

I

Profili generali relativi al Diritto della concorrenza

La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE e il Reg. 17/1962

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. LA REDAZIONE E ATTUAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86 CEE. – 1. La redazione ed attuazione dell'artt. 85 CEE. – 1.1. La situazione in Germania. – 1.2. La situazione in Francia. – 1.3. La redazione dell'art. 85 CEE: la creazione di una connessione tra l'art. 85 CEE e il futuro Regolamento 17/1962. – 1.4. L'attuazione dell'art. 85 CEE ai sensi del Reg. 17/1962. – 2. La redazione ed attuazione dell'artt. 85 CEE. – 2.1. L'attuazione dell'art. 86 CEE. – III. IL SISTEMA DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86 CEE DISCIPLINATO DAL REG. 17/1962. – IV. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLE NORME ANTITRUST EUROPEE DISCIPLINATO DAL REG. 17/1962. – V. LA CRISI E IL TRAMONTO DEL REG. 17/1962 E L'EMANAZIONE DEL REG. 1/2003.

I. INTRODUZIONE

La presente voce prende in considerazione – in un modo eccentrico rispetto alle altre voci del Dizionario – un aspetto centrale in un volume in materia di diritto della concorrenza; cioè il passaggio dal principio dell'economia cartellizzata, tipico della prima metà del XX secolo, al principio della tutela della concorrenza introdotto nel Trattato CECA, prima, e nel Trattato CEE, successivamente. Questo momento di passaggio, in primo luogo "culturale", sarà affrontato, dal punto di vista giuridico, prendendo in considerazione gli aspetti relativi alla redazione dei divieti degli artt. 85 e 86 CEE e alla redazione del Reg. 17/1962, primo regolamento di attuazione delle norme di concorrenza CEE.

La riflessione tanto sulla redazione dei divieti *antitrust* quanto su testi di regolamenti elaborati ormai mezzo secolo fa e non più in vigore, permette di apprezzare

ora, forse più di quanto non è stato possibile al momento di entrata in vigore del Reg. 1/03, l'importanza degli artt. 85 e 86 CEE e del Reg. 17/1962 per la creazione di una cultura del diritto della concorrenza in Europa e in ciascuno Stato membro dell'allora Comunità economica europea. Con particolare riferimento al Reg. 17/1962, la complessità amministrativa di tale regolamento (e in particolare il "burocratico" sistema di notifica per ottenere l'eccezione *ex art.* 85.3 CEE) valutata dopo una pausa di dieci anni dall'entrata in vigore del Reg. 1/03, permette di apprezzare l'importanza del Reg. 17/1962 a tal fine.

Con il senno di poi, dopo gli importanti cambiamenti del Reg. 1/03 nel sistema di applicazione *antitrust* europeo, si comprende come non è stato tanto importante, come è stato scritto, che il sistema *ex art.* 17/1962, per la sua complessità, non sia mai riuscito a funzionare come previsto dal legislatore europeo¹. Il vero obiettivo e la grande sfida del Reg. 17/1962 era infatti quello di creare una "cultura del diritto della concorrenza" in Europa².

Non si deve infatti dimenticare che nel 1957 nessun paese che sarebbe divenuto membro della CEE disponeva di una normativa a tutela della concorrenza, come oggi noi la intendiamo, cioè di una normativa che individui il divieto delle intese e di abuso di posizione dominante quale comportamento anticoncorrenziale. Sarà infatti la Germania che per prima emanerà una simile normativa *antitrust* nazionale in Europa la quale, e non è un caso, entra in vigore la normativa CEE *antitrust*, il 1 gennaio 1958³.

¹ V. A. JONES - B. SUFRIN, «The use of comfort letter rather than formal decisions meant that for many years prior to 1 May 2004 the notification-and-exemption procedure did not operate in real life as had been intended in Regulation 17», *EC Competition Law*, 3rd, 2008, p. 1139.

² Vedi BRIGITTE LEUCHT, "Tracing European Mentalities: Free Competition in Post-WWII-Europe", in MARIE-THÉRÈSE BITSCH, WILFRIED LOTH, CHARLES BARTHEL, C. (eds.), *Cultures politiques*,

opinions publiques et intégration européenne (Brussels: Bruylant, 2007), 337-53.

³ Sullo sviluppo delle normative a tutela della concorrenza in Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito, dagli anni '30 ad oggi v. i contributi in Lorenzo FEDERICO PACE (ed.), *The impact of the Commission's guidance on Article 102* (Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2011), 3 ss.

La situazione “culturale” europea in quel momento risentiva, naturalmente, dell'impostazione culturale che vedeva (con alcune e a volte rilevanti differenze tra uno Stato ed un altro) i cartelli tra imprese come una normale modalità di esercizio del diritto di iniziativa privata del singolo. Impostazione questa conseguenza del peculiare sviluppo industriale europeo e di cartellizzazione delle economie nazionali a partire dal 1870 e che ha avuto nel periodo della seconda guerra mondiale il suo momento di più forte sviluppo⁴.

In questa situazione, la funzione del Reg. 17/1962 era quella di trovare un sistema che riuscisse a garantire l'applicazione di norme “rivoluzionarie” per la cultura giuridico-economica europea, come gli allora artt. 85 e 86 CEE, secondo una interpretazione che “volgesse radicalmente le spalle” a quella che era stata la modalità di “cartellizzazione” con cui le imprese nazionali si erano comportate.

E infatti concretamente il sistema del Reg. 17/1962 (e in particolare modo l'obbligo di notifica degli accordi al fine di ottenere l'esenzione *ex art. 85 CEE* e la competenza esclusiva della Commissione per riconoscere tale esenzione) creò nel 1962, a poco più di quindici anni dalla conclusione della seconda guerra mondiale, un sistema che permise questo cambiamento “culturale”. Infatti, questi due primi fattori, uniti all'autonomia della Commissione dagli Stati membri nell'applicazione degli artt. 85 e 86 CEE (fortemente difesa nella formulazione dell'art. 10 Reg. 17/1962), permise di definire una nuova e rivoluzionaria modalità (per gli Stati europei) di intendere e regolare i rapporti tra imprese, e questo tramite i divieti *antitrust*; divieti, come detto, sostanzialmente sconosciuti in Europa fino a quel momento. In questo modo facendo accettare,

⁴ Su questo punto e per una lista di cartelli internazionali attivi nel 1932 v. LORENZO FEDERICO PACE, *European Antitrust Law: Prohibitions, Merger Control And Procedures* (Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2007), 8.

⁵ Con riferimento al passaggio dal principio di abuso al principio di divieto riguardo agli accordi anticoncorrenziali tanto nel diritto dell'Unione europea che nelle discipline dei diffe-

ad esempio, che la collusione tra imprese non fosse nell'interesse pubblico (come era stato in molti Stati europei fino a quel momento) ma che, al contrario, la collusione rappresentava un pregiudizio per la collettività. Non è un caso che le difficoltà maggiori nell'applicazione delle norme *antitrust* CEE sono state relative, almeno inizialmente, all'applicazione del divieto di accordi anticoncorrenziali, avendo avuto il divieto di abuso di posizione dominante una piena applicazione solo più tardi, all'inizio degli anni '70.

È stato poi il sistema di notifica disciplinato dal Reg. 17/1962 ad essere la “catena di trasmissione” che ha “esportato” il “nuovo” divieto europeo di accordi anticoncorrenziali in ciascuna delle normative a tutela della concorrenza dei singoli Stati membri⁵. Questo aspetto giustifica anche la sostanziale irrilevanza in questa prima fase dell'applicazione giudiziale delle norme di concorrenza (c.d. *private enforcement*) rispetto all'applicazione amministrativa (c.d. *public enforcement*)⁶.

II. LA REDAZIONE E ATTUAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86 CEE

Il primo passo nella redazione di norme a tutela della concorrenza a livello europeo è stato compiuto con i divieti del Trattato CECA. Ed infatti, mentre la dichiarazione Schuman del maggio 1950 non conteneva nessun esplicito riferimento alla disciplina dei cartelli⁷, il 4 ottobre 1950 Jean Monnet avvertì i capi delle delegazioni che se non fossero stati inseriti nel Trattato dei chiari divieti relativamente ai cartelli industriali, il governo americano non avrebbe fornito il proprio contributo finanziario allo sviluppo del progetto del Trattato⁸.

La pressione politica degli Stati uniti d'America – ma anche il gruppo di giuristi

renti Stati membri v. i contributi in Pace, *supra* nota 3.

⁶ V. ad es. PACE, *supra* nota 4, 3-33, 70, 100.

⁷ WYATT C. WELLS, *Antitrust and the Formation of the Postwar World* (New York: Columbia University Press, 2002), 163.

⁸ REINER SCHULZE - THOMAS HOEREN (eds.), *Dokumente zum Europäischen Recht. Band 3*, Springer Verlag, Berlin, xxi.

aventi sede nell'Ambasciata americana di Parigi che fornirono aiuto nella redazione dei divieti⁹ – sono alla base del diritto della concorrenza del Trattato CECA¹⁰.

I divieti a tutela della concorrenza del Trattato CECA, anche se il relativo testo era sostanzialmente differente rispetto a quello del Trattato CEE, sono il primo caso in cui la concorrenza tra imprese è stata individuata come il principio di base del commercio tra Stati dello spazio europeo.

Durante la redazione dei divieti a tutela della concorrenza del Trattato CEE la pressione politica degli Stati uniti d'America non era più necessaria. Le stesse parti contraenti valutavano il diritto della concorrenza come una necessità. In considerazione dell'economia europea, fortemente cartellizzata, la negoziazione si incentrò prevalentemente sul divieto di cartelli industriali più che sul divieto di comportamenti unilaterali anticoncorrenziali delle imprese.

Durante tale negoziazione le culture giuridico-economico dei due più importanti futuri Stati membri, quella francese e quella tedesca, si scontrarono¹¹.

1. *La redazione ed attuazione dell'art. 85 CEE.* – Con riferimento al divieto di cartelli, la redazione dell'art. 85 CEE (1957), rappresenta un interessante fenomeno

⁹ V. BRIGITTE LEUCHT, "Transatlantic policy networks and the formation of core Europe" (PhD diss. University of Portsmouth, 2008), 56, 197.

¹⁰ V. LORENZO FEDERICO PACE, *I fondamenti del Diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea* (Milan: Giuffrè, 2005), 52. V. anche SCHULZE - HOEREN, *infra* nota 14, Volume 3, xxi e doc n. 7; WELLS, *supra* nota 7, xxi.

¹¹ Sugli aspetti generali della redazione degli artt. 85 e 86 CEE, v. Pace, *supra* nota 4, 65 ss. e 111 ss.

¹² Sulla disciplina dei cartelli industriali vedi FERDINAND BAUMGARTEN, ARTUR MESZLENY, *Kartelle und Trusts - Ihre Stellung im Wirtschafts- und Rechtssystem der wichtigsten Kulturstaaten* (Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1906); CLEMENS LAMMERS, *Kartellgesetzgebung des Auslandes - Bericht an den Völkerbund für die internationale Wirtschaftskonferenz* (Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1927), 104; Kurt Wiedenfeld, *Kartelle und Konzerne* (Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1927); Oswald Lehnich, *Kartelle und Staat unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslandes* (Berlin: Verlag von Reimar Hobbing, 1928; CLE-

meno di confronto tra la cultura giuridica francese e quella tedesca.

1.1. *La situazione in Germania.* – Già anteriormente alla prima guerra mondiale, la Germania era stata *das Land der Kartelle*, cioè la terra dei cartelli. Una relazione del 1920 elencava oltre 2.100 cartelli sul territorio tedesco. La Germania aveva emanato norme sui cartelli già nel 1920. Sebbene queste leggi non dichiaravano i cartelli illeciti, esse facevano divieto dell'abuso dei cartelli industriali. Dall'inizio del 1940, parzialmente in conseguenza di questa scelta di politica economica, l'economia tedesca era organizzata sulla base di cartelli piuttosto che sulla concorrenza.

La Germania aveva infatti già emanato nel 1920¹² normative relative alla disciplina dei cartelli. Esse, pur non dichiarando tali accordi illeciti, ne vietavano l'utilizzazione abusiva. Anche in conseguenza di questa scelta di politica economica, l'economia tedesca nei primi 40 anni del XX secolo era stata organizzata sulla base di cartelli tra imprese piuttosto che sulla concorrenza tra di esse.

Alla fine della seconda guerra mondiale, successivamente all'emanazione da parte delle forze di occupazione di una legge sulla decartellizzazione¹³, era stata istituita dal Governo una Commissione

MENS LAMMERS, *Internationale Industrie-Kartelle (Völkerbunds-Denkschrift)* (Berlin: Carl Heymanns Verlag 1930), 140; ERICH ERTEL, *Internationale Kartelle und Konzerne der Industrie* (Stuttgart: C.E. Poeschel Verlag, 1930); HORST WAGENFÜHR, *Kartelle in Deutschland* (Nürnberg: Verlag der Hochschulbuchhandlung Krusche & Co, 1931); HORST WAGENFÜHR, *Kartellverträge - Deutsche ausländische und internationale Kartellverträge im Wortlaut* (Nürnberg: Verlag der Hochschulbuchhandlung Krusche & Co, 1931); HORST WAGENFÜHR, *Kartellgesetzgebung in Deutschland* (Nürnberg: Verlag der Hochschulbuchhandlung Krusche & Co, 1933); FRITZ WERR, *Internationale Wirtschaftszusammenschlüsse (Kartell und Konzern) und Staat als Vertragspartner* (Berlin: Heymann, 1936); HEINRICH FRIEDLÄNDER, *Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa* (Zürich: Polygraphischer Verlag, 1938); FRITZ HAUSMANN, *Konzerne und Kartelle im Zeichen der "Wirtschaftslenkung"* (Zürich: Verlag für Recht und Gesellschaft A.G, 1938); EMIL EGGMANN, *Der Staat und die Kartelle* (Zürich: Dr. H. Girsberger Verlag, 1945).

¹³ HAROLD RASCH, "Kartellverbot und Grundgesetz", *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 679.

di studio per la redazione di una normativa in materia di tutela della concorrenza. Tale Commissione terminò i lavori in concomitanza con la discussione sulla redazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma. Questo fatto determinò delle “interessanti” difficoltà, da poco chiarite grazie alla pubblicazione dei relativi documenti ufficiali, per i rappresentanti tedeschi in sede di redazione del Trattato¹⁴.

Per comprendere la posizione tenuta dalla Repubblica federale di Germania nel 1956/57 al tavolo delle trattative del Trattato di Roma, è da sottolineare che all'interno della stessa dottrina tedesca era presente una intensa discussione riguardo al modello di disciplina dei cartelli. La dottrina era infatti divisa tra i sostenitori del principio del divieto (*Verbotprinzip*) e i sostenitori del principio dell'abuso (*Missbrauchtprinzip*)¹⁵.

I primi sostenevano, nel ricordo del disastro politico ed economico della Germania nazista e delle leggi di cartellizzazione, la necessità di vietare qualunque accordo orizzontale tra imprese anche al fine di tutelare il diritto di iniziativa economica dei singoli. Inoltre, tale dottrina sosteneva che la “dispersione” del potere economico e il riconoscimento generalizzato del diritto di iniziativa economica avrebbe determinato dei risultati di “giustizia sociale”¹⁶. Secondo questa impostazione gli accordi anticoncorrenziali tra imprese dovevano essere privi di efficacia giuridica. Essi avrebbero acquisito la propria efficacia solo dopo la notifica dell'accordo ad uno specifico organo autonomo di controllo.

I fautori del principio dell'abuso soste-

nevano, al contrario, la necessità di formulare una norma che vietasse i cartelli, e ne escludesse la relativa efficacia giuridica, successivamente all'accertamento dell'illiceità del cartello¹⁷. Questa scelta avrebbe lasciato la situazione in modo non molto differente dal precedente periodo dal momento che il divieto sarebbe stato applicato, come nell'esperienza francese, secondo un principio *ex post* e caso per caso, non secondo un generale principio *ex ante*.

Il principio che venne poi assorbito nella legge tedesca del 1957 riguardo ai cartelli industriali era quella del principio del divieto con specifiche esenzioni a tale principio.

La disciplina degli accordi verticali era invece regolata da una norma distinta che non rientrava nel principio di divieto (art. 15 GWB ss.).

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

Per concludere, la Repubblica federale di Germania, durante la redazione del Trattato di Roma del 1956/57, non poteva presentare una chiara “politica concorrenziale” riguardo alla valutazione degli accordi tra imprese non disponendo in quel momento di una definitiva normativa *antitrust* nazionale e questo nonostante la convinzione che la normativa comunitaria avrebbe avuto un'importante influenza anche sulla (futura) normativa tedesca.

1.2. *La situazione in Francia.* – Già negli anni '20 la Repubblica francese aveva

¹⁴ V. SCHULZE and Hoeren, *supra* nota 8.

¹⁵ Su questo punto vedi KNUT WOLFGANG NÖRR, *Die Leiden des Privatrechts - Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994), 203. Regarding this discussion see, ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, “Der Böhm-Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 285; WOLFRAM DOERINKEL, “Abriß der 1. Lesung des Kartellgesetzentwurfs im Bundestag”, *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 572; HAROLD RASCH, *supra* note 13, 679; WERNER BENISCH, “Zur

Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs”, *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 421; WERNER BENISCH, *Ist das Kartellverbot Grundgesetzwidrig?*, in *Der Betrieb* (1956): 37. See also HAROLD RASCH, *Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ed. (Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1958).

¹⁶ V. ANDREAS HEINEMANN, *Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln* (Munich: VVF, 1989).

¹⁷ RUDOLF ISAY, “Wirtschaftliche und rechtliche Konsequenzen des Böhm-Entwurfs”, *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 339.

emanato normative che regolamentavano gli accordi tra imprese¹⁸.

All'inizio degli anni '50 era stata istituita una Commissione di riforma dell'allora vigente normativa dell'art. 419 *Code pénal* (1926) in quanto essa si era dimostrata non efficace e di difficile applicazione. La proposta di legge del 10 luglio 1952¹⁹ era probabilmente influenzata dal modello di regolamentazione del mercato europeo della prima parte del XX secolo relativa al "controllo dei cartelli" e non al loro divieto. Tale normativa, infatti, prendeva le mosse dal presupposto che gli accordi di cartello tra imprese non fossero necessariamente negativi e che vi fosse quindi la necessità di distinguere tra "accordi buoni" e "accordi cattivi"²⁰. Il progetto di legge prevedeva, in linea di principio, la liceità degli accordi tra imprese funzionali a migliorare, nell'interesse generale, la produzione e la distribuzione (art. 1 Progetto n. 9951). L'art. 2 del progetto vietava invece solo gli atti finalizzati

alla costituzione di monopoli, alla creazione di *coalition* o alla limitazione e alla soppressione della concorrenza sleale (art. 2 Progetto n. 9951)²¹.

Tale proposta subì una radicale modifica. La formulazione finale della norma, l'art. 59-*bis* decreto 9 agosto 1953, disciplinò il *délit de coalition*, cioè il divieto di tutti gli accordi che avessero ad oggetto o ad effetto di alterare la concorrenza, accordi questi espressamente vietati di diritto. Solo due categorie di intese rientranti in tale divieto e previste dall'art. 59-*ter* del decreto erano esentate dall'illeceità²². E cioè gli accordi imposti da leggi o regolamenti (normative ben conosciute al diritto UE in quanto prese in considerazione da una serie di decisioni e di sentenze negli anni '90²³) e gli accordi che determinavano specifici vantaggi per la concorrenza.

In considerazione della previsione dell'esenzione dal divieto e dal fatto che l'esenzione era applicata da giudici (cioè

¹⁸ See ROBER PLAISANT and JACQUES LASSIER, *Les Ententes Industrielles sous forme de Sociétés ou d'Associations* (Paris: Juris-Classeurs, 1956).

¹⁹ Sul punto v. J. HAMEL and G. LAGARDE, *Contrôle des ententes industrielles*, § 231 *Traite de Droit Commercial* (Paris: Librairie Dalloz, 1954), 280; CHARLEY DEL MARMOL, "Les Ententes industrielles en Droit comparée", *La Revue de la Banque* (1929): 86; PIERRE GIDE, *Le Projet Français de Loi Anti-Trust et les expériences étrangères - Etats-Unis - Angleterre - Allemagne* (Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1953); ANDRÉ TOULEMON, "Le Décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale", *Revue trimestrielle de Droit Commercial* (1954): 269. PIERRE FORTUNET, "Dirigisme et libre concurrence - De la réglementation des ententes professionnelles et des conditions de vente par le décret du 9 août 1953", *Revue des Sociétés* (1954): 236; IOUDA TCHERNOFF and PIERRE OLIVIER LAPIE, "Industrial and trade combinations under French law", in LESLIE SCOTT (ed.), *Trade Combinations in U.S.A., France, Germany, Poland* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932), 49.

²⁰ Per un approfondimento di questi aspetti, rinviamo a V. SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, A. Milani, 1934, 38.

²¹ DEL MARMOL, *supra* nota 19, 86.

²² In particolare, il *délit de coalition* previsto dall'art. 59-*bis* decreto del 9 agosto 1953 relativo al mantenimento e al ristabilimento della libera concorrenza recitava: «Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59-*ter*, toutes les actions concertées, conventions, ententes ex-

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

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

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

L'art. 59-*ter* prevedeva: «Ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59-*bis*, les actions concertées, conventions ou ententes»:

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

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

²³ Cfr. Sentenza della Corte del 3 dicembre 1987, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. Yves Aubert*, causa 136/86, *Racc.* 1987, p. 4789; 82/896/CEE: Decisione della Commissione, del 15 dicembre 1982, (IV/29.883 - UGAL/BNIC), *Gazzetta ufficiale*, n. L 379 del 31 dicembre 1982, p. 1-18; Sentenza della Corte del 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel Du Cognac c. Guy Clair*, causa 123/83, *Racc.* 1985, p. 391.

sulla base di un'applicazione *ex post* e caso per caso) il *'délit de coalition'* non era un divieto *antitrust* come inteso oggi ed era profondamente differente dal tipo di divieto di cui allo Sherman Act del 1890.

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

1.3. *La redazione dell'art. 85 CEE: la creazione di una «connessione» tra l'art. 85 CEE e il futuro Regolamento 17/1962.* – Durante la redazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma, i rappresentanti della Repubblica francese proposero una norma relativa al divieto di accordi la quale, da una parte, armonizzava le normative nazionali relative alla “discriminazione sulla base del prezzo” e, dall'altra – relativamente alle pratiche restrittive di concorrenza²⁴ –, conteneva gli stessi principi degli artt. 59-*bis* e 59-*ter* del decreto francese 9 agosto 1953. Tale seconda parte della proposta, in particolare, era espressione del principio degli accordi “buoni” e “cattivi”, cioè il divieto di accordi anticoncorrenziali salvo la possibilità di esentare specifiche intese che avessero avuto un effetto positivo sulla concorrenza.

Diversamente, i rappresentanti della Repubblica federale di Germania avevano difficoltà a prendere posizione sul punto, non avendo essi stessi ben chiaro quale sarebbe stata la formulazione della relativa normativa nazionale. I rappresentanti tedeschi temevano che la redazione della norma comunitaria sui cartelli risultasse in contrasto con il loro diritto nazionale. Era già chiaro, infatti, che il diritto della concorrenza del Trattato avrebbe avuto una rilevante influenza sul diritto statale²⁵.

I rappresentanti della Repubblica federale di Germania, dopo un primo mo-

mento di esitazione, proposero una norma contenente il principio del divieto senza eccezioni, qualificando tale proposta come unica e imm modificabile²⁶.

A fronte di tale proposta i rappresentanti francesi, così come le altre rappresentanze, irrigidirono le loro posizioni pervenendo quindi ad una situazione di stallo²⁷. I documenti ufficiali indicano come i rappresentanti della Repubblica federale di Germania riconoscevano però che: «È impossibile imporre a livello europeo un principio (cioè il principio del divieto) che è oggetto di discussione nella Germania stessa»²⁸.

La situazione fu risolta dal Presidente del sottogruppo relativo alle norme della concorrenza, il tedesco *Hans von der Groeben*, il quale era stato uno dei redattori del Relazione Spaak, aveva degli stretti rapporti con la scuola ordoliberal di Friburgo e sarebbe stato successivamente il primo Commissario per la politica di concorrenza della Commissione.

Il compromesso proposto da von der Groeben, e accettato dalle parti, fu la previsione di una norma di divieto di accordi tra imprese (art. 85 § 1 CEE) che prevedesse un'eccezione al divieto, disciplinando inoltre i requisiti in presenza dei quali dichiarare non applicabile il divieto (art. 85 § 3 CEE)²⁹. Infine, la norma di divieto prescriveva che “gli accordi e decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto” (art. 85 § 2 CEE), così come l'art. 53-*bis* del decreto francese del 1953 ma anche come la *Notverordnung* tedesca del 1931.

Infine, Von der Groeben propose di rinviare la decisione che aveva determinato lo “stallo”, cioè la modalità di applicazione dell'autorizzazione dell'art. 85 § 3 CEE (tramite il principio del divieto o il principio dell'abuso), in un regolamento successivo alla firma del Trattato di Roma (ciò è dimostrato anche dalle prese di posizioni del Governo olandese, del Parlamento francese e del Parlamento italiano nel 1957). A tal fine il 28 novembre 1956 fu redatta la bozza dell'articolo poi dive-

²⁴ V. SCHULZE - HOEREN, *supra* nota 8, doc. 51.

²⁵ *Ivi*, doc. 62.

²⁶ *Ivi*, p. xxvii.

²⁷ *Ivi*, p. xxvii.

²⁸ *Ivi*, doc. 65.

²⁹ *Ivi*, p. xxxi.

nuto, dopo successive elaborazioni, l'art. 87 § 2 lett. e CEE³⁰.

In forza di tale compromesso, e ai sensi degli artt. 87 e 88 CEE, si decise che l'art. 85 §§ 1 e 3 CEE sarebbe stato applicato, «fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 87», dalle «Autorità degli Stati membri (...) in conformità del diritto nazionale interno» (art. 88 CEE), in questo modo giustificando il richiamo delle Autorità nazionali direttamente dalle norme del Trattato (artt. 87 e 88 CEE). Quindi le Autorità nazionali, ai sensi dell'art. 88 CEE, erano competenti anche ad applicare l'eccezione prevista dall'art. 85 § 3 CEE «in conformità del diritto nazionale interno». Secondo il compromesso, la scelta della modalità di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE (cioè il principio del divieto o dell'abuso) era così temporaneamente lasciata alla scelta degli Stati membri.

1.4. *L'attuazione dell'art. 85 CEE ai sensi del Reg. 17/1962.* – Così come la redazione del testo dell'art. 85 CEE, anche la redazione nel 1961 del testo del primo regolamento ex art. 87 CEE, e in particolare della modalità di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE, fu oggetto di forti discussioni. Infatti, il differente principio di giudizio dei cartelli industriali, da parte dei francesi e dei tedeschi, non era cambiato.

³⁰ L'art. 87 § 2 lett. e CEE recitava: "1. Nel termine di tre anni dall'entrata in vigore del presente Trattato, il Consiglio, con deliberazione unanime, su proposta della Commissione e dopo consultata l'Assemblea stabilisce tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86. // Tali disposizioni, qualora non siano state adottate entro il termine suindicato, sono stabilite dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione dell'Assemblea. // 2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di: (...) b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo".

³¹ ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1965), 10.

³² L'art. 4 § 1 Reg. 17/1962, rubricato come "notificazione dei nuovi accordi, decisioni e prati-

La rappresentanza tedesca sosteneva, infatti, l'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE a guisa del principio del divieto, recepito nel *GWB* del 1957³¹.

La rappresentanza francese sosteneva invece, come previsto dal decreto del 1953, un'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE a guisa del principio dell'abuso, cioè validità degli accordi stipulati dalle parti fino al momento in cui non fosse stata accertata la violazione dell'art. 85 CEE.

Il "difficile" compromesso tra le differenti posizioni venne raggiunto con l'aiuto del relatore del regolamento, il tedesco Arved Deringer, e fu trasposto nel Reg. 17/1962, primo regolamento di attuazione degli artt. 85 e 86 CEE.

Il compromesso consisteva nel fatto che, a fronte della "norma fondamentale" dell'Art. 1 Reg. 17/1962 secondo cui accordi «di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato (...) sono vietati senza che occorra una decisione preventiva in tal senso» (Art. 1 Reg. 17/1962), le imprese al fine di ottenere l'esenzione di cui all'Art. 85 § 3 CEE dovevano notificare gli accordi ad un unico organo (Art. 4 comma 1 Reg. 17/1962)³². Ai sensi dell'art. 9 comma 1 Reg. 17/1962 tale organo era la Commissione³³. A ciò si accompagnava la previsione dell'illiceità retroattiva dell'accordo, conseguenza del principio di cui all'art. 1 Reg. 17/1962 in caso di rigetto dell'esenzione³⁴, conseguenza questa del

che", recitava: "Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato, intervenuti dopo l'entrata in vigore del presente regolamento, e per i quali le imprese interessate intendono avvalersi dell'articolo 85, paragrafo 3, devono essere notificati alla Commissione. Fino a quando non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo 85, paragrafo 3 non può essere rilasciata".

³³ ARVED DERINGER, *Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1965), 10. L'art. 9 comma 1 Reg. 17/1962, rubricato come "Competenza", recitava: "Fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di Giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1".

³⁴ L'art. 6 comma 1 Reg. 17/1962, rubricato come "Dichiarazioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3", recitava: "Quando la Commissione rilascia una dichiarazione ai sensi dell'articolo 85,

principio di cui all'art. 1 Reg. 17/1962. Questi principi erano conseguenza della richiesta tedesca di applicazione del principio del "divieto". Però, anche in caso di illiceità dell'accordo, la notifica dell'intesa rendeva non comminabili alle parti le sanzioni per la violazione dell'art. 85 § 1 CEE, e ciò per il periodo di tempo intercorso tra notifica e decisione di merito della Commissione (art. 15 comma 5 Reg. 17/1962)³⁵.

Inoltre, il Reg. 17/1962 prevedeva (come richiesto dalla Francia) l'efficacia temporanea degli accordi fino alla decisione della Commissione, in presenza o meno della notifica dell'intesa. Però, in assenza di notifica e nel caso in cui l'accordo fosse stato vietato ai sensi dell'art. 85 § 1 CEE, era prevista l'illiceità dell'accordo *ex tunc* e senza possibilità di valutazione *ex art. 85 § 3 CEE*.

La modalità di attuazione dell'art. 85 CEE *ex Reg. 17/1962* aveva quindi mantenuto, nella relativa formula di compromesso, un certo equilibrio tra principio tedesco e principio francese.

Da questa situazione di "equilibrio", l'impostazione finale sarebbe stata più vicina al regime proposto dalla Germania o dalla Francia a seconda della scelta di fondo relativa all'applicazione dell'art. 85 § 1 CEE. Infatti, un'interpretazione più rigida del divieto avrebbe sostanzialmente imposto alle imprese, secondo il principio del divieto tedesco, di notificare gli accordi sia al fine di richiedere l'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE*, ma anche per non incorrere nelle sanzioni in caso di rifiuto dell'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE*. Una interpretazione meno rigida del divieto dell'art. 85 § 1 CEE avrebbe determinato un minore incentivo a notificare alla Commissione gli accordi e quindi un divieto

più simile al principio dell'abuso francese.

La successiva prassi decisionale della Commissione optò per una interpretazione rigida dell'art. 85 § 1 CEE, rendendo tendenzialmente vietati tutti gli accordi orizzontali e rendendo conseguentemente più ampia l'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. Tale prassi ha sostanzialmente trasformato, per i primi 40 anni di applicazione, l'art. 85 § 1 CEE in una norma contenente il principio del divieto, con la necessità (ma non l'obbligo formale) di notificare le intese alla Commissione. Ciò quanto meno per "assicurarsi" la temporanea efficacia degli accordi stessi e per evitare le sanzioni in caso di illiceità dell'intesa (art. 85 § 2 CEE) conseguente al rigetto dell'autorizzazione. In ultima istanza, tale applicazione proponeva a livello comunitario un sistema simile a quanto previsto dalla normativa *antitrust* tedesca.

A ben vedere, tale prassi della Commissione è stata determinata dall'influenza tedesca a livello CE (e in particolare della scuola ordoliberalista di Friburgo). La dominante influenza tedesca nello sviluppo del diritto europeo della concorrenza nei primi anni della CEE era conseguenza dell'approfondita riflessione che in Germania vi era stata sui problemi della concorrenza proprio in conseguenza della tragica esperienza nazista e dell'economica "cartellizzata" ad essa strettamente connessa.

Tra i personaggi che hanno influenzato vi fu il prof. Ernst-Joachim Mestmäcker il quale fu nominato nel 1960, dietro indicazione dell'allora presidente della Commissione, Walter Hallstein, quale consulente speciale della Commissione per la concorrenza.

paragrafo 3 del Trattato, essa indica la data a decorrere dalla quale la dichiarazione prende effetto. Questa data non può essere anteriore a quella della notificazione". V. anche sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *SA Brasserie de Haecht contro Wilkin-Janssen*, Causa 48-72, *Racc.* 1973, p. 77, § 25.

³⁵ L'art. 15 comma 5, rubricato come "Ammonde", recitava: «Le ammende previste al paragrafo 2, lettera a) non possono essere inflitte per comportamenti: a) posteriori alla notificazione

alla Commissione ed anteriori alla decisione con la quale questa concede o rifiuta l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato, nella misura in cui essi restano nei limiti dell'attività descritta nella notificazione, b) anteriori alla notificazione e che restino nei limiti degli accordi, decisioni e pratiche concordate, esistenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, purché la notificazione sia stata fatta nei termini indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2».

Il prof. Mestmäcker era allievo di Franz Böhm, questo ultimo fondatore insieme a Walter Eucken della scuola di Friburgo. La nomina rifletteva la necessità della Commissione di creare la politica di concorrenza comunitaria³⁶.

Il prof. Mestmäcker rimase consulente speciale della Commissione dal 1960 al 1970 influenzando l'interpretazione dei principi degli artt. 85 CEE e 86 CEE secondo la scuola tedesca³⁷.

2. *La redazione dell'art. 86 CEE.* – Il Rapporto Spaak prevedeva che il Trattato CE disciplinasse, oltre ad una norma sul divieto di accordi, anche una norma relativa al divieto di comportamenti monopolistici delle imprese.

Dai documenti ufficiali risulta che la redazione dell'art. 86 CEE sia stata meno problematica della redazione dell'art. 85 CEE. Ciò è stato probabilmente determinato dall'assenza, al momento della redazione del Trattato, di norme simili negli ordinamenti dei sei Stati fondatori. Infatti, solo in Germania si poneva in quel periodo la necessità di introdurre nella legge di tutela della concorrenza una norma contro i comportamenti unilaterali delle imprese. Tale norma, cioè l'abuso di posizione dominante, fu poi inserita nel *GWB* all'art. 22.

Questo non evitò che nelle «schermaglie» negoziali. La Francia aveva infatti proposto una norma di divieto della dominanza delle imprese sul mercato. Questo divieto avrebbe causato gravi conseguenze per le imprese tedesche le quali, in considerazione della presenza nel territorio tedesco di numerose imprese di rilevanti dimensioni, sarebbero potute essere oggetto di tale divieto. Come noto l'art. 86 CEE formulò, nella sua versione finale, il divieto di abuso della posizione dominante sul mercato.

Ciò detto, in sede di redazione della norma la discussione si sviluppò maggior-

mente sulla modalità di limitare il potere delle singole imprese e sul se disciplinare nel Trattato il controllo delle concentrazioni, così come già previsto nel Trattato CECA³⁸ (istituto che nel Trattato CECA era stato imposto dagli Stati Uniti d'America per evitare che le imprese tedesche nel settore del carbone e dell'acciaio acquisissero nuovamente una posizione di dominanza sul mercato). Diversamente nel Trattato CEE, non ponendosi il problema relativo al Trattato CECA, gli Stati membri non inserirono un sistema di controllo delle concentrazioni, sistema che avrebbe evidentemente limitato in modo consistente l'autonomia degli Stati membri nella "gestione" dell'economia all'interno dei propri confini.

2.1. *L'attuazione dell'art. 86 CEE.* – L'art. 85 CEE, a differenza dell'art. 85 § 3 CEE, non necessita di norme di attuazione. Anzi, l'articolo presenta, come riconosciuto dalla successiva giurisprudenza CEE, i requisiti di norme avente "effetto diretto".

In assenza della necessità di norme di attuazione dell'art. 82 CEE, ed essendo essa avente "effetto diretto", l'art. 1 Reg. 17/1962, rubricato come "Disposizione di principio", recitava: "(...) Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'articolo 86 del Trattato, [è] vietat[o] senza che occorra una decisione preventiva in tal senso (...)".

III. IL SISTEMA DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86 CEE DISCIPLINATO DAL REG. 17/1962

Come noto, il primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 CEE è stato emanato il 6 febbraio 1962 – dopo circa cinque anni dalla firma del Trattato di Roma (1957) –. Il regolamento è entrato in vigore il 13 marzo 1962³⁹ ed ha

³⁶ OSKAR KLUG, *Die Problematik der amtlichen deutschen Kartellpolitik*, in LUDWIG KASTL - MAX METZNER, *Kartelle in der Wirklichkeit Festschrift fuer Max Metzner zu seinem funfundsiebzigsten Geburtstag*, Köln, Heymann, 1963, p. 153, 171.

³⁷ V. HANS FRIEDERICH ZACHER, *Grußwort, in Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum*

siebzigsten Geburtstag, ULRICH IMMENGA (a cura di), Baden - Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 24.

³⁸ SCHULZE and HOEREN, *supra* nota 8.

³⁹ Regolamento n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 82 del Trattato CEE, in G.U.C.E. P 13 del 21 febbraio 1962, p. 204.

terminato il periodo di vigenza il 30 aprile 2004. Tale regolamento, – oltre a regolare il centrale elemento della modalità di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE (art. 1 Reg. 17/1962), le conseguenze sulla particolare disciplina delle decisioni della Commissione (artt. 2-8 Reg. 17/1962) e gli organi competenti ad applicare l'art. 85 § 3 CEE (art. 9 Reg. 17/1962) – non disciplinava aspetti altrimenti non già previsti (anche se succintamente) nel CEE (1957).

Con riferimento alla competenza della Commissione, l'art. 9 comma 1 Reg. 17/1962 attribuiva all'Autorità CE la competenza esclusiva di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. A ben vedere il riconoscimento di tale competenza esclusiva era nel 1962 sostanzialmente obbligato. Una competenza decentrata del potere di autorizzazione *ex art.* 85 § 3 CEE avrebbe infatti determinato il rischio di prassi non coerenti tra le varie Autorità nazionali e la Commissione (soprattutto in un momento in cui le culture giuridiche ed economiche relative alla tutela dai cartelli tra imprese erano così differenti tra i singoli Stati membri, ed in particolare tra Germania e Francia).

Le decisioni che la Commissione poteva emanare in applicazione degli artt. 85 e 86 CEE ai sensi del Reg. 17/1962 erano la conseguenza dei due elementi sopra indicati, cioè: da una parte, la previsione del sistema di notifica per l'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE; dall'altra, la competenza esclusiva in capo alla Commissione dell'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. Infatti, tra le decisioni della Commissione disciplinate, solo gli artt. 2 Reg. 17/1962 (attestazione negativa) e 3 Reg. 17/1962 (eliminazione delle infrazioni) non riguardavano decisioni di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. Tutte le altre norme riguardavano il sistema di notifica degli accordi, e cioè: art. 4 Reg. 17/1962 (notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche); art. 5 Reg. 17/1962 (notificazione degli accordi, decisioni e pratiche esistenti); art. 6 Reg. 17/1962 (dichiarazioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3); art. 7 Reg. 17/1962 (disposizioni particolari per gli accordi, decisioni e pratiche esistenti); art. 8 Reg. 17/1962 (durata

della validità e revoca delle dichiarazioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3); art. 23 Reg. 17/1962 (regime transitorio applicabile alle decisioni delle Autorità degli Stati membri).

Il Reg. 17/1962 manteneva in capo alle Autorità nazionali la competenza ad applicare gli artt. 85 e 86 CEE, così come già ai sensi dell'art. 88 CEE. L'art. 9 § 3 Reg. 17/1962 prevedeva infatti che «fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3 o 6, le Autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86, in conformità dell'articolo [84] del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2». D'altro canto, non vi sarebbe stato motivo per eliminare tale competenza, soprattutto in presenza negli Stati membri di organi che avrebbero potuto cooperare con la Commissione per la tutela *antitrust* CE.

La competenza riconosciuta dal Reg. 17/1962 alle Autorità nazionali non si estendeva però – a differenza dell'art. 88 CEE – all'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE, competenza esclusiva della Commissione (art. 9 comma 1 Reg. 17/1962).

Inoltre, le Autorità nazionali non potevano esercitare la propria competenza *ex artt.* 85 e 86 CEE parallelamente alla Commissione riguardo ad una medesima fattispecie (art. 9 § 3 Reg. 17/1962). Infatti, in conseguenza dell'apertura di un procedimento da parte della Commissione sul medesimo caso oggetto di valutazione di un'Autorità nazionale, l'Autorità CE avocava a sé la competenza *antitrust* per poter giudicare tale fattispecie. Parimenti l'Autorità nazionale non poteva iniziare un procedimento ai sensi del diritto *antitrust* CE per casi oggetto in quel momento di un procedimento istruttorio della Commissione. Ciò non escludeva però che le Autorità nazionali potessero applicare parallelamente – sebbene nella vigenza del Reg. 17/1962 questo fosse una mera ipotesi di scuola – la competenza *antitrust* CE per la medesima fattispecie.

Al contrario, il Reg. 17/1962 non escludeva, come confermato dalla sent. *Walt Wilhelm*⁴⁰, procedimenti paralleli della Commissione e delle Autorità nazionali su di una medesima fattispecie: la Commissione ai sensi del diritto *antitrust* CE e l'Autorità ai sensi del diritto *antitrust* nazionale.

IV. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLE NORME ANTITRUST EUROPEE

Il Reg. 17/1962, così come gli artt. 88 e 89 CEE, non prevedeva – al contrario del Reg. 1/03 – alcun riferimento ai giudici nazionali; né, in primo luogo, con riferimento alla competenza di applicazione degli artt. 85 e 86 CEE, né, in secondo luogo, sotto il profilo della collaborazione con la Commissione o le Autorità nazionali.

Riguardo al *primo aspetto*, ciò era comprensibile in quanto i giudici applicavano gli artt. 85 § 1 e 86 CEE in conseguenza dell'effetto diretto di tali due norme. Essi, quindi, non necessitavano di specifiche norme che ai sensi dei regolamenti *ex art. 87 CEE* riconoscessero ad essi specifiche competenze.

Sotto questo aspetto, il Reg. 17/1962 risolveva – anche se indirettamente – uno dei problemi osservati agli artt. 88 e 89 CEE con riferimento al potere dei giudici nazionali di applicare gli artt. 85 e 86 CEE (e in particolare con riferimento all'art. 85 § 3 CEE). L'art. 1 Reg. 17/1962 infatti prevedeva – come già evidenziato – che le intese ai sensi dell'art. 85 § 1 (ma anche gli abusi di posizione dominante *ex art. 86 CEE*) erano “vietati senza che [fosse] necessaria una preventiva decisione in tale senso”. In questo modo era chiarito che i giudici nazionali, ai sensi dell'art. 1 Reg. 17/1962, applicavano gli artt. 85 § 1 e 86 CEE in considerazione del relativo effetto diretto.

Sebbene il Reg. 17/1962 avesse quindi risolto il problema relativo alla modalità

di applicazione dell'art. 85 CEE, rimaneva comunque come limite per l'applicabilità della norma da parte dei giudici nazionali il fatto che l'art. 85 § 3 CEE non disponesse di “effetto diretto”. D'altro canto, come chiarito dalla giurisprudenza *Sabam*⁴¹ e confermato dalla giurisprudenza *Delimitis*⁴², se l'art. 85 § 3 CEE fosse stata norma avente effetto diretto, la competenza esclusiva della Commissione relativa a tale norma non avrebbe potuto escludere l'applicazione di tale norma da parte dei giudici nazionali.

Sempre la giurisprudenza *Delimitis* aveva però chiarito – in conseguenza della disciplina del Reg. 17/1962 – che nel caso di intese notificate alla Commissione, i giudici non potevano decidere della fattispecie fino a quando l'Autorità CEE non avesse deciso sulla notifica stessa. Nel caso in cui la Commissione avesse rigettato la richiesta di autorizzazione, il giudice poteva però applicare l'art. 85 § 1 CEE. Nel caso di intese non notificate, i giudici potevano decidere immediatamente su tali accordi valutando esclusivamente la violazione o meno dell'art. 85 § 1 CEE, senza possibilità di valutare l'applicabilità dell'art. 85 § 3 CEE.

In secondo luogo, il Reg. 17/1962 non prevedeva norme relative al collegamento tra Commissione o Autorità nazionali (differentemente dal Reg. 1/03). Questo in quanto l'obiettivo principale del regolamento era definire, da una parte, le modalità per applicare l'art. 85 § 3 CEE e, dall'altra, definire i poteri della Commissione per realizzare gli obiettivi dell'art. 3 § 1 lett. g CEE.

V. LA CRISI E IL TRAMONTO DEL REG. 17/1962 E L'EMANAZIONE DEL REG. 1/2003

Il testo del Reg. 17/1962 negli oltre 40 anni di vigenza è rimasto sostanzialmente invariato. L'ordinamento CE nel contempo era cambiato profondamente, sia riguardo agli aspetti più propriamente

⁴⁰ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri contro Bundeskartellamt*, causa 14-68, *Racc.* 1969 p. 1.

⁴¹ Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie contro Sv Sabam e Nv*

Fonior (Sabam - Fonior), causa 127/73, *Racc.* 1974, p. 51.

⁴² Sentenza della Corte del 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis contro Henninger Bräu AG*, causa C-234/89, *Racc.* 1991 p. I-935.

normativi (le modifiche del CEE, anche in conseguenza della crescita del numero di Stati membri), sia per quanto riguarda gli aspetti più fattuali (la crescita del numero di casi rientranti nel campo di applicazione del diritto *antitrust* CE, conseguenza della “realizzazione” del mercato comune). Tali cambiamenti avevano determinato l'emersione di nuovi problemi nel sistema di tutela *antitrust* CEE, in particolare nel rapporto “verticale” tra Commissione e organi dei sistemi di tutela della concorrenza degli Stati membri.

Il rapporto “verticale” tra Commissione, Autorità e giurisdizioni nazionali divenne un aspetto rilevante del sistema *antitrust* CE all'inizio degli anni '90. Ciò è stata conseguenza del numero eccessivo di casi *antitrust* (ad es. notifiche *ex art. 85 § 3 CEE*, denunce presentate all'Autorità CE, casi iniziati d'ufficio) a cui era sottoposta la Commissione rispetto al numero di funzionari a disposizione della Direzione generale della concorrenza della Commissione stessa.

A parte il fenomeno “fisiologico” dell'aumento nel tempo del numero di denunce presentate all'Autorità CE (fatto avvenuto tanto in Europa quanto negli Stati Uniti d'America e derivante dalla crescita di fattispecie che hanno effetto sul commercio interstatale), la crescita del numero di notifiche per ottenere l'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE* – al contrario – presentava una “dinamica” esclusiva del sistema

europeo che vale la pena prendere brevemente in considerazione.

L'alto numero di notifiche depositate presso la Commissione per ottenere l'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE* era conseguenza dell'interpretazione restrittiva dell'*art. 85 § 1 CEE*. Dall'entrata in vigore del Reg. 17/1962 le imprese notificavano frequentemente le intese poste in essere in considerazione, in un primo momento, dell'incertezza di quale sarebbe stata l'impostazione della Commissione riguardo a tale norma di esenzione e, in un secondo momento, dall'inizio degli anni '70, in considerazione dell'interpretazione restrittiva dell'*art. 85 § 1 CEE* dell'Autorità CE. Le conseguenze dell'eventuale illiceità *ex tunc* delle intese non notificate (e della non applicabilità delle sanzioni nel caso di rigetto dell'esenzione e violazione dell'*art. 85 § 1 CEE*) erano per le imprese infatti tali da consigliarne la notifica.

L'alto numero di notifiche era determinato anche da un'interpretazione restrittiva dell'*art. 4 § 2 Reg. 17/1962*, norma che era stata paradossalmente prevista proprio per ridurre i casi in cui notificare intese poste in essere dalle imprese attive nello stesso territorio⁴³.

La Commissione aveva “tamponato” inizialmente il problema del numero di notifiche tramite soluzioni di carattere procedurale.

In primo luogo, negli anni '60 la Commissione aveva emanato, ad iniziare dal 1967⁴⁴, una serie di regolamenti di esen-

⁴³ Cfr. Sentenza della Corte del 18 marzo 1970, *Brauerei A. Bilger*, cit. e il commento di Koenraad Lenaerts, *Le Juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre juridique Européen* (Brussels: Bruylant, 1988), 124.

⁴⁴ Vedi Regolamento n. 67/67/CEE della Commissione, del 22 marzo 1967, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi di distribuzione esclusiva, in G.U. 57 del 25.3.1967, pp. 849-852; Regolamento (CEE) n. 123/85 della Commissione del 12 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela, in G.U. L 15 del 18.1.1985, pp. 16-24; Regolamento (CEE) n. 2349/84 della Commissione del 23 luglio 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi di licenza

di brevetto, in G.U. L 219 del 16.8.1984, pp. 15-24; Regolamento (CEE) n. 556/89 della Commissione del 30 novembre 1988 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE a categorie di accordi di licenza di know-how, in G.U. L 61 del 4.3.1989, pp. 1-13; Regolamento (CEE) n. 4087/88 della Commissione del 30 novembre 1988 concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, in G.U. L 359 del 28.12.1988, pp. 46-52; Regolamento (CEE) n. 417/85 della Commissione del 19 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi di specializzazione, in G.U. L 53 del 22.2.1985, pp. 1-4; Regolamento (CEE) n. 418/85 della Commissione del 19 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, in G.U. L 53 del

zione per categoria al fine di evitare che le imprese notificassero alla Commissione determinate categorie di accordi⁴⁵.

In secondo luogo, negli anni '80, la Commissione aveva cercato di «tampone» ulteriormente la crescita del carico di lavoro derivante dalle notifiche delle intese tramite le c.d. *comfort letter*. Con tali provvedimenti informali (c.d. anche «lettere amministrative») la Commissione avvertiva i soggetti che avevano notificato le intese che il caso presentava o meno i requisiti per ottenere l'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE* oppure che l'intesa rientrava nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione. Le *comfort letter* presentavano però il limite della loro natura di atti non vincolanti per i singoli, con l'evidente limite per la certezza del diritto⁴⁶.

Con l'inizio degli anni '90 il carico di lavoro della Commissione relativo alle notifiche e ai procedimenti di cui agli artt. 85 e 86 CEE divenne insostenibile. Tale ulteriore aumento di attività della Commissione era conseguenza del completamento del mercato interno nel 1992 e quindi della maggiore importanza del diritto *antitrust* CEE, in un momento in cui le barriere normative tra gli Stati membri venivano lentamente eliminate. Questo favo-

riva infatti gli investimenti e le attività economiche "interstatali" (*rectius* di rilevanza comunitaria) con la conseguente applicabilità – per via del pregiudizio sul "commercio tra Stati membri" – del diritto *antitrust* CEE. All'aumento del carico di lavoro si aggiungeva la lentezza con cui le richieste di esenzione *ex art. 85 § 3 CEE* erano decise dalla Commissione – anche in considerazione del limitato personale della D.G. Comp. –; tale lentezza è stata riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia⁴⁷ ed ha influito, ad esempio, anche sulla redazione del campo di applicazione della legge *antitrust* italiana⁴⁸.

Questi fatti imposero alla Commissione di trovare un modo – in assenza della modifica del Reg. 17/1962 – per ridurre il relativo carico di lavoro. Tale soluzione fu trovata dalla D.G. Comp., in cui era allora Commissario per la concorrenza Mario Monti, nel "decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* CEE" da parte delle Autorità nazionali e dei giudici nazionali, principio che ha costituito il perno del successivo (e vigente) regolamento di applicazione delle norme europee di concorrenza, il Reg. 1/03⁴⁹.

LORENZO F. PACE

22.2.1985, pp. 5-12; Regolamento (CEE) n. 82/91 della Commissione del 5 dicembre 1990 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate aventi per oggetto i servizi di assistenza a terra, in G.U. L 10 del 15.1.1991, pp. 7-8; Regolamento (CEE) n. 3932/92 della Commissione, del 21 dicembre 1992, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni, in G.U. L 398 del 31.12.1992, pp. 7-14.

⁴⁵ V. DANIEL G. GOYDER, *EC Competition Law*, 3rd edition, (Oxford: Oxford University Press, 1998), 130.

⁴⁶ V. Sentenza della Corte del 10 luglio 1980,

Anne Marty Sa c. Estee Lauder Sa, causa 37/79, *Racc.* 1980, p. 2485.

⁴⁷ Cfr. Sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *Sa Brasserie di Haecht c. Wilkin - Janssen*, causa 48/72, *Racc.* 1973, p. 77.

⁴⁸ Sul punto v. LORENZO FEDERICO PACE, *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il "vincolo comunitario" imposto al legislatore nazionale: l'art. 1 l. n. 287/90*, *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario* (2001) 6: 997.

⁴⁹ Sul problema del decentramento del diritto europeo della concorrenza, rinviamo al nostro *Decentralised Application*, in GIAN LUIGI TOSATO and LEONARDO BELLODI (eds.), *EU Competition Law: Procedure: Anti-Trust, Merger, State Aids* (Deventer: Claeys & Casteels, 2006), 215.