successivi alla decisione con cui l'Autorità abbia disapplicato la normativa nazionale, una volta che tale decisione sia divenuta definitiva nei loro confronti38 39.
In proposito, è stato, inoltre, precisato che siffatta decisione "si impone alle imprese interessate", dal che sembra potersi ricavare l'indicazione dell'efficacia non erga omnes ma meramente inter partes della decisione di disapplicazione di un'autorità nazionale di concorrenza40.

36 Pur se non espressamente indicato, questa ampia formulazione sembra escludere - per il periodo antecedente alla decisione di disapplicazione adottata dall'autorità di concorrenza -anche una responsabilità delle imprese per danni eventualmente causati a terzi dalla loro condotta anticoncorrenziale, nonché la

conseguenza giuridica consistente nella nullità delle intese.
37 Jacobs aveva infatti escluso la sanzionabilità da parte di una autorità di concorrenza anche delle condotte successive alla decisione di disapplicazione. Solo incidentalmente ed in via d'ipotesi, al punto 59 delle sue Conclusioni, l'Avvocato Generale affermava che ad una diversa conclusione si sarebbe potuti pervenire laddove vi fosse stato "un pronunciamento ufficiale" vale a dire "qualora l'incompatibilità della
normativa nazionale con il diritto comunitario fosse stata definitivamente accertata da un giudice nazionale, eventualmente a seguito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. In tal caso la protezione accordata dal principio dell'eccezione fondata sul comportamento dello Stato verrebbe meno
e le imprese potrebbero essere ritenute responsabili per le loro condotte anticoncorrenziali". Tuttavia,
questo passaggio delle Conclusioni sembrava riferirsi ad un autonomo accertamento dell'incompatibilità della norma nazionale con quella comunitaria da parte di un giudice nazionale, piuttosto che al sindacato svolto da un giudice nazionale in sede di controllo di una decisione di un'autorità di concorrenza nazionale.
38 Cfr. punto 55 della sentenza CIF.
39 Con riguardo invece alla nullità di negozi giuridici tramite cui si realizzi una condotta in violazione degli artt. 81-82 CE, la sentenza (cfr. punti 53-54) sembra implicitamente escludere – correttamente - tale conseguenza giuridica limitatamente alle condotte d'impresa precedenti alla decisione di disapplicazione dell'Autorità e senza richiedere che, in relazione alle condotte future, sia necessario che detta decisione sia divenuta definitiva. Meno chiaro è il regime applicabile alle azioni di risarcimento danni causati da quelle condotte d'impresa.
40 Peraltro, laddove, come presumibile, la disapplicazione di norme nazionali contrastanti con la disciplina comunitaria sia adottata in relazione a condotte di enti o associazioni esponenziali di interi settori industriali o categorie professionali, l'efficacia della decisione di disapplicazione finirà per riguardare la generalità delle imprese.
16
Diversamente, nel caso in cui una legge nazionale semplicemente solleciti o faciliti l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, le stesse rimangono soggette agli artt. 81 e 82 CE e possono incorrere in sanzione (ed alle altre possibili conseguenze giuridiche della violazione) non solo per comportamenti futuri ma anche per comportamenti precedenti alla decisione dell'Autorità; in tal caso, però, le caratteristiche del contesto giuridico nazionale (che abbia, ad esempio, favorito condotte collusive) potranno essere prese in considerazione come circostanze attenuanti in sede di quantificazione della sanzione41.
4. La disapplicazione operata da parte di un'autorità nazionale della concorrenza.
La Corte, come si è visto, ha fornito una soluzione estremamente chiara al primo quesito sottoposto dal Tar del Lazio, laddove con un richiamo diretto al primato delle norme comunitarie ed alla giurisprudenza Fratelli Costanzo42, ha espresso in termini di obbligatorietà la disapplicazione, anche da
41 L'iter argomentativo ora ripercorso culmina con la soluzione del primo

quesito del Tar nei seguenti termini:
i) In presenza di comportamenti d'imprese in contrasto con l'art. 81.1 CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla
determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela
della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81
CE:
- ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale
- non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per
comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale;
- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro
comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia divenuta definitiva nei loro confronti;
- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti
pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.
42 Sul punto, occorre tuttavia ricordare anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia: sentenza 13 luglio 1972, Commissione c. Italia, causa 48/71, Racc. p. 529, punto 7, sentenza 19 gennaio 1993, Commissione c. Italia, causa C-101/91, Racc. I-191, punto 24; 29 aprile 1999, Ciola, causa C-224/97, Racc. I-2517, punti 26 ss.; 28 giugno 2001, Larsy, causa C-118/00, Racc. I-5063, punti 52-53; 4 ottobre 2001, Melgar, causa C-438/99, Racc. I-6915, punto 32. Ma il principio che anche gli organi amministrativi,
17
parte di un'autorità di concorrenza nazionale, di norme nazionali che abbiano imposto o favorito comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81.1 CE, ovvero ne abbiano legittimato o rafforzato gli effetti, di fatto eludendo il divieto recato da siffatta norma.
Al contempo, la Corte ha distinto chiaramente questa disapplicazione, rivolta a misure pubbliche, dalle conseguenze giuridiche per le imprese derivanti da condotte pregresse che fossero state imposte in senso stretto da tali misure. Incidentalmente, vale ricordare43 che lo stesso giudice del rinvio aveva riconosciuto in linea di principio un potere di disapplicazione in capo all'Autorità. L'Avvocato Generale Jacobs, d'altro canto, non aveva espresso riserve circa il potere di un'autorità nazionale di concorrenza di dichiarare una normativa nazionale incompatibile con il diritto comunitario della concorrenza44, escludendo tuttavia che essa potesse procedere alla disapplicazione in un caso concreto. Entrambi avevano espresso delle perplessità in relazione alle conseguenze, specie di tipo sanzionatorio, per le imprese.
La competenza di un'autorità di tutela della concorrenza – che nel nostro ordinamento ha natura amministrativa – ad effettuare essa stessa la predetta disapplicazione, dopo detta pronuncia, appare quindi definitivamente

chiarita.
In proposito, vale tuttavia richiamare brevemente alcune ulteriori considerazioni.
Innanzitutto, è opportuno ricordare che, nell'evocare nel caso de quo la "disapplicazione" della norma nazionale, più correttamente bisognerebbe parlare di "non-applicabilità" di tale norma, proprio a causa del contrasto45 con una norma comunitaria connotata dal primato o prevalenza.
oltre a quelli giurisdizionali sono tenuti alla disapplicazione delle norme interne incompatibili con norme comunitarie direttamente applicabili, come noto, è stato affermato anche sul piano interno a partire dalle sentenze della Corte Costituzionale del 11 luglio 1989, n. 389, Provincia di Bolzano, in Foro It. 1991, I, 1076, punto 4, e del 18 aprile 1991, n.168, Giampaoli, in Foro It. 1992, I, 660.
43 Cfr. sopra § 3.2.
44 Cfr. Conclusioni del 30 gennaio 2003, punti 42-46, 53.
45 Incidentalmente, si osserva che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, un siffatto contrasto può essere rilevato anche in presenza di disposizioni nazionali, siano esse legislative, regolamentari o amministrative, in sé neutre, ma che
18
Inoltre, come è stato correttamente osservato46, l'Autorità nel caso CIF non ha disapplicato direttamente le norme nazionali relative alla costituzione ed all'attività del Consorzio CIF, rilevandone il contrasto, in parte qua47, con gli artt. 3 n.1, lett. g, 10 e 81 CE, e limitandosi a prospettare che, per il futuro, le imprese consorziate non avrebbero più potuto beneficiare della copertura normativa offerta (almeno fino al 1994) da quelle disposizioni per evitare l'applicazione delle norme di concorrenza e le conseguenze ad esse connesse.
Sotto un diverso profilo, posto che, secondo la più volte citata giurisprudenza Fratelli Costanzo, sono tenuti alla disapplicazione "tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni"48, un'ipotetica esclusione dell'Autorità – che oltretutto si connota per la sua indipendenza e neutralità49 - dall'esercizio di un siffatto potere-dovere, si sarebbe risolta in una singolare quanto ingiustificata "discriminazione" a contrario. Ciò senza contare che nelle ipotesi in cui si pone un problema di contrasto tra norme nazionali ed il combinato disposto degli artt. 3 n.1, lett. g, 10, 81-82 CE, può essere necessario accertare approfonditamente la situazione di fatto, vale a dire come si connoti in concreto l'iter formativo delle decisioni destinate ad incidere sulla concorrenza50, accertamento al quale possono essere funzionali i penetranti poteri istruttori attivabili d'ufficio di cui le autorità di concorrenza sono normalmente dotate.
siano state interpretate dai giudici nazionali (o da una parte prevalente di essi) in maniera tale da renderle incompatibili con il diritto comunitario; in proposito, si veda da ultimo, la sentenza 9 dicembre 2003, Commissione c. Italia, causa C-129/00, non ancora pubblicata in Racc., punti 29 ss.
46 Cfr. S. Cassese, Il Diritto Comunitario della Concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale, cit..
47 Vale a dire: "… nella misura in cui hanno imposto, fino al 1994 e, a partire da tale data, consentito e agevolato al Consorzio Industrie Fiammiferi e alle imprese consorziate …, comportamenti anticoncorrenziali in violazione dell'articolo 81, n.1, del Trattato CE".

48 Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 22 giugno 1989, causa 103/88, cit., punto 31.
49 In proposito il Consiglio di Stato, VI, con riguardo all'Autorità Garante, osserva che "… l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi,[è stato conferito dalla legge, n.d.r.] ad un'Autorità che si caratterizza non soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità"; decisione del 1° ottobre 2002, n.5156, resa in relazione al caso Enel-France Telecom/New Wind, cit.; cfr. anche la recente decisione 2 marzo 2004, n.926, caso Pellegrini-Consip.
50 L'esigenza di accertare il contesto fattuale ai fini di valutare la compatibilità o meno di una normativa nazionale con gli artt. 3 g, 10, 81-82 CE, è stata ben espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza 1 ottobre 1998, causa C-38/97, Librandi, nella 19{mospagebreak}
Ciò detto, vale sottolineare in questa sede che le decisioni dell'Autorità sono, come noto, soggette a controllo giurisdizionale di legittimità – con accesso pieno ai fatti posti a base delle valutazioni dell'Autorità, quanto alla loro verità storica nonché alla loro adeguata e corretta rappresentazione 51- in un doppio grado di giudizio (Tar del Lazio e Consiglio di Stato), con possibilità di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione della legittimità dell'interpretazione delle norme di concorrenza del Trattato operata dall'Autorità, tramite un rinvio ex art. 234 del Trattato CE52, proprio come avvenuto nel caso di specie, che ha dato luogo alla sentenza della Corte in commento.
A tal riguardo, si segnala la soluzione adottata dalla Corte di tenere esenti le imprese interessate dall'applicazione di sanzioni in relazione a condotte, imposte dalla norma nazionale disapplicata, ma successive alla decisione dell'Autorità53, fino a che detta decisione non sia "divenuta definitiva", il che implica appunto che essa sia stata soggetta (o assoggettabile) ad un siffatto controllo giurisdizionale54.
quale i giudici di Lussemburgo chiamati a decidere un rinvio ex art. 177 CE (ora 234 CE) hanno fornito una soluzione in punto di diritto precisando però che spettava "… al giudice nazionale controllare, nell'ambito della sua competenza, che nella pratica, le tariffe siano determinate nel rispetto dei criteri d'interesse pubblico definiti dalla legge e che i pubblici poteri non rinuncino alle proprie prerogative a vantaggio di operatori economici privati" (punto 36, sottolineatura aggiunta).
51 Cfr. in proposito il consolidato indirizzo del Consiglio di Stato, VI Sezione: decisione 26 febbraio 2002, n.2199, caso RC Auto; decisione 1° ottobre 2002, n.5156, caso Enel-France Telecom/New Wind; decisione 30 agosto 2002, n.4362, caso Latte artificiale per neonati; nonché la recente decisione 2 marzo 2004, n.926, caso Pellegrini-Consip.
52 Cfr. in proposito le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, cit., punto 59.
53 Cfr. sentenza della Corte CIF, punto 55.

54 Questo passaggio della sentenza, tuttavia, pone certamente un problema di coordinamento con la diffida che un'autorità di concorrenza, nella stessa decisione, abbia rivolto alle imprese per la cessazione delle condotte anticoncorrenziali "coperte" dalla norma disapplicata. Si potrebbe, infatti, ritenere che ove le imprese decidessero di disattendere siffatta diffida – anch'essa immediatamente esecutiva, come il resto del provvedimento dell'Autorità - esse assumerebbero anche il rischio di un successivo provvedimento di inottemperanza dell'Autorità, adottato una volta divenuta definitiva la prima decisione. Incidentalmente, si osserva che il potere di un'autorità nazionale di concorrenza di far cessare l'infrazione è espressamente menzionato tra quelli "tipizzati" dal Reg. 1/2003, art.5.

20

Infine, sotto un ulteriore profilo, come sarà meglio indicato oltre, il Regolamento CE 1/200355, nel creare un sistema a rete tra le autorità nazionali di concorrenza e la Commissione, attribuisce a quest'ultima un indubbio ruolo di garanzia della coerente ed uniforme applicazione delle regole di concorrenza del Trattato. A tal fine, è conferita alla Commissione la possibilità di avocare a sé – seppure come estremo rimedio - un caso trattato a livello decentrato (art. 11.6, Reg. CE 1/2003), laddove, a seguito dell'informazione obbligatoria fornita dalle autorità nazionali circa l'avvio e la chiusura delle proprie istruttorie, ritenga che dette autorità stiano applicando le norme del Trattato in maniera palesemente divergente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia o dalla prassi consolidata della stessa Commissione 56.

5. Sulla disapplicazione c.d. in malam partem.

La Corte di Giustizia non ha affrontato espressamente – pur menzionandola57 - la questione della disapplicazione delle norme nazionali c.d. in malam partem, cioè in senso sfavorevole agli operatori economici sottoposti al procedimento58. La ragione è che, evidentemente, la Corte non ha ritenuto che questo costituisse un problema "ostativo" alla disapplicazione, nei termini testé precisati, vale a dire, pro futuro e da parte di un'autorità nazionale di concorrenza nel corso di una sua indagine.

Questo approccio quasi "minimalista" da parte della Corte non deve stupire, ove si consideri che, in realtà, come argomentato anche in sede di osservazioni scritte nel corso del giudizio ex art. 234 CE, l'intervento dell'Autorità nel caso CIF non presentava una significativa diversità rispetto ai

55 Cfr. Regolamento del Consiglio CE n.1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, pubblicato in GUCE L 1 del 4.1.2003.

56 Si vedano i criteri indicati nella Dichiarazione congiunta sottoscritta all'atto di approvazione del Reg. 1/2003 e che sono precisati nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione all'interno della rete.

57 Cfr. punto 35 della sentenza CIF.

58 Incidentalmente si osservi che la Commissione, nel giudizio dinnanzi alla Corte, aveva ritenuto ben possibile una disapplicazione "in malam partem" indicando che alcun principio di diritto interno o comunitario impedisce che obblighi ed oneri a carico dei singoli possano derivare da norme comunitarie direttamente applicabili "erga omnes", quali appunto gli artt. 10 e 81 del Trattato CE.

21
casi di disapplicazione di norme nazionali contrastanti con norme comunitarie da parte di giudici ed autorità amministrative; in vero, è proprio dalla efficacia diretta di alcune norme comunitarie (tra cui gli artt. 81-82 CE) che deriva la conseguenza che la disapplicazione di norme interne con esse contrastanti determini, quasi naturalmente, da un lato, effetti favorevoli per i titolari dei diritti riconosciuti appunto dalle norme comunitarie e, dall'altro, effetti sfavorevoli nei confronti di quei soggetti che beneficiavano della "copertura" della normativa interna dichiarata illegittima59.
Inoltre, è stato correttamente osservato60 che, secondo un pacifico orientamento della giurisprudenza comunitaria, il principio di leale collaborazione tra istituzioni comunitarie e nazionali ex art.10 CE, impone agli Stati membri di assicurare, da un lato, che i singoli possano godere dei diritti loro riconosciuti dalle norme comunitarie, dall'altro, che i singoli adempiano puntualmente agli obblighi su di essi incombenti in base alle medesime norme, adottando tutte le misure necessarie a tal fine61.
59 A titolo di esempio, può essere citata la giurisprudenza in materia di diritti speciali ed esclusivi ai sensi degli artt. 82 e 86 CE, laddove le corti nazionali, sulla scorta di alcune note pronunce della Corte di Giustizia, hanno proceduto ad accertare l'illegittimità delle normative costitutive di riserve legali in favore di determinati soggetti, così finendo per privare questi ultimi di autentici "diritti di monopolio". Si veda in proposito la vicenda culminata nella sentenza della Corte di Giustizia del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci Convenzionali Porto Genova, Racc. p. I-5889. Gli stessi principi sono stati affermati con riferimento all'efficacia diretta di una direttiva, pur nei limiti della sua valenza "verticale"; in proposito, si veda da ultimo la sentenza della Corte di Giustizia del 7 gennaio 2004, C-201/02, non ancora pubblicata, nella quale, riprendendo la sua precedente giurisprudenza, la Corte ha indicato che "mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di
far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello stato membro interessato" (punti 57-58).
60 G. Tesauro, paper presentato alla British International and Comparative Law Conference, London 15 May, 2003; dello stesso Autore, Diritto comunitario, cit., 710.
61 Si vedano in proposito le sentenze della Corte di Giustizia: del 2 febbraio 1977, causa 50/76, Amsterdam Bulb, Racc. 137; 29 settembre 1998, causa C-191/95, Commissione c. Germania, Racc. I-5449, punti 64 e ss; del 21 settembre 1989, causa 68/88, Commissione c. Grecia (mais), Racc. 2965; del 28 gennaio 1999, causa C-77/97, Unilever, Racc. I-431; del 7 dicembre 2000, C-213/99, De Andrade, Racc. 11083; del 18 ottobre 2001, causa C-354/99, Racc. I-7657.
22
6. L'ambito ristretto della c.d. "copertura normativa".
Come accennato, la seconda questione pregiudiziale sottoposta dal Tar del Lazio alla Corte di Giustizia verteva sull'imputabilità alle imprese di condotte anticoncorrenziali attuate in contesti regolamentati e, quindi, sull'applicabilità dell'art. 81 CE nei loro confronti.

In proposito il Tar, partendo dal presupposto che, per costante giurisprudenza comunitaria, le norme di cui agli artt.81 e 82 del Trattato CE sono applicabili solo laddove "la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese"62, si interrogava se il contesto normativo nel caso de quo63 lasciasse effettivamente un margine d'azione concorrenziale64 alle imprese parti del CIF, suscettibile di essere appunto ulteriormente limitato dalle loro condotte o se, viceversa, esso offrisse alle imprese consorziate una valida copertura normativa o legale65.

Il CIF, infatti, sosteneva che il legislatore italiano, imponendogli l'obbligo di procedere per il tramite di un'apposita commissione alla ripartizione delle quote tra le imprese consorziate, anche a prescindere dalle modalità e dai criteri di determinazione di tali quote, aveva eliminato alla radice qualsiasi possibilità per quelle imprese di farsi concorrenza al fine di

62 Cfr. sentenze della Corte di Giustizia 11 novembre 1997, causa C-359/95 P e C-379/95 P, Ladbroke Racing, Racc., I-6525; 16 dicembre 1975, cause 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Suiker Unie, Racc. 1663; e del Tribunale di Primo Grado 30 marzo 2000, causa T-513/93, CNSD c. Commissione, Racc. II-1807.

63 I giudici amministrativi, in particolare, facevano riferimento ai vincoli posti dalla normativa di settore alle imprese produttrici, tra cui la fissazione del prezzo di rivendita al pubblico da parte del Ministero delle Finanze, e l'"affidamento del potere di ripartizione tra le consorziate della produzione occorrente in capo ad un'apposita commissione ...

composta essenzialmente di rappresentanti degli stessi produttori" (cfr. punto 61 dell'ordinanza).

64 "… una significativa possibilità di competizione fra le imprese …" (cfr. punto 59 dell'ordinanza).

65 Pertanto, il Tar formulava un secondo quesito del seguente tenore:

"2) se una normativa nazionale che rimette alla competenza ministeriale la determinazione della tariffa di vendita di un prodotto, e affida inoltre, ad un consorzio obbligatorio

tra i produttori il potere di ripartire la produzione tra le imprese, possa essere considerata, per quanto

rileva ai fini dell'applicazione dell'art.81, paragrafo 1, del Trattato come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese".

23

conquistare quote di mercato più consistenti, in quanto esse avrebbero dovuto attenersi in ogni caso al livello di produzione assegnato.

Nel risolvere tale questione in punto di diritto – lasciando al giudice del rinvio verificare la fondatezza degli aspetti fattuali - la Corte di Giustizia ha osservato che occorreva stabilire preliminarmente, (i) se la normativa nazionale lasciasse sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di essere ancora limitata da comportamenti autonomi delle imprese, e, in caso affermativo, (ii) se le eventuali ulteriori restrizioni addebitate alle imprese non fossero di fatto imputabili allo Stato66.

Nell'affrontare il primo profilo, la Corte ha confermato la sua precedente giurisprudenza nel senso di una interpretazione decisamente restrittiva della c.d. State action defence, vale a dire della copertura normativa di condotte anticoncorrenziali d'impresa, ritenendola ammissibile limitatamente a quelle condotte specificamente imposte che rappresentino cioè la puntuale attuazione di una disposizione normativa inequivocabile67, come di recente confermato anche dal nostro Consiglio di Stato68.

66 Cfr. sentenza CIF, punto 66.

67 Cfr. sentenza CIF, punto 67, con ivi richiamati i precedenti della Corte di Giustizia. Con riferimento alla conforme giurisprudenza del Tribunale di Primo Grado, oltre alla sentenza CNSD c. Commissione, causa T-513/93, del 30 marzo 2000, cit., II-1807, punti 60-61, più di recente, si vedano le seguenti sentenze: causa T-65/99, Strintzis Lines Shipping SA c. Commissione, sentenza dell'11 dicembre 2003, punti 199 e ss., causa T-66/99, Minoan Lines SA c. Commissione, sentenza dell'11 dicembre 2003, punti 176 e ss., non ancora pubblicate in Raccolta.

68 Nella decisione del 12 novembre 2003, n.7243, Autorità c. Cipar ed altri il Consiglio di Stato, VI, ha espressamente condiviso un approccio estremamente restrittivo della State action defence laddove è stato chiarito che "l'incertezza del quadro giuridico non può rendere lecita la condotta anticoncorrenziale che si realizza concordando, prima della gara, il tenore delle offerte, anche quando tale tenore sia quello previsto da una norma interna vigente in un certo momento storico" ed ancora che"il disposto legislativo che imponga una condotta anticoncorrenziale rileva solo come causa scriminante dell'illecito, quando l'esigenza di conformarsi al precetto non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento". Con ciò, il Consiglio di Stato sembra aver correttamente riformato quell'orientamento espresso dalla stessa Sezione nella decisione 20 luglio 2001, n.4053, in relazione alla decisione dell'Autorità nel caso Accordi per la fornitura dei carburanti, nella quale invece erano state ritenute lecite condotte che, sebbene avessero le caratteristiche di pratiche concordate, si inscrivevano "in un sistema normativo, che, seppur non fornisce una copertura totale alle condotte oggettivamente anticoncorrenziali" offriva "gli strumenti per l'adozione di condotte parallele, aventi di mira il profitto di tutti gli operatori". Da

24

In tale ottica, la Corte ha ribadito che la concorrenza dei prezzi non è la sola forma efficace di concorrenza69, né quella cui si debba dare in ogni caso la preminenza assoluta. Di conseguenza, la fissazione preliminare dei prezzi di vendita dei fiammiferi da parte dello Stato di per sé non escludeva, nel caso de quo, che la concorrenza si potesse sviluppare attraverso altre variabili (es. qualitative), anche se in maniera limitata.

Inoltre, la legge italiana pur attribuendo al CIF il potere di ripartire la produzione tra le imprese consorziate, non definiva – per così dire " a monte" – quali fossero i criteri d'interesse pubblico e le modalità "in base ai quali tale ripartizione deve avvenire", di fatto, delegando al CIF l'esercizio di tale potere alla sua discrezione.

Infine, il monopolio commerciale del CIF risultava essere stato abolito nel 1993, cosicché da allora in poi la ripartizione della produzione di fiammiferi rappresentava una libera scelta delle imprese.
Pertanto, secondo la Corte, sussisteva un margine di autonomia delle imprese nel determinare le proprie condotte, pur in un contesto concorrenziale certamente limitato dalla normativa di settore istituiva del CIF.
A riprova di ciò, osserva la Corte, l'Autorità nella sua istruttoria aveva accertato l'esistenza, sia di un sistema di cessioni fisse e temporanee di quote di produzione tra le imprese, sia di accordi sugli scambi di produzione effettuati tra le imprese70.
Un ulteriore aspetto merita una particolare sottolineatura.
La Corte, infatti, ha rilevato come dal fascicolo dell'istruttoria dell'Autorità non emergessero elementi tali da consentire di escludere che le decisioni del Consorzio CIF fossero soggette all'applicazione dell'art.81.1 CE,
ultimo, si veda anche Tar del Lazio, I, sentenza 29 ottobre 2003, n.9203, nel caso Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi.
69 Cfr. Sentenza 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro c. Commissione, Racc. 1875, punto 21.
70 Anche la Commissione UE nelle sue osservazioni scritte alla Corte aveva sottolineato l'esistenza di una quota fissa del 15% riservata alle importazioni, nonché ad un accordo tra CIF e Swedish Match, in base al quale dal 1994 l'impresa svedese si impegnava a non penetrare direttamente sul mercato italiano ma al tempo stesso forniva ingenti quantità di fiammiferi per la commercializzazione in Italia da parte del CIF stesso.{mospagebreak}
25
neppure per effetto dell'intervento di un atto di approvazione da parte della pubblica autorità. Sul punto, la sentenza ripercorre i passaggi dell'analisi svolta dall'Autorità che a sua volta aveva applicato i principi consolidati della giurisprudenza comunitaria71.
Ed invero, come si è visto, la Commissione ex art. 4 formalmente incaricata della ripartizione delle quote di produzione tra le imprese (che deliberava a maggioranza semplice) era libera di agire nell'interesse esclusivo delle imprese consorziate, in quanto i suoi componenti non erano, infatti, qualificabili come "esperti indipendenti"72.
Inoltre – ha osservato la Corte - su tali decisioni della Commissione ex art. 4 non risultava esserci stato (a valle) alcun "effettivo potere di controllo" da parte delle pubbliche autorità73.
Questa notazione è di particolare rilievo in quanto – specie se letta congiuntamente ad altre parti della sentenza in commento (punto 7) e del provvedimento dell'Autorità (paragrafo 186) - conferma una particolare attenzione dei giudici di Lussemburgo non tanto alla presenza, meramente formale, di meccanismi di successiva comunicazione o approvazione di decisioni d'impresa da parte di pubbliche autorità, quanto all'effettività del potere di determinazione/controllo in capo ad autorità pubbliche nel suo concreto svolgersi74. In questi termini, questo passaggio della sentenza in commento
71 Per una disamina di questi principi si rinvia a M. Todino, P. Cassinis,

“Misure normative e applicabilità alle imprese della disciplina della concorrenza - Recenti sviluppi
giurisprudenziali”, in Concorrenza e Mercato, 8/2000, 381.
72 In vero quattro dei suoi cinque membri erano rappresentanti dei produttori e il voto contrario del suo presidente, unica espressione di un interesse pubblico (essendo egli un funzionario dell’Amministrazione dei Monopoli di Stato), non poteva quindi impedire decisioni che fossero espressione delle esigenze delle imprese consorziate. Inoltre, sempre con riferimento alla qualificazione della ripartizione della produzione dei fiammiferi come condotta rilevante ex art. 81.1 CE, la Corte ha sottolineato la circostanza che dall’istruttoria dell’Autorità emergesse che il compito di ripartizione della produzione di fatto non fosse neppure svolto dalla Commissione ex art.4 (a ciò preposta dalle norme rilevanti), ma da altra commissione per il rispetto delle quote, costituita unicamente da membri del CIF, sulla base di accordi definiti dalle imprese consorziate.
73 Cfr. punto 78 della sentenza CIF (sottolineatura aggiunta).
74 In proposito, l’Avvocato Generale nelle sue conclusioni aveva osservato “che il fatto che gli accordi anticoncorrenziali siano comunicati ed autorizzati da una pubblica autorità non rappresenta necessariamente un fattore decisivo” (punto 71), citando in proposito 26
esprime la medesima ratio sottesa alla sentenza Librandi75 nella quale la Corte aveva esplicitamente sottolineato l’esigenza che il giudice del rinvio accertasse che in pratica ed in concreto i pubblici poteri non avessero abdicato alle proprie prerogative “regolamentari” a vantaggio degli operatori privati 76.
In ultima analisi, quindi, nel caso di specie, la Corte, basandosi su quanto emerso dall’istruttoria condotta dell’Autorità, ha escluso che avesse “carattere pubblico” l’attività di ripartizione della produzione dei fiammiferi da parte del CIF, tra l’altro, perché (i) il potere di ripartizione della produzione tra i consorziati era attribuito ad un organo (la Commissione ex art. 4) in prevalenza espressione delle stesse imprese ed il cui agire non era vincolato da criteri di interesse pubblico, in un contesto in cui (ii) erano carenti eventuali forme di effettivo controllo (ed eventuale rideterminazione) da parte dei pubblici poteri in relazione alle decisioni del predetto organo consortile77.
La Corte, quindi, nella sentenza in commento ha confermato la necessità di una verifica approfondita e non meramente formale del ruolo svolto rispettivamente dagli operatori privati e dai pubblici poteri nell’adozione di decisioni che incidono sul comportamento delle imprese sul mercato78. La la giurisprudenza BNIC/Clair (sentenza del 30 gennaio 1985, causa 123/83, Racc. 391, punti 22-23), richiamata dall’Autorità nel suo provvedimento. Jacobs aveva inoltre sottolineato che, nel caso di specie, “il controllo esercitato effettivamente dall'Amministrazione dei Monopoli di Stato non sembra essere particolarmente intenso”.
75 Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 1 ottobre 1998, causa C-38/97, Librandi, cit., punto 36.
76 Incidentalmente, si osserva che nella sentenza nel caso Arduino, citata, la Corte di Giustizia non abbia avuto cura di ammonire il giudice del rinvio di verificare se in concreto la tariffa forense proposta dal CNF fosse stata oggetto di un effettivo potere di determinazione da parte dei pubblici poteri, apparentemente, in quanto in

quel caso sussistevano elementi fattuali che dimostravano come il Ministero di Grazia e Giustizia fosse intervenuto sulla proposta tariffaria del CNF, modificandola prima di approvarla (cfr. punti 10 e 40). In senso critico, si veda tuttavia B. Nascimbene e S. Bastianon, Avvocati, Diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di Giustizia, in Corriere Giuridico, 5/2002, 602 ss.. Sulla medesima sentenza si veda anche il commento di V. Vigoriti, in Contratto e Impresa/Europa, 2/2002, 805 ss. Si segnala, infine, la sentenza della Corte di Cassazione, II Sez., del 7 marzo 2003, in Foro It., 2003, I, 1759, (con nota di S. Bastianon) che ha dato attuazione ai principi della sentenza della Corte nel caso Arduino.

77 Si veda in proposito anche la sentenza della Corte di Giustizia 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters, Racc. I-1577, punto 68.

78 L'iter argomentativo ora brevemente ripercorso culmina con la soluzione del secondo quesito del Tar nei seguenti termini:

27

medesima linea interpretativa ha costantemente ispirato l'azione dell'Autorità79 e della Commissione Europea80.

7. Il test della disapplicazione nella sentenza CIF.

La sentenza in esame, pur nella complessità delle questioni affrontate, ha l'indubbio pregio della chiarezza e della linearità argomentativa. Da essa, che a sua volta fa riferimento a consolidati precedenti giurisprudenziali, sembra quindi possibile trarre una sorta di test di "disapplicazione" ex artt. 10, 81-82 CE da parte di un'autorità nazionale di concorrenza competente ad applicare anche gli articoli 81 e 82 CE, individuando gli elementi che appaiono, rispettivamente, necessari e non necessari, a tal fine.

Tra gli elementi necessari possono indicarsi i seguenti:

i) che vi siano delle disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, intese in senso ampio81.

ii) Spetta al giudice del rinvio valutare se una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale, che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al

dettaglio di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione fra le imprese, possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 81, n.1, CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una

concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi di quelle

imprese.

79 Per una breve rassegna della casistica si rinvia a M. Todino, P. Cassinis, "Misure normative e applicabilità alle imprese della disciplina della concorrenza - Recenti sviluppi

giurisprudenziali" , cit.

80 Sul punto si veda da ultimo la posizione espressa della Commissione nella recente Comunicazione, Report on Competition in Professional Services, del 9 febbraio 2004 (COM(2004)83 final), in particolare, ai punti 86-87.

81 Benché questo aspetto non venga affrontato direttamente dalla sentenza in commento, appare utile richiamare l'orientamento della Corte di Giustizia relativo

all'applicazione dell'art. 86 (ex art.90 CE), volto a dare un'accezione ampia al termine "misura" di Stato, tale da ricomprendere anche provvedimenti adottati da autorità locali; in tal senso si veda, ad esempio, la sentenza del 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson c. Pompes Funèbres, Racc. 2479. In dottrina, si veda anche R. Whish, Competition Law, 2003, 222.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha chiarito che il contrasto tra disposizioni di diritto interno e norme comunitarie – che può dar luogo alla disapplicazione delle prime – può riguardare anche provvedimenti amministrativi (cfr. sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, Rewe, Racc. 1805, punto 43). E' stato altresì chiarito che "le

28

ii) che tali disposizioni impongano, agevolino la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE o pratiche abusive in contrasto con l'art.82 CE, o ne rafforzino gli effetti, ovvero tolgano alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica (elemento ampio).

iii) che, quindi, si sia in presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con gli artt. 81-82 CE. In particolare, è necessaria una condotta delle imprese sul mercato che oggettivamente integri una infrazione agli artt. 81-82 CE (quindi, un'intesa o un abuso imposto, facilitato o rafforzato negli effetti da una norma, ovvero posto in essere a seguito della delega di una potestà di regolamentazione pubblica ad un organismo privato).

iv) che la disapplicazione sia attuata dall'autorità di concorrenza nell'ambito di una procedura istruttoria finalizzata all'accertamento dell'illecito e ad ordinarne la cessazione ("inchiesta"82) avente ad oggetto comportamenti d'impresa rilevanti ex art. 81-82 CE.

Viceversa, non necessaria alla predetta disapplicazione è:

v) la imputabilità/sanzionabilità delle imprese, che non sussiste laddove una norma abbia imposto in senso stretto alle imprese un determinata condotta infrattiva degli artt.81-82 CE. Mancando una condotta pregressa autonoma delle imprese, le predette disposizioni non sono infatti applicabili nei confronti delle stesse83.

La predetta imputabilità/sanzionabilità sussiste, tuttavia, anche con riferimento alle condotte pregresse, laddove la norma nazionale (contrastante con gli artt. 10, 81-82 CE) lasci un margine, anche ristretto, di discrezionalità ed autonomia alle imprese nel darvi attuazione. In tal caso, l'esistenza di un contesto giuridico in cui determinate norme nazionali - che, ad esempio, disposizioni amministrative di diritto interno [in contrasto con una disposizione comunitaria, n.d.r.] … non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti" (sentenza del 29 aprile 1999, causa 224/97, Ciola, cit., punti 31-32).

82 Cfr. punto 50 della sentenza CIF. Al di fuori di un'istruttoria, sarebbe pur sempre possibile per l'Autorità usare i propri poteri di segnalazione previsti dalla legge n.287/90 (artt. 21, 22) per evidenziare il contrasto di una norma nazionale con il diritto comunitario.

83 Cfr. punti 53-57, 67 della sentenza CIF.

29

facilitino comportamenti anticoncorrenziali delle imprese - può tuttavia costituire una circostanza attenuante da valutare ai fini della quantificazione della sanzione84.

8. La disapplicazione nel contesto della riforma della modernizzazione

La sentenza della Corte nel caso CIF che, come ricordato, ha tenuto conto del disegno uscito da Maastricht di una maggiore integrazione economica basata su di una più forte politica di concorrenza, va collocata necessariamente nel contesto della riforma introdotta dal citato Reg. CE 1/200385 recante la c.d. “modernizzazione” nelle modalità di attuazione degli art. 81-82 CE, estendendo esplicitamente e pienamente le competenze delle autorità di concorrenza e dei giudici nazionali nell’applicazione in via decentrata le norme del Trattato86.

La sentenza in esame, infatti, è certamente funzionale al perseguimento degli obiettivi della riforma ed anzi ne rafforza gli effetti87.

Ed invero, la sentenza chiarisce che le autorità di concorrenza nazionali, siano esse autorità amministrative o giudici88, hanno il potere/dovere di disapplicare, nell’ambito dei procedimenti di accertamento da esse svolti e con efficacia tra le imprese interessate, le norme nazionali contrastanti con il combinato disposto degli artt. 3, 10, 81-82 CE89. Come noto, il medesimo potere/dovere spetta, per costante giurisprudenza90, alle

84 Cfr. punto 57 della sentenza CIF.

85 Come noto, questa riforma è applicabile dal 1° maggio 2004, data che segna anche l’allargamento dell’Unione Europea, nonché l’entrata in vigore del Regolamento del Consiglio n.139/2004 di riforma del controllo sulle concentrazioni (GUUE L 24 del 29.1.2004).

86 Cfr. artt. 5-6 del Reg. 1/2003.

87 Non a caso, della sentenza CIF è fatta espressa menzione nel pacchetto delle comunicazioni attuative del Reg. 1/2003 (c.d. “pacchetto modernizzazione”).

88 Cfr. art. 35 del Reg. 1/2003.

89 In tali casi, come detto, non sarà possibile imporre sanzioni alle imprese limitatamente a quelle condotte pregresse, poi accertate come anticoncorrenziali, che erano strettamente imposte dalle norme nazionali oggetto di disapplicazione. (cfr. sentenza della Corte di Giustizia, CIF, pt. 53).

90 Cfr. tra le più risalenti, Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. 629, punto 24; tra le più recenti, Corte di Giustizia, sentenza 30

corti nazionali, anche laddove se non agiscono in qualità di autorità di concorrenza ex art. 35 del Regolamento.

Ciò senza dubbio potrà concorrere ad accrescere l’efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie all’interno dell’UE (obiettivo generale perseguito esplicitamente dal Reg. CE 1/200391), nel senso di rendere possibile (e doveroso) per le autorità nazionali di concorrenza – e ferme restando le competenze ed il ruolo della Commissione stabilite dal Trattato CE - non solo accertare (ed eventualmente sanzionare) le condotte d’impresa contrastanti con gli artt. 81-82 CE, ma anche apprezzare la compatibilità con la disciplina comunitaria della concorrenza (al fine di preservarne l’effetto utile) di

normative nazionali che sono intimamente legate alle predette condotte, tanto da, a seconda dei casi, imporle, agevolarle, rafforzarne gli effetti, ovvero delegare ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica. La possibilità di disapplicare le norme nazionali, alle condizioni dianzi indicate, rappresenta una modalità ulteriore in cui può esplicarsi la "modernizzazione" dell'enforcement degli artt. 81- 82 CE e la loro efficace applicazione decentrata, contribuendo ad eliminare gli ostacoli che possono frapporsi, sul piano delle regolamentazioni nazionali, alla creazione di mercati sempre più integrati nell'Unione Europea allargata a venticinque paesi.
Peraltro, nei casi che per le loro caratteristiche faranno sorgere il problema di disapplicare – anche da parte dei giudici - norme nazionali per loro contrasto con il combinato disposto degli artt. 3, 10, 81-82 CE, la sussistenza del requisito, pur necessario ai fini dello stesso Reg. 1/2003, del pregiudizio al commercio tra Stati membri non rappresenterà presumibilmente un serio ostacolo. La nozione di pregiudizio al commercio, infatti, benché la giurisprudenza della Corte non sia stata del tutto univoca sul punto, tenderà presumibilmente ad essere interpretata in maniera sempre più estensiva fino a riguardare anche condotte poste in essere in ambiti sub-nazionali, che in base ad una serie di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, possano avere un'influenza sensibile – anche potenziale o indiretta - sui flussi commerciali tra gli Stati
8 giugno 2000, causa C-258/98, Carra, Racc. I-4217, punto 16. Si veda anche la sentenza CIF in commento, punto 49.
91 "Per garantire un'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie sarebbe opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. A
tal fine, ad esse dovrebbe essere conferito il potere di applicare il diritto comunitario" (considerando
6)
31
membri, come indicano le recenti linee direttrici della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri92.
Sotto un diverso profilo, occorre sottolineare che il nuovo Regolamento, comporta che i procedimenti nazionali nei quali si faccia applicazione degli artt. 81-82 CE, siano soggetti a taluni obblighi informativi nei confronti della Commissione e della rete delle autorità di concorrenza nazionali, sia in fase di avvio che in fase di conclusione della procedura (cfr. art. 11, paragrafi 3 e 4, Reg. 1/2003). Questi obblighi sembrano doversi applicare anche in relazione a quei procedimenti istruttori condotti da un'autorità nazionale nei quali si prospetterà un problema di contrasto delle normative nazionali con il combinato disposto degli articoli 3, 10, 81-8293. Questo meccanismo, come accennato, consentirà quindi alla Commissione di venire tempestivamente a conoscenza delle valutazioni svolte dall'autorità di concorrenza nazionale procedente, nonché, in casi eccezionali e previa consultazione, di intervenire ed avocare a sé il caso (ex art.11, paragrafo 6, Reg. 1/2003), laddove ritenga che l'interpretazione degli artt. 81-82 CE accolta dall'autorità procedente sia, nel caso di specie, palesemente contrastante con i

principi del diritto comunitario della concorrenza94. Un ulteriore effetto virtuoso di tale meccanismo di informazione reciproca sui casi 81-82 CE potrebbe essere quello, per così dire, di “cross-fertilization”, vale a dire di indurre la Commissione (ex art.226 CE) o le altre autorità nazionali di concorrenza ad attivare i loro rispettivi poteri laddove esse riscontrino l’esistenza negli ordinamenti nazionali di norme restrittive della concorrenza nel senso sopra

92 Cfr. in particolare, la sezione III delle linee direttrici in GUUE C101 del 27.4.2004.

93 Peraltro, l’obbligo della autorità nazionali di comunicare alla Commissione, con almeno 30 giorni di anticipo, gli schemi delle decisioni che intendono adottare riguarda solo quelle decisioni con le quali viene ordinata la cessazione di un’infrazione, si accettano impegni, ovvero si revoca l’applicazione di un regolamento d’esenzione per categoria.

94 In relazione ai criteri e circostanze che dovrebbero presiedere l’esercizio del potere di avocazione della Commissione si veda, oltre Dichiarazione Congiunta sottoscritta all’atto di approvazione del Regolamento 1/2003, anche la futura comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra autorità di concorrenza all’interno della rete.

indicato (ad esempio, in materia di servizi professionali95), analoghe a quelle analizzate dall’autorità procedente96.

Infine, la sentenza CIF, nella misura in cui ha riconosciuto espressamente alle autorità nazionali di concorrenza un potere-dovere di disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con gli artt.3, 10 e 81-82 CE, di fatto potrebbe in taluni casi influire sul meccanismo di allocazione dei casi nell’ambito della rete delle autorità di concorrenza, in quanto laddove si manifesti l’ipotesi di una normativa nazionali contrastante con i predetti articoli del Trattato CE, l’intervento di una determinata autorità di concorrenza nazionale potrebbe risultare più efficace stante il suo potere diretto di disapplicazione nel corso di una propria istruttoria, nonché la sua migliore posizione per intervenire 97.

95 Sul punto si veda, l’analisi svolta nella citata Comunicazione della Commissione, Report on Competition in Professional Services, cit., nella quale è più volte citata la sentenza CIF come parte dello strumentario giuridico per superare assetti normativi nazionali contrastanti con le norme di concorrenza del Trattato, anche nell’ambito della nuova rete delle autorità di concorrenza - ECN (cfr. in particolare, punto 79, 81 ss., 99 ss.).

Incidentalmente si osserva che il settore dei servizi professionali ha costituito l’oggetto anche di una serie di recenti rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia da parte di giudici italiani: si veda l’ordinanza del 21 ottobre 2003 della Corte d’Appello di Milano, I Sez., relativamente alla compatibilità con alcune norme del Trattato CE (tra cui gli artt. 10, 82 e 86) delle norme nazionali che riservano alcune attività di consulenza fiscale ai CAF (C-451/03); si veda anche l’ordinanza di rinvio del Tar della Lombardia, III Sez., del 26 maggio 2003, n.91 sulla compatibilità della disciplina italiana relativa agli esami di Stato degli avvocati con gli artt. 10, 81 CE (C-250/03); ancora più di recente, si veda l’ordinanza di rinvio dell’11 febbraio 2004 della Corte

d'Appello di Torino, IV Sez., tra l'altro, sulla compatibilità della disciplina relativa alla inderogabilità delle tariffe degli avvocati con gli artt. 10, 81-82 CE (C-94/04).
96 Un'ulteriore considerazione è legata al fatto che, come noto, il nuovo regolamento comporterà l'applicazione diretta anche dell'art.81.3 CE da parte delle istanze nazionali, nell'ambito del c.d. sistema dell'"eccezione legale". Ciò, per così dire, "arricchirà" il test dell'eventuale disapplicazione della normativa nazionale in quanto l'autorità nazionale sarà tenuta a valutare se la condotta d'impresa presa in considerazione, ancorché in ipotesi imposta o agevolata da una norma nazionale, sia non solo restrittiva ex art. 81.1 CE, ma soddisfi altresì le condizioni di cui all'art.81.3 CE, condizioni la cui ricorrenza sarà onere delle imprese interessate dimostrare (cfr. art.2, Reg. 1/2003). Va peraltro osservato che problemi di disapplicazione sorgeranno per lo più in relazione a pratiche anticoncorrenziali per oggetto nelle quali il verificarsi delle condizioni dell'art.81.3 CE è di norma assai problematica.
97 In proposito si veda la Comunicazione della Commissione, Report on Competition in Professional Services, cit., punto 100.
33
Un siffatto potere di disapplicazione da parte di un'autorità di concorrenza sarebbe peraltro complementare - oltre naturalmente a quello dei giudici e di altri organi amministrativi nazionali - al potere della Commissione e degli Stati membri di avviare una procedura d'infrazione ex articoli 226-277 del Trattato CE98.
9. Conclusioni.
La sentenza in commento è certamente assai importante sul piano sistematico ed istituzionale.
Essa, infatti, oltre a confermare che il combinato disposto degli articoli 3g, 10, 81-82 CE rappresenta un parametro di legalità delle disposizioni legislative o regolamentari nazionali che siano tali da rendere inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese, ha anche chiarito, in linea con la precedente giurisprudenza, gli ambiti di intervento di un'autorità nazionale di concorrenza che, nel dare applicazione agli artt. 81-82 del Trattato CE, si confronti con siffatti assetti normativi nazionali. L'obbligatorietà della disapplicazione, alle predette condizioni, da parte delle autorità nazionali di concorrenza rappresenta indubbiamente un arricchimento dello strumentario a loro disposizione per un efficace enforcement delle norme comunitarie di concorrenza in sede sempre più decentrata, nella prospettiva dell'entrata in vigore del Reg. 1/2003. In particolare, essa consentirà di intervenire - seppure con la prudenza che tale tipologia di intervento certamente richiede - per superare gli ostacoli, eventualmente creati dalle regolamentazioni nazionali, al dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali in mercati sempre più integrati all'interno dell'Unione, nell'interesse finale dei consumatori 99.
La schematicità e chiarezza della sentenza ha, come visto, consentito di abbozzare una sorta di test per tale disapplicazione, che forse potrà essere di qualche utilità in sede applicativa, anche da parte dei giudici.
98 Detta complementarietà è stata sottolineata nel citato Report on Competition in Professional Services, punto 89.
99 Cfr. G. Tesauro, Riforma della regolazione e concorrenza: esiste un consenso politico?,

cit..
34
La sentenza CIF – a seguito della quale, come detto, il Tar del Lazio ha recentemente confermato la legittimità del provvedimento dell'Autorità relativamente ad entrambi i profili oggetto del rinvio pregiudiziale - si segnala anche perché individua un punto di equilibrio per quanto riguarda la certezza del diritto delle imprese, in relazione a situazioni nelle quali le loro condotte, oggettivamente anticoncorrenziali, siano state specificamente imposte da disposizioni normative nazionali, esentandole per il passato, dalle conseguenze giuridiche che da tali condotte potrebbero loro derivare.
Infine, con riguardo alla imputabilità delle violazioni antitrust, la Corte ha confermato un approccio che è, per un verso, restrittivo nell'identificare ipotesi di esclusione, e per altro verso, non astratto e formalista nell'identificare condotte private pur nell'ambito di iter decisionali che contemplino anche l'intervento di pubbliche autorità.