
DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace



Jovene editore 2013



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2013

ISBN 978-88-243-2233-1

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

Indice

<i>Note sugli autori</i>	p. VII
<i>Introduzione</i>	» IX

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 (<i>L.F. Pace</i>)	p. 3
Il <i>private enforcement</i> del diritto europeo <i>antitrust</i> : evoluzione e risultati (<i>G.A. Benacchio</i>)	» 16
Il <i>private enforcement</i> degli aiuti di Stato: l' <i>action plan</i> e le novità del 2012 (<i>E. Gambaro</i>)	» 27
Il diritto di iniziativa economica privata, il diritto <i>antitrust</i> e la tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (<i>R. Niro</i>)	» 32

II. Diritto antitrust

II.1. I divieti *antitrust* e alcuni aspetti ad essi relativi

Il concetto d'impresa (<i>G. Caggiano</i>)	» 47
Il pregiudizio al commercio tra Stati membri (<i>M. De Vita</i>)	» 59
Il concetto d'intesa (<i>M. D'Ostuni</i>)	» 69
Le pratiche facilitanti e lo scambio di informazioni (<i>C. Osti</i>)	» 77
Le intese verticali (<i>R. Pardolesi</i>)	» 80
L'abuso di posizione dominante (<i>G. Bruzzone</i>)	» 95
L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nei confronti degli Stati membri (<i>L.F. Pace</i>)	» 111
L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga <i>antitrust</i> atipica (<i>D. Gallo</i>)	» 118
I rapporti tra diritto <i>antitrust</i> e diritti di proprietà intellettuale (<i>E. Fabrizi</i>)	» 129
Il rapporto tra diritto europeo <i>antitrust</i> e diritto nazionale (<i>L.F. Pace</i>)	» 139
L'applicazione extraterritoriale dei divieti <i>antitrust</i> (<i>P. De Pasquale</i>)	» 144

II.2. Il *public enforcement* dei divieti *antitrust*

Il procedimento <i>antitrust</i> dinanzi all'AGCM (<i>S. Stella</i>)	» 155
Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria (<i>R. Garozzo</i>)	» 170
Il procedimento <i>antitrust</i> dinanzi alla Commissione (<i>M. Todino</i>)	» 184
Le decisioni della Commissione, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria (<i>E. Botti - A. Zanazzo</i>)	» 199
L'imputabilità della responsabilità delle violazioni <i>antitrust</i> e i gruppi di società (<i>L. De Sanctis</i>)	» 211
Il ruolo della Guardia di finanza nell'esercizio dei poteri istruttori da parte dell'AGCM e della Commissione (<i>A. Franceschin</i>)	» 218

II.3. Il *private enforcement* dei divieti *antitrust*

Il giudizio di merito nell'azione <i>antitrust</i> (<i>F. Valerini</i>)	» 231
La tutela cautelare nell'azione <i>antitrust</i> (<i>P. Comoglio</i>)	» 247
L'azione di classe per violazione del diritto <i>antitrust</i> (<i>G. Afferni</i>)	» 255
Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione <i>antitrust</i> (<i>S. Bariatti</i>)	» 267
Il giudice competente nel processo <i>antitrust</i> (<i>P. Catalozzi</i>)	» 275
La legittimazione attiva e passiva all'azione <i>antitrust</i> (<i>P. Fattori</i>)	» 283
Le conseguenze civilistiche dell'illecito <i>antitrust</i> (<i>E. Camilleri</i>)	» 290

Le difese dell'impresa convenuta e il <i>passing on</i> (M. Carpagnano)	p. 298
La prescrizione del diritto al risarcimento danni (M. Melpignano)	» 307
Il riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 3 Reg. 1/2003 anche con riferimento all'art. 101 § 3 TFUE (G.L. Zampa - G. Attinà)	» 312
L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano (R. Caiazzo)	» 324
La quantificazione del danno nel processo <i>antitrust</i> (G. Muscolo)	» 338
Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno <i>antitrust</i> (G. Notaro - G. Guardavaccaro)	» 347
Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione (A. Trotta)	» 361
Arbitrato commerciale internazionale e diritto <i>antitrust</i> (S. Bastianon)	» 368
II.4. I rapporti tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> dei divieti <i>antitrust</i>	
Le decisioni con impegni e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i> (A. Pera)	» 379
Le decisioni con <i>settlement</i> e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i> (S. D'Alberti)	» 388
I programmi di <i>leniency</i> e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i> (P. Cassinis)	» 397
I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e giudici nel settore <i>antitrust</i> (O. Main)	» 405
II.5. La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM e della Commissione in materia <i>antitrust</i>	
La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia <i>antitrust</i> (A. Leoni)	» 419
La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia <i>antitrust</i> (G. Gattinara)	» 429
II.6. L'<i>antitrust private enforcement</i> in alcuni paesi <i>extra</i> Unione europea	
Private enforcement of Antitrust Law in Russia (R. Dashko - A. Dergacheva - V. Semenikhina)	» 443
Private enforcement of Antitrust Law in Brasil (F. de Magalhães Furlan)	» 460
Private enforcement of Antitrust Law in the United States of America (A. Fiebig)	» 471
Private enforcement of Antitrust Law in China (T. Hu)	» 485
III. Aiuti di Stato	
III.1. Il divieto di aiuti di Stato e le relative deroghe	
Il concetto di aiuto di Stato (P. Nebbia)	» 497
Le deroghe al principio generale d'incompatibilità <i>ex</i> art. 107 §§ 2 e 3 TFUE e il Regolamento generale di esenzione per categoria (N. Landi)	» 516
Gli aiuti di Stato, l'art. 106 § 2 TFUE e la compensazione di obblighi di servizio pubblico (D. Gallo)	» 527
Il rapporto tra l'art. 107 TFUE e le altre norme dei Trattati (G. Biagioni)	» 536
La disciplina degli aiuti di Stato a finalità regionale (C. Paolini)	» 543
III.2. La disciplina di diritto secondario e i procedimenti della Commissione in materia di aiuti di Stato	
La normativa di secondo grado in materia di aiuti di Stato (N. Landi)	» 559
La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato nuovi (P. Piroddi)	» 565
La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato illegali e l'obbligo di recupero (P. Piroddi)	» 575
La procedura della Commissione relativa all'uso abusivo dell'aiuto di Stato (P. Piroddi)	» 583
La procedura della Commissione relativa agli aiuti esistenti e agli schemi di aiuti di Stato (P. Piroddi)	» 588

III.3. Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE, le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi ai giudici nazionali e il risarcimento del danno provocato dalla violazione delle norme in materia di aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea	
Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale (Diritto UE) (<i>C. Schepisi</i>)	p. 599
Gli aiuti di Stato in materia fiscale e le conseguenze della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (Diritto UE) (<i>F. De Cecco - M. Di Meglio</i>)	» 614
Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali (Diritto UE) (<i>M. Merola - T. Ubaldi</i>)	» 623
Le difese dell'impresa beneficiaria a fronte dell'ordine di recupero del giudice nazionale, <i>ex art.</i> 108 § 3 TFUE, e della Commissione e dello Stato membro, <i>ex art.</i> 107 TFUE (Diritto UE) (<i>E. Gambaro</i>)	» 638
Il risarcimento dei danni per la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (Diritto UE) (<i>F. Bestagno</i>)	» 649
Le modalità di calcolo dell'aiuto di Stato da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE) (<i>G. Biagioni</i>)	» 662
Il ruolo dell'analisi economica per il calcolo dell'aiuto da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE) (<i>P. Buccirossi</i>)	» 671
La tutela giurisdizionale contro le decisioni in materia di aiuti di Stato della Commissione (Diritto UE) (<i>G. Gattinara</i>)	» 679
III.4. Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato in Italia	
Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato in Italia (<i>D. Lucaferri</i>)	» 691
Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato fiscali in Italia (<i>M. Di Meglio</i>)	» 702
III.5. Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE, le controversie sul recupero degli aiuti illeciti e incompatibili e il risarcimento del danno provocato dalla violazione delle norme in materia di aiuti di Stato dinanzi ai giudici italiani	
La riforma della l. 234/2012 con riferimento agli aiuti di Stato (<i>S. Fiorentino - D. Gottuso</i>)	» 715
Il riparto di giurisdizione per l'applicazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (<i>A. Cioffi</i>)	» 724
Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice amministrativo (<i>M. Martinelli</i>)	» 733
Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice civile prima della riforma della l. 234/2012 (<i>A. Perin</i>)	» 750
Le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice tributario prima della riforma della l. 234/2012 (<i>A. De Stefano</i>)	» 764
Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice del lavoro prima della riforma della l. 234/2012 (<i>E. Rocchini</i>)	» 778
La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. <i>ex art.</i> 21- <i>bis</i> l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato (<i>M.A. Sandulli</i>)	» 785
Gli aiuti di Stato e la concorrenza sleale (<i>V. Falce - A. Muselli</i>)	» 796
La tutela inibitoria del concorrente nei confronti di condotte illecite ai sensi delle norme in materia di concorrenza sleale dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato (<i>A. Genovese</i>)	» 804
III.6. I rapporti tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> in materia di aiuti di Stato	
La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nel settore degli aiuti di Stato (<i>V. Vecchiatti - M. Liberati</i>)	» 813

Note sugli autori

- GIORGIO AFFERNI - *Avvocato in Genova, LL.M. (Harvard); Dottore di ricerca in Diritto privato, Università degli Studi di Pisa; Professore a contratto di Diritto privato europeo, Università degli Studi di Genova*
- GIULIA ATTINÀ - *Avvocato in Roma, Studio legale Freshfields Bruckhaus Deringer, LL.M. (King's College)*
- STEFANIA BARIATTI - *Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano. Avvocato in Milano, Socio dello Studio Legale Chiomenti*
- STEFANO BASTIANON - *Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bergamo; Avvocato in Busto Arsizio*
- GIAN ANTONIO BENACCHIO - *Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Trento; Direttore dell'Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza dell'Università di Trento*
- FRANCESCO BESTAGNO - *Professore ordinario di Diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano*
- GIACOMO BIAGIONI - *Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Cagliari; Avvocato in Pistoia*
- ELISABETTA BOTTI - *Avvocato in Bruxelles, Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*
- GINEVRA BRUZZONE - *Vice-direttore generale di Assonime, Responsabile dell'Area Attività d'impresa e concorrenza*
- PAOLO BUCCIROSSI - *Direttore e fondatore dello studio di consulenza Lear - Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione*
- GIANDONATO CAGGIANO - *Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi "Roma Tre"*
- RINO CAIAZZO - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Caiazzo Donnini Pappalardo & Associati; Professore a contratto di Diritto della concorrenza - teoria e casi, Università degli Studi "Roma Tre"*
- ENRICO CAMILLERI - *Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Palermo; Avvocato in Palermo*
- MICHELE CARPAGNANO - *Avvocato in Roma, Studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners; Direttore dell'Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza dell'Università degli Studi di Trento*
- PAOLO CASSINIS - *Direttore aggiunto della Direzione generale per la tutela del consumatore e Responsabile della Direzione clausole vessatorie, AGCM*
- PAOLO CATALLOZZI - *Giudice presso il Tribunale dell'impresa di Roma*
- ALESSANDRO CIOFFI - *Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Molise*
- PAOLO COMOGLIO - *Avvocato in Vercelli; Dottore di ricerca in Teoria generale e comparazione processuale, Università degli Studi di Urbino; Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Genova*
- SILVIA D'ALBERTI - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Allen & Overy*
- ROMAN DASHKO - *Avvocato in Mosca, Socio dello Studio legale Morgan Lewis*
- MARCO D'OSTUNI - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Cleary Gottlieb Steen & Hamilton*
- FRANCESCO DE CECCO - *Lecturer di Diritto dell'Unione Europea, Università di Newcastle*
- FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN - *Managing Partner della Furlan Associados, Brasila. Già Presidente del CADE*
- PATRIZIA DE PASQUALE - *Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università LUM Jean Monnet Casamassima - Bari*
- LAURA DE SANCTIS - *Avvocato in Roma, of Counsel Studio legale Delfino e Associati Willkie Farr & Gallagher*
- ALESSANDRO DE STEFANO - *Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura generale di Roma*
- MANFREDI DE VITA - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio Fontana Galli e Associati*
- ANASTASIA DERGACHEVA - *Avvocato in Mosca, Studio legale Morgan Lewis*
- MARIA DI MEGLIO - *Funzionario presso la Direzione relazioni internazionali del Dipartimento delle finanze*
- ENRICO FABRIZI - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio Legale R&P Legal*
- VALERIA FALCE - *Professore associato di Diritto dell'economia, Università Europea di Roma; Avvocato in Roma, Of Counsel Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*
- PIERO FATTORI - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio Legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*
- ANDRE FIEBIG - *Avvocato in Chicago, Socio dello Studio legale Baker & McKenzie*
- SERGIO FIORENTINO - *Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura generale di Roma*
- ALBERTO FRANCESCHIN - *Ufficiale della Guardia di Finanza*
- DANIELE GALLO - *Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università "Luiss - Guido Carli"*
- EDOARDO GAMBARO - *Avvocato in Milano, LL.M. (Bruges); Socio dello Studio legale Santa Maria Studio legale Associato*
- ROSARIA GAROZZO - *Funzionario presso la Direzione per gli affari giuridici e il contenzioso, AGCM*

- GIACOMO GATTINARA - *Avvocato; Membro del Servizio giuridico della Commissione europea; Dottore di ricerca, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", LL.Ms (College of Europe, Bruges; King's College, London); MA (King's College, London)*
- ANNA GENOVESE - *Professore ordinario di Diritto commerciale, Università di Verona; Avvocato in Roma*
- DANIELA GOTTUSO - *Avvocato, Ufficio legislativo del Ministro per gli affari europei*
- GILBERTO GUARDAVACCARO - *Funzionario presso la Direzione generale tutela consumatore, AGCM; Dottore di ricerca in Diritto Industriale, Università degli Studi di Pavia*
- TIE HU - *Avvocato in Pechino, Socio dello studio legale De Heng*
- NICCOLÒ LANDI - *Avvocato in Torino, Studio Legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners, LL.M. (University College Dublin)*
- ANNALaura LEONI - *Avvocato; dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi "Roma Tre"*
- MATTEO LIBERATI - *Avvocato in Cagliari; Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione Europea, Università di Cagliari*
- DORIANA LUCAFERRI - *Esperto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento delle politiche europee, Ufficio «Mercato interno, concorrenza e aiuti di Stato»*
- OMBRETTA MAIN - *Vice Segretario generale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; Responsabile a.i. della direzione rapporti comunitari e internazionali della medesima Autorità*
- MARCO MARTINELLI - *Avvocato in Roma, Studio legale Gianni, Origoni, Grippo e Partners; Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi "Roma Tre"*
- MARLENE MELPIGNANO - *Funzionario presso la Direzione Rapporti Comunitari e Affari Internazionali, AGCM*
- MASSIMO MEROLA - *Avvocato, Socio dello Studio Bonelli Erede Pappalardo; Professore di diritto della concorrenza - settore pubblico, Collège d'Europe, Bruges*
- GABRIELLA MUSCOLO - *Giudice presso il Tribunale dell'impresa di Roma*
- AURORA MUSELLI - *Dottoranda di ricerca, Università di Milano "Luigi Bocconi"; Avvocato in Roma, Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*
- PAOLISA NEBBIA - *Funzionario presso la Direzione generale per la concorrenza, AGCM*
- RAFFAELLA NIRO - *Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Macerata*
- GIOVANNI NOTARO - *Funzionario dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Ufficio del chief economist*
- CRISTOFORO OSTI - *Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi del Salento; Avvocato in Roma*
- LORENZO F. PACE - *Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi del Molise; LL.M. (Universität Hamburg); Avvocato in Roma*
- CAMILLA PAOLINI - *Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione europea; ha collaborato e collabora presso Studi legali operanti nel settore a Bruxelles*
- ROBERTO PARDOLESI - *Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Roma "Luiss - Guido Carli"*
- ALBERTO PERA - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*
- ANDREA PERIN - *Avvocato in Velletri; Dottorando di Ricerca in Diritto processuale civile, Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*
- PAOLA PIRODDI - *Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Cagliari; Avvocato in Milano*
- EMILIO ROCCHINI - *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Professore a contratto di Diritto del lavoro, Link Campus University, Roma*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI - *Professore ordinario di Diritto amministrativo e Giustizia amministrativa, Università degli Studi "Roma Tre"; Avvocato in Roma*
- CRISTINA SCHEPISI - *Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II*
- VALENTINA SEMENIKHINA - *Avvocato in Mosca, Studio legale Morgan Lewis*
- SERENA STELLA - *Dirigente presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*
- MARIO TODINO - *Avvocato in Bruxelles, Socio dello Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*
- ANDREA TROTTA - *Avvocato in Roma*
- TECLA UBALDI - *Avvocato, Studio Bonelli Erede Pappalardo*
- FABIO VALERINI - *Avvocato in Roma; Dottore di ricerca in Tutela giurisdizionale dei diritti, imprese e amministrazioni, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*
- VALERIO VECCHIETTI - *Direttore dell'Ufficio «Mercato interno, concorrenza e aiuti di Stato», Dipartimento per il coordinamento delle politiche europee presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri*
- GIAN LUCA ZAMPA - *Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Freshfields Bruckhaus Deringer LL.Ms (Queen Mary & Westfield College, Columbia University)*
- ANNAGIULIA ZANAZZO - *Avvocato in Bruxelles, Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners*

Introduzione

Il presente Dizionario è il risultato di un progetto dell'Università del Molise cofinanziato dalla Direzione generale concorrenza della Commissione europea iniziato nel febbraio 2012.

L'obiettivo del presente Dizionario è quello di offrire al pubblico un'opera che presenti, nella sua concretezza, la complessità del diritto della concorrenza e dei problemi ad esso connessi, tanto con riferimento al diritto *antitrust* e alla disciplina degli aiuti di Stato, quanto con riferimento alle problematiche del diritto dell'Unione europea ed a quelle del diritto italiano. Con questo obiettivo è stato chiesto agli autori di trattare nelle voci esclusivamente aspetti normativi, giurisprudenziali e di prassi dei singoli temi. Aspetti dottrinali sono stati volontariamente esclusi prevedendo comunque una bibliografia al termine di ogni voce per permettere successivi approfondimenti. La scelta del "taglio" della pubblicazione, appunto un Dizionario, ha permesso di prevedere un numero rilevante di voci, settantasei per la precisione, sufficiente per trattare con il giusto approfondimento i numerosi temi di un settore che ha subito negli ultimi anni una sensibile accelerazione del suo sviluppo e delle problematiche ad esso connesse.

Riguardo al diritto *antitrust*, un diritto "giovane" – nato in Europa nel 1952 con il Trattato CECA, molto dopo l'americano *Sherman Act* del 1890 – detta accelerazione è stata determinata dall'abbandono del Reg. 17/1962 e dall'emanazione del regolamento di modernizzazione, Reg. 1/2003, di cui quest'anno ricorrono i 10 anni dalla pubblicazione. Con riferimento al *public enforcement*, il Reg. 1/2003, ad esempio, ha disciplinato una pluralità di nuovi istituti (decisioni d'impegni, decisioni di transazione, ecc.), così come ha determinato la nascita della Rete europea di autorità *antitrust* e la crescita di importanza di altri istituti (ad es. i programmi di *leniency*). Queste modifiche a livello europeo hanno determinato degli sviluppi sostanzialmente speculari a livello nazionale. Con riferimento al *private enforcement* delle norme *antitrust*, il legislatore europeo aveva emanato il Reg. 1/2003 con l'obiettivo, da una parte, di decentrare l'applicazione del diritto europeo *antitrust* e, dall'altra, di facilitare la tutela dei diritti riconosciuti dagli artt. 101 e 102 TFUE dinnanzi ai giudici nazionali. Sotto questo secondo aspetto il legislatore europeo ha dimostrato gli attuali limiti del sistema europeo non essendo riuscito ancora ad emanare, a quasi 10 anni dall'emanazione del relativo *Libro verde*, una normativa specifica sul *private enforcement*. Ritardi e carenze i cui effetti sono stati in qualche modo limitati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tali mancanze non hanno però limitato lo sviluppo del *private enforcement* a livello nazionale anche se con risultati differenti tra Stati membri. A fronte di ciò, il sistema italiano – anche in conseguenza delle oltre 110.000 cause di risarcimento danni presentate a seguito della decisione "R.C. Auto" dell'AGCM – è riuscito a definire con rapidità – nonostante il ritardo con cui l'Italia si è dotata di una normativa *antitrust* rispetto ad altri Stati europei – dei principi specifici relativi all'azione *antitrust*, dietro le puntuali indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con riferimento agli aiuti di Stato, le modifiche del settore sono state, a livello europeo, meno rilevanti rispetto quelle del settore *antitrust*. In particolare, i principi relativi alla disciplina degli aiuti di Stato (ad es. le conseguenze della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE e degli obblighi di recupero degli aiuti illegali e incompatibili) sono stati chiaramente definiti nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In Italia vi è stata una certa difficoltà nell'attuare tali principi, in particolare con riferimento al recupero degli aiuti illegali e incompatibili, e ciò in conseguenza di una serie di differenti motivi: il differente livello tra la responsabilità della violazione di tali divieti (cioè il livello statale) e il livello in cui gli aiuti possono essere concessi (non solo

statale ma anche regionale e locale); i problemi derivanti dall'assenza di procedure di recupero definite normativamente; la "riottosità" dei giudici italiani ad adeguarsi ai principi europei sul punto; le differenze derivanti dalle giurisdizioni dinanzi alle quali gli ordini di recupero potevano essere impugnati (civile, amministrativo, tributario e del lavoro). Queste importanti carenze sono state risolte, in buona parte, dalla recente legge 24 dicembre 2012, n. 234, che ha introdotto per la prima volta a livello nazionale una disciplina organica in materia di aiuti di Stato prevedendo, inoltre, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione dei provvedimenti in materia di aiuti di Stato.

Il Dizionario ha cercato di individuare una voce per ognuno di questi temi.

Desidero ringraziare vivamente tutti gli autori e formulare un particolare ringraziamento a Rino Caiazzo, Enrico Camilleri, Alessandro De Stefano e Marina Tavassi per i consigli relativi alla redazione dell'elenco delle voci.

Roma, 20 aprile 2013

L.F.P.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

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 L'ATTUAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86 CEE. – 1. La redazione e l'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 e l'attuazione dell'art. 86 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 più di mezzo secolo fa e non più in vigore, permette di apprez-

zare 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. 1/2003, permette di apprezzare l'importanza del Reg. 17/1962 a tal fine.

Con il senno di poi, dopo gli importanti cambiamenti del Reg. 1/2003 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, entrerà in vigore 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 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 economica privata. 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” alla “cartellizzazione” di quegli anni.

E infatti concretamente il sistema del Reg. 17/1962 (e in particolar 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, 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 in Europa 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.

Questa evoluzione permette di chiarire il perché della 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 L'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 espresso 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 statunitensi presenti nella sede nell'Am-

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

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

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-

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.

basciata americana di Parigi che forniscono 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. Come già detto, 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 e l'attuazione dell'art. 85 CEE.* – Con riferimento al divieto di cartelli, la redazione dell'art. 85 CEE (1957)

rappresenta un interessante fenomeno 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 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 tedesco una Commissione 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,

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-

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.

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 sostenevano, al contrario, la necessità di formulare una norma che vietasse i cartelli e ne escludesse la relativa efficacia giuridica successivamente all'accertamento dell'illiceità del cartello¹⁷. Questa scelta avrebbe determinato una situazione non

molto differente dal precedente periodo dal momento che tale divieto sarebbe stato applicato, come nell'esperienza francese, secondo un principio *ex post* e caso per caso e 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 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*

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* nota 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.

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

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 i comportamenti 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 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, però, la Francia disponeva già nel 1952, cioè prima della ne-

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, rinviando 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 expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, allant

pour objet ou pouvant avoir pour effet d’entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l’abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix».

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

«Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les 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.

goziazione 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 «concessione» 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 momento di esitazione, proposero una norma contenente il principio del divieto senza eccezioni, qualificando tale proposta come unica e immodificabile²⁶.

A fronte di tale proposta i rappresentanti francesi, così come le altre rappre-

sentanze, 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 divenuto, 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

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.

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

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.

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

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 pratiche", 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 notifi-

cati, 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, 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.

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 CEE (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 questo sviluppo vi fu il prof. Ernst-Joachim Mestmäcker il quale fu nominato nel 1960, dietro indicazione dell'allora presidente della Commissione, Walter Hallstein, consulente speciale della Commissione per la concorrenza.

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

³⁵ L'art. 15 comma 5, rubricato come "Amende", 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 de-

scritta 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».

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 maggiormente sulla modalità di limitare il potere delle singole imprese e sul se disciplinare nel Trattato il controllo delle concentra-

zioni, 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 necessitava (e 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 terminato il periodo di vigenza il 30 aprile 2004. Tale regolamento – oltre a regolare

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.

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 Trattato 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 88 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* CEE.

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 CEE 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* CEE 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* CEE 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 normativi (le modifiche del CEE, anche in conseguenza della crescita del numero di

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.

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* europeo 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 CEE, 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 avevano 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 CEE. Le conseguenze dell'eventuale illiquidità *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 prevista paradossalmente proprio per ridurre i casi in cui notificare intese poste in essere da 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 esenzione per categoria al fine di evitare che le

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 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, deci-

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. concorrenza –; tale lentezza era 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 per ridurre il relativo carico di lavoro. Tale soluzione fu trovata dalla D.G. concorrenza, in cui era allora Commissario per la concorrenza Mario Monti, nel "decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* europeo" da parte delle Autorità 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

sioni 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.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* del diritto europeo *antitrust*: evoluzione e risultati

Sommario: I. PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT E COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA. – II. ALLE ORIGINI DEL PRIVATE ENFORCEMENT EUROPEO. – III. PRINCIPI E REGOLE COMUNITARIE IN TEMA DI PRIVATE ENFORCEMENT: I DOCUMENTI DI SOFT LAW. – IV. PRINCIPI E REGOLE ELABORATE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

I. PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT E COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA

Il *private antitrust enforcement*, vale a dire quel meccanismo che consente ad imprese o a privati cittadini (dal 2010 anche tramite azione collettiva) la tutela civilistica di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento anticompetitivo e che permette, in particolare, di agire per ottenere vuoi il risarcimento del danno, vuoi misure cautelari nei confronti di quelle imprese che abbiano violato le regole *antitrust* europee, è nato e si è sviluppato nel solco della disciplina della concorrenza e non in quello del diritto privato (diritto dei contratti o responsabilità civile). Ciò ha determinato una prima importante conseguenza per il nuovo istituto sottratto, di fatto, alla disciplina e alla evoluzione del diritto privato europeo. Di esso in effetti non c'è traccia non solo nelle direttive di armonizzazione del diritto privato o nei regolamenti di uniformazione ma neppure nei grandi progetti di armonizzazione come, ad esempio, il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) oppure il *Draft Principles of European Tort Law* (PETL). L'istituto ha trovato invece la sua sede naturale nell'ambito della disciplina della concorrenza e, in particolare, della disciplina *antitrust*.

Che la disciplina della concorrenza a livello comunitario appartenga alla categoria delle competenze "esclusive" dell'Unione europea non vi è alcun dubbio: l'art. 3 del TFUE testualmente sancisce la competenza esclusiva dell'Unione per quanto riguarda la «definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno».

Qualche dubbio, invece, potrebbe riguardare proprio il c.d. *private enforcement* della concorrenza.

In quanto non strettamente correlato alla definizione di regole sulla concorrenza bensì di regole sui criteri e modalità di tutela civilistica di un diritto soggettivo, la disciplina del *private enforcement* dovrebbe appartenere alla categoria delle competenze *concorrenti*, elencate all'art. 4 TFUE, elenco che comprende materie quali "mercato interno" e "protezione dei diritti dei consumatori" nelle quali si potrebbe collocare, così come avviene per la gran parte delle materie del diritto privato europeo, la disciplina del risarcimento del danno cagionato ad un privato da un'altra persona, fisica o giuridica, privata.

Trattandosi di competenza non esclusiva dell'UE, si deve allora applicare la regola, dettata dal c.d. "principio di sussidiarietà", secondo la quale tali competenze (concorrenti) possono essere esercitate dall'Unione solo se «gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (...) ma possono (...) essere conseguiti meglio a livello di Unione» (art. 5, comma 3, TUE). Ciò significa che, in linea di principio, la competenza a disciplinare il *private enforcement* spetta agli Stati, salvo che l'UE non decida di intervenire ma solo se dimostra che le sue misure possono avere una efficacia maggiore rispetto a quelle eventualmente adottate singolarmente dagli Stati membri.

A rafforzare questa ricostruzione occorre un'altra norma in base alla quale gli Stati membri sono tenuti a stabilire i «rimedi necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (art. 19, comma 2, TUE). Se apparentemente la norma sembra attribuire agli Stati membri la competenza ad assicurare tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dall'Unione europea, in realtà essa costituisce la piena legittimazione delle Istituzioni di Bruxelles ad agire in luogo degli

Stati, esercitando quel potere che deriva dal principio di sussidiarietà che permette agli organi dell'Unione di giustificare l'adozione di un'azione unitaria in funzione del raggiungimento di quella «... tutela giurisdizionale effettiva» che molto difficilmente potrebbe essere raggiunta da tutti gli Stati senza un efficace coordinamento centralizzante. Come vedremo oltre, tale disposizione è stata effettivamente utilizzata dalla Corte di giustizia per imporre agli Stati membri, in assenza di una disciplina positiva sul risarcimento del c.d. danno *antitrust*, regole minimali vincolanti.

Fatto sta che, mancando allo stato attuale una organica disciplina comunitaria, è compito degli Stati membri disciplinare la materia del risarcimento del danno da illecito *antitrust*, ovviamente nel quadro delle regole dei Trattati, delle disposizioni contenute in alcuni sporadici interventi comunitari, dei principi generali del diritto UE e, soprattutto, dei principi e regole sancite in questi ultimi anni dalla Corte di giustizia in materia.

A dire il vero, il tema è talmente delicato e complesso che molti Stati sembrano preferire di attendere indicazioni più precise da parte dell'Unione per evitare o di adottare soluzioni che poi possono essere contestate e bocciate da parte dei giudici di Lussemburgo, o di dover rivedere una loro eventuale normativa alla luce di successive disposizioni comunitarie, affidando nel frattempo alla giurisprudenza nazionale l'individuazione delle regole e delle soluzioni caso per caso. L'aspettativa dei legislatori nazionali è stata alimentata anche da una bozza di proposta di direttiva, circolata negli ultimi anni, mai pubblicata e successivamente arenatasi negli uffici di Bruxelles¹.

Il dato sulla competenza è estremamente importante per due motivi: *a*) la disciplina, attuale e futura, del *private antitrust enforcement* si colloca (e si dovrà sempre collocare) nel solco del diritto *an-*

itrust europeo, nel rispetto delle sue finalità, degli obiettivi, delle regole e dei principi comunitari; *b*) la giurisprudenza della Corte di giustizia costituisce e continuerà a costituire, anche in presenza di una eventuale espressa regolamentazione positiva europea e/o nazionale, il principale punto di riferimento sia per colmare i vuoti normativi, sia per creare nuove regole vincolanti, sia per valutare la conformità dei diritti nazionali e delle loro soluzioni giurisprudenziali al diritto dell'UE.

II. ALLE ORIGINI DEL PRIVATE ENFORCEMENT EUROPEO

Il *private antitrust enforcement* nasce dunque più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive.

Le istituzioni comunitarie, e in primo luogo la Commissione, in questi ultimi anni hanno premuto per una politica di decentramento nell'applicazione del diritto *antitrust*; il numero sempre maggiore di Stati membri e il conseguente aumento delle possibili violazioni del diritto europeo hanno richiesto un allargamento dei soggetti, pubblici o privati comprese le persone fisiche, che possano in qualche modo contribuire a fare emergere e reprimere tali violazioni.

Ciò è avvenuto mediante due strumenti, quello normativo e quello giurisprudenziale.

Infatti, da un lato il Reg. 1/2003² ha attribuito agli Stati membri, in particolare alle varie autorità garanti amministrative, compiti e funzioni prima appartenute alla Commissione, in merito all'accertamento delle violazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e all'applicazione delle relative sanzioni; dall'altro lato la Corte di giustizia, seguita poi da alcune formali iniziative della Commissione, ha sancito il diritto

che, molto probabilmente, sarà presentata nel corso del 2013.

² Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

¹ Si tratta del documento denominato *Proposal for a Directive on rules governing damages actions for infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty* (2009). Nell'Agenda 2012 della Commissione UE era in programma la presentazione e la discussione di una rinnovata proposta di direttiva

degli individui, cittadini o imprese, di agire presso le Corti nazionali per instaurare azioni civili volte sia a far cessare comportamenti contrari alle regole comunitarie, sia ad ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti.

L'origine giurisprudenziale del *private enforcement* è incontestabile. Se non ci fosse stato il deciso intervento della Corte di giustizia, secondo la quale il diritto delle vittime al risarcimento del danno *antitrust* è un diritto garantito dall'ordinamento comunitario, molto probabilmente gli Stati dell'Unione europea avrebbero continuato a procedere in ordine sparso, chi piuttosto riluttante, come Francia e Germania, a riconoscere il risarcimento del danno e chi tendenzialmente favorevole, come i Paesi di *Common law*, chi riconoscendolo a determinate condizioni e chi ad altre, tanto che il noto studio *Ashurst*³, pubblicato nel 2004, definisce il panorama europeo in tema di *private enforcement* come caratterizzato da uno «sottosviluppo totale».

Oggi la situazione è mutata, grazie soprattutto ad alcuni fondamentali interventi della Corte di giustizia; è vero che la mancanza di una legislazione uniforme continua a generare incertezze e dubbi nella dottrina, nella giurisprudenza e negli stessi operatori economici, ma almeno le decisioni della corte di Lussemburgo hanno contribuito alla formazione di una sia pure embrionale forma di armonizzazione e, soprattutto, permettono di affermare che, oggi, il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale è riconosciuto in tutti gli Stati membri, alcuni dei quali hanno anche emanato apposite discipline normative, mentre altri, come l'Italia, si affidano ancora alla giurisprudenza.

³ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules*, reperibile sul sito della Commissione europea. Si tratta del primo studio, in chiave comparatistica, che dipinge la situazione negli allora 25 Stati membri e dal quale emerge una diversità di modelli di applicazione giudiziale delle regole comunitarie sulla concorrenza; il documento registra, nel periodo 1957-2003, poco più di 60 casi di azioni di risarcimento danni decise dalle Corti nazionali fondate sulla violazione tanto delle norme nazionali quanto di quelle comunitarie in tema di concorrenza.

⁴ C. giust. CE, 30 gennaio 1974, C-127/73, *Bel-*

giù che ha reso possibile l'intervento della giurisprudenza comunitaria è stato il principio, anch'esso di origine giurisprudenziale, della "diretta applicabilità" degli artt. 101 e 102 TFUE. Fin dal lontano 1974 la Corte di giustizia, decidendo il caso *BRT e SABAM*, riconobbe che «per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. [101 § 1 e 102 TFUE] sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli» e che «detti articoli attribuiscono direttamente [ai singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare»⁴.

Già a seguito di questa decisione i giudici nazionali avrebbero avuto la possibilità di concedere ai singoli l'opportunità di far valere non solo l'unica sanzione espressamente prevista dell'art. 101 TFUE, vale a dire la nullità dell'accordo lesivo della concorrenza, ma anche il principio generale del risarcimento del danno cagionato da un comportamento contrario alla legge.

Tuttavia, salvo qualche sporadico caso, i giudici degli Stati membri hanno dimostrato per lungo tempo una certa diffidenza ad accogliere azioni civili da parte di privati e accordare il risarcimento del danno.

È solo a seguito della nota sentenza *Courage* del 2001⁵ della Corte di giustizia che il *private antitrust enforcement* entra prepotentemente anche nelle aule giudiziarie nazionali provocando un intenso e quanto mai ampio dibattito dottrinale; i convegni, i seminari, le pubblicazioni e gli studi si moltiplicano in modo esponenziale, sia a livello nazionale che comunitario. Data l'assenza di una disciplina comunitaria, la sentenza del 2001, insieme alla successiva sentenza *Manfredi*, del 2006⁶, rappresentano ancora oggi il punto

gische Radio en Televisie c. SV Sabam e NV Fonior. La diretta applicabilità da parte delle giurisdizioni nazionali degli attuali artt. 101, §§ 1 e 2, e 102 TFUE è stata successivamente consolidata dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* (28 febbraio 1991, C-234/89), *Guérin automobiles* (18 marzo 1997, C-285/95) e *Masterfood* (14 dicembre 2000, C-344/98) ed esplicitamente sancita a livello normativo soltanto con l'articolo 6 del Reg. 1/2003.

⁵ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*.

⁶ C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*.

di riferimento essenziale per l'applicazione del *private enforcement*.

Per comprendere l'importanza delle affermazioni contenute nella sentenza *Courage* è indispensabile premettere che l'intervento dei giudici comunitari era stato richiesto dalla *Court of Appeal* per sapere se, nel caso di specie, la parte contraente di un contratto concluso in violazione dell'art. 101 TFUE potesse non solo far valere la nullità dell'accordo ma ottenere anche il risarcimento del danno subito. La richiesta del giudice britannico era dettata dal fatto che, nell'ordinamento inglese, non è consentito ad una delle parti di un accordo illecito esperire un'azione di risarcimento danni nei confronti della controparte, tanto più che, secondo un'interpretazione fornita fino allora sempre dalla *Court of Appeal*, l'art. 85 TCE (ora 101 TFUE) sarebbe diretto a tutelare i terzi, concorrenti o consumatori e non anche le parti dell'accordo illecito che sarebbero entrambe, infatti, le responsabili e non le vittime della restrizione vietata.

La risposta della Corte di giustizia è stata ferma e decisa: la piena efficacia dell'articolo 81 TCE (ora 101 TFUE) e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito all'articolo 81 § 1 TCE (ora 101 § 1 TFUE), sarebbero messi in discussione «se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza» (punto 26).

Il diritto al risarcimento del danno «rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. In quest'ottica, le azioni di danno incardinate dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità»⁷.

Una volta stabilito il principio che «qualunque danneggiato» ha diritto di chiedere il risarcimento del danno a carico di chi abbia violato le regole *antitrust*, la corte precisa però che tale legitti-

mazione può venire meno qualora la parte danneggiata abbia avuto una «responsabilità significativa»⁸ nella distorsione della concorrenza, dal momento che, come avviene nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito.

Dopo queste due importanti affermazioni la Corte, in considerazione del sistema di ripartizione delle competenze tra Stati e Unione, a cui sopra abbiamo accennato, è costretta poi a precisare che, in mancanza (e in attesa) di una eventuale disciplina comunitaria, spetta comunque all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato stabilire o individuare le condizioni e le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, «purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)»⁹.

III. PRINCIPI E REGOLE COMUNITARIE IN TEMA DI *PRIVATE ENFORCEMENT*: I DOCUMENTI DI *SOFT LAW*

Paradossalmente l'Unione europea, pur avendo dato un decisivo impulso alla risarcibilità del danno *antitrust*, fatica a trovare il consenso necessario per disciplinare in via normativa l'istituto, come dimostra anche la vicenda della direttiva del 2009, disciolta prima ancora di essere formalizzata come semplice bozza.

Basti pensare che è soltanto con l'entrata in vigore del Reg. 1/2003 sull'applicazione delle regole di concorrenza (c.d. «modernizzazione della politica di concorrenza») che al *private enforcement* viene formalmente fornita una prima timida base giuridica propria. Il considerando n. 7 afferma infatti che le giurisdizioni nazionali «tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare ac-

⁷ *Ibidem*, punto 27.

⁸ *Ibidem*, punto 31.

⁹ *Ibidem*, punto 29.

cordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri».

L'art. 101 § 2 TFUE in tema di accordi vietati si limita a dettare una sola norma di diritto civile, vale a dire la sanzione della "nullità di pieno diritto" dell'accordo illecito, mentre non si pronuncia l'art. 102 TFUE in tema di abuso. Nulla viene detto poi in tema di risarcimento del danno.

Nessun'altra norma, di diritto primario o secondario, dell'Unione Europea contiene ulteriori riferimenti alle azioni dei privati di fronte ai giudici nazionali, e meno ancora alle regole o ai principi di diritto privato e processuale applicabili. Nulla, ad esempio, viene detto sull'onere della prova, sulla quantificazione del danno, sulla prescrizione dell'azione di risarcimento del danno *antitrust* e su tutti gli altri elementi che dovrebbero contribuire a creare un quadro preciso di riferimento sia per il giudice sia per le parti stesse. Ancora più carente è il diritto comunitario nel sancire i poteri inibitori dei giudici.

Ed è proprio l'assenza di una normativa uniforme o anche di sola armonizzazione uno dei principali ostacoli ad una efficace tutela giudiziale. Se, come sopra ricordato, in assenza di una disciplina europea è competenza di ciascun ordinamento nazionale definire «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario»¹⁰, ciò fa emergere tutta la varietà e la diversità dei singoli modelli nazionali di tutela risarcitoria anche in ordine a singoli aspetti procedurali che vanno dalla legittimazione ad agire all'ammissibilità dei danni punitivi e così via.

Ne consegue una generale e notevole incertezza, che coinvolge il danneggiato e il danneggiante, su quello che potrà essere non solo l'esito del giudizio ma anche l'andamento dello stesso nelle varie fasi del procedimento, a detrimento sia del-

l'applicazione effettiva delle regole di concorrenza, come avevano paventato i giudici della sentenza *Courage*, sia di una loro applicazione uniforme e coerente.

Alle scarse disposizioni normative sul tema si contrappongono, invece, numerosi documenti, sia pur privi di efficacia vincolante, ma fondamentali punti di riferimento per i legislatori e le giurisdizioni nazionali.

Si tratta di documenti della Commissione, quali Libri verdi, Libri bianchi, proposte di direttiva, comunicazioni, relazioni, ma anche risoluzioni del Parlamento e così via dai quali emerge tutta l'importanza che le Istituzioni europee attribuiscono al *private enforcement* e al risarcimento del danno *antitrust* in particolare.

Le proposte della Commissione, anche se non hanno alcun valore vincolante, sono estremamente importanti non solo perché offrono ai legislatori e ai giudici un preciso indirizzo ma, soprattutto perché, come è ormai noto, la Corte di giustizia, quando è chiamata a valutare la conformità di una regola o di una prassi nazionale al diritto comunitario, molto spesso si avvale proprio delle valutazioni proposte dalla Commissione. Pertanto è molto probabile che le soluzioni adottate negli ordinamenti giuridici nazionali saranno ritenute dalla Corte, in eventuali giudizi di rinvio o di inadempimento, conformi o meno al diritto comunitario alla luce, anche, delle valutazioni espresse dalla Commissione.

Per questa ragione non è possibile ignorare le posizioni e le indicazioni espresse nei diversi documenti di *soft law* in relazione ai principali problemi che possono scaturire dalle azioni di risarcimento del danno *antitrust*, problemi che ancora oggi sono affrontati nelle tavole rotonde, nei dibattiti, nei convegni e pubblicazioni varie, dalla dottrina, dai giudici, dagli operatori del diritto.

Il primo importante documento elaborato dalla Commissione europea è stato il *Libro verde* del 2005¹¹. L'obiettivo era

¹⁰ Si vedano le sentenze 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani*, punto 27; *Courage e Crehan*, cit., punto 29; *Manfredi*, cit., punto 62.

¹¹ *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 19 dicembre 2005, COM(2005) 672 def. Si consiglia la

quello di invitare esperti ed operatori degli Stati membri ad indicare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema efficace per la presentazione di domande di risarcimento del danno.

Il *Libro verde* invitava gli operatori ad esprimersi su una serie di questioni ritenute fondamentali per uno sviluppo efficace ma anche armonizzato del *private enforcement* e possono essere così riassunte:

– il requisito soggettivo dell'atto illecito deve necessariamente presupporre l'esistenza di una colpa del danneggiante (come in alcuni Stati) oppure si può prevedere una responsabilità oggettiva (come in altri Stati)?

– Il risarcimento del danno deve essere parametrato al danno subito dall'attore oppure anche in relazione al profitto illecito ottenuto dell'autore della violazione? Si può immaginare un risarcimento pari al doppio o al triplo del danno, allo scopo di aumentare l'effetto deterrente? Gli interessi dovranno decorrere dalla data della violazione o dalla data in cui si è verificato il pregiudizio? Nei casi di maggiore difficoltà di dimostrazione dell'entità del danno si può pensare ad una quantificazione in via equitativa?

– È possibile per il convenuto far valere la c.d. "eccezione di trasferimento del danno" ed evitare il risarcimento dimostrando che l'attore ha traslato il maggior prezzo sul successivo acquirente della catena distributiva?

– Dato che molto spesso i danni cagionati da un comportamento illecito di una o più imprese, se sono ripartiti tra migliaia di consumatori, rendono praticamente impossibile o quanto meno antieconomico esperire un'azione da parte del singolo a causa dei costi, degli oneri, dei ritardi, delle incertezze che ne possono derivare all'attore, quale tipo di azione collettiva si potrebbe introdurre?

– Quali possono essere gli effetti della

decisione dell'Autorità garante? Una volta che l'Autorità nazionale abbia accertato una violazione del diritto comunitario, l'accertamento deve essere vincolante anche per il giudice del risarcimento? E se una impresa ha aderito al programma di clemenza, favorendo così la ricerca delle prove e la valutazione dei fatti da parte dell'Autorità, si dovrebbe poi ridurre l'entità del risarcimento o questa deve rimanere immutata e rispondente al danno effettivamente subito?

Tutte queste questioni rappresentano tutt'ora i punti cruciali dell'istituto e su di esse si concentrano dibattiti e prese di posizione in vista di una futura legislazione, sia essa nazionale che europea.

Il *Libro verde* è stato poi pienamente condiviso e rafforzato dalla *Risoluzione del Parlamento europeo*, del 2007¹², che ha aggiunto importanti proposte allo scopo di rendere sempre più agevole avviare un'azione per il risarcimento del danno sul presupposto che le regole comunitarie di concorrenza «non avrebbero un effetto dissuasivo e la loro efficacia sarebbe compromessa se coloro che tengono comportamenti vietati potessero (...) godere dell'immunità per le violazioni commesse, a causa di ostacoli al procedimento di risarcimento del danno». Così essa aggiunge proposte rivolte a favorire un accordo amichevole e stragiudiziale; a considerare un'attenuante l'aver risarcito il danno prima ancora dell'esito finale del procedimento; a considerare vincolanti, al fine di una applicazione uniforme delle regole sulla concorrenza, per tutti gli Stati membri la decisione adottata da una qualsiasi giurisdizione o Autorità garante nazionale; a ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza molto spesso il danneggiato rispetto alla controparte; a suggerire le modalità di quantificazione del danno, che dovrebbe essere limitato al danno emergente e al lucro cessante onde evitare ingiustificati arricchimenti; ad impedire

lettura anche del *Working Paper* dei servizi della Commissione, SEC(2005)1732, annesso al *Libro verde*, del rapporto del Parlamento Europeo, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, dell'aprile 2007 nonché del rapporto dell'*Office of Fair Trade, OFT*,

Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, aprile 2007.

¹² Risoluzione del 25 aprile 2007, in G.U.U.E., n. C-74 E/653 del 20 marzo 2008.

la possibilità per il convenuto di esercitare il *passing on defence*; a consentire azioni collettive anche mediante l'intervento di associazioni di categoria; a sospendere il termine di prescrizione dal momento in cui la Commissione o una qualunque Autorità garante abbia iniziato un'indagine, e così altre proposte ancora.

La duplice valenza dell'istituto del *private enforcement* che dovrebbe, in definitiva, fungere anche da deterrente nei confronti delle imprese che non rispettino le regole *antitrust*, ritorna in quasi tutti i documenti della Commissione, tra i quali il *Libro bianco* del 2008¹³.

Si tratta del documento forse più importante tra quelli elaborati dalla Commissione perché, dopo avere ribadito il principio che «il risarcimento del danno è garantito dal diritto comunitario» e avere stigmatizzato la situazione europea (presenza di diversi «ostacoli di natura giuridica e procedurale»; sostanziale «inefficacia attuale delle azioni di risarcimento del danno *antitrust*»), dopo avere esaltato gli effetti benefici del *private enforcement* (effetto deterrente e una concorrenza più effettiva), nonché i problemi che potrebbero derivare da una non corretta disciplina nazionale o eccessivamente diversificata da Stato a Stato (quali, *in primis*, l'incertezza del diritto), si dedica quasi esclusivamente a formulare proposte per la soluzione dei principali problemi che si pongono nell'attuazione del diritto al risarcimento del danno.

Tali proposte tengono conto dei diversi modelli giuridici degli Stati membri e delle diverse tradizioni giuridiche presenti. Esse suggeriscono una o più soluzioni alternative per ciascuno dei principali problemi individuati e rappresentano un interessantissimo studio comparati-

stico su quelli che sono, oggi, i diversi modelli giuridici nazionali.

L'obiettivo dalla Commissione è quello di indirizzare, in assenza di una normativa europea, legislatori e giudici nazionali ad adottare soluzioni che permettano una più ampia convergenza possibile, in modo da giungere se non ad un modello unico, quanto meno ad un insieme di modelli sia pure diversificati, ma il più possibile armonizzati, allo scopo di evitare eccessive disparità di trattamento, di garantire una più efficace tutela del danneggiato e, soprattutto, di assicurare una concorrenza effettiva all'interno del mercato unico.

Le proposte del *Libro bianco*, spaziano da temi più di natura processuale, quali la «legittimazione ad agire» (in particolare la questione delle azioni rappresentative e delle azioni collettive con modalità *opt-in*)¹⁴, la «prova del danno» subito e la possibilità di «accedere agli elementi di prova» (al fine di superare il contrasto tra l'asimmetria informativa danneggiato/autore dell'illecito e l'esigenza di garantire la riservatezza delle imprese), il *dies a quo* ai fini della prescrizione dell'azione di risarcimento¹⁵, fino a temi più strettamente civilistici, quali il presupposto soggettivo dell'illecito (colpa o responsabilità oggettiva?), la quantificazione del danno¹⁶, il problema del trasferimento del sovrapprezzo (*passing on theory*), fino al tema, sempre più attuale ed estremamente delicato che riguarda il valore del precedente.

Quest'ultima questione attiene alla possibilità di concepire un sistema in base al quale una volta adottata dalla Commissione o da una qualsiasi delle ventisette Autorità garanti, una decisione definitiva, questa possa divenire vinco-

¹³ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 2 aprile 2008, COM(2008) 165 def.

¹⁴ Il Comitato economico del Parlamento europeo ha commissionato una ricerca per analizzare lo stato delle azioni collettive in Europa; i risultati, estremamente interessanti, si possono esaminare nel documento intitolato *Collective Redress in Antitrust* pubblicato sul sito della Commissione europea.

¹⁵ Sull'argomento cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione annesso al *Libro verde* sulle azioni di danno, *Working Paper SEC(2005)1732*, p. 74.

¹⁶ Un documento, denominato «Bozza di documento di orientamento», molto corposo e complesso, è stato diffuso nel giugno 2011 con il titolo «Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato FUE», disponibile sul sito della Commissione europea.

lante per tutti i giudici e le Autorità garanti degli altri Paesi.

La Commissione tiene molto al raggiungimento di questo obiettivo in quanto è il solo sistema che permetterebbe di evitare decisioni contraddittorie, che garantirebbe una maggiore certezza del diritto incrementando, allo stesso tempo, l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento danni.

Attualmente in tutti gli ordinamenti europei ogni giudice nazionale è tenuto ad attenersi alle decisioni della Commissione, visto l'art. 16 Reg. 1/2003¹⁷.

Ma nella maggior parte degli ordinamenti, compreso quello italiano, non vi è nessuna norma che obblighi il giudice ad attenersi a quanto deciso dall'Autorità garante, né tanto meno a quanto deciso da una Autorità garante appartenente ad un altro Stato membro.

L'uniforme applicazione delle regole di concorrenza nel mercato unico passa anche attraverso il riconoscimento di una forza vincolante intracomunitaria ai provvedimenti delle Autorità di concorrenza, sempre e quando il provvedimento *de quo* abbia valore definitivo, sia stato emanato da una Autorità competente e i destinatari del provvedimento abbiano potuto effettivamente far valere le proprie ragioni nel procedimento amministrativo. In questo modo i danneggiati potranno provare la violazione della normativa *antitrust* semplicemente allegando la decisione dell'Autorità, anche straniera.

È questa la posizione che la Commissione assume nel *Libro bianco*, posizione in linea con il modello tedesco scaturito dalla riforma della Legge sulla concorrenza (*GWB*) nella quale viene sancito, per il giudice nazionale, il carattere vincolante di una decisione amministrativa (definitiva) emessa non solo dall'Autorità nazionale di concorrenza ma anche da ogni altra Autorità di qualsiasi altro Stato membro.

Al *Libro bianco* ha fatto seguito, nel

2009, una *Risoluzione* del Parlamento europeo¹⁸. Si tratta di un documento altrettanto significativo perché, adottato quando il dibattito sulle azioni di danno *antitrust* si trova ormai in uno stato decisamente avanzato, contiene alcune affermazioni che non potranno rimanere inascoltate e che potrebbero condizionare pesantemente alcune delle proposte contenute nel *Libro bianco* del 2008.

Oltre a condividere gran parte delle soluzioni prospettate dalla Commissione, il documento del Parlamento contiene alcuni elementi di novità che fanno comprendere quanto il dibattito sia ancora aperto all'interno delle Istituzioni comunitarie e, indirettamente, ci fanno capire il motivo per cui la bozza di direttiva del 2009 non è ancora stata fatta propria dalla Commissione e pubblicata.

Innanzitutto la *Risoluzione* richiama la Commissione sul fatto che non abbia ancora individuato la base giuridica per l'adozione delle misure proposte, a dimostrazione delle difficoltà di inquadramento della disciplina *private enforcement* nell'ambito della suddivisione delle competenze tra Unione europea e Stati membri.

Nel merito, poi, la *Risoluzione* pone l'accento sul problema della tutela dei consumatori e sottolinea lo scarso coordinamento delle proposte con l'intera disciplina di tutela degli interessi economici di questi ultimi ricordando che la mancanza di coordinamento potrebbe portare ad una «arbitraria o inutile frammentazione del diritto processuale nazionale». La *Risoluzione* propone quindi di dare maggiore slancio e sviluppo non solo alle azioni collettive di consumatori o delle loro associazioni rappresentative ma anche alle forme di composizione extragiudiziale delle controversie (*ADR*), come sistema che consente una maggiore soddisfazione del danneggiato a fronte di minori costi e tempi più contenuti.

Ma, soprattutto, il Parlamento europeo si esprime in maniera molto decisa

¹⁷ Art. 16: le giurisdizioni nazionali «quando si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del Trattato [oggi 101 e 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere deci-

sioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione».

¹⁸ *Risoluzione* del 26 marzo 2009, in G.U.U.E., C-117 E/161, del 6 maggio 2010.

nei confronti di due aspetti in particolare: i danni punitivi e il valore vincolante della decisione delle Autorità garanti nazionali di un altro Stato membro.

Sul primo punto il documento respinge fermamente la proposta di introdurre i c.d. “danni punitivi”, mentre sul secondo rifiuta, senza però motivare la scelta, l’idea che un tribunale nazionale debba essere vincolato dalla decisione di un’Autorità nazionale garante della concorrenza di un altro Stato membro.

IV. PRINCIPI E REGOLE ELABORATE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Più volte abbiamo detto che, in assenza di una normativa UE, il legislatore, *in primis*, ma anche i giudici nazionali, dovranno rispettivamente dettare ed applicare regole che siano conformi alle regole e ai principi dell’UE e, in particolare, alle regole e ai principi elaborati dalla Corte di giustizia.

In effetti la Corte di giustizia, invocata in questi ultimi anni dai giudici nazionali in procedimenti di rinvio pregiudiziale, è intervenuta in più occasioni per porre un rimedio all’assenza di una disciplina comunitaria e alla grave carenza di quella nazionale.

Già abbiamo ricordato i due importanti principi elaborati in materia dalla sentenza *Courage* e che possiamo così sintetizzare: *a)* chiunque abbia subito un danno in conseguenza di una violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza ha diritto ad ottenerne il risarcimento; *b)* anche chi è parte di un contratto stipulato in violazione delle regole *antitrust* può agire per chiedere il risarcimento del danno.

Ma il ruolo della Corte comunitaria non si è esaurito con la formulazione di questi due principi.

È nota la posizione dei giudici di Lussemburgo quando, in assenza di una specifica disciplina sia nazionale che euro-

pea, si trovano a dover valutare la compatibilità con il diritto comunitario di norme nazionali che il giudice del rinvio dovrebbe applicare a fattispecie che, come quelle in materia *antitrust*, sono di interesse comunitario. Come più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in assenza di una specifica normativa comunitaria spetta al giudice nazionale scegliere le regole procedurali e sostanziali da applicare al caso concreto a condizione, però, che le modalità interne di applicazione delle regole comunitarie non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (“principio di equivalenza”) né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (“principio di effettività”).¹⁹

Tali due principi di creazione giurisprudenziale si sono rilevati di grandissima importanza, come vedremo meglio in seguito. Infatti, proprio in assenza di una disciplina comunitaria, essi costituiscono gli unici strumenti per evitare che gli Stati possano frapporre ostacoli di diversa natura al fine di scoraggiare l’utilizzo dell’arma del risarcimento del danno e favorire il *public enforcement*, vale a dire il controllo e l’intervento amministrativo a tutela delle regole *antitrust*.

Così, ad esempio, la sentenza *Manfredi*²⁰ del 2006, dopo avere ricordato l’importanza della valutazione da parte del giudice del nesso di causalità tra pratica vietata e danno subito, afferma che in mancanza di una disciplina comunitaria in materia «spetta all’ordinamento giuridico interno stabilire le modalità di esercizio del diritto al risarcimento del danno, comprese quelle relative all’applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati»²¹.

I principi di “effettività” e di “equivalenza” sono poi invocati in numerosi altri casi; per esempio, laddove il giudice di

¹⁹ È opportuno ricordare che tale ruolo delle giurisdizioni nazionali non viene meno nel caso in cui il legislatore nazionale disciplini la materia; il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto interno s’impone al giudice nazionale anche in presenza di una legislazione na-

zionale di dettaglio quando questa risulti essere in contrasto con le regole comunitarie.

²⁰ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, cit.

²¹ *Ibidem*, punto 64.

rinvio chiede se sia compatibile con il diritto comunitario il fatto che l'azione di risarcimento danni debba essere proposta, secondo un criterio di competenza esclusiva, innanzi alla corte d'Appello e non innanzi al giudice individuato secondo le regole processuali ordinarie. A tale domanda la Corte risponde affermando che tali disposizioni procedurali non devono essere meno favorevoli di quelle previste per la violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e non rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto²².

Ancora, il rispetto dei principi di "effettività" e di "equivalenza" viene richiamato per stabilire quale debba essere il *dies a quo* per quanto riguarda il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento: secondo i giudici di Lussemburgo dovrà essere il giudice nazionale a stabilire se un termine, relativamente breve e non soggetto a sospensione, non abbia per effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto al risarcimento del danno²³.

Anche il problema dell'ammissibilità dei cosiddetti "danni punitivi" o "danni esemplari" è risolto facendo ricorso ai principi di effettività e di equivalenza. Dopo avere affermato che il danneggiato deve sicuramente avere la possibilità di chiedere il risarcimento tanto del danno emergente quanto del lucro cessante, la Corte ricorda che l'ammissibilità del danno punitivo non deve essere esclusa laddove l'ordinamento la riconosca nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, precisando però che tale possibilità non deve consentire una forma di arricchimento senza causa²⁴.

Anche sul problema dell'accesso alle prove e in particolare ai documenti che l'impresa abbia spontaneamente consegnato all'Autorità garante al fine di poter godere del "programma di clemenza" la Corte di giustizia si è recentemente pro-

nunciata²⁵ affermando che un soggetto, danneggiato da un'infrazione *antitrust* che intenda conseguire il risarcimento del danno, può sicuramente avere accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore dell'infrazione; tuttavia, in considerazione del pericolo che tali comunicazioni possano dissuadere i soggetti dal fornire spontaneamente i documenti necessari per avvalersi della possibilità offerta dai programmi di clemenza, i giudici nazionali dovranno determinare le condizioni e i limiti ai quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato in considerazione, da un lato, dell'efficacia e dell'importanza dell'istituto del "programma di clemenza" per poter giungere all'accertamento dei fatti e, dall'altro, del rischio che una utilizzazione incondizionata da parte del giudice in sede di risarcimento del danno induca i responsabili a non aderire al programma stesso.

GIAN ANTONIO BENACCHIO

Bibliografia

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law. Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Trento, 15-16 aprile 2011*, Padova, 2012; S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milano, 2012; P. BUCCIROSSI - M. CARPAGNANO, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, (2013) 4(1), p. 3; C. TESAURO, «Recenti sviluppi del private antitrust enforcement», in *Mercato, concorrenza regole*, 2011, n. 3, p. 427 ss.; M. CARPAGNANO, «Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010», in G. GHIDINI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, p. 284 ss.; M. BARCELLONA, «Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust», in M. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 57 ss.; G. AFFERNI, «Azione di classe e danno antitrust», in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, n. 3, p. 491 ss.;

²² *Ibidem*, punti 71 e 72.

²³ *Ibidem*, punti 77-82.

²⁴ *Ibidem*, punto 99.

²⁵ C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfizer AG c. Bundeskartellamt*.

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private enforcement del Diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*. Atti del II Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009, Padova, 2009; F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, *Il private enforcement*

delle norme sulla concorrenza, Milano, 2009; G. ROSSI, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, 2009; G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, Trento 2007.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* degli aiuti di Stato: l'*action plan* e le novità del 2012

Sommario: I. IL *PRIVATE ENFORCEMENT* DEGLI AIUTI DI STATO. – II. IL *PRIVATE ENFORCEMENT* NELLO *STATE AID ACTION PLAN* DEL 2005. – III. PROSPETTIVE PER IL *PRIVATE ENFORCEMENT* IN MATERIA DI AIUTI NEL NUOVO *STATE AID MODERNISATION*.

I. IL *PRIVATE ENFORCEMENT* DEGLI AIUTI DI STATO

L'art. 108 § 3, ultimo periodo, TFUE vieta tassativamente allo Stato membro di dare esecuzione a qualunque forma di aiuto, prima che la procedura di autorizzazione dinanzi alla Commissione abbia condotto a una decisione finale (il c.d. obbligo di *stand-still*). Ai sensi di una consolidata giurisprudenza, si tratta di una norma ad effetto diretto, immediatamente applicabile dai giudici nazionali degli Stati membri¹ e, quindi, di una disposizione idonea a creare diritti ed obblighi in capo ai singoli, che possono farli valere dinanzi alle autorità dei propri ordinamenti interni.

Ai giudici nazionali viene in tal modo attribuito un ruolo complementare a quello svolto dalla Commissione in tema di aiuti di Stato². In particolare, la Commissione ha competenza esclusiva in merito alla valutazione di compatibilità dell'aiuto ai sensi delle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'UE ed opera sotto il controllo della Corte di giustizia³. Al contrario, il ruolo del giudice nazionale è quello di provvedere alla salvaguardia

dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di notifica. Inoltre, i giudici nazionali svolgono un ruolo fondamentale nell'esecuzione delle azioni di recupero di cui all'art. 14 del Regolamento di procedura. Si ritiene, tra l'altro, che la distinzione di ruoli trovi conferma nel fatto che, come statuito dalla Corte⁴, la Commissione non possa ordinare il recupero dell'aiuto solo perché illegale, ossia non notificato. Quest'ultima, infatti, è tenuta a operare una valutazione completa di compatibilità, a prescindere dal rispetto della clausola di *stand-still* e tale valutazione richiede, ovviamente, del tempo. Al contrario, i giudici nazionali hanno il potere di ordinare la sospensione e la restituzione dell'aiuto in ragione della sola violazione dell'obbligo di cui all'art. 108 § 3 TFUE.

Conseguentemente, le azioni intentate dinanzi ai giudici nazionali offrono un importante mezzo per tutelare i concorrenti ed i terzi interessati lesi dall'aiuto. In particolare, i rimedi disponibili dinanzi alle giurisdizioni nazionali includono: *i*) la sospensione del pagamento dell'aiuto illegale; *ii*) il recupero dello stesso; *iii*) il recupero degli interessi dovuti; *iv*) il risarcimento dei danni a concorrenti e terzi interessati; *v*) l'adozione di misure provvisorie contro gli aiuti illegali⁵.

Nell'applicare l'art. 108 § 3 TFUE, il giudice nazionale deve necessariamente

¹ C. giust. CE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa v. ENEL*, in *Racc.* 1964, p. 1129; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e a. c. Finanzlandesdirektion für Tirol e a.*, in *Racc.* 2006, p. I-9957.

² C. giust. CE, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, cit., punto 37; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. Eugène van Calster e Felix Cleeren e altri*, in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 74; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international e a. c. La Poste e a.* - "SFEI", in *Racc.* 1996, p. I-3547, punto 41.

³ Gli stessi giudici di Lussemburgo hanno più volte sottolineato la loro incompetenza a decidere sulla compatibilità di una misura nazionale con il

diritto UE, competenza esclusiva della Commissione. V., *inter alia*, C. giust. CE, 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio SpA contro International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH e Ministero della Difesa*, in *Racc.* 1999, p. I-3735, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

⁴ C. giust. CE, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione* - "Boussac", in *Racc.* 1990, p. I-307, e 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione* - "Tubemeuse", in *Racc.* 1990, p. I-959.

⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1 ss., punto 26.

qualificare la fattispecie come aiuto soggetto all'obbligo di notifica e alla conseguente preventiva autorizzazione della Commissione. Pertanto, stante la genesi della fattispecie nel diritto UE, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare la nozione di "aiuto di Stato" al fine di poterla sussumere nel caso concreto⁶. Trattandosi di una nozione di diritto dell'Unione, la ricostruzione operata dal giudice non può che avvenire in termini di diritto UE, applicando le norme di provenienza europea nell'interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷. Si delinea dunque un delicato equilibrio di competenze per cui i giudici nazionali sono tenuti a affrontare il tema della qualificazione di una misura, in quanto questione "pregiudiziale", mentre è solo la Commissione a poter statuire in merito alla compatibilità della misura in questione.

La stessa Commissione, dunque, ha ritenuto necessario dare ausilio ai giudici nazionali nell'adempimento della loro funzione di custodi delle regole procedurali in materia. Nel 1995 venne pubblicata la prima *Comunicazione relativa alla cooperazione in materia di aiuti di Stato*⁸. Sulla base del principio di leale collaborazione, la Commissione riteneva che la cooperazione tra Stati membri e istituzioni dell'Unione fosse fondamentale per garantire il raggiungimento dell'obiettivo, previsto dai Trattati, di una leale concorrenza nel mercato interno. Alla luce di tali considerazioni, la Commissione intendeva concorrere al rafforzamento della cooperazione in diversi modi: una politica di apertura e trasparenza, la possibilità per i giudici nazionali di rivolgersi a quest'ultima per chiedere informazioni di carattere procedurale e la possibilità di prendere contatto con i suoi uffici allorché l'applicazione degli allora art. 87 § 1 e

88 § 3 TCE desse luogo a difficoltà nel qualificare una misura come aiuto di Stato ovvero al fine di stabilire se si trattasse di un aiuto nuovo o già esistente.

La Comunicazione del 1995 è stata poi sostituita dalla successiva *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali* del 2009⁹. Lo scopo principale di questa seconda Comunicazione è quello di informare i giudici nazionali, ed i terzi, dei rimedi disponibili in caso di violazione delle norme sugli aiuti e di rafforzare la cooperazione con i primi, promuovendo strumenti più pratici per sostenerli e facilitare il loro lavoro. In seguito alla Comunicazione del 2009, gli sforzi di sensibilizzazione sono stati intensificati. Ad esempio, la Commissione si è attivamente impegnata a finanziare programmi di formazione per i giudici nazionali e ad inviare i propri esperti a conferenze e *workshops*, come relatori. Nel febbraio del 2012 la Commissione, in cooperazione con l'associazione dei giudici europei di concorrenza, ha tenuto una conferenza relativa ai maggiori problemi riscontrati dalle giurisdizioni nazionali sia in ambito *antitrust* sia in materia di aiuti. Si segnala infine la presenza, nello stesso sito *web* della Commissione, di una pagina in cui è possibile rinvenire le più rilevanti pronunce delle giurisdizioni nazionali in tema di aiuti, già suddivise per Stato membro.

II. IL PRIVATE ENFORCEMENT NELLO STATE AID ACTION PLAN DEL 2005 - OBIETTIVI DELLA COMMISSIONE - ALTRE INIZIATIVE

Il piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato del 2005 è un documento di consultazione emanato dalla Commissione al fine di riformare le politiche degli aiuti di Stato, procedendo alla c.d. modernizza-

⁶ Conc. Mengozzi, 17 luglio 2008, causa C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-10515, punto 97; causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, cit., punto 39; 30 novembre 1993, causa 189/91, *Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal*, in *Racc.* 1993, p. I-6185, punto 14; 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike und Weinling*, in *Racc.* 1977, p. 595, punto 14.

⁷ V. causa C-295/97, *Piaggio*, cit., punto 50; ordinanza C. giust. CE, 24 luglio 2003, causa C-297/01, *Sicilcassa e a.*, in *Racc.* 2003, p. I-7849, punto 44.

⁸ Comunicazione della Commissione del 23 novembre 1995, in G.U.C.E. C-312, p. 8 ss.

⁹ In G.U.U.E. C-85 del 9 aprile 2009, p. 1.

zione della materia¹⁰. Il Piano di azione si incentrava sul principio «*aiuti di Stato meno numerosi e più mirati*». L'obiettivo centrale, infatti, consisteva nell'incoraggiare gli Stati membri a ridurre il livello globale di aiuti e, al contempo, a riorientare le risorse verso obiettivi aventi un chiaro interesse comunitario.

Nel documento, la Commissione dedicava al *private enforcement* delle norme in materia di aiuti due paragrafi e sottolineava, in particolare, come i ricorsi dei privati dinanzi ai giudici nazionali potessero contribuire a rafforzare la disciplina nel settore in parola. Nel Piano, quindi, la Commissione si impegnava ad operare una sensibilizzazione rispetto al potere dei giudici nazionali di sospendere, e di recuperare a titolo provvisorio, gli aiuti concessi illegalmente prima della loro approvazione.

Nel corso della consultazione pubblica che seguì la pubblicazione del documento¹¹, alcune istituzioni pubbliche e organismi privati sottolinearono la necessità di procedere con cautela in relazione all'*enforcement* delle norme sugli aiuti su iniziativa dei privati, in ragione del fatto che l'applicazione dell'art. 108 § 3 TFUE da parte dei giudici avrebbe richiesto tempo e risorse, soprattutto in funzione della necessità di specializzazione in materia da parte di questi ultimi. Inoltre, dai commenti inviati emersero altri elementi che la Commissione avrebbe dovuto tenere in considerazione, nel percorrere il sentiero della modernizzazione in relazione al *private enforcement*; in particolare, *i*) l'incertezza quanto ai rimedi disponibili negli ordinamenti nazionali a causa delle differenze significative tra sistemi giuridici interni, e *ii*) la mancanza di trasparenza delle relative procedure. Pertanto, secondo alcuni operatori, la decentralizzazione dell'*enforcement* avrebbe

reso necessaria un'armonizzazione dei procedimenti intentati dinanzi alle corti nazionali degli Stati membri. In particolare, si suggerì l'adozione di una direttiva volta ad uniformare il livello di tutela in ciascuno Stato membro, l'identificazione di un preciso termine di prescrizione dell'azione e l'individuazione dei rimedi disponibili ai privati stabiliti in uno Stato membro per citare in giudizio l'autorità nazionale di un altro Stato. Infine, fu evocato il rischio di un utilizzo abusivo del sistema, soprattutto da parte di operatori economici contrariati dal fatto di non aver ricevuto un aiuto concesso ad altri.

Nel 2006, l'Esecutivo dell'Unione ordinò uno studio sull'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di aiuti¹². Esso prese come riferimento temporale il periodo tra il 1999 e il 2006 ed analizzò i ricorsi promossi in materia di aiuti a livello nazionale al fine di fornire alla Commissione un'analisi dettagliata del quadro dell'applicazione della normativa nei diversi ordinamenti interni. Dallo studio emerse che la maggioranza dei procedimenti non era volta a ridurre l'effetto anticoncorrenziale degli aiuti illegali, ma, anzi, che la maggior parte delle azioni erano intentate da contribuenti che richiedevano uno sgravio da un onere fiscale o da soggetti beneficiari degli aiuti dichiarati incompatibili. Per di più, il numero dei ricorsi proposti per assicurare il rispetto delle norme in materia di aiuti era relativamente ridotto.

Nel 2009¹³, quando lo studio venne aggiornato in ragione dell'adesione all'Unione di nuovi Stati membri, la situazione pareva, almeno in parte, migliorata grazie all'evoluzione positiva nell'ambito del *private enforcement*. Il numero delle azioni dirette contro la concessione di aiuti illegali era globalmente aumentato, così come il numero di concorrenti-attori vit-

¹⁰ Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, SEC(2005) 107 def., 7 giugno 2005.

¹¹ V. *Results Of The Consultation On The State Aid Action Plan (SAAP)*, 9 febbraio 2006, in cui sono riassunti tutti i commenti inviati alla Commissione. Nel sito della Commissione sono anche

disponibili i singoli commenti pervenuti alla Commissione.

¹² Cioè, *Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*, marzo 2006, Jones Day, Lovells, Allen & Overy. Lo studio riguardava unicamente quindici Stati membri dell'UE.

¹³ Cioè, *2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level*, ottobre 2009, Lovells.

toriosi in giudizio, specialmente allorché questi chiedevano la sospensione del pagamento dell'aiuto illecito. Tuttavia, le corti nazionali sembravano ancora riluttanti a concedere il risarcimento dei danni derivanti da violazione delle disposizioni sugli aiuti.

In conclusione, nonostante, dunque, i ricorsi proposti da soggetti privati dinanzi ai giudici nazionali abbiano ancora oggi un ruolo limitato nel settore degli aiuti di Stato, la Commissione ritiene che tali azioni possano essere di notevole beneficio per la politica degli aiuti di Stato. Infatti, i giudici nazionali possono offrire ai ricorrenti rimedi molto efficaci in caso di violazione delle norme, il che a sua volta può fungere da deterrente e contribuire a una maggiore disciplina complessiva nel campo degli aiuti di Stato¹⁴.

III. PROSPETTIVE PER IL *PRIVATE ENFORCEMENT* IN MATERIA DI AIUTI NEL NUOVO *STATE AID MODERNISATION*

Nel maggio del 2012, la Commissione ha emanato una Comunicazione in merito alla modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato (la "Comunicazione sulla Modernizzazione"). Nell'ambito della strategia c.d. Europa 2020, che mira a trasformare l'Europa in un'economia "intelligente, sostenibile e inclusiva", si ritiene che la modernizzazione del settore degli aiuti di Stato sia necessaria al fine di migliorare la qualità dell'analisi della Commissione e che la stessa rappresenti un mezzo per promuovere un impiego adeguato delle risorse pubbliche e l'attuazione di politiche orientate alla crescita, limitando le distorsioni della concorrenza che metterebbero a rischio le condizioni di parità nel mercato interno.

Uno dei principali obiettivi della riforma è quello di concentrare l'azione *ex ante* della Commissione, e conseguentemente l'applicazione delle norme UE, sui casi di maggior impatto sul mercato interno. L'obiettivo, tuttavia, non è quello di rivedere l'attribuzione delle competenze, così come attualmente delineata dal Trattato. Rimane infatti ferma la competenza esclusiva della Commissione ad applicare le norme relative agli aiuti nel mercato interno, salvo l'effetto diretto del terzo paragrafo dell'art. 108 TFUE¹⁵.

La necessità di adottare modelli di spesa maggiormente efficienti, in particolare in un periodo di crisi economica globale, si dovrebbe tradurre in una definizione delle priorità e un maggiore controllo degli aiuti c.d. considerevoli, con potenziali effetti distorsivi della concorrenza¹⁶. Parallelamente, l'analisi dei casi i cui effetti sul mercato unico apparissero fin da subito scarsi dovrebbe essere semplificata. Ciò dovrebbe condurre, al contempo, ad una maggiore responsabilità da parte degli Stati membri nella definizione e nell'attuazione delle misure di sostegno¹⁷.

Le proposte di modernizzazione evidenziate dalla Commissione comprendono: a) la revisione del Regolamento *de minimis*¹⁸; b) la modifica del Regolamento di applicazione del Consiglio, al fine di permettere alla Commissione di dichiarare determinate categorie di aiuto compatibili e dunque dispensate dall'obbligo di notifica *ex ante* (ad esempio, aiuti in favore della cultura e aiuti destinati a ovviare ai danni causati da calamità naturali)¹⁹; c) la revisione del Regolamento generale di esenzione per categoria e d) la modernizzazione del Regolamento di procedura, soprattutto in relazione al tratta-

¹⁴ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, cit.

¹⁵ V. J. ALMUNIA, *Presenting the State Aid Modernisation Initiative EP Workshop: State Aid Modernisation*, Bruxelles, 25 settembre 2012, SPEECH/12/657.

¹⁶ V. J. ALMUNIA, *Doing more with less - State aid reform in times of austerity: Supporting growth amid fiscal constraints*, Bruxelles, 11 gennaio 2013, SPEECH/13/14.

¹⁷ V. J. ALMUNIA, *Modernising State Aid Control*,

Bruxelles, 23 febbraio 2012, SPEECH/12/117 e *State aid reform and the new Regional State Aid Guideline*, Bruxelles, 1° febbraio 2013, SPEECH/13/92.

¹⁸ V. la consultazione pubblica lanciata dalla Commissione al fine di modificare il Reg. *de minimis* 1998/2006.

¹⁹ V. la proposta di Reg. del Consiglio che modifica il Reg. (CE) 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998 e il Reg. (CE) 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, COM(2012) 730 final, del 5 dicembre 2012.

mento delle denunce e gli strumenti per la raccolta di informazioni di mercato²⁰.

Le proposte di modernizzazione, finalizzate a garantire un utilizzo il più efficiente possibile delle risorse pubbliche scarse, sembrano implicare un notevole incremento delle responsabilità degli Stati membri nel garantire la corretta applicazione della normativa in materia di aiuti. In particolare, qualora venga aumentato il numero delle ipotesi di esenzione dall'obbligo di notifica, gli Stati dovranno verificare il rispetto *ex ante* delle norme sugli aiuti delle misure c.d. *de minimis*, dei regimi e dei casi che beneficino di un'esenzione per categoria. Ciò dovrà ovviamente avvenire in stretta collaborazione con la Commissione, che continuerà ad esercitare un controllo *ex post* su tali misure. Lo stesso Parlamento europeo, nel gennaio del 2013, ha espresso il suo apprezzamento ed il suo supporto all'iniziativa della Commissione²¹.

Ma tale maggiore responsabilizzazione degli Stati dovrà coinvolgere tutte le istituzioni interne agli ordinamenti nazionali, inclusi i giudici²². Con specifico riguardo al *private enforcement* delle norme in materia di aiuti di Stato, si segnala la proposta elaborata dalla Commissione di un nuovo art. 23a, dal titolo «*Cooperazione con i tribunali nazionali*», che po-

trebbe essere inserito nel Regolamento di procedura (l'attuale Reg. 659/99). La Commissione propone, in particolare, che, ai fini dell'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE, i tribunali degli Stati membri possano chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso, ovvero possano invitare la stessa a presentare il suo parere in merito ad una questione concernente l'applicazione delle norme sugli aiuti. Inoltre, ove fosse reputato necessario per assicurare una coerente applicazione di tali disposizioni, la Commissione, di propria iniziativa, potrà far pervenire osservazioni scritte ai tribunali nazionali (nonché intervenire oralmente, ma soltanto dietro consenso del giudice nazionale). Al solo fine della redazione delle proprie osservazioni, la Commissione potrà chiedere al giudice nazionale che costui le trasmetta, ovvero assicuri la trasmissione, di tutta la documentazione necessaria alla valutazione del caso²³. La stessa Commissione sottolinea, tra l'altro, che il suo eventuale intervento dinanzi ad un giudice nazionale dovrà essere esclusivamente finalizzato alla tutela di un interesse pubblico dell'Unione, in qualità di *amicus curiae*, e non potrà avere lo scopo di supportare una delle parti nel giudizio pendente²⁴.

EDOARDO GAMBARO

²⁰ V. la proposta della Commissione di modifica del Reg. del Consiglio CE 659/1999, COM(2012) 725 final, del 5 dicembre 2012.

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 gennaio 2013 sulla modernizzazione degli aiuti di Stato, 2012/2920 (RSP).

²² In tal senso, depono il § 21 della Comunicazione sulla Modernizzazione («la collaborazione tra la Commissione e gli Stati membri dovrà essere incrementata per lo meno in termini di qualità e

tempestività nella trasmissione delle informazioni e in termini di efficacia dei sistemi nazionali, incluso il caso di applicazione delle norme su iniziativa dei privati») che conferma l'affidamento riposto dalla Commissione nel *private enforcement*.

²³ V. la proposta di Reg. del Consiglio del 5 dicembre 2012, cit., punto 23.

²⁴ V. State aid: Proposed reform of state aid procedures - frequently asked questions, n. 8. "How will the reform affect national courts?"

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il diritto di iniziativa economica privata, il diritto *antitrust* e la tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Sommario: I. LA SCOPERTA DEI FONDAMENTI COSTITUZIONALI DI UNA LEGISLAZIONE ANTITRUST E A TUTELA DELLA CONCORRENZA: LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA, PRINCIPIO DI EGUALIANZA ED UTILITÀ SOCIALE. – II. LA DISCIPLINA ANTITRUST E L'ATTUAZIONE DELL'ART. 41 COST. LA DERIVAZIONE COMUNITARIA. – III. DALLA CONCORRENZA COME DIRITTO DI LIBERTÀ ALLA CONCORRENZA COME MATERIA DI COMPETENZA STATALE: LE MISURE ANTITRUST COME PARTE DELLA REGOLAMENTAZIONE A TUTELA DELLA CONCORRENZA (E DEL MERCATO) SECONDO IL MODELLO COMUNITARIO. – IV. GLI SVILUPPI DELLA CONFIGURAZIONE COMPOSITA DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA: LIBERALIZZAZIONE, REGOLAZIONE DEL MERCATO E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA IN VISTA DELLA EFFICIENZA E COMPETITIVITÀ DEL SISTEMA ECONOMICO. – V. IL CONTROLLO DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE FRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E REGOLAZIONE DEL MERCATO. – VI. TUTELA DELLA CONCORRENZA, REGOLAZIONE DEL MERCATO ED AIUTI DI STATO: NOZIONE, AMMISSIBILITÀ SUL PIANO COSTITUZIONALE, REGIME DEI CONTROLLI FRA UE ED ORDINAMENTO NAZIONALE.

I. LA SCOPERTA DEI FONDAMENTI COSTITUZIONALI DI UNA LEGISLAZIONE ANTITRUST E A TUTELA DELLA CONCORRENZA: LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA, PRINCIPIO DI EGUALIANZA ED UTILITÀ SOCIALE

Le prime tracce del rinvenimento, da parte della Corte costituzionale, nel dettato costituzionale, delle basi giustificative di una legislazione *antitrust* e, più in generale, di una legislazione volta a garantire la libertà della concorrenza e del mercato risalgono agli anni ottanta.

In precedenza, l'approccio seguito era quello – ascritto ad una impostazione economica di tipo dirigistico – di ritenere la riserva statale di cui all'art. 43 Cost. (e quindi i monopoli pubblici) lo strumento più adatto ad evitare il rischio che determinate attività d'impresa, in regime di libera iniziativa, dessero luogo a situazioni di monopolio o anche di oligopolio privato, lesive dell'interesse generale, come

era accaduto nel caso della radiotelevisione (sent. n. 60 del 1959¹).

Sempre immersa in un'ottica economica protezionistica e comunque lontana dal riconoscimento della concorrenza come principio costituzionale, la Corte, nella sent. n. 46 del 1963², poneva l'attenzione sulle limitazioni all'iniziativa economica privata consentite direttamente dall'art. 41 Cost., ravvisando l'unica possibile giustificazione della disciplina autoritativa della produzione e del commercio della canapa nei "programmi" e "controlli" che lo stesso art. 41, al suo terzo comma, «dà facoltà alla legge di determinare per indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali». Ed identificava questi ultimi, innanzitutto, nella difesa, in specie sul mercato internazionale, di un settore agricolo minacciato dalla concorrenza di prodotti simili e sostitutivi (fibre tessili artificiali), oltre che negli interessi della categoria dei coltivatori.

Con la sent. n. 97 del 1969³, poi, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina del rilascio delle licenze di impianto ed esercizio dei magazzini di vendita di merci a prezzo unico, riconosceva che «la libertà di commercio, come gode della tutela accordata dall'art. 41 della Costituzione, così soggiace a quei limiti che tale disposizione consente di imporre a salvaguardia di beni che la Costituzione considera preminenti rispetto alla libertà di iniziativa economica». Fra questi – precisava – «viene qui in evidenza quello connesso all'utilità sociale, alle cui esigenze deve essere subordinata anche la concorrenza, che indubbiamente il vigente sistema costituzionale non considera di per sé idonea a realizzare o a rispettare gli interessi della società». Nella specie – si affermava

¹ C. cost. 27 novembre 1959, n. 60, in G.U., 1^a serie speciale, 5 dicembre 1959, n. 295.

² C. cost. 4 aprile 1963, n. 46, in G.U., 1^a serie speciale, 13 aprile 1963, n. 101.

³ C. cost. 22 maggio 1969, n. 97, in G.U., 1^a serie speciale, 18 giugno 1969, n. 152.

– «il potere del prefetto relativo al rilascio delle licenze per i magazzini a prezzo unico, al pari del potere del sindaco per i normali esercizi commerciali, deve tendere a disciplinare l'iniziativa economica in funzione di scopi di utilità sociale e non di interessi meramente settoriali», scopi individuati nell'«esigenza di un ordinato sviluppo del mercato», atto ad «evitare il rischio che la totale liberalizzazione – specie in una fase di profonda modificazione del sistema di distribuzione dei beni, nella quale i numerosi piccoli operatori non ancora hanno avuto modo di dar vita a forme di organizzazione adeguate alle trasformazioni sociali in atto – possa tradursi nella creazione di monopoli non corrispondenti all'interesse dei consumatori e, quindi, della collettività».

È, quindi, solo negli anni ottanta, in specie con la sent. n. 223 del 1982⁴, che la Corte, nel salvare la norma di cui all'art. 2596 c.c. relativa ai patti limitativi della concorrenza, dichiarava, per la prima volta, espressamente, la necessità dell'adozione di una «opportuna normativa (cioè di una legislazione antimonopolio o *antitrust*)», idonea ad «assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale» ed a «soddisfare così le esigenze della moderna vita economica», alla luce del riconoscimento dello «statuto costituzionale» della libertà di concorrenza. Quest'ultima, infatti, veniva desunta, ad un tempo, dal primo e dal secondo (e dal terzo) comma dello stesso art. 41 Cost. Essa – si osservava – da un lato, «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori» (in specie, leggendo il primo comma alla luce dell'art. 3 Cost.); dall'altro, «è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di un pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» e soddisfa, quindi, anche uno scopo di utilità sociale, in vista del quale è legittimato – ove non vincolato – ad intervenire il legislatore. La stessa

normativa codicistica esaminata d'altronde – proseguiva la Corte – sebbene non più idonea a garantire l'effettiva tutela del mercato concorrenziale nel moderno contesto economico – rivelava il perseguimento di entrambe le predette finalità: essa, infatti, impedendo eccessive restrizioni della libertà di iniziativa economica, nel porre condizioni ai patti limitativi della concorrenza, tutelava, in una misura sia pure modesta, il mercato nelle sue oggettive strutture.

II. LA DISCIPLINA *ANTITRUST* E L'ATTUAZIONE DELL'ART. 41 COST. LA DERIVAZIONE COMUNITARIA

Ancora nel segno dell'inadeguatezza degli «strumenti previsti dal vigente ordinamento civilistico» ed in specie della normativa codicistica inerente alla concorrenza, la Corte, qualche anno più tardi, ripeteva il monito contenuto nella sent. n. 223 del 1982 circa la necessità dell'adozione di una efficace normativa anticongestione a carattere generale. Questa volta faceva leva sia su alcuni propri ulteriori precedenti, anche se riferiti ad uno specifico settore, quello dell'informazione⁵, sia sulla acquisita consapevolezza della necessità di dar seguito nell'ordinamento interno alle prescrizioni comunitarie, volte a garantire la tutela della concorrenza e del mercato, nell'ottica ormai acquisita dell'integrazione europea. E così, nella sent. n. 241 del 1990⁶, escludendo la possibilità di applicare alla S.I.A.E.⁷ direttamente l'art. 86 del Trattato istitutivo della CEE [ora art. 102 TFUE] in tema di sfruttamento abusivo di posizione dominante, non essendo ravvisabile sempre la lesione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune, tale da pregiudicare il commercio fra gli Stati membri, la Corte invocava la necessità che una simile prescrizione fosse introdotta dal legislatore nazionale, come parte di quella generale disciplina a tutela della concorrenza e del mercato, volta a soddisfare innanzitutto «pressanti esigenze» di carat-

⁴ C. cost. 2 dicembre 1982, n. 223, in G.U., 1^a serie speciale, 22 dicembre 1982, n. 351.

⁵ In specie v. C. cost. 14 luglio 1981, n. 148, in

G.U., 1^a serie speciale, 29 luglio 1981, n. 207 e C. cost. 13-14 luglio 1988, n. 826, in G.U., 1^a serie speciale, 20 luglio 1988, n. 29.

tere costituzionale. Tali esigenze venivano ancora una volta ricondotte allo statuto della libertà di iniziativa economica delineato dall'art. 41 Cost., ai sensi del quale detta libertà non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, i quali sarebbero «fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo». In tal modo, infatti, – ribadiva la Corte – non solo «può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli». E ciò con il risultato di ostacolare il «programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma Cost. che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie».

Nella motivazione della citata sentenza si faceva anche riferimento alla «crescente presa di coscienza [...] di tali pressanti esigenze», dimostrata dalla predisposizione di progetti di legge recanti norme per la tutela della concorrenza e del mercato – ed in particolare del disegno di legge n. 3755 atti Camera, X Legislatura, già approvato dal Senato, che di lì a poco si sarebbe tradotto nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Una simile affermazione costituisce chiaro indizio della base costituzionale che – nell'orientamento della Corte costituzionale – avrebbe caratterizzato la emananda legge generale *antitrust*, base peraltro letta nella prospettiva della integrazione comunitaria.

A conferma di tale fondamento costituzional-comunitario della l. n. 287/90 –

⁶ C. cost. 3-15 maggio 1990, n. 241, in G.U., 1^a serie speciale, 23 maggio 1990, n. 21.

⁷ Si trattava della Società italiana autori editori, titolare di un'esclusiva legale in tema di ge-

“dichiarato” dall'art.1 della medesima legge che, appunto, autoqualifica le proprie disposizioni come dettate «in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (comma 1), statuendo altresì che le stesse devono essere interpretate in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza (comma 4) – la Corte si sarebbe espressa molti anni più tardi, in specie con la sent. n. 270 del 2010⁸. In quest'ultima, a proposito della disciplina recata dalla citata legge n. 287 in tema di controllo delle concentrazioni, la Corte infatti ha precisato che essa, pur non essendo «a contenuto costituzionalmente vincolato»⁹, «fa espressa applicazione dell'art. 41 Cost.», essendo volta a garantire la libertà di iniziativa economica di tutti gli imprenditori, nonché quei fini sociali già rintracciati in precedenza dalla medesima Corte nell'assetto concorrenziale del mercato ed identificati nell'interesse dei consumatori, dei contraenti deboli, nonché nella protezione della collettività in generale. E ciò nella «dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario e con il principio che “il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata” (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g, del Trattato CE)».

III. DALLA CONCORRENZA COME DIRITTO DI LIBERTÀ ALLA CONCORRENZA COME MATERIA DI COMPETENZA STATALE: LE MISURE *ANTITRUST* COME PARTE DELLA REGOLAMENTAZIONE A TUTELA DELLA CONCORRENZA (E DEL MERCATO) SECONDO IL MODELLO COMUNITARIO

Sulla derivazione comunitaria della normativa *antitrust* interna o, più in generale, della normativa interna a tutela della

stione dei diritti di utilizzazione economica delle opere di autori ed editori.

⁸ C. cost. 22 luglio 2010, n. 270, in G.U., 1^a serie speciale, 28 luglio 2010, n. 30.

⁹ Su questa precisazione v. *infra*, § 5.

concorrenza e del mercato la Corte costituzionale si è pronunciata ripetutamente, in particolare a seguito della modifica dell'art. 117 Cost. ad opera della l. cost. n. 3 del 2001¹⁰ e della introduzione della previsione della "tutela della concorrenza" come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tale novità, che ha portato alla consacrazione costituzionale espressa della concorrenza, ha, tuttavia, coinciso anche con una diversa e più composita configurazione della stessa da parte della giurisprudenza costituzionale. In base ad essa le preoccupazioni relative alla protezione delle sfere di libertà tutelate dall'art. 41 Cost. sembrano aver ceduto il passo a quelle relative alla tutela del mercato, inteso nella sua valenza oggettiva di sistema economico, ispirato al modello comunitario dell'"economia aperta e in libera concorrenza".

A partire dalla sent. n. 14 del 2004¹¹, la Corte ha, infatti, in primo luogo osservato che «dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario». In quest'ultimo i principi della concorrenza e del mercato non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale, cosicché anche il divieto degli aiuti di Stato (dei quali si trattava, nella specie) – posto al fine di evitare interventi che falsino o minaccino di falsare la concorrenza – può essere derogato: simili aiuti possono infatti essere guardati «con favore ed anzi propiziati» quando appaiano orientati «ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale», rivelandosi in qualche modo «funzionali alla promozione di un mercato competitivo». «Nel diritto comunitario» – prosegue la Corte – «le regole della concorrenza non sono quindi limitate all'attività sanzionatoria della trasgressione della normativa *antitrust*, ma comprendono anche il regime degli aiuti», interventi regolativi e misure desti-

nate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Anche nel diritto interno, pertanto, la "materia" della tutela della concorrenza non può – ad avviso della Corte – «essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali», costituendo «una delle leve della politica economica statale».

Su tali basi, nelle decisioni successive, la Corte ha ricondotto alla tutela della concorrenza così intesa le misure più varie come, ad esempio, ora misure statali di liberalizzazione di settori quali l'acqua, l'energia, il trasporto ed i servizi pubblici locali, finalizzate, mediante la predisposizione delle regole relative all'affidamento degli appalti, a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza (sent. n. 401 del 2007¹²), ora, viceversa, interventi del legislatore statale, ritenuti proporzionati e ragionevoli, a sostegno di una campagna promozionale straordinaria a favore del *made in Italy*, volti a garantire, in vista dello sviluppo economico del Paese, la diffusione appunto del *made in Italy* nei mercati mediterranei, dell'Europa continentale e orientale, e quindi «a promuovere lo sviluppo del mercato attraverso una campagna che diffonda, con il marchio predetto, un'immagine dei prodotti italiani associata all'idea di una loro particolare qualità» (sent. n. 175 del 2005¹³).

Spinta dalla preoccupazione di evitare la pervasiva espansione dell'area di operatività della materia "tutela della concorrenza", che sarebbe potuta derivare dalla suddetta configurazione, con esiti che avrebbero potuto condurre lontano dallo "statuto" dell'art. 41 Cost. e, ad un tempo,

¹⁰ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

¹¹ C. cost. 18 dicembre-13 gennaio 2004, n. 14, in G.U., 1ª serie speciale, 21 gennaio 2004, n. 3.

¹² C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, in G.U., 1ª serie speciale, 28 novembre 2007, n. 46. V. an-

che, fra le tante, C. cost., 17 dicembre 2008, n. 411, in G.U., 1ª serie speciale, 24 dicembre 2008, n. 53; C. cost. 22 maggio 2009, n. 160, in G.U., 1ª serie speciale 27 maggio 2009, n. 21.

¹³ C. cost. 4 maggio 2005, n. 175, in G.U., 1ª serie speciale, 11 maggio 2005, n. 19.

consapevole della necessità di scongiurare l'evanescenza della linea di confine fra competenze statali e regionali, la Corte, ha poi tentato di precisarne i contenuti. Ed ha chiarito che le regole *antitrust* costituiscono solo una parte – e non la più ampia – della normativa a tutela della concorrenza e corrispondono a quelle «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sent. n. 430 del 2007¹⁴). Ad esse, tuttavia, si aggiungono quegli interventi regolatori che, pure, a titolo principale, incidono sulla concorrenza e che si risolvono in «misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche» (sent. n. 430 del 2007)¹⁵.

Proprio con riferimento a tali ultime misure, strutturalmente eterogenee, la Corte ha avvertito la necessità di fornire un argine "concettuale", escludendo la riconducibilità alla materia della tutela della concorrenza di quelle, fra di esse, «che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano». Ed ha individuato – come oggetto del proprio scrutinio – la verifica della "coerenza" delle norme adottate dallo Stato «rispetto all'obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza», principalmente ravvisata nella strumentalità delle medesime all'eliminazione di limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità impen-

ditoriale (sent. n. 430 del 2007¹⁶). In questa prospettiva la Corte ha anche precisato che, «una volta che tale scrutinio abbia esito positivo», delle predette misure statali deve essere garantita l'inderogabilità anche ove esse incidano – «nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri» – in ambiti materiali riconducibili a competenze regionali, dato che anche le Regioni non possono legiferare «in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza» (sent. n. 430 del 2007¹⁷).

In applicazione di tali criteri, la Corte, ad esempio, da un lato, ha escluso la riconducibilità alla tutela della concorrenza di una norma statale recante la disciplina delle modalità di erogazione e gestione del «Fondo per il finanziamento degli interventi consentiti dagli Orientamenti UE sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà». Una simile disciplina – ha precisato – è costituzionalmente illegittima, in quanto riguarda finanziamenti riferibili ad una pluralità di materie, anche di competenza regionale, in relazione ai molteplici settori nei quali le imprese in difficoltà, cui detti finanziamenti sono destinati, si trovino ad operare: essa, pertanto, configura degli «aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza» e quindi «non può giustificare l'intervento del legislatore statale» (sent. n. 63 del 2008¹⁸). Analogamente, anche con riguardo ad una norma statale recante la previsione della proroga automatica per dieci anni delle concessioni delle grandi derivazioni idroelettriche, pur stabilita in relazione «ai tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell'energia elettrica, anche per quanto riguarda la definizione di prin-

¹⁴ C. cost. 14 dicembre 2007, n. 430, in G.U., 1^a serie speciale, 19 dicembre 2007, n. 49.

¹⁵ V. *supra* nota 14. Tale classificazione sarebbe stata, poi, ripetutamente ribadita dalla Corte nelle sentenze successive, talora con una ulteriore articolazione costituita dal riferimento alle «disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in

modo da garantire "la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici" (sentenza n. 401 del 2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati ad assicurare la concorrenza "per il mercato": così sent. n. 160 del 2009.

¹⁶ V. *supra* nota 14.

¹⁷ V. *supra* nota 14.

¹⁸ C. cost. 14 marzo 2008, n. 63, in G.U., 1^a serie speciale, 19 marzo 2008, n. 13.

cipi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione idroelettrica», la Corte ha affermato che, di contro all'autoqualificazione legislativa, essa «lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza), che pure afferma di voler perseguire» (sent. n. 1 del 2008¹⁹). Essa, infatti, prevedendo una proroga “secca” per dieci anni dei rapporti concessori in corso, anziché aprire gradualmente il mercato interno dell'energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche, si è posta in contrasto con il principio della gara e quindi proprio con il fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari ambigualmente invocati a fondamento della disciplina.

Dall'altro lato, la Corte ha, viceversa, salvato norme statali, pur incidenti su materie di competenza regionale, con funzioni evidentemente *antitrust*, per certi versi ritenute “integrative” (o specificative) delle “regole generali” *antitrust* contenute nella l. n. 287/90. È ciò che è accaduto, ad esempio, nel caso delle norme aventi ad oggetto la delimitazione delle attività di società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di tali enti, in quanto volte ad «impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza» in forza della loro posizione di privilegio (sent. n. 326 del 2008²⁰). Come anche nel caso della disciplina statale volta a determinare, in modo uniforme, il sistema di tariffazione dei servizi aeroportuali forniti in regime di esclusiva (cd *price cap*), fina-

lizzata anch'essa «ad evitare che il concessionario sfrutti il proprio potere di mercato applicando tariffe ingiustificatamente gravose, attuando pratiche abusive a danno dei consumatori» (sent. n. 51 del 2008²¹). Simili previsioni – ha puntualizzato la Corte – rientrano nella tutela della concorrenza essendo qualificabili quali misure volte ad «evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati» (sent. n. 326 del 2008) o che un «concessionario estenda abusivamente la propria posizione dominante in mercati contigui» (sent. n. 51 del 2008²²).

IV. GLI SVILUPPI DELLA CONFIGURAZIONE COMPOSITA DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA: LIBERALIZZAZIONE, REGOLAZIONE DEL MERCATO E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA IN VISTA DELLA EFFICIENZA E COMPETITIVITÀ DEL SISTEMA ECONOMICO

Nella giurisprudenza successiva, il giudice costituzionale ha ribadito a più riprese la natura “composita” della tutela della concorrenza, comprensiva delle misure *antitrust* e di quelle volte ad assicurare la concorrenza sia “nel mercato” che “per il mercato” (fra le tante, sent. n. 45 del 2010²³). Quanto a queste ultime, le ha individuate in quelle finalizzate a determinare «la riduzione o l'eliminazione di vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra le imprese, che (come tale) non può tollerare differenziazioni nel territorio nazionale» (sent. n. 247 del 2010²⁴); misure in quanto tali idonee ad «incidere sull'equilibrio economico generale»²⁵. Di simili misure ha anche riaffermato la derivazione comunitaria rivelando la strumentalità delle stesse non alla concorrenza in sé, ma ai principi sui quali l'intero ordinamento comunitario fin dalle origini è

¹⁹ C. cost. 18 gennaio 2008, n. 1, in G.U., 1^a serie speciale, 23 gennaio 2008, n. 4.

²⁰ C. cost. 1 agosto 2008, n. 326, in G.U., 1^a serie speciale, 6 agosto 2008, n. 33.

²¹ C. cost. 7 marzo 2008, n. 51, in G.U., 1^a serie speciale, 12 marzo 2008, n. 12.

²² V. *supra* nota 21.

²³ C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, in G.U., 1^a serie speciale, 17 febbraio 2010, n. 7.

²⁴ C. cost. 8 luglio 2010, n. 247, in G.U., 1^a serie speciale, 14 luglio 2010, n. 28.

²⁵ Su tali basi la Corte ha, ad esempio, escluso che si potessero considerare tali quelle adottate dalla Regione recanti il divieto di commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti: sent. n. 247 del 2010 (su cui v. nota 24).

stato costruito. Esse, infatti, «tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi» (sent. n. 45 del 2010²⁶) che, in quanto principi generali del diritto comunitario, si impongono anche al legislatore nazionale, chiamato a rispettare gli obblighi internazionali: pertanto, quest'ultimo dovrà dettare una disciplina che rispetti i principi della tutela della concorrenza posti dalla normativa comunitaria in quanto strumentali ad assicurare le libertà comunitarie.

È ancora con riferimento specifico alle misure volte a tutelare la concorrenza “nel mercato” e “per il mercato” – e non alle misure specificamente *antitrust* – che la Corte costituzionale ha, poi, ulteriormente precisato lo “statuto costituzionale” della concorrenza, rilevando la sostanziale continuità fra gli «sviluppi ormai consolidati nell’ordinamento europeo e internazionale» e la propria giurisprudenza sul tema. Quest’ultima ha letto, nelle pieghe dell’art. 41 Cost., il riconoscimento di un principio generale, non già di libertà di concorrenza, ma di liberalizzazione delle attività economiche, espressamente consacrato dall’art. 3, c. 1 e 2 d.l. n. 138 del 2011²⁷ oggetto del giudizio, nella parte in cui afferma che «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge». Tale principio – ha proclamato – «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell’attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall’altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l’utilità sociale» (sent. n.

200 del 2012²⁸)²⁹. «Una politica di ri-regolazione» – ha precisato la Corte – «tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze» (sent. n. 200 del 2012³⁰) determinando l’efficienza e la competitività del sistema economico. In altri termini, in tal modo la Corte ha ravvisato in una regolazione del mercato “razionale” e cioè non «ingiustificatamente intrusiva», (*id est* «non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti»), uno degli strumenti di promozione della concorrenza perseguita, a sua volta, solo se ed in quanto capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico (efficienza e competitività), inevitabilmente incidenti anche sugli operatori economici, sui consumatori e sugli stessi lavoratori, in perfetta armonia con i principi dell’ordinamento comunitario (come affermato nella sent. n. 14 del 2004³¹), ma anche «all’interno della cornice delineata dai principi costituzionali» ed in specie nel rispetto dell’utilità sociale individuata dall’art. 41 Cost. Tuttavia, nella specie, sembra aver identificato la regola (il principio di liberalizzazione) nell’assenza di regolazione («è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge») delle condotte degli operatori economici, in vista del superiore e preminente interesse dell’efficienza e competitività del sistema economico nel suo complesso, assegnando alla regolazione una valenza di “eccezione” atta essenzialmente a correggere le dinamiche economiche non compatibili con l’utilità sociale, del cui contenuto non viene fornita una chiave di lettura, ma

²⁶ V. *supra* nota 23.

²⁷ D.l. 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), conv., con modif., dalla l. 14 settembre 2011 n. 148.

²⁸ C. cost. 20 luglio 2012, n. 200, in G.U., 1^a serie speciale 25 luglio 2013, n. 30.

²⁹ Nella specie la Corte ricorda che la norma impugnata conteneva l’indicazione che il legislatore statale o regionale «può e deve mantenere forme di regolazione dell’attività economica volte a garantire, tra l’altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena os-

servanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell’utilità sociale di ogni attività economica come l’art. 41 Cost. richiede». Nello stesso senso v. anche C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299, in G.U., 1^a serie speciale, 27 dicembre 2012, n. 51; C. cost. 23 gennaio 2013, n. 8, in G.U., 1^a serie speciale, 30 gennaio 2013, n. 5e sent. n. 8 del 2013.

³⁰ V. *supra* nota 28.

³¹ V. *supra* nota 11.

che sembra comunque proporsi principalmente come strumentale al medesimo obiettivo dell'efficienza e competitività del sistema economico (non necessariamente coincidente con la garanzia della libertà di concorrenza) e solo residualmente alla tutela di altri beni costituzionalmente tutelati.

V. IL CONTROLLO DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE FRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E REGOLAZIONE DEL MERCATO

Lo stesso richiamo al collegamento strumentale fra regolazione del mercato, concorrenza, efficienza e competitività del sistema economico, da un lato, e "ragioni" di utilità sociale, di regola coincidenti con il predetto obiettivo della efficienza del sistema economico, e solo eccezionalmente ravvisate nella tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, dall'altro, era stato operato dalla Corte costituzionale già nella sent. n. 270 del 2010²². E questa volta in riferimento non alle misure di promozione della concorrenza, ma a quelle di tutela della stessa e cioè proprio alle misure *antitrust*. In tale sentenza la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una norma, l'art. 4 comma 4-*quinquies* d.l. n. 347/03, convertito dalla l. n. 39/04³³, volta ad autorizzare un'operazione di concentrazione (consistente nell'acquisizione di alcuni rami d'azienda di società sottoposte ad amministrazione straordinaria e nell'acquisizione del controllo esclusivo di altre società) in deroga al procedimento prescritto dalla l. n. 287/90, pur richiamando tutti i suoi precedenti sui fondamenti costituzionali della libertà di concorrenza, respingeva i dubbi di violazione della stessa libertà e quindi di contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. E ciò proprio sulla base dell'assunto che «la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento una

protezione assoluta e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti». Più precisamente, la Corte rilevava la necessità che la regolazione del mercato – di cui quella recata dalla l. n. 287/90 costituisce un importante esempio, essendo essa dettata in attuazione dell'art. 41 Cost., senza tuttavia esserne l'unica possibile – rifletta il necessario equilibrio «tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41 comma 2 e 3 Cost. che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza». Fra i suddetti interessi, tuttavia, – ricordava anche la Corte – sono stati già annoverati interessi «collegati alla sfera economica, quali in particolare, quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione (sentenza n. 20 del 1980³⁴), ovvero a quella di salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda e offerta in un determinato settore (sentenza n. 63 del 1991³⁵), oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese (sentenza n. 439 del 1991³⁶) o anche l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo di imprese di determinate dimensioni (sentenza n. 64 del 2007³⁷)». La stessa valutazione *antitrust* relativa ad una operazione di concentrazione, d'altro canto, – osservava la Corte – implica la considerazione di una serie di elementi, fra i quali vi sono pure il «test di efficienza anche interna dell'esito dell'operazione» ed il «rilievo particolare e specifico dell'acquisizione di un'impresa in stato d'insolvenza» in vista degli obiettivi economici del mercato

²² V. *supra* nota 8.

³³ D.l. 23 dicembre 2003 n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), conv., con modif., dalla l. 18 febbraio 2004 n. 39.

³⁴ C. cost. 15 febbraio 1980, n. 20, in G.U., 1ª serie speciale, 20 febbraio 1980, n. 50.

³⁵ C. cost. 8 febbraio 1991, n. 63, in G.U., 1ª serie speciale, 13 febbraio 1991, n. 7.

³⁶ C. cost. 9 dicembre 1991, n. 439, in G.U., 1ª serie speciale, 18 dicembre 1991, n. 50.

³⁷ C. cost. 9 marzo 2007, n. 64, in G.U., 1ª serie speciale, 14 marzo 2007, n. 11.

(competitività del mercato, efficienza del sistema economico). E ciò in linea con quanto stabilito in particolare dal regolamento comunitario sulle concentrazioni n. 139 del 2004³⁸, che consente «di apprezzare le eventuali efficienze generate dalle concentrazioni», nella prospettiva ultima della realizzazione degli obiettivi economici del mercato unico. In vista di un simile scopo – proseguiva la Corte – è compatibile con il mercato comune anche una concentrazione che sia valutata negativamente alla stregua delle norme *anti-trust* (in quanto volta a costituire o rafforzare una posizione dominante sul mercato nazionale tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza), allorché, ad esempio, una delle imprese partecipanti alla concentrazione versi in uno stato di crisi o quando l'operazione di concentrazione si riveli «più favorevole per gli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività da parte di una determinata impresa». Ed il fatto che sia previsto un controllo, a livello comunitario, svolto dalla Commissione ed eventualmente dal giudice comunitario nell'ipotesi in cui gli Stati membri adottino provvedimenti per tutelare interessi diversi da quelli connessi al mercato concorrenziale – osservava la Corte – «vale solo a distinguere gli interventi a fini protezionistici degli Stati», non ammessi, «da quelli dovuti ad interessi pubblici legittimi diversi dalla concorrenza»³⁹, viceversa possibili.

In armonia con l'ordinamento comunitario, anche nell'ambito dell'ordinamento nazionale, il controllo delle operazioni di concentrazione regolato dalla l. n. 287/90 implica – segnalava la Corte – una «valutazione che va al di là del controllo *ex post* sulla condotta delle imprese tipico della funzione di garanzia»: esso tocca «il confine tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato» nella parte in cui si risolve nella verifica affidata all'Autorità *anti-trust* circa «il perseguimento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in

particolare del suo assetto concorrenziale»; diviene una forma di regolazione generale del mercato nella parte in cui dà luogo al potere del Consiglio dei ministri di autorizzare, sia pure eccezionalmente, operazioni di concentrazione vietate «per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea» (art. 25). E ciò in linea – a parere della Corte – con lo statuto dell'art. 41 Cost. che «consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito», legittimando ulteriori interventi del legislatore ordinario il quale può prevedere, con altri atti normativi, «la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato». Nella specie, il giudice costituzionale salvava la norma-provvedimento recante l'operazione di concentrazione, ravvisando sufficienti giustificazioni alla innegabile compressione non solo della libertà di concorrenza, ma anche dell'assetto concorrenziale del mercato da essa derivante, nella situazione di gravissima crisi nella quale versava un'impresa (sottoposta ad amministrazione straordinaria), che svolgeva il servizio del trasporto aereo (l'Alitalia) di cui doveva essere garantita la continuità in un settore particolare, «notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti».

VI. TUTELA DELLA CONCORRENZA, REGOLAZIONE DEL MERCATO ED AIUTI DI STATO: NOZIONE, AMMISSIBILITÀ SUL PIANO COSTITUZIONALE, REGIME DEI CONTROLLI FRA UE ED ORDINAMENTO NAZIONALE

Se con riguardo alla disciplina del controllo delle concentrazioni la Corte costituzionale, solo di recente, ha espressa-

³⁸ Reg. 139/2004/CE del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

³⁹ A tal proposito la Corte richiamava affermazioni contenute nella Relazione sulla politica della concorrenza inerente all'anno 2009, redatta dalla Commissione europea il 3 giugno 2010.

mente provveduto a qualificarla, come si è detto, come un esempio di regolazione del mercato non necessariamente riconducibile ad un profilo di tutela della concorrenza, quanto piuttosto di realizzazione degli obiettivi di efficienza e stabilità del sistema economico e del mercato nazionale (come dimostrato dal riferimento anche alla disciplina vigente in altri paesi europei) e del mercato unico in ambito comunitario, in relazione alla disciplina degli aiuti di Stato, questa “consapevolezza” della sua natura “complementare” rispetto alla disciplina della concorrenza è assai più risalente nel tempo. Già nella sent. n. 120 del 1969⁴⁰, la Corte – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una delibera legislativa della Regione Sicilia che disponeva aiuti diretti a sostenere il prezzo del mercato degli agrumi e che, tuttavia, non era stata notificata preventivamente alla Comunità economica europea ai sensi dell’art. 93 del Trattato CEE (attuale 108 TFUE) – accoglieva la questione in riferimento all’art. 11 Cost., fornendo utili precisazioni. In specie, essa identificava, tra gli obblighi nascenti appunto dal Trattato e vincolanti gli Stati membri (e quindi, al loro interno, anche le Regioni), anche quello, stabilito dall’art. 93, di comunicare «i progetti diretti ad istituire o modificare aiuti» e cioè relativi a tutti gli «interventi che la mano pubblica può effettuare per modificare la formazione dei prezzi in regime di concorrenza: regime che il Trattato intende sostanzialmente tutelare, pur non disconoscendo la possibilità di legittimare tali interventi nell’interesse sociale, ma a condizione di parità di tutti gli Stati membri e quindi ordinariamente sotto il controllo e con l’autorizzazione degli organi comunitari». Più precisamente, il giudice costituzionale, nel confermare l’ammissibilità degli aiuti nella prospettiva comunitaria, osservava tuttavia che «la struttura del Trattato, volto ad assicurare libertà e parità di accesso e di condizioni a tutti gli Stati membri sui mercati nazionali di ciascuno, non consente discriminazioni nelle operazioni

di sostegno dei prezzi che, siano effettuati o no con l’apporto finanziario degli organi comunitari, rappresentano sempre attività dirette a modificare le condizioni di concorrenza e soggetti perciò al vaglio di merito della loro opportunità, ai fini della possibile autorizzazione». Numerose sono state le occasioni in cui tale impostazione è stata implicitamente ribadita, nelle quali Corte si è tuttavia limitata a pronunciarsi sul rispetto o meno del predetto obbligo di comunicazione di progetti recanti probabili “aiuti di Stato” alle competenti autorità comunitarie da parte, in specie, delle Regioni, configurando l’eventuale violazione del medesimo obbligo quale vizio di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 11 Cost.: talora ha accolto le censure, talaltra le ha respinte, all’esito di un accertamento di fatto, volto a verificare – in linea con l’ottica comunitaria “sostanzialistica” – l’intervenuta comunicazione ovvero il parere della Commissione che escludeva la configurazione in termini di aiuti di Stato degli interventi programmati ovvero ancora l’avvenuta informale comunicazione delle modifiche apportate al progetto originario, ove non sulla base di una interpretazione in *bonam partem* delle disposizioni legislative *sub iudice*.

È però ancora una volta nelle pronunce meno risalenti che la Corte è giunta a precisare le ragioni comunitarie e costituzionali e le condizioni dell’ammissibilità degli aiuti di Stato, nell’ambito della più generale regolazione del mercato. Nel puntualizzare la *ratio* e la portata applicativa degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE (ora 107 e 108 TFUE), in specie con riguardo alle ipotesi in cui per taluni aiuti (di importo poco elevato) non si configura neppure il richiamato obbligo di notificazione, essendo essi implicitamente ammessi, la Corte ha, dapprima, rivelato che «se qualsiasi intervento finanziario accordato da uno Stato ad un’impresa può falsare in modo più o meno significativo la concorrenza, costituendo uno svantaggio per gli imprenditori che non ne beneficiano, non tutti gli aiuti hanno un impatto

⁴⁰ C. cost. 8 luglio 1969, n. 120, in G.U., 1^a serie speciale, 16 luglio 1969, n. 179.

sensibile sugli scambi e sulla concorrenza fra gli Stati membri» (sent. n. 85 del 1999⁴¹). Pertanto – proseguiva la Corte – per gli aiuti di «importo poco elevato che sono generalmente accordati alle piccole e medie imprese (cosiddetti aiuti *de minimis*) e che sono per lo più gestiti da enti locali o regionali, la Commissione ha introdotto nel 1992 una regola, detta appunto *de minimis* che fissa una cifra assoluta al di sotto della quale (...) si può considerare non applicabile l'art. 92, paragrafo 1, del Trattato di Roma [oggi art. 107 TFUE] (...)», regola che tuttavia opera solo ove non vi siano speciali regolamentazioni comunitarie e la cui corretta applicazione implica l'esclusivo potere qualificatorio dei competenti organi comunitari (in specie della Commissione).

Poi, proprio richiamando l'attenzione sul peculiare regime (di favore) riconosciuto a livello comunitario, fra l'altro, agli aiuti *de minimis* (ma anche ai cd fondi strutturali ed agli aiuti alle piccole e medie imprese), la Corte ha, con la sent. n. 14 del 2004⁴², portato alla massima espansione il riconoscimento dell'ammissibilità degli aiuti di Stato (e quindi delle deroghe al divieto degli stessi), invocandoli, genericamente, come "forme" di intervento diretto sul mercato delle istituzioni pubbliche e qualificandoli come «funzionali alla promozione di un mercato competitivo», guardati "con favore" dalla stessa Comunità ove orientati «ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale». Il «regime degli aiuti riguardanti sia il campo agricolo sia gli altri settori produttivi, sui quali l'azione della Comunità è sinora in larga parte intessuta» – ha precisato la Corte – fa parte delle regole comunitarie della concorrenza, come dimostrato dalla stessa sistemica del Trattato, che inserisce le norme relative, appunto, agli aiuti – in specie alle deroghe al divieto degli stessi – all'interno del Titolo V rubricato "Regole della concorrenza". Anche il Regolamento CE della Commissione n.

69/2001 del 12 gennaio 2001, sugli aiuti *de minimis* (ora abrogato), «non si discosta da una visione della concorrenza come obiettivo da promuovere: (...) tali aiuti sono concepiti come fattore di sviluppo da favorire anche mediante la rimozione delle procedure di autorizzazione per singoli interventi, le quali sono addirittura valutate come un inutile intralcio alla realizzazione di una più equilibrata competizione nei diversi settori produttivi». In questa prospettiva la Corte ha ricondotto alla tutela della concorrenza sia gli interventi di sostegno finanziario al settore produttivo tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero, consentiti dalla legge finanziaria per il 2001⁴³ e volti a garantire uno «sviluppo equilibrato del sistema produttivo nazionale, per assicurargli competitività in vista della realizzazione del mercato unico europeo», sia le agevolazioni (sotto forma di credito di imposta per i titolari di reddito di impresa) per gli investimenti nelle aree svantaggiate di cui alla predetta legge finanziaria, identificate dalla medesima Commissione europea, in pretesa linea con quanto previsto dallo stesso art. 87, § 3, lett. a) e c), del Trattato CE (ora art. 3 TUE).

L'ampiezza e la genericità del riconoscimento di aiuti di Stato, ritenuti ammissibili e compatibili con la concorrenza, contenuto nella richiamata decisione – parallela all'ampiezza e genericità del concetto di concorrenza ivi pure configurato – non hanno mancato di sollevare perplessità e di stimolare un mutamento di atteggiamento della stessa Corte nelle decisioni successive, decisamente più cauto e severo sia nel ravvisare aiuti di Stato in corrispondenza di qualsiasi intervento pubblico sul mercato, sia nell'identificarne i presupposti di ammissibilità, sia nell'escluderne la riconducibilità alla tutela della concorrenza, anche alla stregua della normativa comunitaria. È così che, ad esempio, in relazione al sistema di tariffazione dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva (c.d. *price cap*), ha

⁴¹ C. cost. 23 marzo 1999, n. 85, in G.U., 1^a serie speciale, 31 marzo 1999, n. 13.

⁴² V. *supra* nota 11.

⁴³ Si trattava della l. 23 dicembre 2000 n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001).

escluso che potesse ritenersi aiuto di Stato, precisando che di tale meccanismo, volto a determinare le misure dei diritti aeroportuali sulla base di un calcolo che commisura il prezzo delle prestazioni rese dai gestori a parametri obiettivi, fondati sulla redditività dell'investimento, si avvantaggiano tutti i vettori, italiani e stranieri, e manca dunque «l'elemento della selettività, che è connotato necessario della nozione di aiuto di Stato» secondo la giurisprudenza comunitaria (sent. n. 51 del 2008⁴⁴). Così pure, la Corte ha escluso la riconducibilità di misure regionali di sostegno in favore di rivenditori di generi di monopolio, nonché di incentivi per la creazione di imprese da parte delle donne nei settori dell'artigianato, commercio, turismo e servizi, alla tutela della concorrenza, pur ravvisando in dette misure i caratteri degli aiuti di Stato *de minimis* (sent. n. 217 del 2012⁴⁵). E l'ha fatto ricordando non solo che «in tema di aiuti di Stato (artt. 107 e 108 TFUE, già art. 87 e 88 TCE) (...) sono vietati gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza e che incidano sugli scambi tra Stati membri», ma anche che «non tutti gli aiuti hanno un impatto sensibile sugli scambi e sulla concorrenza fra gli Stati membri», motivo per il quale «per gli aiuti di importo poco elevato, generalmente accordati alle piccole e medie imprese e che sono per lo più gestiti da enti locali o regionali, nella disciplina attuativa del Trattato è stata introdotta una regola, detta *de minimis*, che fissa una cifra assoluta al di sotto della quale (...) l'aiuto non è più soggetto all'obbligo di comunicazione». Nella stessa prospettiva, con riferimento all'istituzione di un Fondo per il finanziamento degli interventi consentiti negli Orientamenti UE sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà, ha chiarito che esso è strumentale al conseguimen-

to degli obiettivi delineati dalla stessa Comunicazione della Commissione, che corrispondono a «ragioni di politica sociale o regionale» connesse ai positivi effetti economici dell'attività delle piccole e medie imprese, o anche, «in via eccezionale», all'«opportunità di conservare una struttura di mercato concorrenziale nel caso in cui la scomparsa di imprese possa determinare una situazione di monopolio od oligopolio ristretto», confermando l'estraneità alla tutela della concorrenza anche di simili aiuti di Stato, posto che questi ultimi, «quando consentiti, lo sono in deroga alla tutela della concorrenza» (sent. n. 63 del 2008⁴⁶).

Se con l'ord. n. 103 del 2008⁴⁷ con cui la Corte, per la prima volta, operava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia circa l'interpretazione di alcune norme del Trattato (fra cui l'art. 87 del Trattato CE, ora art. 107 TFUE) in riferimento a disposizioni della Regione Sardegna inerenti ad imposte regionali, essa si trovava, incidentalmente a richiedere appunto alla predetta Corte europea una chiarificazione proprio attorno alla configurazione di taluni interventi quali aiuto di Stato, con la sent. n. 185 del 2011⁴⁸ provvedeva direttamente e puntualmente a fornire specifiche indicazioni in merito. Ancora una volta in un'ottica di delimitazione dell'operatività degli aiuti e di consapevolezza della sostanziale loro contrarietà (di regola) alla tutela della concorrenza, la Corte precisava che la nozione di aiuto Stato, ben più ampia di quella di sovvenzione, si ravvisa ogniqualvolta si sia in presenza di «intervent[i] dello Stato o di una sua articolazione o comunque effettuat[i] mediante risorse pubbliche», che possono consistere non solo in prestazioni positive, ma anche in misure che, in varie forme, alleviano gli oneri che gravano sul bilancio dell'impresa. Tali interventi devono, inoltre, essere «idone[i] ad incidere sugli scambi tra Stati membri», devono «concedere un vantaggio al [...] beneficiario», vantaggio che «deve falsare o minacciare di falsare

⁴⁴ V. *supra* nota 21.

⁴⁵ C. cost. 13 settembre 2012, n. 217, in G.U., 19 febbraio 2012, n. 37.

⁴⁶ V. *supra* nota 18.

⁴⁷ C. cost. 15 aprile 2008, n. 103, in G.U., 1^a serie speciale, 16 aprile 2008, n. 17.

⁴⁸ C. cost. 10 giugno 2011, n. 185, in G.U., 1^a serie speciale, 15 giugno 2011, n. 26.

la concorrenza (sentenza Altmark, causa C-280-00 del 24 luglio 2003)», e devono altresì «superare i limiti al disotto dei quali l'intervento può essere considerato di "importanza minore" (*de minimis*) ai sensi del regolamento n. 1998 del 2006 della Commissione del 15 dicembre 2006». Una simile nozione, tanto complessa, «può ritenersi integrata» – ha precisato la Corte – «soltanto ove sussistano tutti i presupposti previsti dall'art. 87, n. 1 Trattato CE (ora art. 107 TFUE)», per l'accertamento dei quali l'ordinamento comunitario ha delineato un «ben preciso riparto di competenze». In base a quest'ultimo, spetta alla «competenza esclusiva della Commissione, sotto il controllo del Tribunale e della Corte di giustizia, la verifica della compatibilità dell'aiuto con il mercato interno, nel rispetto dei regolamenti di procedura in vigore. Ai giudici nazionali spetta solo l'accertamento dell'osservanza dell'art. 108, n. 3, TFUE e cioè dell'avvenuta notifica dell'aiuto [...]. Solo a questo specifico fine» – precisa la Corte – «il giudice nazionale, ivi compresa questa Corte, ha una competenza limitata a verificare se la misura rientri nella nozione di aiuto».

RAFFAELLA NIRO

Bibliografia

R. BIFULCO, «La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)», in *Le Regioni*, 2008, p. 791; BUZZACCHI, «Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario», in *Giur. cost.*, 2004, p. 277; F. CINTIOLI, «L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"», in *Dir. e soc.*, 2009, p. 383; G. CORSO, «La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)», in *Dir. pubbl.*, 2002; GIAMPIERETTI, «Il principio costituzionale della libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni», in *Dir. soc.*, 2003, p. 439; LIBERTINI, «I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia», in *Giur. cost.*, 2010, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, I ed., 1988; II ed., 1992, p. 457 ss.; A. PACE, «Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?», in *Giur. cost.*, 2004; A. PACE, «Libertà "del" mercato e "nel" mercato», in *Pol. dir.*, 1993, p. 327 e ss.; L.F. PACE, «Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il "vincolo comunitario" imposto al legislatore nazionale: l'art. 1 I. n. 287/90», in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, p. 997; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, «L'incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza», in *Foro it.*, 2010, parte I, p. 2913.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il concetto d'impresa

Sommario: I. LA NOZIONE TRA INDIRIZZO INTERPRETATIVO-APPLICATIVO E *RESTATEMENT* DELLA COMMISSIONE. – II. PARALLELISMO O DIVERGENZA CON L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE DELLE LIBERTÀ DEL MERCATO. – III. IRRILEVANZA DEL CRITERIO SOGGETTIVO PER LA VALUTAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI O PRIVATI. – IV. IL CRITERIO OGGETTIVO PER LE ATTIVITÀ NON-ECONOMICHE ED ECONOMICHE E LA DISSOCIABILITÀ IN CASO DI CUMULO TRA DIVERSE ATTIVITÀ SVOLTE DALLO STESSO SOGGETTO. – V. LE ATTIVITÀ A CARATTERE SOCIALE. – VI. (*Segue*) LE ATTIVITÀ PREVIDENZIALI DI BASE E COMPLEMENTARI.

I. LA NOZIONE TRA INDIRIZZO INTERPRETATIVO-APPLICATIVO E *RESTATEMENT* DELLA COMMISSIONE

Nel diritto dell'Unione europea, la nozione di impresa ha carattere trasversale e propedeutico dell'applicabilità del diritto della concorrenza, riferendosi ai destinatari di tutte le fattispecie normative *anti-trust* e della relativa applicazione coercitiva, nonché a coloro che sono obbligati a richiedere autorizzazione preventiva per effettuare una concentrazione.

Tale categoria giuridica è stata approfondita soprattutto in relazione all'applicazione del divieto di aiuti di Stato e della deroga dei servizi di interesse economico generale (in seguito anche SIEG). Specie in questi ultimi due settori, la qualificazione del carattere economico di

un'attività riveste un ruolo centrale in quanto, da un lato, giustifica la distinzione con le attività che restano di competenza esclusiva degli Stati membri; dall'altro, rappresenta il presupposto materiale del conferimento di diritti esclusivi o speciali da uno Stato membro, giustificabili solo per una missione di servizio pubblico¹.

In assenza di definizione nei Trattati, l'interpretazione da parte della Corte di giustizia e la prassi decisionale della Commissione includono, nella nozione in parola, qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato. Occorre subito evidenziare che l'accertamento dell'esistenza effettiva o potenziale di un mercato di riferimento per una determinata attività può differire in forza delle diverse modalità di organizzazione, da uno Stato membro ad un altro, così come in periodi diversi a seguito della riforma di determinati settori materiali, come ad esempio per i servizi previdenziali e sanitari.

La nozione di impresa ai sensi delle norme comunitarie sulla concorrenza può essere definita di tipo funzionale, in quanto si riferisce al tipo di attività svolta anziché alle caratteristiche dell'operatore che la esercita². In sostanza, la qualifica-

¹ C. giust. CE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, in *Racc.* 1993, p. I-1979, punto 21; C. giust. CE, 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, in *Racc.* 1997, p. I-4013, punto 14, C. giust. CE, 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre, detta «Job Centre II»*, in *Racc.* 1999, p. I-7119, punto 21; C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Racc.* 2001, p. I-5751, punto 77; C. giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, in *Racc.* 2002, p. I-6451, punto 74; C. giust. CE, sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Racc.* 2003, p. I-8089, punto 19; C. giust. CE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Racc.* 2003, p. I-1577, punto 46; C. giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de*

Paris/Commissione, in *Racc.* 2003, p. I-9297, punto 79; C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA e al.*, in *Racc.* 2008, p. I-289, punto 108; C. giust. CE, 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse SpA c. Sotacarbo SpA*, in *Racc.* 2008, p. I-2843, punto 28; 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani, ETI SpA*, in *Racc.* 2009, p. I-10893, punto 38; C. giust. CE, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 21.

² Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 22 maggio 2003, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), e al. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e al.*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.* 2005, p. I-2493, punto 26.

zione di impresa ad una persona fisica o giuridica (condizione soggettiva) non riveste vera e propria autonomia concettuale ma si «intreccia» con il riconoscimento del carattere economico di una determinata attività (condizione oggettiva).

In premessa può dirsi che l'elemento discriminante per la definizione della natura delle attività dello Stato membro (o altre autorità pubbliche) appare la distinzione (o la «scindibilità» in caso di cumulo) fra l'esercizio delle prerogative pubbliche («potere d'imperio») e lo svolgimento di attività di natura industriale o commerciale³. Inoltre, anche un'attività svolta da soggetti non-statali può rivestire carattere non-economico a condizione che sia contrassegnata in modo preponderante dal principio di solidarietà (nazionale) e dal controllo dello Stato membro sul regime applicabile.

La definizione della nozione rientra nella competenza del diritto dell'UE che però tiene conto del contesto legislativo, amministrativo e contrattuale della fattispecie a livello degli Stati membri⁴, senza però alcun condizionamento dovuto allo *status* giuridico dei soggetti interessati nel diritto nazionale. Al contrario, la qualificazione nazionale può trovare diversa o contrapposta valutazione da parte della Commissione e dei giudici dell'Unione che, seguendo la tecnica pretoria, proce-

dono al «raffinamento» dei criteri di analisi e di valutazione del carattere economico delle attività ai fini della concorrenza.

Sull'evoluzione interpretativa della nozione può essere utile riferirsi alla Comunicazione sugli aiuti di Stato ai SIEG (2011)⁵ che, in collegamento con gli altri atti del «pacchetto Alunmia», fornisce per la prima volta un vero e proprio *restate-ment* della giurisprudenza e della prassi decisionale. Al riguardo, la Commissione è motivata dall'esclusiva finalità di facilitare la conoscenza della materia e conferire certezza del diritto e prevedibilità della propria azione decisionale; invece, una Comunicazione interpretativa non assume in quanto tale valore vincolante⁶.

Per meglio esemplificare il rilievo della questione, si può ricordare il contesto degli aeroporti regionali. In tale ambito, le attività venivano nel passato considerate di carattere non-economico, in quanto rientranti nella politica di coesione economica e sociale, secondo l'orientamento espresso nella Comunicazione sugli orientamenti per l'aviazione (1994). Alla luce dello sviluppo degli aeroporti regionali e delle compagnie aeree a basso costo ivi operanti, i giudici dell'Unione si sono pronunciati per la prima volta nella sentenza *Aeroports de Paris*⁷, esprimendo un'interpretazione estensiva del carattere econo-

³ C. giust. CE, 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1988, p. 2599, punti 7, 14 e 15; 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol*, in *Racc.* 1995, p. I-43, punti 30 e 31.

⁴ C. giust. CE, 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C-41/90 in *Racc.* p. I-1979, punto 21.

⁵ C. giust. CE, la Corte 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband v. Ichthyol Gesellschaft Cordes*, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, in *Racc.* 2006, p. I-2493, punto 25.

⁶ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, del 20 dicembre 2011, documento C(2011) 9404 definitivo, punti 8-25 (pubblicata in G.U.U.E. C-8, 11 gennaio 2012, p. 4 ss.); cfr. una versione precedente più ampia, SEC(2010) 1545 final, 7 dicembre 2010, Guida relativa all'applicazione ai servizi d'interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali d'interesse generale, delle norme dell'Unione europea in ma-

teria di aiuti di Stato, di «appalti pubblici» e di «mercato interno».

⁷ V. da ultimo C. giust. UE, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*, che ritiene legittima l'applicazione, da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, della nozione di *restrizione sensibile* ai sensi dell'articolo 101 TFUE anche in assenza delle soglie previste dalla «comunicazione de minimis» (Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis), G.U.U.E. C-368, 22 dicembre 2001, pp. 13-15). Secondo la Corte, anche la stessa Commissione è vincolata dalle discipline o dalle comunicazioni da essa emanate «unicamente nei limiti in cui queste ultime non derogano a una buona applicazione delle norme del Trattato», v. C. giust. CE, 11 settembre 2008, *Repubblica federale di Germania (C-75/05 P)*, *Glunz AG e OSB Deutschland GmbH (C-80/05 P)* c. *Kro-nofrance SA*, cause riunite C-75/05 P e C-80/05 P,

mico delle attività che vi si svolgono. La Commissione ha ovviamente tenuto conto di questo indirizzo in una successiva e specifica Comunicazione sugli aeroporti regionali⁸. Sul diritto applicabile a livello inter-temporale, la recente Sentenza *Mitteldeutsche Flughafen*⁹ ribadisce che «l'interpretazione data dalla Corte di una disposizione di diritto dell'Unione si limita a chiarire e a precisare il significato e la portata della stessa, quale avrebbe dovuto essere intesa ed applicata fin dal momento della sua entrata in vigore»¹⁰.

II. PARALLELISMO O DIVERGENZA CON L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CIRCOLAZIONE DELLE LIBERTÀ DEL MERCATO

La nozione di impresa può determinare un diverso ambito di applicazione del diritto della concorrenza e della circolazione delle libertà fondamentali¹¹. In alcune sentenze, la Corte di giustizia, dopo aver valutato le caratteristiche economiche di un'attività ai fini dell'applicazione di una delle due discipline, considera successivamente i presupposti di applicazione dell'altra. La dichiarata differenza di ambiti di applicazione comporta talvolta una diversa valutazione del carattere economico delle attività; in altri casi serve solo a dare completezza di argomentazione all'analisi giurisprudenziale.

La principale ragione del diverso campo di applicazione della due discipline deriva dalla diversa rilevanza delle modalità di organizzazione delle attività a livello nazionale. Come sottolineato dell'Avvo-

cato generale Maduro nelle conclusioni del caso *Fenin*, gli Stati membri possono organizzare determinate attività in modo da conferire predominanza al principio di solidarietà sicché assumano carattere non-economico, sottraendole così all'ambito di applicazione della concorrenza; sul versante del principio della libera prestazione dei servizi non influiscono invece la modalità organizzative di un'attività a livello nazionale¹². Ci sembra opportuno aggiungere che il mercato interno non è in alcun caso «compartizzabile» mentre la concorrenza tiene conto soltanto del pregiudizio al commercio transnazionale.

Vale pertanto la pena di accennare alla prassi che sembra indicare la natura unitaria o duplice della nozione di impresa e, di conseguenza, il parallelismo o la divaricazione nell'applicazione delle due discipline.

A favore di un parallelismo applicativo si può ricordare la fattispecie del trasporto dei malati, che la Corte esamina nella sentenza *Gloeckner*, concludendo che si tratta di un'attività economica in entrambe le prospettive di analisi¹³. Nel senso di un carattere quasi integrativo fra le due discipline, si esprime la sentenza *Wouters*, che qualifica gli avvocati quali imprese e l'Ordine degli Avvocati quale associazione di imprese, considerando però giustificabili gli effetti restrittivi della concorrenza necessari al buon esercizio della professione. Vi si afferma così una sorta di «traslazione» al settore della concorrenza della giurisprudenza sui motivi di interesse imperativo che possono giu-

in *Racc.* 2010, p. I-06619, punto 65 e giurisprudenza ivi citata.

⁸ C. giust. CE, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, causa T-128/98, in *Racc.* 2002, p. II-3929.

⁹ Il punto 12 delle linee guida del 1994 che prevede che la realizzazione di progetti di infrastrutture costituisce una misura di politica generale che non può essere controllata dalla Commissione europea a norma delle regole del Trattato relative agli aiuti di Stato e al finanziamento delle infrastrutture aeroportuali (richiamato anche al punto 19 degli orientamenti del 2005), la cui applicazione da parte della Commissione deve essere fatta sulla base della evoluzione e della interpretazione giurisprudenziale in materia di finanziamento delle infrastrutture collegate con l'attività di gestione aeroportuale, anche ove l'ap-

plicazione dei principi di giurisprudenza conduca alla disapplicazione del citato punto 12.

¹⁰ C. giust. UE, la Corte 19 dicembre 2012, causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 62 e 63, che confermano l'interpretazione del Tribunale.

¹¹ Trib. CE, 12 febbraio 2008, *BUPA e a./Commissione*, T-289/03, in *Racc.* 2010, p. II-81, punto 159 e giurisprudenza ivi citata.

¹² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti, cit., considerando 15.

¹³ Conclusioni dell'avv. gen. Poiars Maduro del 10 novembre 2005, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-205/03 P, in *Racc.* 2007, p. I-6295, punto 51.

stificare limiti alla circolazione delle libertà del mercato.

Nel senso di una diversità di applicazione delle due discipline, la Corte nella sentenza *Freskott*¹⁴ esclude l'esistenza di una attività economica al fine dell'applicabilità delle regole della concorrenza, *poiché gli elementi essenziali del regime in esame, specialmente la tipologia delle prestazioni ed l'entità del contributo da versare, sono stabiliti dal legislatore nazionale*¹⁵; la Corte riconosce, al contrario, la qualificazione di attività economica ai fini della applicabilità della libera circolazione dei servizi, dal momento che il regime in parola è idoneo a determinare ostacoli ai prestatori di altri Stati membri, pur giustificabile da motivi imperativi di politica sociale¹⁶.

Nella sentenza *Meca Medina*¹⁷ la Corte di giustizia afferma che le norme in discussione non costituiscono restrizioni alla libera circolazione, *giustificate dal legittimo obiettivo dell'organizzazione e del corretto svolgimento di una manifestazione sportiva, finalizzata cioè ad assicurare un sano spirito di emulazione tra gli atleti*. Non è escluso invece che tali norme possano rientrare nell'ambito di applicazione della concorrenza¹⁸, in quanto *la regolamentazione antidoping è stata adottata da un'associazione di impresa in regime di monopolio*¹⁹.

In relazione all'attività di un ente previdenziale, la sentenza *Kattner Stahlbau*²⁰ stabilisce che non costituisce un'impresa

ai fini del diritto della concorrenza se adempie ad una funzione di carattere esclusivamente sociale sotto il controllo di uno Stato membro²¹; mentre tale attività può rientrare nell'ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi le cui eventuali restrizioni sono però giustificabili sulla base di un motivo imperativo di interesse generale quale il rischio di un grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale²².

In via di principio, la sentenza *Viking*²³ ricorda che le due discipline possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione per cui gli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori possono essere esclusi dal campo di applicazione della concorrenza in quanto altrimenti sarebbero compromessi i loro obiettivi di politica sociale, mentre tale ragionamento non può essere applicato alle libertà fondamentali del mercato.

III. IRRILEVANZA DEL CRITERIO SOGGETTIVO PER LA VALUTAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI O PRIVATI

Anche per altri profili di diritto dell'Unione, la nozione di impresa si riferisce a profili soggettivi sostanziali e non formali a carattere funzionale e non istituzionale.

Ad esempio, la nozione può riguardare una «unità economica» costituita da più persone fisiche o giuridiche²⁴ a cui imputare l'azione anticoncorrenziale di un'im-

¹⁴ Causa C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2002, I-8089, punti 18 e 19 e punto 49.

¹⁵ C. giust. CE, 22 maggio 2003, *Freskot AE contro Elliniko Dimosio*, Causa C-355/00, in *Racc.* 2005, p. I-5263.

¹⁶ v. punti 77-79, 88, dispositivo 4.

¹⁷ *Ibidem*, punti 54-55, 57, 59-60, 63, 73-74, punto 3.

¹⁸ C. giust. CE, 18 luglio 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione*, causa C-519/04 P, in *Racc.* 2006, p. I-6991, punto 43. La sentenza ha annullato in appello per un errore di diritto la sentenza del Tribunale di primo grado senza inficiare la correttezza del ragionamento relativo alla estraneità alle libertà economiche fondamentali delle regole puramente sportive e che non attengono all'attività economica, come quelle concernenti l'organizzazione dello sport, nonché la regolamentazione antidoping adottata dal CIO;

v. Trib. CE, 30 settembre 2004, causa T-313/02, *Meca-Medina e Majcen c. Commissione (Meca-Medina)*, in *Racc.* 2005, p. II-3291. V anche Trib. CE, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau c. Commissione*, causa T-193/02, in *Racc.* 2007, p. II-209, punto 78.

¹⁹ *Ibidem*, punti 31 e 34.

²⁰ La dicotomia libertà di circolazione/concorrenza è riaffermata in senso inverso nella sentenza *Viking*.

²¹ C. giust. CE, 5 marzo 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, causa C-350/07, in *Racc.* 2011, p. I-1513, punti 66, 72, 74 e 75.

²² *Ibidem*, punto 34.

²³ *Ibidem*, punti 73-92.

²⁴ C. giust. CE, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Causa C-438/05, in *Racc.* 2009, p. I-10779, punti 47-53.

presa che non decida in modo autonomo il suo comportamento sul mercato. In questo caso tale azione può essere imputata ad un'altra società che eserciti un'influenza determinante in forza di vincoli economici oppure giuridici²⁵; tuttavia, anche quando la società «madre» è titolare della totalità della proprietà della società «figli», occorre dimostrare il coordinamento nell'attività in esame fra la società controllante e la società-figlia.

Altrettanto nella disciplina relativa ai trasferimenti di impresa²⁶, la nozione comprende qualsiasi entità economica organizzata stabilmente, a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di finanziamento della medesima, vale a dire qualsiasi complesso di persone ed elementi che consenta lo svolgimento di un'attività economica che persegua un proprio obiettivo e che sia sufficientemente strutturata e autonoma²⁷.

Così per l'applicazione del diritto della concorrenza, i giudici dell'Unione non traggono conclusioni sulla natura di impresa dallo status giuridico del soggetto interessato nel diritto nazionale (società, ente commerciale, impresa pubblica, ente senza fini di lucro, fondazione, associazione, organizzazione internazionale, etc.²⁸). Secondo l'art. 345 TFUE, il diritto dell'Unione è «neutrale» rispetto alla na-

tura pubblica o privata degli azionisti dell'impresa. L'analisi sulla natura giuridica dell'ente è continuamente «intrecciato» con il criterio oggettivo, vale a dire con le argomentazioni sulle modalità di organizzazione delle attività in discussione.

Per le attività nell'ambito delle «prerogative pubbliche», la qualificazione non muta se lo Stato membro agisce tramite un organo dell'amministrazione o tramite un Ente cui abbia conferito diritti speciali od esclusivi²⁹. L'attribuzione di compiti e di attività di sorveglianza potrebbe persino essere affidata ad un'impresa privata senza che si modifichi la finalità pubblica dell'attività, ad esempio la protezione dei cittadini e dell'ambiente, nonché la salvaguardia da danno ambientale e pericoli per la salute³⁰. In generale, l'attribuzione di una personalità giuridica autonoma è poi ininfluenza, se si rileva l'esistenza di relazioni finanziarie con lo Stato membro, come ad esempio nel caso di un organismo pubblico di investimento (*single purpose vehicle*), il cui unico obiettivo sia la gestione e l'esercizio di un'infrastruttura pubblica³¹.

Quanto all'attività dei soggetti *in house*, non esiste ancora a riguardo una pronuncia giurisprudenziale, ma si può certamente ritenere tale «modalità organizzativa» irrilevante per la valutazione

²⁵ V. ad esempio, C. giust. CE, 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, in *Racc.* 2008, p. I 11987, punto 40.

²⁶ V. ad esempio sentenze della Corte del 16 novembre 2000, *Metsä-Serla e a./Commissione*, C-294/98 P, in *Racc.* 2002, p. I-10065, punto 27; del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, in *Racc.* 2007, p. I-5425, punto 117, e del 10 settembre 2009, *Akzo Nobel e a./Commissione*, C-97/08 P, in *Racc.* 2011, p. I 8237, punto 58.

²⁷ Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, G.U.U.E. L 82, 22 marzo 2001, p. 16 ss.

²⁸ Sentenze 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, causa C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal e a.*, in *Racc.* 2000, p. I-8179, punti 26 e 27; 26 settembre 2000, causa C-175/99, *Mayeur*, in *Racc.* 2002, p. I-7755, punto 32; *Abler e a.*, cit.,

punto 30; sentenze 13 settembre 2007, causa C-458/05, *Jouini e a.*, in *Racc.* 2009, p. I-7301, punto 31, 29 luglio 2010, causa C-151/09, *UGT-FSP*, p. I-7591, punto 26; 6 settembre 2011, *Ivana Scatolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, Causa C-108/10, non ancora pubblicata.

²⁹ C. giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-9297, punto 75. Per ulteriore precisazione, v. anche sentenze del 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio e al. c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, in *Racc.* 2002, p. I-691, punto 23; 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-6295, punto 25.

³⁰ C. giust. CE, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 8.

³¹ C. giust. CE, 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, in *Racc.* 1999, p. I-1547, punto 22.

della natura economica dell'attività³². La circostanza che le imprese possano essere inquadrate come aziende municipalizzate non scongiura eventuali ripercussioni sulla concorrenza, giacché queste imprese sono presenti su uno stesso mercato con altri operatori pubblici e privati. Inoltre, le imprese che percepiscono i finanziamenti potrebbero sfruttare questi vantaggi per competere con altre imprese su mercati diversi. Questa posizione è affermata nel Reg. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto³³, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed nel caso *Asemfo*³⁴ e in alcune recenti decisioni della Commissione³⁵.

Per gli enti privati, la qualificazione di impresa e dell'attività economica svolta non è determinata dalla circostanza che un ente sia costituito come associazione senza scopo di lucro oppure operi senza fini di lucro. Se le prestazioni offerte sul mercato da siffatti enti si pongono in concorrenza con quelle di altri operatori economici³⁶, non rileva se l'attività esercitata sia senza scopo di lucro o di natura commerciale. La carenza della finalità di lu-

cro non esclude la presenza del carattere economico dell'attività³⁷; costituisce soltanto un criterio pertinente di valutazione, anche se non sufficiente³⁸. Un ente non può essere qualificato come impresa soltanto quando si limiti ad un'attività di natura esclusivamente sociale o di pubblica utilità, svolta al di fuori di un mercato di riferimento³⁹, vale a dire fuori dalla sfera degli scambi economici⁴⁰.

Non esiste la possibilità di esentare una specifica tipologia di enti non commerciali o *non profit*, ma occorre valutare "caso per caso" l'organizzazione delle sue attività. Ad esempio, secondo la sentenza *Cassa di Risparmio di Firenze*⁴¹ è esclusa la qualificazione come impresa di una fondazione bancaria, se l'attività consiste nel versamento di contributi per motivazioni esclusivamente sociali e un ruolo caratteristico di un'organizzazione caritativa⁴². Tuttavia, non si può escludere che, in determinati ambiti di pubblica utilità, le fondazioni possano svolgere attività secondo modalità tipiche di un'impresa.

Lo stesso principio vale per gli enti non commerciali della Chiesa e delle as-

³² Trib. UE, 24 marzo 2011, cause riunite T-443/08 e T-455/08, *Freistaat Sachsen e Mitteldeutsche Flughafen/Commissione*, punti 128-130. Le considerazioni rilevanti ai fini dell'argomento in oggetto sono stati confermati dalla sentenza della Corte 19 dicembre 2012, causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG e a.l.c. Commissione europea*.

³³ Comunicazione SGEI, considerando 13.

³⁴ V. articoli 5 § 2 e 6 § 1, Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, in G.U.U.E. L 21017 agosto 2011, p. 2.

³⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 28 settembre 2006, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contro Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, causa C-295/05, in *Racc.* 2008, p. I-2999, punti 110-116, spec. punto 114: «Orbene, se un servizio esecutivo interno "proprio" di un'amministrazione pubblica si manifesta su segmenti di mercato aperti, senza che siano state adottate misure adeguate e trasparenti per evitare che gli eventuali vantaggi finanziari e materiali, che esso ricava dalla circostanza di operare per la maggioranza delle sue attività come organo di esecuzione di un ente pubblico, vengano utilizzati nella concorrenza sui segmenti di mercato aperti, non

sono soddisfatte le condizioni esplicite poste dall'art. 86, n. 1, CE.».

³⁶ Dec. Comm. UE, 23 febbraio 2011, relativa all'aiuto di Stato C-58/06 (*ex NN 98/05*) al quale la Germania ha dato esecuzione a favore delle società *Bahnen der Stadt Monheim (BSM)* e *Rheinische Bahngesellschaft (RBG)* nel *Verkehrsverbund Rhein-Ruhr* [notificata con il numero C(2011) 632 G.U.U.E. L 210, 17 agosto 2011, p. 1, §§ 208-209; Commission Decision of 25 April 2012 on State aid implemented by Germany for Zweckverband Tierkoerperbeseitigung Rheinland-Pfalz, not yet published in the OJ, IP/12/308.

³⁷ Sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.* (in *Racc.* 1997, p. I-4013, punti 17 e 18), 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany* (in *Racc.* 2001, p. I-5751, punti da 84 a 87) e *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit., punto 123.

³⁸ C. giust. CE, 16 novembre 1995, *Federation francaise des societes d'assurance, Societe paternelle-vie, Union des assurances de Paris-vie e Caisse d'assurance et de prevoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministere de l'agriculture et de la peche*, causa C-244/94, in *Racc.* 1995, p. I-4013, punto 22.

³⁹ C. giust. CE, 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse*, in *Racc.* 2008, I-2843, punto 31.

⁴⁰ C. giust. CE, *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit., punti 120 e 121.

⁴¹ C. giust. CE, *Wouters*, cit., punto 57.

⁴² C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit.

sociazioni dilettantistiche sportive. Nella decisione riguardante l'Italia sull'*esenzione fiscale dall'ICI*⁴³, la Commissione ha ritenuto che i criteri stabiliti dalla legislazione italiana in vigore non consentivano di escluderne la natura economica nella prospettiva del diritto dell'Unione. Nei settori delle attività sanitarie e sociali, la convenzione con le pubbliche autorità appariva soltanto la condizione necessaria per ottenere un parziale rimborso dal servizio sanitario nazionale. Per le attività didattiche, il rispetto di una serie di obblighi rilevava al limitato fine della purificazione mentre insufficiente risultava l'onere di re-investimento dei risparmi di gestione. Quanto alle sale cinematografiche, le misure riguardano esclusivamente le finalità culturali (qualità, interesse culturale, film per ragazzi). Da ultimo, non è considerata sufficiente per escludere il carattere non economico delle attività ricettive, l'onere sull'impresa di applicare prezzi ridotti rispetto a quelli di mercato e comportamenti diversi da una «normale» struttura alberghiera⁴⁴.

IV. IL CRITERIO OGGETTIVO PER LE ATTIVITÀ NON-ECONOMICHE ED ECONOMICHE E LA DISSOCIABILITÀ IN CASO DI CUMULO TRA DIVERSE ATTIVITÀ SVOLTE DALLO STESSO SOGGETTO

Come accennato, le attività che si ricol-

legano ad una «prerogativa dello Stato» e all'esercizio di pubblici poteri non presentano carattere economico ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza⁴⁵. Esempi di prerogative dello Stato si ritrovano a proposito dei servizi che riguardano la sicurezza sotto vari profili, quali la navigazione aerea⁴⁶, il controllo del traffico marittimo⁴⁷, l'organizzazione di misure di sostegno al lavoro dei carcerati⁴⁸. Altrettanto può dirsi per la costruzione di una infrastruttura di trasporto, a condizione che sia aperta a tutti gli utilizzatori potenziali in termini di uguaglianza e non discriminazione.

La qualificazione di «attività economica» deve essere effettuata separatamente per ogni attività esercitata da ciascun soggetto⁴⁹; pertanto potrebbero applicarsi regimi diversi a seconda di attività differenti svolte dallo stesso soggetto. Così, alcune attività svolte dal medesimo soggetto potranno rientrare nel campo di applicazione della concorrenza e della deroga in parola, ed altre ne saranno del tutto escluse. Un ente pubblico può essere considerato un'impresa soltanto per la parte delle sue attività qualificabili come attività economiche⁵⁰. Nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei pubblici poteri essa agisce come impresa⁵¹.

Secondo la giurisprudenza della Corte

⁴³ *Ibidem*, punto 118.

⁴⁴ V. Dec. Comm. UE, 12 ottobre 2010, Aiuto di Stato C-26/2010 (*ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)*), Italia, Regime riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici, punto 38.

⁴⁵ Secondo il comunicato stampa (IP/12/1412 del 19.12.2012) sulla nuova decisione della Commissione (il cui testo non è ancora disponibile al momento della scrittura di questo contributo), la recente normativa sulla tassazione IMU sarebbe invece conforme alle norme in materia di aiuti di Stato, in quanto limita l'esenzione agli immobili al possesso di specifici requisiti. Inoltre, l'indagine della Commissione avrebbe stabilito, tra l'altro, che i controlli fiscali hanno riguardato anche gli enti ecclesiastici e le associazioni sportive dilettantistiche, evidenziando così l'inesistenza di un'esenzione permanente e generale degli enti qualificati nel diritto nazionale come "non commerciali".

⁴⁶ C. giust. CE, 1° luglio 2008, causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 24.

⁴⁷ C. giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, cit., punto 27; Trib. CE, 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-4797, punti 73-82.

⁴⁸ *Décision de la Commission, le 16 octobre 2002, Aide d'Etat n. N 438/2002, Belgique, Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique.*

⁴⁹ Commission Decision of 19 July 2006, case N 140/2006, Lithuania, Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses.

⁵⁰ C. giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris c. Commissione*, cit., punto 74.

⁵¹ Sentenza *Aéroports de Paris/Commissione*, punto 74, e *MOTOE*, punto 25.

e l'orientamento della Commissione⁵², la gestione degli aeroporti e le attività operative consistenti nella prestazione di servizi aeroportuali alle compagnie aeree e ai prestatori di servizi vari negli aeroporti costituiscono attività economiche. Nella citata sentenza *Aéroports de Paris*⁵³, in cui erano in discussione la messa a disposizione a compagnie aeree e a prestatori di servizi le installazioni aeroportuali e i relativi canoni fissati a tal fine dalla società di gestione dell'aeroporto di Parigi, in quanto gestore delle infrastrutture pubbliche aeroportuali. La previsione a livello di diritto nazionale di un regime di «polizia speciale» del settore del demanio pubblico non è stato considerato incompatibile con la contemporanea prestazione di altre attività aventi invece carattere economico. Questa posizione è stata richiamata negli Orientamenti della Commissione (2005), secondo cui restano in capo agli Stati membri gli oneri derivanti dall'esigenza di tutelare la sicurezza nel senso più ampio del termine (*safety e security*), cioè, ad esempio, controllo aereo, servizi di polizia, lotta contro gli incendi.

Nella più recente sentenza *Selex*, la Corte di giustizia considera non separabile le attività di consulenza svolta nei confronti delle amministrazioni nazionali⁵⁴ (attività che pure costituisce un'of-

ferta di servizi su un mercato) dalla missione di gestione dello spazio aereo e di sviluppo della sicurezza aerea. Se l'attività economica fosse dissociabile dall'esercizio dei pubblici poteri, l'ente agirebbe come impresa; valutazione opposta deve fornita se la suddetta attività economica risulti indissociabile e, pertanto, «assorbita» dall'esercizio dei suoi «pubblici poteri»⁵⁵. La Corte ha affermato, contrariamente da quanto statuito dal Tribunale⁵⁶, che tale carattere di inscindibilità deve essere riconosciuto, sia alle attività di sviluppo della normazione tecnica⁵⁷, sia alle attività di consulenza alle amministrazioni nazionali in occasione delle gare di appalto. A riguardo non rileva né che l'assistenza di consulenza sia prestata solo su richiesta delle medesime amministrazioni nazionali (carattere opzionale dell'attività), né che sia stato verificato il carattere essenziale o indispensabile delle attività in parola, purché sussista un collegamento con il mantenimento e allo sviluppo della sicurezza della navigazione aerea. A proposito della normazione tecnica, la Commissione, nelle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale⁵⁸, ricorda che tale attività può rientrare nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri⁵⁹, ma occorre verificare caso per caso il carattere econo-

⁵² C. giust. CE, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, causa 113/07 P, in *Racc.* 2011, I 2207, punti 72 ss.

⁵³ La Commissione ha chiarito che le misure per proteggere i cittadini europei dagli attacchi terroristici costituiscono un'attività economica in quanto rientrano essenzialmente fra le responsabilità dello Stato, v. COM(2006) 431 def., 1 agosto 2006, Relazione sul finanziamento della sicurezza dei trasporti; COM(2009) 30 def., 2 febbraio 2009, Relazione sul finanziamento della sicurezza dell'aviazione; v. anche Dec. Comm. CE, 19 marzo 2003, n. 309/2002, Sicurezza aerea - Compensazione dei costi al seguito degli attentati dell'11 settembre 2001.

⁵⁴ Trib. CE, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, causa T-128/98, cit., punti 120 e 121 V. altresì C. giust. CE, 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commissione*, causa C-82/01 P, in *Racc.* p. I-9297, punto 74, in cui si afferma che lo status di ente pubblico o parastatale non basta, di per sé, a determinare il carattere non economico delle attività di tale ente.

⁵⁵ C. giust. CE, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA contro Commissione delle Comunità europee e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, Causa C-113/07 P, in *Racc.* 2011, p. I-2207.

⁵⁶ *Ibidem*, punti 72 ss.

⁵⁷ Trib. CE, 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-4797.

⁵⁸ Nelle Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 agli accordi di cooperazione orizzontale, la Commissione ricorda che la preparazione e la produzione di norme tecniche può rientrare nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri, mentre gli organismi di normazione europei sono soggetti al diritto della concorrenza nella misura in cui possono essere considerati un'impresa o un'associazione di imprese ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE.

⁵⁹ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale G.U.U.E. C-14 gennaio 2011, p. 258 ss.

mico dell'attività degli organismi europei di normazione⁶⁰.

Ulteriormente, un ente che svolge attività di regolamentazione esercita concretamente un pubblico potere anziché un'attività economica che al contrario svolgerebbe se sviluppasse la differente attività di organizzazione di gare sportive. Nella sentenza *MOTOE*⁶¹, la Corte definisce come esercizio del «potere pubblico» l'emissione di pareri conformi sulle domande di autorizzazione presentate al fine di organizzare gare motociclistiche. L'ente può infatti condizionare l'approvazione alla verifica della sicurezza dello svolgimento delle gare tramite la previsione di misure opportune da parte dell'organizzatore oppure per motivi obiettivi connessi alle particolarità dell'attività sportiva.

Infine, vale la pena di ricordare che l'eventuale corrispettivo per la fornitura di un prodotto o l'erogazione di un servizio da parte di un ente pubblico, non è sufficiente di per sé a qualificare l'attività svolta come economica se tale corrispettivo è previsto dalla legge e non è determinabile direttamente o indirettamente dall'ente in questione⁶². La Corte di giustizia nella sentenza *SAT Fluggesellschaft* ha stabilito che le attività dall'organizzazione internazionale Eurocontrol, per la loro natura, l'oggetto e le norme applicabili, si ricollegano all'esercizio di pubblici

poteri⁶³, malgrado la fissazione e la riscossione dei contributi dovuti dagli utenti dei servizi della navigazione aerea. Altrettanto, secondo la sentenza *Kompaas*⁶⁴, non assume carattere economico l'attività di una pubblica autorità relativa ad una banca-dati relativa a informazioni comunicate dalle imprese. Tale qualificazione giuridica non cambia né se si considera il pagamento *ex lege* di un corrispettivo per la consultazione e la fornitura di copie; né per effetto del divieto di impiego successivo imposto al soggetto che abbia così ottenuto tali dati⁶⁵.

V. LE ATTIVITÀ A CARATTERE SOCIALE

Una delle questioni più attuali e controverse relativamente alla configurabilità di una impresa ai sensi del diritto della concorrenza o meno è quella relativa al riconoscimento delle caratteristiche economiche o meno dell'attività degli Enti che erogano servizi previdenziali⁶⁶ e sanitari⁶⁷. Le situazioni di monopolio nell'erogazione di servizi sociali a carattere universale sono state a lungo considerate estranee al diritto della concorrenza, in quanto svolte da Enti pubblici per finalità di tutela sociale a carattere non economico. Soprattutto, i sistemi di assistenza sanitaria variano attualmente tra Stati membri, assumendo specificità nazionali che condizionano il riconoscimento del

⁶⁰ La Comunicazione cit. rinvia proprio alla sentenza *SELEX*, causa C-113/07, cit., punto 92.

⁶¹ Riconosciuti a norma della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, G.U. L 204 del 21 luglio 1998, p. 37. Cfr. Trib. UE, 12 maggio 2010 nella causa T-432/05, *EMC Development AB/Commissione*, non ancora pubblicata.

⁶² C. giust. CE, 1 luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contro Elliniko Dimosio*, Causa C-49/07, in *Racc.* 2010, p. I-4863, punto 46. La Corte riprende le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 6 marzo 2008, punti 110.

⁶³ V. in tal senso, citate sentenze *SAT Fluggesellschaft*, punti 28 e ss., nonché *Diego Cali & Figli*, cit., punti 22-25.

⁶⁴ C. giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, cit., punti 27, 30 e 31.

⁶⁵ C. giust. UE, 12 luglio 2012, *Compass-Da-*

tenbank GmbH contro Republik Österreich, non ancora in *Racc.*

⁶⁶ Per la tutela *sui generis* del costituente della banca-dati, v. art. 7 della direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, o di qualsiasi altro diritto di proprietà intellettuale.

⁶⁷ C. giust. CE, 17 febbraio 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle regionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Concava)*, Cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.* p. 1-637, punto 13; C. giust. CE, 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistetto Venanzio & C. Sas c. INAIL*, causa C-218/00, in *Racc.* p. 1-691, punto 45; C. giust. CE, 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband e al.*, cit., punti da 47 a 55; C. giust. CE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e al. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Causa C-244/94, in *Racc.* p. 1-4013, punto 19.

carattere economico delle attività svolte. Attualmente, invece, un sempre maggiore numero di attività riferite a servizi sociali può essere in linea di principio qualificabile come «economica». Infatti, benché le funzioni e l'organizzazione dei servizi sociali si diversifichino considerevolmente negli Stati membri, il processo generale in corso comprende profonde modifiche delle modalità di organizzazione, fornitura e finanziamento di questo tipo di servizi.

Nel caso di un sistema sanitario nazionale, che funziona secondo il principio di solidarietà, finanziato attraverso oneri sociali, e che offre una prestazione gratuita sulla base di una copertura universale, un'attività non può essere considerata come economica. Altrettanto vale per le «casse malattia», presenti in alcuni Stati membri, che perseguono un obiettivo esclusivamente sociale e, applicano esclusivamente la legge senza possibilità di influire sull'ammontare dei contributi, sull'impiego dei fondi e sulla determinazione del livello delle prestazioni⁶⁸.

Qualora le attività presentino le suddette caratteristiche, gli ospedali pubblici non agiscono come imprese⁶⁹. In sostanza, le attività che di per sé potrebbero presentare carattere «economico» ma sono effettuate al fine di fornire un servi-

zio non economico, non possono essere qualificate come economiche ai fini dell'applicazione delle regole della concorrenza. Altrettanto vale quando tali ospedali agiscano in qualità di acquirenti anche di beni in un determinato mercato (soprattutto medico-farmacologico) per offrire i loro servizi a carattere non economico⁷⁰.

L'opposta qualificazione del carattere economico delle attività/servizi è invece affermata allorché gli ospedali pubblici richiedano il pagamento di un prezzo ai pazienti o alle loro assicurazione. Quest'ultima circostanza rivela infatti che lo Stato membro interessato ha inteso sviluppare un certo grado di concorrenza relativamente alla prestazione di servizi sanitari⁷¹.

VI. (Segue) LE ATTIVITÀ PREVIDENZIALI DI BASE E COMPLEMENTARI

Nel settore della previdenza sociale⁷², la Corte di giustizia distingue nettamente i «regimi legali di base» dai «regimi complementari facoltativi», anche se resi obbligatori dalle autorità pubbliche.

Per i regimi previdenziali e assicurativi di base, la Corte accerta che le prestazioni erogate all'assicurato non siano strettamente proporzionate ai contributi da questo versati⁷³; individua così la «soli-

⁶⁸ Trib. UE, 4 marzo 2003, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) c. Commissione*, Causa T-319/99, in *Racc.* p. II-357, punto 39.

⁶⁹ Le «casse malattia» sono legalmente tenute ad offrire ai loro iscritti prestazioni obbligatorie, essenzialmente identiche, che sono indipendenti dall'ammontare dei contributi versati. Tali casse non hanno così alcuna possibilità di influire su tali prestazioni. La loro attività, fondata sul principio della solidarietà nazionale, è priva di qualsiasi scopo di lucro e le prestazioni fornite sono prestazioni legali, che prescindono dall'entità della contribuzione. V. C. giust. CE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e al. e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, in *Racc.* 0000, p. I-637, punti 15 e 18 e del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, cit.

Così un organismo come l'INAIL, che gestisce per legge un regime di assicurazione malattia contro gli infortuni sul lavoro e le malattie pro-

fessionali, non è un'impresa ai fini delle norme in materia di concorrenza contenute nel Trattato, considerato che l'ammontare delle prestazioni e quello dei contributi sono in definitiva fissati dallo Stato, v. C. giust. CE, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*, cit., punti 43-46. Anche nel caso del contributo specifico a favore di un ente di assicurazioni agricole, la Corte ha escluso la natura di impresa, v. C. giust. CE, 22 maggio 2003, causa C-355/00, *Freskot AE c. Elliniko Dimosio*, in *Racc.* 0000, p. I-5263, punti 76-79. V. C. giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, cit., sul regime di pensione complementare di categoria dei medici specialisti stabiliti nei Paesi Bassi.

⁷⁰ Comunicazione SEGI, parte 2.1.4.

⁷¹ *Ibidem*, punto 23.

⁷² *Ibidem*, punto 24.

⁷³ V. sentenze della Corte del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, in *Racc.* 1997, p. I-4013, punto 14; del 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, in *Racc.* 2002, p. I-6451, punto

darietà» nei regimi legali di assicurazione malattia e di assicurazione vecchiaia, in cui il «soggetto-gestore» svolge un'attività senza scopo di lucro e non influisce sull'importo dei contributi, sull'impiego dei fondi e sulla determinazione dell'entità delle prestazioni⁷⁴. Alla medesima conclusione si perviene in mancanza di un nesso diretto tra i contributi pagati dagli assicurati e le prestazioni erogate contro i rischi di infortunio sul lavoro, allorché prestazioni e dei contributi siano fissati dallo Stato⁷⁵. In particolare, la Corte di Giustizia nega la qualità di impresa se la loro attività, oltre ad essere caratterizzata da finalità sociali⁷⁶ e dall'assenza di uno scopo di lucro, è disciplinata da obblighi di solidarietà e senza alcuna facoltà di influenza sulla determinazione del livello delle prestazioni fornite e sull'ammontare dei contributi incassati. Opposta valutazione merita un regime previdenziale che operi in base al «principio della capitalizzazione» e le cui prestazioni siano legate all'entità dei contributi versati e ai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'Ente di gestione⁷⁷.

Per i «regimi complementari» integrativi dei «regimi di base», la Corte ha elaborato due criteri principali che consentono di escludere la natura economica dell'attività prevista dai diversi regimi legali: i) la preponderanza del principio di

solidarietà⁷⁸ e ii) il controllo dello Stato membro⁷⁹.

I regimi complementari, malgrado presentino una parte delle caratteristiche dei regimi con una funzione esclusivamente sociale⁸⁰, possono essere considerate attività economica in determinate circostanze.

i) Rispetto al principio di una preponderanza del principio di solidarietà, la sentenza *Fédération française des sociétés d'assurance*⁸¹ riteneva rilevanti il principio di capitalizzazione, secondo cui le prestazioni dipendevano solo dall'ammontare dei contributi piuttosto che dal perseguimento di un fine sociale e le esigenze di solidarietà manifestate nell'indipendenza dei contributi dai rischi (senza previa selezione degli assicurati), nonché le restrizioni agli investimenti. Anche la sentenza *Albany*⁸², un fondo pensione complementare di categoria senza scopo di lucro presentava aspetti di solidarietà con riferimento all'iscrizione obbligatoria e alla determinazione dell'importo dei contributi e del livello delle prestazioni, ma se ne discostava in base al principio della capitalizzazione, al controllo della «camera delle assicurazioni» e all'obbligo o la facoltà di esentare talune imprese dall'iscrizione.

ii) Per quanto attiene al criterio del controllo dello Stato, che rafforza l'attua-

75; del 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2003, p. I-8089, punto 19; del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e al.*, in *Racc.* 2006, p. I-2493, punto 46; dell'11 luglio 2006, causa C-205/03 P, *FENIN*, cit., punto 25 V. Trib. UE, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, cit.

⁷⁴ V., in particolare, sentenze *Cisal*, cit., punto 44 e *Kattner Stahlbau*, cit., punto 65.

⁷⁵ V. C. giust. CE, *Poucet e Pistre*, cit., punti 15 e 18. V. anche, nello stesso senso, C. giust. CE, *AOK Bundesverband e a.*, cit., punti 52-56.

⁷⁶ V. C. giust. CE, *Cisal*, cit., punti 42, 43 e 45.

⁷⁷ C. giust. CE, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*, in *Racc.* 1995, p. I-637, punti 18 e 19; C. giust. CE, *Cisal*, cit., punto 45 e *AOK Bundesverband*, cit., punti 47 e 49.

⁷⁸ C. giust. CE, 17 febbraio 1993, *Poucet e Pistre*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.* 1995, p. I-637, punto 17; C. giust. CE, 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c. Isti-*

tuto nazionale per l'assicurazione c. gli infortuni sul lavoro (INAIL), causa C-218/00, in *Racc.* 2002 p. I-0691, 45; C. giust. CE, 16 novembre 1995, *Fédération française des Sociétés d'assurance, Société paternelle-vie, Union des assurances de Paris-vie e Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c. Ministère de l'agriculture et de la pêche*, causa C-244/94, in *Racc.* 1995, p. I-4013, punto 22.

⁷⁹ Al riguardo v., tra le altre, sentenze *Poucet e Pistre*, cit., punti 8-15; 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*, in *Racc.* 2004, p. I-691, punti 37-46; *AOK Bundesverband e a.*, cit., punti 47-57, e *Kattner Stahlbau*, cit., punti 43-68.

⁸⁰ V. C. giust. CE, *AOK Bundesverband e a.*, cit., punto 49.

⁸¹ V. C. giust. CE, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, cit., punti 9 e 17-20.

⁸² C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International*, cit., punti 81-85 e 103 ss. V. anche citate sentenze *Brentjens*, cit., punti 81-85 e *Drijvende Bokken*, cit., punti 71-75, nonché Pavlov e a., punti 114 e 115.

zione del principio di solidarietà, appare rilevante per l'esclusione dell'esistenza di un'attività economica sia la designazione dell'organismo gestionale che la gestione degli elementi essenziali del regime, specie con riferimento alla determinazione dell'importo dei contributi e del valore delle prestazioni fornite. Nella sentenza *AG2R Prévoyance*⁸³, la Corte ritiene che lo scopo sociale di un regime assicurativo obbligatorio per tutti i lavoratori dipendenti di un settore economico tramite un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche non è, di per sé, sufficiente ad escludere che l'attività considerata sia qualificata come attività economica. Il controllo dello Stato manca laddove l'ente abbia un margine di negoziazione sul regime applicabile e la sua designazione, tra le altre imprese, sia fondata sulla sua situazione economico-finanziaria.

Per i servizi sociali diretti alla persona, sono stati considerati a «carattere economico» attività quali: il collocamento pubblico esercitato da agenzie pubbliche⁸⁴, l'assistenza alla dichiarazione delle imposte da parte di soggetti incaricati da uno Stato membro e organizzati dalle parti sociali⁸⁵. La principale ragione di tale valu-

tazione sembra essere la circostanza che tali servizi potrebbero essere offerti sul mercato da altri soggetti⁸⁶, mentre appare irrilevante che la designazione provenga dallo Stato a da un soggetto privato come i sindacati.

La prospettiva dell'alternativa effettiva o potenziale di servizi sul mercato può allargare il campo di applicazione della concorrenza. Ad esempio nel settore dei servizi di edilizia sociale nella Decisione *Irish Social Housing*⁸⁷, la Commissione a sostenuto che in tale attività le «municipalità» entravano in concorrenza con società di costruzione e di gestione immobiliare ed ha ritenuto «economica» tale attività, malgrado la motivazione presentata e relativa al principio di solidarietà⁸⁸.

In definitiva, le norme della concorrenza trovano applicazione rispetto a quelle attività poste in essere da un soggetto di propria iniziativa che ne assuma il rischio e la piena responsabilità delle modalità di svolgimento delle sue attività. In altri termini, occorre che sussista a livello nazionale una certa libertà in capo ad un soggetto idoneo con autonomi comportamenti a restringere o falsare la concorrenza sul mercato.

GIANDONATO CAGGIANO

⁸³ C. giust. UE, 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, Causa C-437/09, non ancora pubblicata; v. punti 41-42, 44-46, 64-65. V. anche le Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 11 novembre 2010.

⁸⁴ C. giust. CE, 23 aprile 1991, causa 41/90, *Höfner e Elser*, cit., punto 21.

⁸⁵ C. giust. CE, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, in *Racc.* 2008, p. I-2941, punto 63.

⁸⁶ *Höfner*, cit., para 22; *Job Centre*, cit., para 22.

⁸⁷ Decision of the Commission of 3 July 2001 in Case N 209/2001-Ireland, SG (2001) D/289528.

⁸⁸ La Commissione ha considerato successivamente corretto il conferimento di un incarico di servizio di interesse economico generale, v. *Commission Decision in Cases No. E 2/2005 and N 642/2009 (The Netherlands, Existing and special project aid to housing corporations) of 15 December 2009*.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il pregiudizio al commercio tra Stati membri

Sommario: I. L'ELEMENTO TRANSFRONTALIERO NELLE REGOLE DI CONCORRENZA DEL TFUE. – II. L'ELEMENTO TRANSFRONTALIERO NELLE REGOLE EUROPEE A PROTEZIONE DELLA LIBERTÀ ECONOMICHE GARANTITE DAL TFUE E NELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO. – III. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO QUALE PRESUPPOSTO PER L'APPLICABILITÀ DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE. – IV. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO NEL SISTEMA DEL REGOLAMENTO (CE) N. 1/2003. – V. LA VALUTAZIONE DEL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO NELLA PRASSI DELLA COMMISSIONE EUROPEA. – VI. RECENTI PROFILI APPLICATIVI. – VII. CENNI SULLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE.

I. L'ELEMENTO TRANSFRONTALIERO NELLE REGOLE DI CONCORRENZA DEL TFUE

Per l'applicazione delle regole di concorrenza poste dal TFUE si richiede che il comportamento di impresa sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri.

L'art. 101 § 1 TFUE stabilisce che il divieto ivi disposto sia applicabile a condizione che, tra l'altro, le intese «possano pregiudicare il commercio tra Stati membri». Del pari, l'art. 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante «nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri».

L'iniziale ed intenso dibattito sul significato del termine "pregiudicare", ovvero se ad esso dovesse attribuirsi un significato negativo, come è suggerito dal testo italiano e da quello olandese (*ongunsting beïnvloeden*: influenzare sfavorevolmente) del TCEE, oppure un significato neutrale, come consente il francese *affecter*, è stato decisamente risolto in favore di questa seconda opzione. Si considera, dunque, rilevante l'incidenza sugli scambi di per sé considerata senza che il commercio ne venga necessariamente ristretto o ridotto.

La struttura degli scambi può essere alterata anche quando un accordo o una pratica determinano un aumento degli scambi, se appare comunque probabile che il commercio tra Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe sviluppato in sua assenza

Quanto al concetto di "commercio", esso non è limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero. Si tratta di un concetto più ampio, che copre tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento d'impresa. Del resto, questa interpretazione è coerente con l'obiettivo fondamentale del Trattato di promuovere la libera circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali¹.

II. L'ELEMENTO TRANSFRONTALIERO NELLE REGOLE EUROPEE A PROTEZIONE DELLA LIBERTÀ ECONOMICHE GARANTITE DAL TFUE E NELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO

In effetti, il requisito del pregiudizio al commercio integra il cosiddetto «elemento transfrontaliero» che, con diversa intensità, ha connotato ciascuna delle norme che costituiscono la costituzione economica europea, quali create dal Trattato CEE. Gli estensori di quel Trattato avevano inteso in tal modo sottrarre all'ambito di applicazione del medesimo le vicende che rivestissero una rilevanza «puramente interna», rispetto ad un singolo Stato membro.

Così, la libera circolazione nella Comunità era tradizionalmente fondata sul principio del divieto di restrizioni discriminatorie. Essa cioè sembrava imperniarsi, almeno in linea di principio, sul di-

¹ C. giust. CE, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*. Vedi anche C. giust. CE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*; del 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*; del 21 gennaio 1999 cause riunite C-215/96 e 216/96,

Carlo Bagnasco e a./Banca Popolare di Novara soc. coop. a r. l. (BNP); 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre* 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*.

vieta delle sole misure restrittive suscettibili di provocare discriminazioni tra soggetti stabiliti in Stati membri diversi.

Da tempo, tuttavia, la giurisprudenza della Corte è orientata nel senso di riferire il divieto non solo alle restrizioni di carattere discriminatorio, ma più in generale a tutte quelle che limitano la possibilità di circolare all'interno della Comunità, alla stregua di un principio che informa tanto le merci quanto il regime dei lavoratori dipendenti, quanto quello dello stabilimento e dei servizi.

Un tale approccio ha necessariamente comportato una progressiva compressione del rilievo applicativo dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri ed *a fortiori* una generale irrilevanza del grado di intensità dei relativi effetti.

È stato ben presto chiarito, inoltre, che per quanto riguarda le merci – al pari della disciplina per la libertà di circolazione dei lavoratori, stabilimento, prestazione dei servizi – di cui essa ha costituito matrice – non assumessero «alcun rilievo i criteri elaborati nella giurisprudenza della Corte relativa all'art. [101 TFUE], in particolare per quanto riguarda la nozione di pregiudizio per il commercio fra stati membri e che in particolare l'art. [34 TFUE] non fa alcuna distinzione fra i provvedimenti che possono essere qualificati come misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, a seconda della consistenza del pregiudizio per il commercio fra Stati membri»².

Ancora in termini generali, si ricorda che tra le Regole di concorrenza applicabili agli Stati membri, l'articolo 107 TFUE prevede che gli aiuti di Stato siano incompatibili con il mercato interno, tra l'altro, «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri».

Anche in tal caso, peraltro, la giurisprudenza della Corte non ha certo enfa-

tizzato la portata di un tale requisito, consolidando nel tempo la seguente presunzione di base: «allorché un aiuto finanziario concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto»³. In tal modo, l'entità relativamente esigua dell'aiuto, o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa che ne beneficia non escludono a priori l'eventualità che il commercio fra gli Stati membri possa essere pregiudicato⁴.

Né reca indicazioni del tutto chiarificatrici, almeno sul piano sistemico, quanto considerato nel Regolamento (CE) n. 1998/2006 sugli aiuti d'importanza minore (*de minimis*) per cui è possibile affermare che gli aiuti che non superino, nell'arco di tre anni, la soglia di 200000 EUR «non incidono sugli scambi tra Stati membri e/o non falsano né minacciano di falsare la concorrenza, non rientrando pertanto nel campo di applicazione dell'articolo [107], paragrafo 1 del trattato»⁵. Come si vede, a differenza della comunicazione *de minimis*, che decreta l'inapplicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di importanza minore esclusivamente poiché i medesimi non risultano idonei a falsare la concorrenza, nel caso degli aiuti di Stato una tale soglia di irrilevanza è indistintamente riferita tanto al requisito del pregiudizio alla concorrenza, quanto a quello dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri.

III. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO QUALE PRESUPPOSTO PER L'APPLICABILITÀ DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE

Tanto premesso, è invece notorio come la condizione del pregiudizio al commercio abbia conservato immutata la pro-

² C. giust. CE, 5 aprile 1984, cause riunite 177/82 e 178/82, *Van de Haar*, punto 13. Vedi anche C. giust. CE, 5 giugno 1986, causa 103/84, *Commissione/Italia* e del 18 maggio 1993 causa C-126/91, *Yves Rocher*.

³ C. giust. CE, 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris/Commissione*, punto 11.

⁴ C. giust. CE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*; 11 novembre 1987, causa

295/85, *Francia/Commissione*; 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione* 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia/Commissione* e 14 settembre 1994, cause riunite da C-278 a 280/92, *Spagna/Commissione*.

⁵ Reg. (CE) n. 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore, considerando 8.

pria portata nel quadro regole di concorrenza applicabili alle imprese, in ragione della natura delle competenze a tal fine attribuite alla Comunità e poi all'Unione Europea.

Per loro espressa previsione, gli artt. 101 e 102 TFUE sono applicabili alle intese restrittive della concorrenza e agli abusi di posizione dominante che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri. Secondo la giurisprudenza, tale condizione tende a delimitare il campo di applicazione delle norme comunitarie di tutela della concorrenza fra imprese, rispetto a quello dei diritti nazionali della concorrenza. Proprio nella misura, infatti, in cui un'intesa restrittiva o un abuso di posizione dominante possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, l'alterazione della concorrenza provocata da uno di tali comportamenti ricade sotto i divieti degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE, mentre in caso contrario vi è sottratta⁶.

A questo riguardo, risulta da una giurisprudenza costante che un accordo fra imprese o un abuso di posizione dominante, per poter pregiudicare il commercio tra Stati membri, «deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati»⁷.

Inoltre, siffatta influenza sugli scambi deve, secondo la giurisprudenza, essere significativa: «[un] accordo non ricade sotto il divieto dell'[art. 101 TFUE] qua-

lora, tenuto conto della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi, esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante»⁸.

La condizione dell'idoneità a pregiudicare il commercio tra Stati membri è soddisfatta qualora un insieme di elementi oggettivi di diritto o di fatto consenta di prevedere con un sufficiente grado di probabilità che un'intesa può esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale sulle correnti degli scambi tra Stati membri⁹. In tal senso, inoltre, la circostanza che un accordo tra imprese riguardi soltanto gli operatori stabiliti in un solo Stato membro non è sufficiente, di per sé, ad escludere che tale accordo possa incidere sugli scambi intracomunitari¹⁰, mentre un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato¹¹.

Come anticipato, il pregiudizio al commercio tra Stati membri funge così da criterio di delimitazione tra l'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE e quello del diritto nazionale della concorrenza. Se risulta che la violazione addotta non può pregiudicare il commercio intracomunitario, o che lo pregiudica solo in misura irrilevante, il diritto comunitario della concorrenza non è applicabile¹².

È in questa specifica prospettiva che tale nozione assume la più ampia rilevanza, tanto in termini di principio, quanto in chiave applicativa, alla stregua di quanto si confida di poter illustrare anche

⁶ C. giust. CE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig/Commissione*; 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents/Commissione*; 1 febbraio 1978, causa 19/77, *Miller/Commissione*, nonché più di recente 23 aprile 2009, causa C-425/07 P, *AEPI Elliniki*.

⁷ C. giust. CE, 11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia e a./Commissione*, e 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco*, cit.

⁸ C. giust. CE, 9 luglio 1969, causa 5/69, *Völk*, punto 7. Vedi anche C. giust. CE, 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin*, e 28 aprile 1998, causa C-306/96, *Javico*, nonché Concl. Mengozzi 27 novembre 2008, causa C-425/07, *AEPI Elliniki*.

⁹ C. giust. CE, 9 luglio 1969, *Völk*, cit., del 10 luglio 1980, causa 99/79, *Lancôme e Cosparfrance*, e 11 luglio 1985, *Remia*, cit.

¹⁰ C. giust. CE, 11 luglio 1989, causa 246/86, *Belasco/Commissione*.

¹¹ C. giust. CE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, nonché, più di recente Concl. Geelhoed 29 giugno 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*.

¹² C. giust. CE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef Equifax e Administración del Estado* e la giurisprudenza ivi citata, nonché 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, *Dalmine/Commissione*, e la giurisprudenza ivi citata.

nel prosieguo del presente contributo. Prima di procedere in tal senso, è tuttavia utile svolgere due brevi cenni ad altrettanti temi, meno arati ma non per questo privi di significato ai fini di un complessivo inquadramento dell'istituto in parola.

In materia di concentrazioni tra imprese, anzitutto, è ben noto che la competenza comunitaria è definita dall'applicazione dei criteri relativi al fatturato contenuti nell'articolo 1, paragrafi 2 e 3 del regolamento sulle concentrazioni¹³. Per l'esame delle concentrazioni non vi è una competenza concorrente della Commissione e degli Stati membri: il regolamento sulle concentrazioni stabilisce al contrario una chiara divisione delle competenze. Le concentrazioni «di dimensione comunitaria», ossia quelle che superano le soglie di fatturato di cui all'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni, sono di esclusiva competenza della Commissione e gli Stati membri non possono applicare a tali concentrazioni la loro normativa nazionale sulla concorrenza. Le concentrazioni che non raggiungono le soglie rimangono invece di competenza degli Stati membri e la Commissione non è competente ad esaminarle a norma del regolamento sulle concentrazioni.

Ora, secondo una concezione ampiamente condivisa, può ritenersi che la dimensione comunitaria di una determinata operazione non sia altro che una forma di definizione su base quantitativa di una concentrazione tra imprese idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Una tale considerazione oltre che sorretta da palesi esigenze di coerenza sistematica, risulta peraltro avvalorata dal tenore letterale dell'art. 22 § 3 Reg. concentrazioni, ai sensi del quale, su richiesta dello Stato membro, la Commissione può decidere di esaminare la concentrazione se ritiene che *i*) incida sul commercio fra Stati membri e *ii*) rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri

che presentano la richiesta. Del resto in sede di applicazione del meccanismo di rinvio disposto dal citato art. 22, la Commissione non ha mancato di rilevare che – coerentemente con quanto da essa stessa declinato nella comunicazione sul rinvio in materia di concentrazioni¹⁴ – un'operazione può formare oggetto di rinvio ad uno Stato membro quando è atta ad avere un'influenza riscontrabile sulla struttura degli scambi tra Stati membri, risultando applicabili per analogia i criteri di accertamento previsti dalle linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 101 e 102 TFUE¹⁵.

Ritornando alla disciplina delle intese restrittive e degli abusi di posizione dominante, si osserva, ancora in termini generali, come il requisito del pregiudizio al commercio operi anche rispetto a pratiche realizzate da soggetti stabiliti al di fuori del territorio dell'Unione Europea. Esso rileva dunque, in funzione della c.d. applicazione extraterritoriale delle regole di concorrenza.

Come si ricorderà, il tema ha formato oggetto di una raffinata elaborazione giurisprudenziale, a partire dal caso *Materie Coloranti*¹⁶, in cui la Commissione aveva rivendicato la propria giurisdizione in base alla cosiddetta «dottrina degli effetti» e cioè senza tener conto del luogo dove le imprese si trovano o in cui la pratica sia stata compiuta, nel caso in cui gli effetti siano tale da incidere sulla concorrenza e pregiudicare il commercio nell'allora Comunità. In quell'occasione tuttavia, la Corte di giustizia ha poi ricostruito la fattispecie enfatizzando che le imprese interessate operavano all'interno della Comunità tramite società dal loro controllate, rifacendosi in tal modo al principio della territorialità, che è uno dei fondamenti universalmente riconosciuti del diritto internazionale pubblico per la definizione della giurisdizione. Analogamente, nel caso *Pasta di legno*, la Corte di

¹³ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, G.U. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1.

¹⁴ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, G.U. C-56 del 5 marzo 2005, p. 2.

¹⁵ Dec. Comm. UE, 7 settembre 2010, COMP/

M.5969, *SC Johnson / Sara Lee*, su richiesta della Comisión Nacional de la Competencia di rinvio alla Commissione a norma dell'articolo 22, § 1, del Reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio.

¹⁶ C. giust. UE, 14 luglio 1972, cause riunite 49-57/69, *Materie Coloranti*.

giustizia sembra aver evitato un'esplicita adesione alla «dottrina degli effetti», affermando che la competenza della Comunità si basava su determinati comportamenti degli interessati, cioè sull'attuazione della pratica concordata¹⁷.

Anche successivamente, le Corti europee hanno costantemente ricercato un elemento di collegamento materiale onde affermare la giurisdizione comunitaria. E ciò sia che un'impresa stabilita in un paese terzo operasse direttamente all'interno del mercato comune ponendo in essere comportamenti restrittivi della concorrenza¹⁸; sia che detta impresa attuasse tali comportamenti restrittivi per il tramite di filiali stabilite all'interno della Comunità¹⁹; sia, infine, allorché un abuso all'interno del mercato unico venisse commesso da un'impresa la cui posizione dominante sia stata accertata rispetto ad un mercato situato al di fuori della Comunità²⁰.

Non è questa la sede per approfondire caratteri e limiti di un tale approccio; valga soltanto rilevare che il principio secondo il quale l'accordo o la pratica devono essere in grado di avere un'influenza sensibile, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra

Stati membri, si applica anche nel caso di pratiche imputabili ad imprese stabilite al di fuori dell'Unione Europea e/o di comportamenti materialmente realizzati in paesi terzi²¹.

IV. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO NEL REG. (CE) N. 1/2003

Ciò posto, il requisito del pregiudizio al commercio esplica la propria funzione primaria quale criterio di giurisdizione (*Kollisionnorme*) per la delimitazione tra l'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE e quello del diritto nazionale della concorrenza. Se risulta che la violazione addotta non può pregiudicare il commercio intracomunitario, o che lo pregiudica solo in misura irrilevante, il diritto comunitario della concorrenza non è applicabile.

Il sistema trova oggi compiuta disciplina nel Reg. (CE) n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (ora, articoli 101 e 102 TFUE), che all'articolo 3, regola i rapporti tra gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza²².

¹⁷ C. giust. CE, 27 dicembre 1988, cause riunite 89, 104, 116-117 e 125-29/85, *A. Alshrom Oy e altri contro la Commissione*. In quell'occasione, l'Avvocato generale Darmon ha concluso che la «dottrina degli effetti» poteva applicarsi purché gli effetti del comportamento fossero diretti e prevedibili. Egli ha esposto le sue opinioni in un esauriente resoconto contenente una rassegna della «dottrina degli effetti» nel diritto internazionale, il relativo principio della legislazione statunitense e le varie basi giurisdizionali per la sua applicazione *antitrust* suggerite dagli accademici.

¹⁸ C. giust. CE, 27 settembre 1988, cause riunite, 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85 *Pâte de Bois*.

¹⁹ C. giust. CE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *ICI c. Commissione*.

²⁰ C. giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*.

²¹ Comunicazione della Commissione - Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, G.U.U.E. n. C-101 del 27 aprile 2004, p. 81, § 100 ss.

²² A termini dell'art. 3 § 1, «[q]uando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad ac-

cordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo [101 TFUE] che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo [101 TFUE] a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo [102 TFUE], esse applicano anche l'articolo [102 TFUE]. L'art. 3 § 2, dispone che «[d]all'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo [101 § 1 TFUE], che soddisfano le condizioni dell'articolo [101 § 3 TFUE] o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo [101 § 3 TFUE]. Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese». Infine, l'art. 3 § 3 stabilisce quanto segue: «[f]atti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i §§ 1 e 2 non si

Secondo l'art. 3 Reg. n. 1/2003, le legislazioni nazionali in materia di concorrenza si applicano insieme agli articoli 101 e 102 TFUE quando gli accordi, le decisioni o le pratiche di cui si tratta «possono pregiudicare il commercio tra Stati membri» ai sensi del Trattato. Per il legislatore dell'Unione, dunque, se esiste un potenziale pregiudizio al commercio tra Stati membri, la legislazione nazionale può eventualmente essere applicata parallelamente al diritto dell'Unione (art. 3 § 1) e quest'ultimo fungerà da «barriera» (art. 3 § 2 Reg. 1/03).

Più in dettaglio, l'art. 3 obbliga le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri ad applicare gli artt. 101 e 102 FUE ad accordi e a pratiche abusive che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, riconoscendo peraltro alle autorità ed ai giudici nazionali la possibilità di applicare altresì, in via concorrente, il diritto nazionale.

Il ricorso ad una tale facoltà non è tuttavia incondizionato. Dall'eventuale applicazione concorrente della legislazione nazionale in materia di concorrenza non possono comunque scaturire esiti difformi da quelli conseguibili in base alle sole regole europee rispetto al caso di cui trattasi. Altrimenti, non può esservi alcun margine per il diritto nazionale, a salvaguardia del primato del diritto dell'Unione e dell'esigenza di una sua uniforme applicazione.

Ciò, peraltro, con tre temperamenti: il primo relativo all'ipotesi di norme nazionali che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese, in base a criteri più rigorosi e stringenti di quelli espressi dall'art. 102 TFUE; il secondo concernete norme nazionali estranee al sistema di tutela della concorrenza, che perseguono

applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli [101 e 102 TFUE].»

²³ Cfr., per una recente ricostruzione del sistema reso dall'art. 3 del Reg. n. 1/2003, Concl. Cruz Villalón, 25 ottobre 2012, causa C-32/11, *Alianz Hungária Biztosító Zrt e a. / Gazdasági Versenyhivatal*.

²⁴ Comunicazione della Commissione «Linee

quindi un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 101 e 102 TFUE; il terzo riferito alla legislazione nazionale in materia di controllo delle concentrazioni²³.

V. LE VALUTAZIONE DEL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO NELLA PRASSI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

In una sua Comunicazione del 2004, la Commissione, ispirandosi alla giurisprudenza dei giudici dell'Unione, ha esposto determinati criteri pratici, in base ai quali è possibile valutare se un accordo tra imprese ovvero un abuso di posizione dominante, sia in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri²⁴.

Sul piano giuridico formale, con tale Comunicazione, la Commissione non ha esercitato competenze legislative, ma ha invece agito in veste di Autorità garante della concorrenza dell'Unione europea. Da un lato, questa Comunicazione rappresenta una spiegazione della prassi amministrativa della Commissione, dall'altro in essa quest'ultima espone un parere o una raccomandazione generale in materia di concorrenza, nel quadro della responsabilità ad essa attribuita ai fini del mantenimento e dello sviluppo di un sistema di concorrenza non falsato nel mercato unico europeo²⁵.

Per quanto riguarda i procedimenti amministrativi a livello dell'Unione, è pacifico nella giurisprudenza che la Commissione, adottando comunicazioni relative alla prassi dell'amministrazione, si autolimita. Si tratta di norme di comportamento da cui la Commissione non può discostarsi nel singolo caso senza fornirne le ragioni e rimanendo nell'osservanza del principio della parità di trattamento²⁶. Nello specifico della Comunica-

zioni sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato», G.U.U.E. 21 aprile 2004, C-101, p. 81.

²⁵ C. giust. CE, 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*; del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*; del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*. Sul ruolo della Commissione nel determinare la politica della concorrenza dell'Unione europea, C. giust. CE, del 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*.

²⁶ Per tutte, C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-272/09 P *KME e a./Commissione* e giurisprudenza ivi citata.

zione sul pregiudizio al commercio, essa pare contenere più di una semplice codificazione della conferente elaborazione giurisprudenziale. In quella sede, infatti, la Commissione espressamente definisce la sua «metodologia per applicare la nozione di pregiudizio al commercio [tra Stati membri]»²⁷ e dichiara che, in presenza di determinate circostanze non avvierà un procedimento contro le imprese e che non infliggerà loro ammende. Con la pubblicazione di tali linee direttrici, la Commissione si è assunta unilateralmente un obbligo al quale deve attenersi nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione in ordine alle condizioni economiche relative al pregiudizio al commercio tra Stati membri. Nel verificare se il comportamento delle imprese ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE sia in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri, essa non può, dunque, applicare una metodologia diversa da quella esposta nelle sue linee direttrici del 2004 senza un giustificato motivo²⁸.

Per quanto attiene ai procedimenti a livello di Stati membri, gli effetti di una tale comunicazione sono meno stringenti. Dall'obbligo di leale cooperazione incombente a tutte le autorità degli Stati membri (art. 4, § 3, TUE) discende che le autorità e i giudici nazionali nell'esercitare i poteri ad essi spettanti ai sensi del reg. n. 1/2003 sono tenuti a prendere debitamente in considerazione le comunicazioni della Commissione in materia di politica della concorrenza. Sebbene, dunque, le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali non possano desumere dalla comunicazione della Commissione precetti vincolanti ai fini delle loro valutazioni, essi devono nondimeno avere riguardo alle valutazioni ivi espressa²⁹.

Ciò posto, sul piano materiale la Comunicazione, attraverso una dettagliata ricostruzione dei diversi elementi che definiscono la nozione di pregiudizio al commercio, precisa una regola per stabilire quando è in generale improbabile che un accordo sia atto a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri (regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio). La Commissione in particolare, osserva che dal disposto degli articoli 81 [101] e 82 [102] e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado» risulta che nell'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio vanno presi in considerazione il concetto di «commercio tra Stati membri», quello di «possano pregiudicare» e quello de «l'incidenza sensibile»³⁰.

Sulla scorta dell'analisi di tali parametri, la Commissione conclude rilevando che gli accordi non sono in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri quando sono soddisfatte le condizioni cumulative esposte in appresso³¹:

i) la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5% e

ii) il fatturato delle imprese interessate non sia superiore a 40 milioni di euro, da ponderarsi come in relazione alle diverse ipotesi si accordo³².

La Commissione considera peraltro valida una tale presunzione qualora durante due anni consecutivi la summenzionata soglia di fatturato non venga superata di più del 10% e la succitata soglia di mercato non sia oltrepassata di più di 2 punti percentuali. Per converso essa esclude che la regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio possa ap-

²⁷ Cfr. punto. 3 della Comunicazione.

²⁸ Concl. Kokott 13 dicembre 2012 Causa C-439/11 P, *Ziegler SA*.

²⁹ Sul Concl. Kokott il 6 settembre 2012 causa C-226/11 *Expedia Inc.*, cit., e giurisprudenza ivi citata.

³⁰ Cfr. punti 18 ss. della Comunicazione.

³¹ Cfr. punti 52 ss. della Comunicazione.

³² Segnatamente: *i)* nel caso di accordi orizzontali, il fatturato comunitario aggregato annuo delle imprese interessate relativo ai prodotti a cui si applica l'accordo; *ii)* nel caso di accordi concer-

nenti l'acquisto congiunto di prodotti, il fatturato rilevante sarà quello relativo all'acquisto aggregato dei prodotti interessati dall'accordo; *iii)* nel caso di accordi verticali, il fatturato comunitario aggregato annuo del fornitore dei prodotti interessati; *iv)* nel caso degli accordi di licenza il fatturato aggregato dei licenziatari dei prodotti contenenti la tecnologia oggetto di licenza ed il fatturato del licenziante relativo a tali prodotti; *v)* nel caso di accordi conclusi tra un acquirente e diversi fornitori, il fatturato relativo all'acquisto aggregato, da parte dell'acquirente, dei prodotti interessati dagli accordi.

plicarsi riguarda un mercato emergente che non esiste ancora e nel quale di conseguenza le parti non realizzano un fatturato o qualora un accordo o una pratica siano per loro natura in grado di pregiudicare se il commercio tra Stati membri, ad esempio perché interessano le importazioni e le esportazioni o si applicano a diversi Stati membri.

Una tale presunzione è evidentemente destinata ad operare con esclusivo riguardo alla disciplina delle intese restrittive della concorrenza, mentre è per sua stessa natura inapplicabile agli abusi di posizione dominante. Ogni impresa dominante esprime infatti una quota di mercato larghissimamente superiore alla soglia del 5%, talché per la verifica dell'attitudine della fattispecie a pregiudicare il commercio, dovrà precedersi ad una valutazione caso per caso, avuto riguardo alla tassonomia elaborata dalla stessa Comunicazione per più comuni tra le figure di abuso di posizione dominate³³.

VI. RECENTI PROFILI APPLICATIVI

Rispetto alle intese, per altro verso, gran parte dei profili applicativi a sostegno delle conclusioni sopra riportate sono diffusamente analizzati dalla Commissione nel quadro della propria Comunicazione. Ulteriori significative precisazioni sono state poi rese dalla successiva elaborazione giurisprudenziale.

Così, è stato di recente osservato³⁴ come dal punto di vista sostanziale, la Comunicazione della Commissione si limiti alla stringatissima affermazione che, ai fini dell'applicazione del criterio del 5%, «è necessario determinare» il mercato rilevante⁵, mentre essa non puntualizzi il grado di dettaglio con il quale occorre effettuare tale determinazione del mercato.

³³ Cfr. punti 73 ss. della Comunicazione

³⁴ Concl. Kokott del 13 dicembre 2012, nella Causa C-439/11, cit. in particolare punti. 57 ss.

³⁵ Cfr. punto 55. della Comunicazione. Si ricorda peraltro che al punto 22 la stessa Comunicazione precisa che l'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio è indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti. Il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato anche nei casi in cui il mercato rilevante è nazionale o sub-nazionale.

Lo stesso rinvio che la Comunicazione della Commissione opera alla precedente Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, non appare risolutivo³⁶. Infatti, questa seconda Comunicazione non esclude che la determinazione dei mercati rilevanti, a seconda della questione concorrenziale da risolvere, debba essere più o meno dettagliata. La Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante riconosce anzi che la definizione del mercato è strettamente connessa alle finalità di volta in volta perseguite e può portare a risultati diversi, secondo la natura del caso di volta in volta in esame³⁷. Viene così lasciato un sufficiente spazio per un approccio pratico alla definizione del mercato, adattato alle circostanze del singolo caso.

Su queste basi non dovrebbe pertanto costituire un vizio di legittimità di un provvedimento *antitrust* – in linea con le esigenze di una prassi amministrativa efficiente ed economica – il fatto che la Commissione, nel definire il mercato in ordine all'applicazione del criterio del 5%, non abbia ritenuto di svolgere approfondimenti istruttori maggiori rispetto a quanto strettamente necessario³⁸.

Ancora con riguardo all'intensità degli accertamenti idonei a ponderare la sussistenza del pregiudizio al commercio, tra le linee evolutive della giurisprudenza europea figura quella di una convergenza con le valutazioni richieste per accertare la significatività di una restrizione della concorrenza rispetto alla soglia *de minimis*.

In particolare, nel caso di quote di mercato relativamente ridotte che si attestavano chiaramente al di sotto della soglia *de minimis* del 10%, la giurisprudenza europea ha affermato la significatività delle restrizioni della concorrenza nei casi in cui le imprese coinvolte persegui-

³⁶ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in G.U.U.E. C-372 del 9 dicembre 1997, p. 5.

³⁷ Cfr. punti 10 e 12 della comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante.

³⁸ Concl. Kokott del 13 dicembre 2012, cit., punto 60.

vano con le proprie pratiche un oggetto anticoncorrenziale³⁹. Allo stesso modo, alcune sentenze dei giudici dell'Unione, non richiedono la sussistenza di elementi concreti indicativi della significatività della restrizione della concorrenza laddove risultava che un accordo fra imprese aveva un oggetto anticoncorrenziale⁴⁰.

Su questa basi, è stato quindi rilevato che per la prova della significatività di una restrizione della concorrenza per oggetto non possono in alcun caso essere imposti requisiti più severi rispetto a quelli richiesti, relativamente alla prova della significatività del pregiudizio del commercio fra Stati membri. In conseguenza, qualora i risultati acclarati che un accordo fra imprese avente oggetto anticoncorrenziale è idoneo a pregiudicare sensibilmente il commercio fra Stati membri, da ciò si può desumere senz'altro che questo accordo è idoneo anche a impedire, restringere o falsare sensibilmente la concorrenza nell'ambito del mercato interno⁴¹.

L'approccio appena enunciato sembra aver trovato il pieno avallo della Corte di Giustizia, che pronunciandosi in via pregiudiziale sul potere di un'autorità nazionale garante della concorrenza di applicare l'art. 101, § 1, TFUE ad un accordo tra imprese, che sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma che non raggiunga le soglie fissate dalla Commissione nella sua comunicazione de minimis, ha da ultimo statuito che: «un accordo idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri e avente un oggetto anticoncorrenziale costituisce, per sua natura e indipendentemente da qualsiasi suo effetto concreto, una restrizione sensibile del gioco della concorrenza»⁴².

VII. CENNI SULLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Quando, da ultimo, all'elaborazione giurisprudenziale delle corti amministrative

nazionali, formatasi in esito a ricorsi avverso le decisioni dell'AGCM, si è dato corso ad un'interpretazione ampia ed elastica della nozione di pregiudizio al commercio, tale da relegare, segnatamente dopo l'entrata in vigore del Reg. (CE) 1/2003, ad un ambito tendenzialmente residuale l'applicazione del diritto nazionale armonizzato, di cui agli artt. 2 e 3 l. 287/1990.

Un tale orientamento giurisprudenziale si è consolidato su elementi del tutto coerenti con quelli fatti propri dalle istituzioni europee ed in particolare, intorno al rilievo per cui l'idoneità di un'intesa ad incidere sul commercio tra Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 101 FUE, non occorrendo dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo.

In tal senso inoltre, si considera che un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato. Non vi è quindi alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 101 TFUE. Al contrario, per il giudice amministrativo rispetto a una pratica restrittiva della concorrenza applicata all'insieme del territorio di uno Stato membro, sussiste una forte presunzione che tale pratica possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari. Del pari, anche accordi di portata subnazionale (ed anche solo regionale) possono soddisfare il requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri, specie quando la "chiusura" di un mercato locale possa contribuire ad ostacolare l'integrazione economica voluta dal Trattato⁴³.

Se, allora, il giudice amministrativo non si è sottratto alla materiale verifica

³⁹ C. giust. CE, 1 febbraio 1978, causa 19/77, *Miller*; del 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, *Musique Diffusion française*; del 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEF - Telefunken*.

⁴⁰ Trib. CE, 8 luglio 2004, causa T-44/00 *Mannesmannröhren-Werke/Commissione*; causa T-50/00, *Dalmine/Commissione* cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering*

e *a./Commissione*; 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB/Commissione*.

⁴¹ Concl. Kokott, 6 settembre 2012, causa C-226/11, cit.

⁴² C. giust. UE, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia Inc*, punto 37.

⁴³ Tra le altre, decisioni del Cons. St., sez. VI del 16 settembre 2011, n. 5171, *Listino prezzi della*

del requisito del pregiudizio al commercio nelle ipotesi di applicazione decentrata del diritto dell'Unione da parte della autorità nazionale di concorrenza, quello stesso giudice, d'altro canto, non pare incline a considerare l'eventuale carenza della predetta attitudine pregiudizievole, tale da minare la legittimità complessiva del provvedimento scrutinato.

È stato infatti, più volte statuito che l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle imprese interessate, avendo, anzi, l'effetto di comportare le garanzie procedurali aggiuntive disposte dal Reg. CE 1/2003. Inoltre, l'applicazione della sanzione è disciplinata in ogni caso dall'art. 15 l. 287/1990, che prevede, nei casi di infrazioni gravi e tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, l'applicabilità di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa⁴⁴.

Meno consolidate, appaiono sul punto le indicazioni rese dalla giurisprudenza civile in materia di concorrenza, considerando tuttavia che in quella sede l'effettiva sussistenza di un pregiudizio al commercio quale elemento per affermare o meno l'applicabilità del diritto europeo della concorrenza, ha costituito elemento rilevante per radicare la competenza dell'organo giudicante. Ciò, come noto, in base alla formulazione previgente dell'art. 33, comma 2, l. 287/1990 che condizionava le regole di riparto di competenza tra Tribunali e Corti d'Appello alla natura comunitaria o nazionale delle regole di concorrenza di volta in volta azionate⁴⁵.

Il Decreto Legge n. 1/2012⁴⁶ ha, però, modificato il predetto art. 33, comma 2,

prevedendo che le violazioni della disciplina sulla concorrenza possano essere fatte valere, in via generale, davanti al «tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata» in materia d'impresa. Sono state in tal modo poste le necessarie premesse per lo sviluppo, anche in sede civile, di una di giurisdizione specializzata rispetto al diritto della concorrenza che possa elaborare un approccio coerente ed unitario su temi che, come quello in epigrafe, siano di rilievo per un più diffuso radicamento del private enforcement.

MANFREDI DE VITA

Bibliografia

C.D. EHLERMANN, «The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution», in *Common Market Law Review*, 2000, p. 537; J. FAULL, «Effect on trade between member states and community; member state jurisdiction», in *EEC/U.S. competition and trade law; annual proceedings of the fordham corporate law institute*, New York, 1990, p. 485; D.J. GERBER, «Modernising European Competition Law; A Developmental Perspective», in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2001, p. 122; L.F. PACE, *Diritto Europeo della concorrenza, divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007; A. PAPPALARDO, «La politica di concorrenza», in *Diritto Comunitario*, (a cura di) E. PENNACCHINI - R. MONACO - L. FERRARI BRAVO, Torino, 1984, vol. II, p. 350 ss.; E. PAULIS - C. GAUER, «La réforme des règles d'application des articles 101 et 102 du Traité», in *J.T. - Droit Européen*, 2003, p. 19, A. TIZZANO, «L'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 TR. CEE in Italia», in *Foro it.*, fasc. 1, 1995, p. 35 e ss.; VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto Europeo della Concorrenza*, Torino, 2009; J.S. VENIT, «Brave New World: The Modernisation and Decentralisation of Enforcement under Articles 81 e 82 of the EC Treaty», in *CMLRev*, 2003, p. 545; M. WAELBROECK, «Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE», in *Liber amicorum Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 319.

pasta e del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*. Vedi anche TAR Lazio, sez. I del 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli truciolati* e 26 giugno 2008, n. 6215. In senso parzialmente difforme sembrano invece porsi TAR Lazio, sez. I, del 18 giugno 2012, nn. 5609, e 5559, *Gara d'appalto per la sanità*.

⁴⁴ Per tutte, Cons. St., sez. VI, del 17 gennaio 2008, n. 102, cit.

⁴⁵ App. Milano, 7 febbraio 2011, n. 319, App. Milano, 16 marzo 2011, n. 750 Cass., 23 febbraio 2012, n. 2777.

⁴⁶ Art. comma 2 del d.l. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il concetto d'intesa

Sommario: I. INTRODUZIONE: CONCETTO D'INTESA E FONTI NORMATIVE. – II. IL RECEPIMENTO DEL CONCETTO D'INTESA NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE NAZIONALE. – III. LA FORMA E GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLE INTESSE. – 1. Accordi. – 2. Decisioni di associazioni di imprese. – 3. Pratiche concordate. – IV. LE INTESSE COMPLESSE E CONTINUE. – V. I RAPPORTI TRA LA NOZIONE DI INTESA E LA NOZIONE DI CONCENTRAZIONE. – VI. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE: CONCETTO D'INTESA E FONTI NORMATIVE

Nel diritto della concorrenza europeo e nazionale, è considerata un'intesa qualsiasi forma d'interazione o collaborazione tra imprese, attuata mediante una «direzione almeno consapevole delle attività»¹, che sia suscettibile di influenzare la condotta commerciale anche solo di una di esse². Infatti, la riduzione del margine d'incertezza circa il comportamento delle imprese interessate altera il libero gioco della concorrenza, che si fonda sul principio secondo cui ciascun soggetto economico deve determinare autonomamente il proprio operato sul mercato³.

Un'intesa può intercorrere tra imprese concorrenti, ossia attive nello stesso ambito merceologico e geografico (c.d. intese orizzontali), oppure tra imprese che operino in fasi diverse dei processi produttivi o distributivi, svolgendo attività complementari (c.d. intese verticali)⁴.

A livello europeo e nazionale, le intese restrittive della concorrenza sono discipli-

nate rispettivamente dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 l. 287/1990.

Le due disposizioni non forniscono una definizione esaustiva della nozione di intesa, né ne identificano puntualmente gli elementi costitutivi, limitandosi a elencare le tre forme principali di intesa (accordo, decisione di associazione d'impresa, pratica concordata), nonché a precisare le principali condizioni in base alle quali si ritiene che un'intesa sia vietata e nulla *ex lege*. Si tratta quindi di una nozione molto flessibile, che consente di estendere il divieto di restrizioni della concorrenza a qualsiasi forma di collusione tra imprese⁵.

Infatti, come riconosce anche la giurisprudenza civile italiana, «la nozione di "intesa" è oggettiva e [...] tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anti-concorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica»⁶.

Sulla base di questi principi, le Corti europee e la Commissione europea hanno affinato progressivamente il concetto di intesa, fornendone un'interpretazione estensiva.

II. IL RECEPIMENTO DEL CONCETTO D'INTESA NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE NAZIONALE

A questa ampia nozione d'intesa si è uniformata anche la giurisprudenza nazionale.

¹ Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

² C. giust. CE, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni* - "Anic Partecipazioni", in *Racc.* 1999, p. I-4125; C. giust. CE, 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie e altri c. Commissione* - "Suiker Unie", in *Racc.* 1975, p. 1663; Trib. CE, 12 luglio 2001, cause riunite T-202, 204 e 207/98, *Tate & Lyle e altri c. Commissione* - "British Sugar", in *Racc.* 2001, p. II-2035.

³ Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2008, n. 5578.

⁴ C. giust. CE, 16 giugno 1965, cause riunite 56 e 58/64, *Consten e Grunding c. Commissione* -

"Consten e Grunding", in *Racc.* 1966, p. 299. In ambito civilistico italiano, cfr., *ex multis*, Trib. Bologna, sez. II civ., 11 novembre 2003, n. 5274, in *Dir. prat. soc.*, 2004, 13, p. 64 ss.; Cass., sez. III, 2 novembre 2000, n. 14430, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1897 ss.

⁵ C. giust. CE, 6 gennaio 2004, cause riunite C-2 e 3/01 P; *BAI e Commissione c. Bayer* - "Bayer", in *Racc.* 2004, p. I-23; C. giust. CE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *ICI c. Commissione* - "ICI", in *Racc.* 1972, p. 619.

⁶ Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

La prevalenza del diritto della concorrenza europeo, frutto anzitutto dell'applicazione diretta delle norme del TFUE negli ordinamenti nazionali, trova anche espresso riconoscimento nella legge italiana. Infatti, l'art. 1, comma 4, l. 287/1990 impone all'interprete di fare riferimento «ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza»⁷. Il rinvio si estende ovviamente anche alla giurisprudenza delle Corti europee, che costituisce una fonte del diritto europeo della concorrenza⁸.

In ossequio ai criteri ermeneutici propri di tale diritto, il concetto di intesa esorbita dai tradizionali canoni interpretativi di diritto interno, in particolare di diritto civile.

III. LA FORMA E GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLE INTESA

Da un punto di vista sostanziale, tutte e tre le forme di intesa presentano un minimo comune denominatore, consistente nella collaborazione tra imprese, che dà luogo a comportamenti (anche solo potenzialmente) diversi rispetto a quelli che sarebbero dettati dalla struttura e dal contesto di mercato.

Un'intesa richiede in primo luogo il coinvolgimento di almeno due imprese che agiscano di concerto. Per tale ragione, non rientrano nella nozione d'intesa le condotte unilaterali, poste in essere autonomamente, senza necessità di alcuna forma di coordinamento con un'altra impresa⁹.

Inoltre, la nozione d'intesa «presuppone la partecipazione di soggetti distinti giuridicamente ed economicamente»¹⁰, in

grado di determinare in reciproca autonomia i rispettivi comportamenti sul mercato. Non si ha dunque intesa laddove due o più società, sebbene distinte sotto il profilo giuridico, costituiscano un'unica impresa ai sensi del diritto della concorrenza, ossia facciano parte di un'unica entità economica¹¹.

Tra loro, le intese si distinguono per il grado d'intensità e la forma assunta. L'obiettivo dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 l. 287/1990 è infatti quello di coprire tutte le forme di concertazione collusiva tra imprese, soffermandosi non tanto sulla formale natura giuridica, quanto sulla sostanza e sul concreto impatto economico delle relazioni tra imprese.

1. *Accordi*. – Il concetto di accordo in diritto della concorrenza è molto più vasto rispetto alla tradizionale nozione civilistica. Si ha un accordo quando le parti aderiscono a un piano comune che limita, o è atto a limitare, il comportamento di ciascuna di esse, disciplinando le loro rispettive condotte (o la loro inerzia) sul mercato.

L'accordo presuppone che almeno due imprese «abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in una determinata maniera»¹², con l'obiettivo, anche indiretto, di ridurre i margini di reciproca incertezza circa le rispettive condotte sul mercato.

L'elemento soggettivo del concorso di volontà costituisce il *discrimen* tra l'accordo e le altre forme di intesa.

L'incontro di volontà tra due o più imprese può avvenire anche informalmente e manifestarsi in modalità atipiche o attraverso comportamenti concludenti¹³.

⁷ L'applicazione uniforme del diritto europeo della concorrenza è peraltro stabilita anche dalla normativa UE. L'art. 16 Reg. 1/2003 riconosce, infatti, la supremazia del diritto dell'Unione europea e dà prevalenza, *inter alia*, alle decisioni della Commissione europea rispetto alle statuizioni dei giudici nazionali con riferimento a una stessa questione, allo scopo di «assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie», considerando 22 Reg. 1/2003.

⁸ Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2001, n. 1191; Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368; Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1014 ss.

⁹ C. giust. CE, 6 gennaio 2004, "Bayer", cit.

¹⁰ App. Torino 19 febbraio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 95 ss., su cui v. *infra* § V.

¹¹ C. giust. CE, 10 dicembre 1975, cause riunite 95-98/74, 15 e 100/75, *Coopératives agricoles de céréales c. Commissione e Consiglio - "UCC"*, in *Racc.* 1975, p. 1615; C. giust. CE, 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, *Vihon c. Commissione - "Vihon"*, in *Racc.* 1996, p. I-5457.

¹² Trib. CE, 9 luglio 2009, causa T-450/05, *Peugeot e Peugeot Nederland c. Commissione - "Peugeot"*, in *Racc.* 2009, p. II-2533.

¹³ App. Milano, sez. I, 13 luglio 1998, in *Dir. ind.*, 1999, p. 252 ss.

Inoltre, non è necessario che venga stipulato un contratto o altro negozio validi in base al diritto civile¹⁴.

Non sono richieste la forma scritta¹⁵ o altre formalità, né misure d'attuazione o sanzioni stipulate contrattualmente. Infatti, possono costituire accordi anche pattuizioni che non generino obbligazioni giuridiche quali, ad esempio, una lettera di intenti¹⁶ un *gentlemen's agreement*¹⁷, rifiuti concertati di effettuare forniture a un distributore comune¹⁸, nonché un contratto non più in essere tra le parti, ma che continui a produrre effetti o a essere eseguito¹⁹. È poi irrilevante che le imprese non si siano ritenute – giuridicamente, di fatto o moralmente – obbligate ad adottare il comportamento concordato²⁰ o che non lo abbiano concretamente posto in essere²¹.

L'elemento della comune volontà si ravvisa anche quando un'impresa abbia partecipato a un accordo perché costretta dalle altre imprese che minacciavano ritorsioni o esercitavano indebite pressioni²².

Analogamente, è sufficiente che un'impresa abbia partecipato, sia pur in maniera passiva, anche a una sola riunione²³ nel corso della quale le parti abbiano raggiunto un accordo anticompetitivo, salvo che l'impresa stessa manifesti chiara-

mente l'intenzione di voler prendere le distanze dalla condotta collusiva²⁴. Con la mera (silente) partecipazione a un incontro in cui viene concluso un accordo, infatti, l'impresa ingenera negli altri partecipanti il convincimento che essa condida quanto discusso e si impegni ad agire conformemente, facilitando in tal modo il perfezionamento dello schema collusivo²⁵. Né rileva la circostanza che tale impresa non dia successivamente seguito all'accordo.

Il requisito del concorso di volontà si ravvisa talvolta anche in condotte solo apparentemente unilaterali. Ciò avviene quando un'impresa accetti tacitamente le indicazioni unilateralmente proposte da un'altra impresa²⁶, o vi si conformi²⁷. In base alla giurisprudenza europea, è comunque necessario dimostrare caso per caso che un'impresa abbia prestato il proprio assenso, anche tacitamente, alla condotta posta in essere dalla controparte. In altre parole, affinché un'accettazione tacita dia luogo a un'intesa «è necessario che la manifestazione di volontà di una delle parti contraenti volta a un fine lesivo della concorrenza costituisca un invito all'altra parte, espresso o tacito, alla realizzazione comune di tale scopo»²⁸.

A tal riguardo, ad esempio, le corti civili italiane hanno ritenuto che la clausola

¹⁴ App. Milano 20 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2006, 3, II, p. 448 ss.

¹⁵ C. giust. CE, 20 giugno 1978, causa 28/77, *Tepea c. Commissione* - "Tepea", in *Racc.* 1978, p. 1391.

¹⁶ Delib. AGCM, 25 novembre 2004, n. 13780, in *Boll.* 48/2004.

¹⁷ Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.; Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2002, n. 4362.

¹⁸ App. Milano, sez. I, 11 luglio 2003, in *Dir. ind.*, 2004, p. 157 ss.

¹⁹ C. giust. CE, 15 giugno 1976, causa 96/75, *EMI Records c. CBS Schallplatten* - "EMI", in *Racc.* 1976, p. 913.

²⁰ Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99; *HFB e altri c. Commissione* - "HFB", in *Racc.* 2002, p. II-1487; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1189.

²¹ Trib. CE, 11 dicembre 2003, causa T-59/99, *Ventouris c. Commissione* - "Ventouris", in *Racc.* 2003, p. II-5257.

²² Trib. CE, 6 aprile 2005, causa T-141/89, *Trefileurope c. Commissione* - "Trefileurope", in *Racc.* 1995, p. II-791.

²³ C. giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-08/08,

T-Mobile Netherlands e altri - "T-Mobile", in *Racc.* 2009, p. I-4529.

²⁴ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204, 205, 211, 213, 217 e 219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione* - "Aalborg Portland", in *Racc.* 2004, p. I-123; C. giust. CE, 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls c. Commissione* - "Hüls", in *Racc.* 1999, p. I-4287.

²⁵ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, "Aalborg Portland", cit.

²⁶ C. giust. CE, 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG c. Commissione* - "AEG", in *Racc.* 1983, p. 3151; C. giust. CE, 17 settembre 1985, cause riunite 25 e 26/84, *Ford c. Commissione* - "Ford", in *Racc.* 1985, p. 2725.

²⁷ C. giust. CE, 13 luglio 2006, causa C-74/04 P, *Commissione c. Volkswagen* - "Volkswagen", in *Racc.* 2006, p. I-6585; C. giust. CE, 11 gennaio 1990, causa 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Commissione* - "Sandoz", in *Racc.* 1990, p. I-45.

²⁸ C. giust. CE, 6 gennaio 2004, "Bayer", cit. Tale principio richiede un'analisi caso per caso, volta ad accertare, sulla base di elementi di fatto, l'effettiva esistenza di una comune volontà, espressa o tacita, tra le imprese interessate.

del regolamento di una fiera, che escludeva gli importatori paralleli in presenza dei produttori o importatori ufficiali di uno stesso prodotto, non costituisse un'intesa. Ad avviso dei giudici, mancava infatti la «convergenza di volontà delle parti, [...] in termini di consapevolezza, se non di intenzionalità, della scelta»²⁹.

2. Decisioni di associazioni di imprese.

– Costituisce ugualmente un'intesa ogni atto, anche di natura non vincolante, adottato da organi associativi rappresentativi di una determinata categoria di imprese, che abbia l'obiettivo di influenzare le condotte economiche delle imprese associate, falsando in tal modo la concorrenza.

Si tratta, dunque, di atti unilaterali che, pur non essendo necessariamente attuati da tutte le imprese, sono comunque espressione della volontà collettiva di una determinata categoria³⁰. Non è richiesta una formale adozione della decisione da parte dell'organo associativo competente, se essa è comunque diffusa presso le imprese associate³¹. Né rileva la circostanza che la decisione non imponga obblighi giuridici.

Sono considerati associazioni di imprese gli enti associativi di vario genere (inclusi gli ordini professionali³²) che, pur se privi di personalità giuridica e non svolgenti attività economica³³, siano in

grado di esprimere la volontà collettiva delle imprese aderenti e di incidere sulle loro condotte commerciali³⁴. Rientrano inoltre nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE anche gli organismi istituiti da norme di diritto pubblico³⁵ o incaricati dello svolgimento di compiti di interesse generale, qualora le decisioni adottate esorbitino dall'esercizio della potestà autoritativa. Ad esempio, costituiscono intese le decisioni di un consorzio che non rientrino nell'adempimento dei suoi compiti di natura pubblicistica o non siano indispensabili a tal fine³⁶.

Secondo la ricordata interpretazione estensiva del concetto di intesa, costituiscono decisioni di associazioni di imprese, ad esempio, regolamenti³⁷, codici di autodisciplina³⁸, comunicati stampa³⁹, raccomandazioni⁴⁰, inviti generalizzati a recedere da contratti in essere con taluni fornitori⁴¹, circolari⁴², tariffe professionali⁴³ e codici di condotta⁴⁴.

3. Pratiche concordate.

– Svolgendo una funzione di chiusura del sistema, la nozione di pratica concordata ricomprende fattispecie residuali di collusione che non costituiscono accordi o decisioni associative. Si ha una pratica concordata quando due o più imprese, senza aver previamente elaborato «un vero e proprio piano» o accordo (e quindi, senza l'espressione di una comune volontà)⁴⁵,

²⁹ App. Milano 21 marzo 1997, in *Giur. dir. ind.*, 1997, p. 637 ss. Secondo la Corte, mancava la prova che tali regolamenti «fossero frutto di un accordo, più o meno palese, fra organizzatori della manifestazione fieristica, da un lato, produttori e distributori esclusivi, dall'altro».

³⁰ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, 6, I, p. 1901 ss.

³¹ Delib. AGCM, 25 febbraio 2009, n. 19562, in *Boll.* 8/2009.

³² TAR Lazio, sez. I, 28 gennaio 2000, n. 466; App. Venezia 14 ottobre 2004, in *Giur. dir. ind.*, 2005, p. 539 ss.; App. Milano, sez. I, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338 ss.

³³ C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany - "Albany"*, in *Racc.* 1999, p. I-5751; Trib. CE, 15 marzo 2000, cause riunite T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 e 104/95, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione - "Cemento"*, in *Racc.* 2000, p. II-491.

³⁴ Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1099.

³⁵ TAR Lazio, sez. I, 20 gennaio 2000, n. 466.

³⁶ Cass., sez. I, 10 gennaio 2008, n. 355, in *Foro it.*, 2008, 3, I, p. 739 ss.

³⁷ Delib. AGCM, 7 dicembre 1999, n. 7807, in *Boll.* 49/1999.

³⁸ Delib. AGCM, 28 ottobre 2004, n. 13698, in *Boll.* 44/2004.

³⁹ Delib. AGCM, 25 febbraio 2009, n. 19562, in *Boll.* 8/2009.

⁴⁰ Delib. AGCM, 3 febbraio 2000, n. 7983, in *Boll.* 5/2000.

⁴¹ App. Milano, sez. I, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338 ss.

⁴² Delib. AGCM, 2 luglio 1993, n. 1266, in *Boll.* 15-16/1993; App. Milano, sez. I, 25 settembre 1995, in *Dir. ind.*, 1996, p. 304 ss.

⁴³ App. Venezia 14 ottobre 2004, in *Giur. dir. ind.*, 2005, p. 539 ss.; Delib. AGCM 14 dicembre 1994, n. 2550, in *Boll.* 50/1994.

⁴⁴ Trib. CE, 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Institut des mandataires agréés c. Commissione - "IMA"*, in *Racc.* 2001, p. II-1087.

⁴⁵ C. giust. CE, 16 dicembre 1975, "Suiker Unie", cit.

coordinino in maniera consapevole le proprie condotte commerciali⁴⁶, sottraendosi così al «rischio della concorrenza»⁴⁷.

La giurisprudenza europea, cui si è uniformata la giurisprudenza nazionale, ha progressivamente identificato tre elementi costitutivi fondamentali di una pratica concordata. Il primo è l'esistenza di un contatto tra le imprese, molto spesso consistente in uno scambio di informazioni riservate. Esso deve comunque avere un oggetto o un effetto anticoncorrenziale, tale da ridurre – o far venire meno – l'incertezza che sarebbe altrimenti esistita in relazione alle future condotte sul mercato di ciascuna impresa⁴⁸.

Il contatto può avvenire in maniera diretta o indiretta (tramite soggetti terzi) e assumere forme diverse. È peraltro sufficiente che sia una sola impresa a rivelare informazioni riservate idonee a influenzare la condotta commerciale dell'impresa che le riceve, salvo che quest'ultima non faccia chiaramente presente di non volerle ricevere⁴⁹. Infatti, si ritiene soddisfatto il requisito della reciprocità quando «la divulgazione effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quantomeno, accettata dal secondo»⁵⁰, che non abbia quindi formulato riserve o obiezioni.

Il secondo elemento è rappresentato dalla successiva condotta sul mercato tenuta dalle imprese partecipanti alla concertazione. È infatti necessario che, in seguito al contatto collusivo, le imprese rimangano attive sul mercato. Al contrario dell'accordo, il cui presupposto si ravvisa nella comune volontà delle parti anche se

non seguita da atti di esecuzione, la pratica concordata necessita di un comportamento attuativo sul mercato. Tale condotta deve essere idonea a impedire, restringere o falsare la concorrenza, tenuto conto del contesto giuridico ed economico in cui ha luogo; non è necessario invece che essa produca (o abbia prodotto) anche concretamente effetti restrittivi⁵¹.

Da ultimo, deve sussistere un nesso causale tra i contatti tra concorrenti e la successiva condotta sul mercato⁵². Benché la semplice conoscenza delle intenzioni dei concorrenti non vincoli l'impresa ad adottare un determinato comportamento, si presume che – salvo prova contraria che spetta alle parti interessate fornire⁵³ – le imprese partecipanti alla concertazione che restano attive sul mercato tengano conto del contatto avuto con i concorrenti al fine di determinare il proprio comportamento⁵⁴.

Tale presunzione si applica anche nei casi in cui vi sia stato un unico contatto collusivo tra le imprese: infatti, non rileva tanto il numero di incontri, quanto la natura delle informazioni scambiate e, in particolare, la loro idoneità a condizionare le imprese interessate, inducendole a sostituire consapevolmente una cooperazione pratica ai rischi della concorrenza⁵⁵.

Secondo la giurisprudenza europea, la presunzione di causalità non è una mera regola procedurale, bensì parte integrante della nozione sostanziale di pratica concordata. Pertanto, anche i giudici nazionali devono tenerne conto, ferma restando la possibilità per le imprese interessate di fornire prova contraria⁵⁶.

⁴⁶ Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione* - "Hercules", in *Racc.* 1991, p. II-1711; TAR Lazio, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312. Ove il coordinamento non sia provato, non risultano integrati gli estremi di un'intesa, cfr. App. Roma 20 agosto 1993, in *Rass. giur. Enel*, 1994, pp. 718 ss.

⁴⁷ C. giust. CE, 14 luglio 1972, "ICI", cit.; C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Hüls", cit.; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 548; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

⁴⁸ Trib. CE, 10 marzo 1992, causa T-11/89, *Shell c. Commissione* - "Shell", in *Racc.* 1992, p. II-757; C. giust. CE, 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, *Deere c. Commissione* - "Deere", in *Racc.* 1998, p. I-3111.

⁴⁹ Trib. CE, 12 dicembre 2007, cause riunite T-101 e 111/05, *BASF e UCB c. Commissione* - "BASF", in *Racc.* 2007, p. II-4949.

⁵⁰ Trib. CE, 15 marzo 2000, "Cemento", cit.; Trib. CE, 12 luglio 2001, "British Sugar", cit.

⁵¹ C. giust. CE, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1671.

⁵² C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.

⁵³ Trib. CE, 5 dicembre 2006, causa T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland c. Commissione* - "Westfalen Gassen", in *Racc.* 2006, p. II-4567.

⁵⁴ C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.

⁵⁵ C. giust. CE, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.

⁵⁶ C. giust. CE, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.

Il diritto della concorrenza non vieta l'adozione di comportamenti identici da parte delle imprese, né limita il diritto delle stesse a reagire in maniera indipendente ai comportamenti noti dei propri concorrenti⁵⁷. Il semplice comportamento parallelo dei concorrenti sul mercato non è di per sé una pratica concordata, perché il divieto sanziona solo la collaborazione consapevole tra imprese.

Tuttavia, quando il comportamento parallelo appaia anomalo e non esista una plausibile spiegazione alternativa, è possibile fondarsi su tali circostanze per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata⁵⁸.

IV. LE INTESSE COMPLESSE E CONTINUE

Atti o comportamenti, che in sé considerati costituirebbero distinti accordi o pratiche concordate, possono essere ritenuti un'unica intesa, complessa e continuata, quando siano espressione – o si inseriscano nel contesto – di un unico piano d'insieme complessivo⁵⁹, finalizzato a un obiettivo comune⁶⁰. In tale situazione, i singoli atti o comportamenti, tra loro interdipendenti e complementari, sono considerati «quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario»⁶¹.

Le intese complesse e continuate sono dunque caratterizzate da condotte: *i*) che si svolgono in un arco temporale generalmente lungo e *ii*) che coinvolgono più imprese che non necessariamente prendono parte a tutti gli accordi e/o pratiche concordate che rientrano nel complessivo piano d'insieme.

Non è necessario distinguere di volta in volta le forme specifiche assunte da

un'intesa: la Commissione europea, l'AGCM o i giudici civili possono limitarsi ad accertare l'esistenza di un'intesa complessa, senza specificare se si tratti di un accordo, una pratica concordata o una decisione di un'associazione di imprese⁶².

V. I RAPPORTI TRA LA NOZIONE DI INTESA E LA NOZIONE DI CONCENTRAZIONE

Tradizionalmente, le nozioni di intesa e di concentrazione identificano ambiti distinti. Le intese riguardano il coordinamento delle attività di due o più imprese, mentre le concentrazioni configurano situazioni di crescita dell'impresa, attuata mediante l'acquisizione del controllo su nuove attività. Differenze si ravvisano anche dal punto di vista procedurale, essendo la valutazione (*ex ante*) delle concentrazioni riservata esclusivamente alle Autorità preposte alla tutela della concorrenza.

Tuttavia, tra le due nozioni vi sono alcuni elementi di sovrapposizione, dal momento che un'intesa (più in particolare, un accordo) può costituire uno degli strumenti attraverso cui si perfeziona una concentrazione. Di norma, la circostanza che un'impresa sottoposta a un vincolo contrattuale mantenga una propria indipendenza economica costituisce il criterio che consente di distinguere un'intesa da una concentrazione.

Stante dunque la competenza esclusiva delle Autorità della concorrenza nell'analisi delle operazioni di concentrazione, i giudici civili nazionali possono intervenire solo laddove un accordo tra imprese non sia suscettibile di conferire a una di esse «la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività»⁶³ dell'altra.

⁵⁷ C. giust. CE, 14 luglio 1972, "ICI", cit.

⁵⁸ C. giust. CE, 28 marzo 1984, cause riunite 29 e 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines e Rheinzink c. Commissione* - "CRAM", in *Racc.* 1984, p. 1679; C. giust. CE, 31 marzo 1993, cause riunite C-89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione* - "Ahlström", in *Racc.* 1988, p. 5193; Trib. CE, 14 maggio 1998, causa T-337/94, *Enso-Gutzeit c. Commissione* - "Enso-Gutzeit", in *Racc.* 1998, p. II-1571; Trib. CE, 13 dicembre 2001, cause riunite T-45 e 47/98, *Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni c. Commissione* - "ThyssenKrupp", in *Racc.* 2001, p. II-3757.

⁵⁹ Trib. CE, 12 dicembre 2007, "BASf", cit.

⁶⁰ C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.; Trib. CE, 20 marzo 2002, "HFB", cit.; Trib. CE, 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307, 313, 316, 318, 325, 328, 329 e 335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c. Commissione* - "PVC II", in *Racc.* 1999, p. II-931.

⁶¹ Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 423.

⁶² C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.; Trib. CE, 20 aprile 1999, "PVC II", cit.; Trib. CE, 24 ottobre 1991, causa T-1/89, *Rhône-Poulenc c. Commissione* - "Rhône-Poulenc", in *Racc.* 1991, p. II-867.

⁶³ Cfr. art. 7, comma 1, l. 287/1990.

Tuttavia, in due casi, i giudici civili nazionali si sono pronunciati su accordi che davano luogo a concentrazioni, valutandoli in base alla (sola) normativa in materia di intese. Nel caso *Ferro-Mafin*⁶⁴, l'operazione di concentrazione non era stata comunicata all'AGCM, in quanto conclusa prima dell'entrata in vigore della l. 287/1990. Si trattava di un accordo transattivo attraverso cui un'impresa aveva assunto il controllo su un concorrente, assoggettandolo a una rigida disciplina su modalità produttive, investimenti, sviluppo tecnico e sbocchi sul mercato.

Il secondo caso, *Pagine Italia c. Telecom Italia*⁶⁵, riguardava invece un'operazione di concentrazione autorizzata dall'AGCM nelle more del giudizio civile. La causa concerneva le azioni di nullità e risarcitoria promosse da Pagine Italia, dopo un'infruttuosa domanda di inibitoria in sede cautelare, in relazione all'acquisizione di Seat da parte di Telecom Italia e alla collegata concessione in esclusiva alla Seat della raccolta pubblicitaria sugli elenchi telefonici pubblici della stessa Telecom Italia.

Il giudice civile aveva valutato il contratto con cui Telecom Italia aveva acquistato una partecipazione di minoranza in Seat e i relativi patti accessori di *governance*, senza considerare l'intervenuta concentrazione tra i due gruppi societari, ma rifacendosi alla sola disciplina in materia di intese e applicando canoni ermeneutici del diritto della concorrenza europeo, sviluppati prima dell'entrata in vigore della normativa sul controllo delle concentrazioni⁶⁶.

In particolare, secondo il giudice del merito, «influenza dominante e restrizione della concorrenza possono realizzarsi anche per effetto di operazioni di

concentrazione societaria in conseguenza delle quali, perseguendosi una politica di gruppo, venga meno [la] competizione tra le società entrate a farne parte le quali operino nel medesimo settore di mercato con posizione predominante». In altri termini, secondo tale pronuncia, un contratto per l'acquisto di partecipazioni di minoranza in un'altra impresa costituisce un'intesa valutabile autonomamente a prescindere dalla disciplina sul controllo delle concentrazioni⁶⁷.

Al contrario, in linea con una giurisprudenza consolidata, l'intervenuta concentrazione tra Telecom Italia e Seat aveva assunto rilevanza decisiva nelle (precedenti) valutazioni del giudice del reclamo in sede cautelare che, riformando la motivazione dell'ordinanza di prime cure⁶⁸, aveva constatato che un'operazione di concentrazione non può costituire un'intesa vietata, perché la necessaria «partecipazione di soggetti distinti giuridicamente ed economicamente» non ricorre in un accordo concluso tra due società appartenenti al medesimo gruppo⁶⁹.

VI. CONCLUSIONI

Nell'ambito del contenzioso civile italiano, è dunque ormai pacificamente riconosciuta una nozione ampia d'intesa, atta a ricomprendere tutte le forme di collaborazione consapevolmente adottate dalle imprese e idonee a alterare la libera concorrenza. Nel rispetto del diritto della concorrenza europeo e nazionale, tale nozione ha assunto una valenza autonoma, del tutto distinta rispetto alle fattispecie di accordo normalmente riconosciute in diritto civile.

MARCO D'OSTUNI

⁶⁴ Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

⁶⁵ App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261 ss.

⁶⁶ C. giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione* - "Continental Can", in *Racc.* 1973, p. 215.

⁶⁷ Tuttavia, nella fattispecie i giudici torinesi hanno ritenuto che l'intesa non conferisse un'in-

fluenza dominante all'impresa acquirente, in quanto la partecipazione di minoranza acquisita non era superiore a quelle di altri investitori istituzionali e *partner* industriali facenti parte della compagine sociale.

⁶⁸ App. Torino, sez. I, 29 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2003, p. 371 ss.

⁶⁹ App. Torino 19 febbraio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 95 ss.

Bibliografia

Lo SURDO, «“Accordo” contrattuale e “intesa” ai sensi della normativa antitrust», in *Contr.*, 2001, III, p. 299 ss.; ROTONDO, «Brevi note sulle intese fra imprenditori e lesione della concorrenza», in *Riv. dir. impr.*, 1999, II, p. 367 ss.; M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *EU Competition Law*, vol. III, Deventer, 2012, p. 16 ss.; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009; COLANGELO,

«Intesa restrittiva e nozione di accordo», in *Foro it.*, 2004, I, p. 34 ss.; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; CAIAZZO, «Pratiche concordate: concertazione e parallelismo cosciente. Limiti e confini di una categoria logico-giuridica molto speciale», in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, XI, p. 3179 ss.; LIBERTINI, «Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza», in *Gior. dir. amm.*, 1997, V, p. 443 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le pratiche facilitanti e scambi di informazioni

Sommario: I. PRATICHE FACILITANTI E SCAMBIO DI INFORMAZIONI NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA. – II. LO STATO DELL'ARTE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI SCAMBIO DI INFORMAZIONI E ALCUNE COMPLICAZIONI.

I. PRATICHE FACILITANTI E SCAMBIO DI INFORMAZIONI NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

Quello delle pratiche facilitanti e dello scambio di informazioni è un interessante esempio di fattispecie giuridica elaborata sulla scorta di una correlativa elaborazione compiuta dalla dottrina economica. In una certa fase storica della sua prassi decisionale, infatti, la Commissione Europea si convinse della necessità di intervenire nei confronti di certe pratiche (c.d. *facilitanti*) che potevano avere l'effetto di rafforzare la collusione che, per ipotesi, affligge molti mercati oligopolistici. La tesi essenziale della Commissione è che certi comportamenti, a cominciare dallo scambio diretto o indiretto di informazioni commercialmente sensibili tra concorrenti, debbano essere vietati in quanto hanno per conseguenza di eliminare la poca concorrenza che residua in un mercato oligopolistico.

In tali mercati, infatti, secondo la teoria economica seguita dalla Commissione, la concorrenza risulta fortemente compromessa dalla situazione di *interdipendenza*, per la quale le imprese, sapendo che ogni loro azione provocherà la reazione diretta dei concorrenti, preferiscono, per mantenere un equilibrio a loro favorevole e non scatenare una guerra dei prezzi o altri comportamenti punitivi e sostanzialmente «autolesionisti», non farsi concorrenza nel modo tipico dei mercati frammentati. In questi, infatti, manca proprio la situazione di interdipendenza, in ragione del fatto che le singole imprese sono troppo piccole perché il loro comportamento possa ripercuotersi direttamente sulla posizione delle altre imprese, onde le azioni concorrenziali risultano più agevoli, poiché le imprese sanno che i

loro concorrenti non avranno né la possibilità né l'incentivo a reagire, senza contare che molto spesso non saranno in grado addirittura di individuare il comportamento concorrenziale. Ora, secondo appunto la tesi seguita dalla Commissione, una delle poche forme concorrenziali possibili nei mercati ove prevale la collusione, è quella della *concorrenza occulta*, e cioè quel tanto di concorrenza che le imprese possono azionare, magari per periodi relativamente brevi, senza timore di palesare immediatamente il proprio comportamento alle altre imprese e potersi attendere la conseguente reazione di punizione.

La Corte di giustizia ha confermato l'orientamento della Commissione (e del Tribunale, al quale le parti erano ricorse in appello), che aveva considerato, in un c.d. caso *pilota*, l'illiceità di un sistema attraverso il quale i principali concorrenti nel mercato dei trattori nel Regno Unito si scambiavano regolarmente dati particolareggiati riguardanti le vendite dei trattori loro e dei loro concorrenti.

La Corte, riesaminando la sentenza di primo grado del Tribunale, osservò infatti che: «nella fattispecie, occorre rilevare che, per giungere alla conclusione che la riduzione del grado di incertezza sul funzionamento del mercato riduce l'autonomia decisionale delle imprese ed è, di conseguenza, in grado di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. [101], n. 1, il Tribunale ha osservato, in particolare, che, in linea di principio, in un mercato effettivamente concorrenziale la trasparenza fra gli operatori economici è tale da contribuire a intensificare la concorrenza tra i fornitori, dato che, in un caso del genere, il fatto che un operatore economico tenga conto delle informazioni sul funzionamento del mercato di cui dispone grazie al sistema di scambio di informazioni per adeguare il suo comportamento sul mercato, considerato il frazionamento dell'offerta, non è tale da ridurre o annullare, per gli altri operatori economici,

qualsiasi incertezza sulla prevedibilità del comportamento dei propri concorrenti. Il Tribunale ha tuttavia dedotto che, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, come quello in questione, lo scambio di informazioni sul mercato può consentire alle imprese di conoscere le posizioni sul mercato e la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, può alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici.

Nell'ambito di questa valutazione, il Tribunale ha tenuto conto della natura, della periodicità e della destinazione delle informazioni comunicate nella fattispecie. Per quanto concerne, in primo luogo, la natura delle informazioni scambiate, segnatamente di quelle relative alle vendite effettuate all'interno di ognuna delle aree di distribuzione, il Tribunale ha infatti rilevato che esse sono segreti commerciali e consentono alle imprese partecipanti all'accordo di conoscere le vendite effettuate dai loro distributori sia all'esterno sia all'interno dei confini attribuiti, così come quelle delle altre imprese concorrenti e dei loro distributori partecipanti all'accordo. In secondo luogo, il Tribunale ha osservato che le informazioni relative alle vendite sono comunicate a scadenza ravvicinata e sistematicamente. Infine il Tribunale ha constatato che le informazioni sono divulgate tra i principali fornitori, unicamente a vantaggio di questi ultimi e ad esclusione degli altri fornitori e dei consumatori». Per concludere che «Alla luce di questo ragionamento, occorre considerare che il Tribunale ha giustamente concluso nel senso che il sistema di scambio di informazioni riduce o annulla l'incertezza sul funzionamento del mercato e che, di conseguenza, può alterare la concorrenza tra i costruttori»¹.

Oltre allo scambio di informazioni, possono considerarsi *pratiche facilitanti*, tra l'altro, anche: la clausola del cliente più favorito; gli annunci sui prezzi o su altre condizioni delle transazioni; la standardizzazione (volontaria) dei prodotti; il

ricorso a punti focali; le partecipazioni incrociate, la sovrapposizione dei componenti degli organi decisionali (c.dd. *interlocking directorates*) di più imprese concorrenti, e la partecipazione ad imprese comuni.

L'interesse sistematico di tali fattispecie deriva dal fatto che esse sono considerate in una luce *prognostica* assai simile a quella che caratterizza il trattamento delle operazioni di concentrazione (e alla disciplina delle esenzioni *ex art. 101 § 3 TFUE*): nel senso che si tratta di comportamenti dei quali si decreta la illiceità non (o comunque non necessariamente) per il fatto che essi abbiano uno scopo o un effetto anticoncorrenziale, ma per il fatto che, come detto, essi possono meramente *facilitare* il raggiungimento di un tale effetto.

II. LO STATO DELL'ARTE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI SCAMBIO DI INFORMAZIONI E ALCUNE COMPLICAZIONI

Dovendo dunque riassumere lo stato del diritto concorrenziale in merito allo scambio di informazioni come risulta dalla giurisprudenza della Corte, si può ritenere acclarata l'illiceità di quello scambio che si compie su di un mercato *altamente concentrato*; concerne *informazioni rilevanti* dal punto di vista dei comportamenti di mercato (quali prezzi, vendite, clienti, investimenti, capacità, e via dicendo); prevede che le informazioni siano scambiate in modo da preservarne la rilevanza commerciale, in particolare in quanto siano scambiate *a scadenze ravvicinate e in forma disaggregata* (mantenendo, cioè, la *visibilità* delle informazioni stesse); è posto in essere solo tra le imprese partecipanti all'accordo, e non sia diretto ad imprese esterne e, in particolare, ai *consumatori*.

Questo è quanto è acclarato ad oggi. Ma, come spesso accade nel diritto della concorrenza, la situazione è un po' più complicata. E tra i vari fattori di complicazione che possono menzionarsi al proposito, ve ne è uno sul quale vale spen-

¹ C. giust. CE, 28 maggio 1998, causa C-7/95,

John Deere c. Commissione, in *Racc.* 1998, p. I-3111, punti 86 ss.

dere qualche parola. Ed è quello della distinzione tra un'intesa restrittiva vera e propria ed uno scambio di informazioni (potenzialmente restrittivo, ma solo in quanto facilita la collusione). In altri termini, laddove più concorrenti si incontrino e si scambino i prezzi, magari ancora i loro prezzi futuri, dovremo considerare tale fatto come uno scambio di informazioni (e dunque discutere della presenza di tutti gli elementi sopra richiamati), ovvero un vero e proprio cartello?

La Commissione ha recentemente provato a risolvere il problema attraverso la distinzione tra restrizione per oggetto e per effetto². Scambi di informazioni quali quelli relativi ai prezzi futuri sarebbero anticoncorrenziali per oggetto, laddove ad esempio quelli concernenti i prezzi attuali lo sarebbero, almeno potenzialmente, per effetto. Ora, a parte i problemi inerenti alla distinzione, e in particolare alla sua applicazione, oggetto/effetto, nel proporre tale tesi la Commissione sembra voler abbandonare la sua stessa teoria, fondata, in sostanza, sull'idea che lo scambio di informazioni potesse considerarsi illecito solo in quanto potenzialmente atto a produrre certi *effetti*, e stante la presenza di una serie di ulteriori elementi, a cominciare dalle caratteristiche del mercato. Non è un caso, dunque, se, nello stesso documento, la Commissione diparta completamente dal requisito della

natura oligopolistica del mercato, rappresentato come un elemento rilevante per configurare la illiceità dello scambio, ma non essenziale. Nel così fare, tuttavia, la Commissione, da una parte, si pone in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che pare inequivocabilmente considerare che tale caratteristica sia prerequisite essenziale perché si decreti la illiceità dello scambio³ e, dall'altra, obnubila la distinzione tra pratica facilitante e cartello, obliando di considerare il fatto piuttosto importante che, su di un mercato che tenda a funzionare in modo competitivo, la diffusione di informazioni è non solo pro-concorrenziale ma, stando anche alla teoria economica classica, è condizione necessaria per l'esplicitarsi della concorrenza stessa.

CRISTOFORO OSTI

Bibliografia

M. GRILLO, «Collusion and Facilitating Practices: a New Perspective in Antitrust Analysis», in *European Journal of Law and Economics*, 2002, vol. 14, p. 151; M. IVALDI - B. JULLIEN - P. REY - P. SEABRIGHT - J. TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report For DG Competition, IDEI Toulouse, 2003; K.-U. KÜHN - X. VIVES, «Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition», in *Office of the Official Publications of the European Community*, 1995, Luxembourg; C. OSTI, *Antitrust e Oligopolio*, Bologna, 1995.

² *Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U. n. C-11 del 2011, § 55 ss.

³ C. giust. CE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contro Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, in *Racc.* 2006, p. I-11125, punti 58 e 61.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le intese verticali

Sommario: I. NATURA E FUNZIONE DELLE INTESE VERTICALI. – 1. Dal periodo “formativo” all’approccio economico. – 2. La nuova disciplina. – II. AMBITO DI APPLICAZIONE. – III. L’INTRECCIO DELLE PRESUNZIONI. – 1. Restrizioni gravi: il prezzo imposto. – 2. Compartimentazione del mercato. – 3. Limitazioni in ambito di distribuzione selettiva e di ricambistica. – 4. Restrizioni escluse. – IV. ZONE DI SICUREZZA. – 1. Accordi d’importanza minore. – 2. Piccole e medie imprese. – 3. Quote di mercato delle imprese coinvolte. – 4. Inapplicabilità dell’esenzione per categoria e revoca del beneficio. – V. ESENZIONE INDIVIDUALE. – 1. I principi di riferimento. – 2. Effetti pregiudizievoli ed effetti positivi. – 3. L’itinerario valutativo. – VI. VENDITE *ON LINE*. – 1. Pro e contro la commercializzazione in *internet*. – 2. Vendite passive e attive. – 3. *Standard* qualitativi per gli operatori in rete. – 4. Una disciplina troppo analitica? – VII. LA DISTRIBUZIONE DI AUTOVEICOLI. – 1. Un riaccorpamento sofferto e scampoli di disciplina transitoria. – 2. Disciplina degli *aftermarkets*.

I. NATURA E FUNZIONI DELLE INTESE VERTICALI

Per intese verticali s’intendono gli accordi che intercorrono fra imprese operanti in mercati situati su livelli diversi della filiera produttiva. Anche se l’avvento della “rete” ha ripristinato opportunità d’incontro diretto che sembravano consegnate al passato, è normale che i produttori non provvedano in proprio alla distribuzione dei loro prodotti, ma raggiungano i consumatori attraverso intermediari professionali, grossisti e distributori. D’altro canto, è assai diffusa l’organizzazione produttiva in cui il bene finale risulta dal concorso di diversi stadi, sì che l’impresa acquista da un fornitore l’*input* necessario allo svolgimento della propria attività. Nell’un caso e nell’altro, le imprese dislocate ai vari snodi di queste “catene del valore”, pur confrontandosi fra loro ad ogni singolo livello, contribuiscono alla complessiva prestazione finale nei confronti del consumatore.

Date queste modalità organizzative, condizione necessaria per sortire il risultato ottimale è quella di promuovere il coordinamento nella catena del valore. In effetti, le imprese operanti ai diversi stadi sogliono non accontentarsi di operazioni *spot* sul mercato, ma sottoscrivono più complessi accordi contrattuali intesi a ridurre i costi transattivi, a garantire la stabilità delle forniture e ad assicurare il miglior coordinamento possibile. Questi accordi contrattuali fra soggetti correlati in verticale mirano a contenere le diseconomie esterne, ma portano a sostanziali limitazioni del grado di autonomia del singolo operatore, con la conseguenza di innescare risultati potenzialmente anticompetitivi: di qui l’etichetta di restrizioni verticali (*vertical restraints*).

L’esempio paradigmatico è dato dalla relazione che s’instaura tra il produttore e il negoziante al dettaglio che distribuisce i prodotti del primo. Com’è ovvio, i due soggetti prendono decisioni afferenti ad attività diverse, con la conseguenza che quanto risulta ottimale per l’uno non soddisfa necessariamente le ragioni dell’altro. Ne discende la spinta, per l’una parte, ad utilizzare il contratto e le sue clausole come strumenti atti a limitare le scelte di controparte, favorendo un esito più conferente per i propri interessi. I vincoli così introdotti possono riguardare la libertà di fissazione del prezzo oppure incidere su altri aspetti dell’attività del distributore, quali la collocazione del punto vendita, le scelte di assortimento, il modello organizzativo etc.

In termini più generali si può allora convenire che l’intesa verticale mira ad allineare e rendere compatibili interessi diversamente orientati. Ciò che la rende compatibile tanto con interpretazioni virtuose, come quelle su accennate, quanto con letture assai più sinistre. Appare evidente, infatti, che l’intesa verticale si presta a svolgere funzione di sostegno per un cartello orizzontale (si pensi alla determinazione di un prezzo fisso di rivendita,

imposto da tutti i produttori alla propria rete di rivenditori, in modo da neutralizzare le spinte concorrenziali destinate ad erodere l'equilibrio collusivo) oppure per la politica unilaterale imposta da un'impresa egemone ai propri distributori o fornitori. Si tratta, in entrambe le circostanze, di situazioni in cui è lecito dubitare dell'esistenza stessa di un'intesa (verticale), posto che l'uno dei due soggetti coinvolti è praticamente costretto a seguire una traiettoria che contrasta con il proprio interesse, sino al punto di far dubitare dell'esistenza di un accordo. Altra situazione in cui l'analisi tradizionale appare inutilizzabile, sino a prospettare un'autentica criticità, è quella, emersa a più riprese in tempi recenti e con istanze di rimarchevole interesse, di intesa *hub & spoke*, se si preferisce trasversale, in cui un soggetto collocato in un mercato sotto o sovraordinato funge da 'navetta' per la trasmissione d'informazioni necessarie agli operatori attivi nell'altro mercato per organizzare un assetto collusivo: ipotesi, dunque, di cartello, rispetto al quale, però, l'accordo verticale non svolge funzione servente, ma può spingersi sino al punto d'incaricarsi di un ruolo pivotale.

Di là dalle prospettive testé cennate, il grosso del discorso è dato dai contratti di distribuzione e da quelli di fornitura, rispetto ai quali emerge una prima tassonomia di massima: quella imperniata sulla distinzione fra concorrenza *inter-brand* (che riguarda il confronto competitivo fra strutture verticali che operano con diversi punti vendita oppure si fronteggiano in negozi che presentano un'offerta multi-marca) e concorrenza *intra-brand* (che intercorre tra rivenditori dei prodotti di uno stesso produttore). Fin d'ora vale la pena di segnalare come sia opinione oggi prevalente (ancorché, per certi aspetti, controversa) quella secondo cui il versante verticale è, in linea di principio, meno pericoloso della cospirazione orizzontale e, in ogni caso, una vivace concorrenza *inter-brand* è in grado di mitigare il potere di mercato di un produttore che punti a

comprimere l'autonomia dei suoi distributori.

1. *Dal periodo "formativo" all'approccio economico.* – Non è stato sempre così, particolarmente in Europa. Sin dal caso *Grundig*¹, apparve chiaro che il conferimento al distributore di una protezione territoriale assoluta costituiva, agli occhi della Commissione, un 'peccato mortale', per il quale non si dava redenzione: non tanto per via del suo carattere anticompetitivo, ma perché la ricostruzione per via contrattuale delle barriere nazionali metteva a repentaglio l'obiettivo dell'integrazione dei mercati. Prese così consistenza un'applicazione dilatata del divieto *ex art.* 101 comma 1 FUE, che si tradusse in una marea montante di notificazioni intese a verificare l'esentabilità e nella necessità di ricorrere all'espedito delle esenzioni per categoria. L'approccio nei confronti dell'integrazione verticale da contratto assunse contorni assai ruvidi (e, per di più, sconsideratamente diseguali), proprio mentre il vento cominciava a cambiare negli U.S.A.

Nondimeno, e con toni di sdegno rifiuto per ogni contaminazione economico-funzionalistica, si è per molto tempo preferito escludere che la "*Chicago revolution*", che andava maturando oltre Atlantico già alla fine degli anni Settanta, potesse revocare in dubbio la "*mutivalued tradition*" dell'*antitrust* comunitario, attento ad altre finalità, quali l'integrazione del mercato, la massimizzazione del numero dei concorrenti, la promozione della libertà d'ingresso nel mercato, la tutela delle imprese medio-piccole, la protezione dell'ambiente e, nemmeno a dirlo, la competitività internazionale. Peraltro, di là dall'infittirsi delle funzioni ascritte all'*enforcement* comunitario, il suo tratto fisionomico davvero autoctono e caratterizzante era rappresentato dalla declamata vocazione a privilegiare l'integrazione del mercato europeo. Agli occhi della Commissione, gli sforzi intesi a rimuovere le barriere nazionali, che si frap-

¹ C. giust. CE, 13 luglio 1966, causa C-23/63, *Consten e Grundig c. Commissione*.

ponevano al dispiegarsi delle quattro libertà, rischiavano di essere compromessi da condotte imprenditive miranti a richiudere i mercati nazionali; in mancanza di disciplina specifica, si era così profilata e ben presto radicata l'idea che le contospinte private al processo d'integrazione potessero essere arginate mercé l'impiego della disciplina *antitrust*. L'aspetto forse più sconcertante della vicenda fu rappresentato dal *patchwork* applicativo risultante dal contributo dei vari formanti. Spigolando in giro, si scopriva così che: le esclusive di vendita e di approvvigionamento fruivano di esenzione per categoria (tramite Reg. 67/67, prima, e i Reg. 1983 e 1984/83, poi); la distribuzione selettiva qualitativa si collocava fuori dal divieto di intese restrittive; quella quantitativa incorreva nei fulmini della repressione giudiziale più arcigna; il *franchising* – notoriamente, il 'favorito della regina' – era stato redento dalla Corte di giustizia² e poi officiato da apposito intervento regolamentare. A chi, a questo punto, avesse obiettato che i baffi del favorito sono alquanto posticci – che, fuor di metafora, i tratti distintivi del *franchising*, come delineati dal Reg. 4087/ 88, sono volatili quanto basta per rendere incomprendibile la pretesa di fondare, sull'*intuitus personae* asseritamente a base di quel rapporto, una così marcata disparità di trattamento rispetto ad altri tipi contrattuali con spiccatissime somiglianze, si rispondeva con l'espedito di negare, con sufficienza, ogni confronto: l'*antitrust* comunitario era, semplicemente, *diverso*.

Ci volle del bello e del buono perché si toccasse con mano l'impossibilità di tenere insieme, in nome di un approccio risolutamente formalistico, un quadro di marcata incoerenza. Le istanze intese a propiziare un approccio ispirato a un più coerente impianto economico cominciarono a far breccia intorno alla metà dell'ultimo decade del secolo scorso e si tradussero nel Reg. 2790/99³, che segnò una

radicale soluzione di continuità rispetto al quadro previgente. D'un sol colpo, veniva azzerato il capriccioso mosaico di etichette incerte e discipline disparate; e si riportava ad un unico denominatore (salve eccezioni limitate e transitorie, su tutte quella relativa alla commercializzazione di autoveicoli) il complesso delle intese verticali, nel presupposto che la loro idoneità a produrre risultati anticompetitivi dipendesse in modo determinante dal potere di mercato delle parti coinvolte, in particolare del fornitore, la cui quota di mercato si assumeva rivelatrice del grado di concorrenza *inter-brand*. Sotto la soglia del 30%, il nuovo sistema apriva una "zona di sicurezza", che – ove l'intesa non avesse contemplato un ristretto novero di clausole e condizioni vietate – innescava una presunzione di conformità, esentativa ai sensi dell'art. 101 comma 3, dai rigori dell'art. 101 comma 1. Solo laddove fossero mancate tali condizioni, sarebbe stato necessario procedere alla valutazione, caso per caso, della (il)liceità dell'intesa.

2. *La nuova disciplina*. – Il Reg. 2790/99 ha dato buona prova di sé. A partire dall'entrata in vigore della disciplina sulla modernizzazione dell'*antitrust* europeo (con l'abbandono della tecnica della notificazione preventiva), e dunque dal 2004, il contenzioso verticale attivato dalla Commissione si è grandemente contratto: per quanto consta, solo sei casi, tutti chiusi con assunzione di impegni, mentre si sono infittite le iniziative (più di 60) ad opera delle Autorità di concorrenza, a conferma della dimensione normalmente locale/nazionale dei mercati interessati.

Alla scadenza del periodo di vigenza e in esito a un processo di revisione iniziato nel 2008 (e appuntatosi sulla crescita della grande distribuzione e di quella attuata via *internet*), si è posta mano a un limitato *remake* della disciplina. Di là da talune novità di cui si dirà tra un momento,

² Corte giust. CE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgart Schillgallis*.

³ Reg. (CE) n. 2790/1999 della Commissione,

del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81 § 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in G.U. L 336 del 29 dicembre 1999, p. 21-25.

il nuovo Reg. 330/10⁴ (destinato a trovare applicazione sino al 31 maggio 2022) ha conservato, nella sostanza, il fortunato impianto di quello precedente; a poche settimane dalla sua entrata in vigore il quadro normativo è stato completato da una nuova versione degli Orientamenti⁵. Nelle note che seguono, dopo aver riassunto brevemente i tratti che specificano l'ambito di applicazione di tale disciplina, si darà conto della metodologia da adottare per asseverare la conformità degli accordi verticali alla disciplina attualmente in vigore.

II. AMBITO DI APPLICAZIONE

Il Reg. 330/10 copre gli accordi verticali che intercorrono fra due (o più) imprese operanti a livelli diversi della catena produttiva o distributiva e riguardano le condizioni di acquisto, vendita o rivendita di beni o servizi⁶. Restano, dunque, fuori quadro, perché in realtà estranei al divieto di cui all'art. 101 comma 1, i contratti di agenzia 'puri', in cui l'agente prospetta il mercato per il preponente senza assumere rischi specifici riguardanti l'attività di commercializzazione di beni e servizi. Nondimeno, a detta della Commissione, per essere l'agente imprenditore autonomo, le clausole contrattuali concernenti il rapporto col preponente (esclusività, divieto di concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del contratto) possono incorrere nel divieto⁷. Laddove, poi, l'agente assuma rischi relativi alla fornitura, all'inadempimento dei clienti, alla responsabilità da prodotto difettoso etc., egli viene riguardato alla stregua di distributore indipendente, con tanto di sottoposizione del contratto di agenzia alla disciplina generale⁸.

Il Reg. copre le intese intercorrenti fra un'associazione di dettaglianti (nessuno dei quali vanti un fatturato superiore ai €50 milioni) e i suoi membri, o tra un'as-

sociazione e il suo fornitore; e si applica, altresì, alle intese verticali contenenti previsioni relative alla concessione o licenza, in capo all'acquirente di un bene, di diritti di proprietà intellettuale necessari all'uso del bene stesso (indicazione normativa particolarmente importante per il caso di *franchising*).

È esclusa, invece, la possibilità di applicare l'esenzione per categoria agli accordi tra imprese concorrenti, per i quali valgono piuttosto le regole previste per la collaborazione orizzontale, a meno che si tratti di ipotesi di c.d. *dual distribution*, ove, cioè, un produttore attivo anche come distributore stipula un accordo non reciproco con un distributore dello stesso prodotto o servizio. È del pari esclusa l'applicabilità del Reg. ad accordi per i quali sia prevista l'applicazione di altro Reg. di esenzione per categoria (si pensi a quello relativo alla distribuzione di autoveicoli, di cui si tratterà più oltre).

III. L'INTRECCIO DELLE PRESUNZIONI

L'architettura del Reg. si basa, a conti fatti, su un intreccio di presunzioni, che permettono sin dall'inizio di accertare se l'accordo verticale perseguito sia, o non, contrastante con le regole comunitarie di concorrenza. Il primo passaggio (art. 4) comporta la verifica dell'assenza di previsioni contrattuali che implicano presunzione di anticompetitività dell'intero accordo (con conseguente preclusione del beneficio dell'esenzione per categoria, circostanza che non comporta di per sé una valutazione irreversibilmente negativa ma lascia intendere la probabile inatingibilità dei presupposti da integrare ai fini dell'art. 101 comma 3). Per gli accordi verticali che superino questo vaglio pregiudiziale si schiude la possibilità, ove ricorrano talune condizioni specifiche (tra cui, in particolare, quelle previste dall'art. 3), di fruire di una presunzione

⁴ Reg. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101 § 3, del TFUE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate in G.U. L 102 del 23 aprile 2010, p. 1-7.

⁵ Comm., *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in G.U.U.E. 2010/C-130/01, sostitutivo delle

Linee direttrici sulle restrizioni verticali adottate 10 anni prima, in G.U.U.E. 2000/C 291/01.

⁶ Art. 2 Reg. 330/10.

⁷ *Orientamenti* cit., § 12 ss.

⁸ Cfr. Commissione 26 maggio 2004, (COMP/C-3/37.980), *Souris - Topps*, § 101.

di compatibilità con le regole di concorrenza del Trattato. L'impossibilità di attivare tale presunzione comporta l'onere di assoggettarsi ad una procedura di autovalutazione del carattere restrittivo dell'intesa.

1. *Restrizioni gravi: il prezzo imposto.* – La lista delle restrizioni gravi, cinque in tutto, è inaugurata dall'imposizione di prezzi, minimi o fissi, di rivendita (*resale price maintenance*, RPM) e di meccanismi idonei a sortire analogo effetto (es., previsione di un livello massimo di sconto praticabile), dal che deriva la piena legittimità di prezzi soltanto raccomandati o indicati come massimi, sempre che gli uni e gli altri non operino come schermo dietro il quale si cela una pratica di RPM. Le ragioni di tanta ostilità sono risalenti, quanto controverse. Il dibattito economico ha esplorato ogni sorta di interpretazione, dalle teorie che vi ravvisano uno strumento di supporto a collusioni orizzontali (fra produttori oppure fra rivenditori) a quelle che, al contrario, intravedono giustificazioni efficientistiche in chiave di lotta a comportamenti parassitari o di assicurazione di qualità del servizio distributivo, sino alle denunce della sua idoneità a determinare rigidità al rialzo dei prezzi correnti. Sta di fatto che il fronte sino a ieri compatto di condanna dell'imposizione del prezzo di rivendita (a fronte di un atteggiamento assai più permissivo nei confronti delle restrizioni verticali non attinenti al prezzo) è stato di recente infranto dalla sentenza con cui la Corte suprema nordamericana ha smentito il precedente fissato, quasi un secolo prima, dal caso *Dr. Miles*, estendendo anche alla RPM la 'regola di ragione' applicata alle altre intese verticali⁹. Non sorprende, dunque, che gli Orientamenti assumano, al riguardo, un atteggiamento assai più 'morbido' di quello tenuto in passato. Da un lato, infatti, si ribadisce l'idea che un accordo di tal fatta non si presti a soddisfare le condizioni di esenzione di cui all'art. 101 comma 3; dall'altro, si rimarca

come alle imprese sia data facoltà di dimostrare, a livello di richiesta individuale di esenzione, incrementi di efficienza¹⁰. Più oltre¹¹, vengono additate possibili giustificazioni per l'adozione della pratica, quali: I) il contributo ch'essa può fornire, in fase di lancio di un prodotto nuovo, per indurre i distributori ad aumentare gli sforzi di vendita; II) l'opportunità di farvi ricorso, per un periodo limitato (da 2 a 6 settimane), per organizzare una campagna a vantaggio dei consumatori ad opera di un'organizzazione operante in *franchising*; III) il sostegno ch'essa può garantire alla fornitura di servizi di pre-vendita per prodotti di 'esperienza' o complessi¹².

L'apertura così dimostrata è certamente significativa sul piano teorico, ma poco promettente per quanto attiene al suo risvolto pratico. Le efficienze indicate sono tutte di ordine qualitativo e, quindi, di problematica computazione a fronte dei pregiudizi quantitativi, in termini di prezzi più elevati, causati dalla RPM.

2. *Compartimentazione del mercato.* – Altra '*black clause*' è quella riguardante le misure, dirette o indirette (es.: schemi d'incentivazione, pressioni etc.), miranti a limitare la libertà dell'acquirente di rivendere in determinate aree territoriali o a determinati clienti. Si tratta, anche in questo caso, di un'indicazione risalente ('compartimentazione del mercato'), che subisce – e qui stanno i motivi di maggiore interesse – quattro eccezioni:

i) le restrizioni imposte alle 'vendite attive' in un territorio, o rispetto a una categoria di clienti, riservati in esclusiva a un altro compratore. Da notare come per vendita attiva s'intenda quella conclusa con clienti situati nell'area riservata, per es. attraverso l'invio di e-mail mercé campagna pubblicitaria mirata (mentre si considera "passiva" la vendita perfezionata a seguito di richiesta spontanea di quegli stessi clienti);

ii) le restrizioni della vendita a utilizzatori finali imposte dal fornitore a un acquirente operante all'ingrosso;

⁹ US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

¹⁰ Orientamenti, § 223.

¹¹ *Ibidem*, § 225.

¹² E qui si ritrova traccia del "*free-ride rationale*" teorizzato, a suo tempo, da Lester J. Telser.

iii) le restrizioni imposte dal fornitore ai membri di un sistema di distribuzione selettiva per quanto attiene alle vendite a distributori non autorizzati a operare nell'area che il fornitore ha riservato a tale sistema;

iv) le restrizioni, imposte ad acquirenti di componenti da destinare ad incorporazione, concernenti la rivendita a concorrenti del fornitore.

3. *Limitazioni in ambito di distribuzione selettiva e di ricambistica.* – La terza e la quarta restrizione grave, idonee a precludere l'applicabilità del Reg. 330/10, riguardano la distribuzione selettiva. I venditori non possono restringere territori in cui i distributori hanno facoltà di vendere a utilizzatori finali; e altrettanto vale per le categorie di clienti. La presunzione d'incompatibilità scatta sia in presenza di vendite attive che passive. D'altro canto, i distributori devono essere lasciati liberi di vendere o acquistare i prodotti oggetto del contratto da altri distributori autorizzati facenti parte della medesima rete di distribuzione selettiva.

La quinta restrizione grave riguarda gli accordi fra un produttore di pezzi di ricambio e un acquirente che incorpora tali pezzi nei propri prodotti. Tali pattuizioni non possono impedire o limitare la possibilità, per utenti finali, riparatori indipendenti e prestatori di servizi, di procurarsi pezzi di ricambio direttamente dal fabbricante dei pezzi di ricambio stessi (*original equipment manufacturer*).

4. *Restrizioni escluse.* – Di là dalle restrizioni su indicate, che precludono l'esenzione per l'intero accordo, il Reg., all'art. 5, considera altre tre pattuizioni verticali incompatibili con l'art. 101 comma 1: obblighi di non concorrenza per la vigenza del contratto, obblighi di non concorrenza dopo la cessazione del contratto ed esclusione di marchi specifici all'interno di un sistema di distribuzione selettiva. In quanto separabili dalla restante trama dell'accordo, le pattuizioni in pa-

rola non pregiudicano la possibilità di applicare a quest'ultima il Reg. di esenzione.

Per i divieti di concorrenza – obbligo di acquisto dell'intero fabbisogno o di sua parte preponderante, 80%, dal fornitore o da impresa da questo designata – in pendenza di contratto è fissata una durata massima di cinque anni. Tuttavia, l'esenzione resta praticabile laddove il rinnovo oltre i cinque anni richieda il consenso esplicito di entrambe le parti e non sussistano ostacoli alla facoltà, per l'acquirente, di porre termine all'obbligo allo scadere del quinquennio. Il limite dei cinque anni non trova applicazione quando beni o servizi sono venduti dall'acquirente in locali o terreni di proprietà o nella disponibilità del fornitore (l'obbligo di non concorrenza può, in questo caso, estendersi per la durata di occupazione del locale da parte dell'acquirente).

A contratto scaduto, non v'è spazio per divieti di concorrenza, a meno che essi non siano necessari per proteggere il *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente, siano limitati al locale in cui l'acquirente ha operato in vigenza di contratto e non si estendano oltre l'anno dalla cessazione del rapporto.

IV. ZONE DI SICUREZZA

Gli accordi verticali che non contengano le clausole dianzi indicate possano aspirare alla presunzione di compatibilità con la disciplina europea della concorrenza. A tal fine essi devono rientrare in una delle "zone di sicurezza" previste da tale disciplina.

1. *Accordi d'importanza minore.* – La prima è quella concessa agli accordi d'importanza minore. A tenore della Comunicazione del 2001¹³, si presume che le intese verticali *de minimis*, in cui nessuna delle parti detiene una quota di mercato eccedente il 15%, non determinino restrizioni apprezzabili per la concorrenza.

2. *Piccole e medie imprese.* – Senza rappresentare un '*safe harbour*' in senso tec-

¹³ Comm. relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili

della concorrenza ai sensi dell'art. 81 § 1 TCE (2001/C 368/07).

nico, può riguardarsi come equipollente il trattamento riservato negli Orientamenti alle PMI¹⁴. Vi si legge, infatti, che le imprese medie o piccole, con meno di 250 dipendenti e un fatturato annuale inferiore ai 40 milioni di euro, non sono normalmente reputate idonee a influenzare in maniera sensibile gli scambi tra Stati membri, salvo precisare che, quand'anche gli accordi che le vedono impegnate rientrino nell'ambito di applicazione del divieto *ex art.* 101 comma 1, «la Commissione si asterrà in genere dall'avviare un procedimento per mancanza di un sufficiente interesse dell'UE, purché tali imprese non occupino, congiuntamente o individualmente, una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato interno».

3. *Quote di mercato delle imprese coinvolte.* – La terza “zona di sicurezza” è quella più significativa e rappresenta la caratteristica saliente del Reg. Come già accaduto con la versione del 1999, la vigente presunzione di compatibilità con la disciplina della concorrenza si fonda sulle quote di mercato degli operatori coinvolti.

L'impiego delle quote di mercato risponde all'idea, mutuata dalla teoria economica, secondo cui, in presenza di una significativa concorrenza *interbrand*, le restrizioni verticali possono generare guadagni in termini d'efficienza, consentendo un miglior coordinamento all'interno della catena produttiva e risolvendo problemi di *principal-agent*, senza cagionare rilevanti effetti anticoncorrenziali. In tale prospettiva, le quote di mercato sono adottate quale *proxy* – non del tutto affidabile, ma comunque accettabile – del *market power* delle imprese interessate, al fine di distinguere gli accordi che, di norma, non presentano significativi rischi per la concorrenza da quelli che, invece, richiedono un più attento scrutinio.

Il Reg. 2790/99 postulava, come condizione di esercizio della presunzione, una quota di mercato (di norma in capo al fornitore) non eccedente la soglia del 30%. La nuova disciplina si caratterizza per

un'importante novità: al tetto di mercato del fornitore deve coniugarsi quella, anch'essa inferiore al 30%, del compratore, riferita – si badi bene – al mercato in cui quest'ultimo acquista i prodotti o servizi contrattuali. La doppia soglia era stata auspicata dalla Commissione anche con riguardo alla versione precedente; ma la proposta era rientrata per via della diffusa opposizione degli addetti ai lavori, preoccupati dalla difficoltà del compito di valutazione sui due versanti. A distanza di dieci anni, quella stessa proposta è riemersa, senza incontrare più alcuna resistenza. Il cambio di atteggiamento si deve, in parte, all'esperienza accumulata in ordine all'applicazione concreta delle zone di sicurezza, rivelatesi affidabili e non troppo complesse quanto a computazione, e più ancora all'emersione di diffuse preoccupazioni circa la consistenza crescente del *'buying power'* della grande distribuzione. In altre parole: i rivenditori possono disporre di potere d'acquisto e di vendita, possono cioè attivare il primo nei riguardi di un fornitore in posizione di forza e il secondo nei confronti dei propri clienti a valle: nella più parte dei casi, si tratta di aspetti strettamente interconnessi, perché l'ipermercato robusto sul versante delle vendite dispone anche di un cospicuo potere 'quasi-monopsonistico' perché si pone come punto di sbocco principale per merci e servizi dei produttori.

La maggiore attenzione riservata alla posizione del distributore ha suscitato non poche riserve; ma sembra in linea con una scelta di campo della Commissione, di cui sarà possibile cogliere, tra breve, ulteriori testimonianze.

4. *Inapplicabilità dell'esenzione per categoria e revoca del beneficio.* – Riassumendo. L'accordo verticale mondo di restrizioni gravi e innervato da operatori non troppo ingombranti appare normalmente inidoneo a pregiudicare il funzionamento del mercato e fruisce, pertanto, di una presunzione di compatibilità con la disciplina della concorrenza che lo mette al riparo da contraccolpi. È vero, infatti,

¹⁴ Orientamenti, § 11.

che l'art. 6 del Reg. facoltizza la Commissione a tornare sui suoi passi e a dichiarare l'inapplicabilità dell'esenzione per categoria a reti parallele di restrizioni verticali simili che coprono più del 50% del mercato rilevante; ma tale facoltà deve materializzarsi attraverso apposito Reg., circostanza che appare alquanto remota. Molto più incisiva della disapplicazione appare la possibilità di revoca del beneficio connessa ad una decisione che constata violazione dell'art. 101 ad opera di un accordo verticale, considerato isolatamente o in combinazione con accordi simili attuati da fornitori o acquirenti concorrenti (c.d. effetti cumulativi)¹⁵.

V. ESENZIONE INDIVIDUALE

Le intese verticali che non riescano a far leva sull'intreccio di presunzioni di cui si è detto, perché una delle parti dispone di una quota di mercato superiore al 30% o perché l'accordo contiene restrizioni incompatibili con la disciplina europea della concorrenza, vanno sottoposte – in prima approssimazione a livello di *self-assessment* ad opera dell'impresa interessata – ad un'analisi completa, individuale, non meccanica, che ne stabilisca l'attitudine a fruire dell'esenzione *ex art.* 101 comma 3. Quanto dire, insomma, che si naviga a vista, anche se non in un mare completamente sconosciuto. Gli Orientamenti provvedono, infatti, a scandire i principi di riferimento, a prospettare i possibili effetti positivi/negativi delle restrizioni verticali e a delineare il metodo di analisi.

1. *I principi di riferimento.* – Per quanto attiene ai principi di riferimento, occorre chiarire subito che l'impossibilità di valersi dei meccanismi dianzi esaminati non sbocca nell'esito opposto: non comporta, cioè, alcuna presunzione contraria d'incompatibilità con la disciplina di cui all'art. 101 comma 1, che va viceversa saggiata, senza ipoteche pregiudiziali, sulla base di un esame caso per caso. Il principio testé enunciato soffre un'eccezione, con riguardo alle *'black clauses'* di cui si è

detto in precedenza. Per esse vale, infatti, la presunzione d'incompatibilità, la quale non esclude la possibilità che, in concreto, sia dimostrata la funzionalità della restrizione ad un miglior assetto concorrenziale, ma comporta, per l'impresa che voglia perseguire questa traiettoria, un pesante fardello probatorio.

Sempre a livello d'inquadramento generale, gli orientamenti richiamano l'attenzione: a) sul ruolo cruciale del potere di mercato, spiegando che la probabilità del prodursi di un apprezzabile effetto anticompetitivo è connessa all'esistenza, in capo ad almeno una delle parti, di un potere di mercato (comunque minore, quanto a consistenza, di quello richiesto per configurare la sussistenza di una posizione dominante) che l'accordo verticale contribuisce a creare, rafforzare o rendere sfruttabile; b) sulla maggiore pericolosità di intese afferenti a prodotti o servizi che recano segni distintivi; c) sul possibile impatto del cumulo di restrizioni, che potrebbero amplificare, ben oltre la semplice sommatoria lineare, gli effetti pregiudizievoli della singola pratica; d) sulla durata della restrizione, che si presume pesi maggiormente quanto più protratta nel tempo.

2. *Effetti pregiudizievoli ed effetti positivi.* – Fra i possibili effetti negativi delle intese verticali va annoverata, innanzi tutto, la *foreclosure*, ossia la possibilità che la restrizione verticale sia impiegata per impedire o rendere più problematico l'accesso al mercato dei rivali: se, per esempio, i distributori s'impegnano a interfacciarsi con un solo produttore, i loro punti di vendita restano preclusi ai concorrenti (c.d. *raising rival costs*). Va messa altresì nel conto la possibilità che la pratica riduca la concorrenza *inter-brand*, facilitando la collusione fra fornitori, o quella *intra-brand*, con allentamento della rivalità fra soggetti facenti capo allo stesso fornitore. Nemmeno a dirlo, la Commissione iscrive, fra i possibili effetti distorsivi, la creazione di ostacoli al dispiegarsi dell'integrazione del mercato.

¹⁵ Cfr. Considerando 13 Reg. 330/10 (nonché n. 14 per quanto attiene alla possibilità che la re-

voca sia disposta da un'Autorità nazionale di concorrenza), in conformità all'art. 29 Reg. 1/2003.

Sul versante degli effetti positivi, gli Orientamenti fanno leva sulla possibilità di impiegare accordi verticali al fine di arginare guasti da parassitismo, *free ride* (l'esclusività del rapporto, per intendersi, vale ad evitare che il dettagliante speculi sugli investimenti promozionali del produttore per promuovere la commercializzazione di prodotti di fornitori concorrenti) ovvero di propiziare l'apertura di nuovi mercati, dove l'impegno iniziale appare rischioso, salvo poi richiamare uno stuolo di operatori se e quando le cose volgono al meglio. Le restrizioni verticali possono altresì servire a salvaguardare la capacità di certificazione della qualità, a contenere le conseguenze delle imperfezioni nei mercati dei capitali, a gestire problemi di standardizzazione, a evitare aggravati da 'doppia marginalizzazione' (che si materializzano laddove il distributore, fruendo di potere di mercato locale, pratici un sovrapprezzo distorsivo vuoi per il fornitore che per l'acquirente finale). E non va pretermesso il contributo (ad es., delle clausole di non concorrenza o di quelle che impongono quantitativi di acquisto) ad arginare le tentazioni di *hold-up*, rinuncia all'investimento, del rivenditore nei confronti di un fornitore che abbia effettuato investimenti idiosincratici (o, a colpi di esclusiva, del fornitore nei confronti di un dettagliante, ad es. un *franchisee* alle prese con impegni su beni non riciclabili).

3. *L'itinerario valutativo*. – Il metodo per la valutazione di compatibilità si articola su due passaggi cruciali. Va accertato, innanzi tutto, se la restrizione abbia rilevante impatto anticompetitivo e incorra, pertanto, nei rigori del divieto di cui all'art. 101 comma 1. Se così è, andrà allora verificata la sua idoneità a produrre efficienze e invocare giustificazioni obiettive che inneschino l'esenzione di cui all'art. 101 comma 3.

Con riguardo al primo profilo, occorre tenere presente che le restrizioni verticali possono essere fra loro assai diverse e dare, quindi, luogo a effetti di tenore alquanto disomogeneo. Non a caso, gli Orientamenti dedicano la quasi totalità della loro seconda parte all'analisi di re-

strizioni specifiche, organizzata secondo una tassonomia innovativa, perché ispirata all'equivalenza degli effetti. Vengono così individuati i seguenti gruppi di intese:

a) *Monomarchismo* (traduzione decisamente infelice della locuzione 'single branding'), categoria in cui rientrano approvvigionamento esclusivo, obbligo di non concorrenza, imposizione di volumi minimi di acquisto (attuata, eventualmente, attraverso l'applicazione di prezzi non lineari, quali sistemi di sconti condizionati e listini composti di due parti, ossia commissione fissa e prezzo per unità).

b) *Distribuzione esclusiva*, col fornitore impegnato a diffondere il proprio prodotto per il tramite di un unico distributore in un determinato territorio.

c) *Attribuzione esclusiva di clientela*.

d) *Distribuzione selettiva*, in cui la limitazione del numero dei rivenditori dipende dal criterio fissato per la loro ammissione alla rete. Se puramente qualitativa, la selezione fondata su criteri oggettivi, necessaria per salvaguardare la qualità del prodotto e proporzionata a tale fine, sfugge al divieto, che scatta invece in relazione agli ulteriori e più diretti criteri di selezione quantitativa.

e) *Accordi di franchising*.

f) *Accordi di fornitura esclusiva*, in ragione dei quali il fornitore si obbliga a vendere i prodotti contrattuali a un unico acquirente.

g) *Accordi di pagamento anticipato per l'accesso*, quali commissioni per garantire la presenza del prodotto, «*pay-to-stay fees*» o pagamenti per avere accesso alle campagne promozionali del distributore. Tali accordi, insieme a quelli di 'gestione per categoria' (mercé i quali il distributore affida a un fornitore la commercializzazione di una categoria di prodotti, comprensiva di quelli dei concorrenti), testimoniano della particolare attenzione dedicata dalla Commissione al crescente potere di mercato della grande distribuzione.

h) *Tie-in, o vendita abbinata*.

i) *RPM*.

Per ciascun gruppo di restrizioni gli Orientamenti delineano possibili scenari di danno competitivo, facendo leva su fattori quali: la natura dell'intesa; la posi-

zione di mercato delle parti, dei concorrenti e dei compratori dei prodotti contrattuali; le barriere all'ingresso; il grado di maturità del mercato; il livello del traffico commerciale; la natura del prodotto (e quanto altro possa tornare utile all'analisi). Il passo successivo consisterà, dunque, nel valutare la plausibilità dello scenario di danno competitivo in vista delle caratteristiche fattuali del mercato.

Supponiamo, per meglio intendere il processo su delineato, di avere riguardo ad un accordo di fornitura esclusiva. Al riguardo, gli orientamenti spiegano che il principale effetto di una tale restrizione consiste nella preclusione del mercato ad altri acquirenti. Perché tale *foreclosure* si riveli davvero significativa, occorre che l'acquirente disponga di una rilevante quota di mercato a valle (e non a monte, con buona pace della nuova soglia introdotta dal Reg. 330/10), tale da consentirgli d'imporre a controparte produttrice un'esclusiva che tagli fuori altri compratori. L'effetto preclusivo risulta tanto più incisivo quanto maggiori sono portata e durata dell'accordo. Contano altresì la posizione di mercato dei concorrenti nel mercato a monte (posto che l'effetto negativo è più probabile nei confronti di rivali di dimensioni assai più ridotte), il contropotere negoziale dei fornitori, il livello della catena commerciale e la natura dei prodotti (preclusione meno probabile se il prodotto è intermedio e omogeneo). Dato questo quadro (che, peraltro, non considera il rischio di facilitazione di comportamenti collusivi e la riduzione della concorrenza *inter-brand*), una situazione caratterizzata dalla posizione marginale dell'acquirente nel mercato a valle e dalla breve durata dell'obbligo esclusivo dovrebbe indurre a propendere per la sostanziale irrilevanza della restrizione competitiva.

Ove, invece, sia stata monitorata una consistente incidenza negativa sull'assetto concorrenziale, bisognerà considerare la possibilità di integrare le quattro condizioni necessarie per valersi dell'esenzione di cui all'art. 101 comma 3 TFUE. Tocca

alle imprese interessate dimostrare che la restrizione attiva efficienze sostanziali e spiegare perché essa sia indispensabile per apportare benefici ai consumatori senza eliminare la concorrenza. Anche su questo versante gli Orientamenti s'incaricano di indicare, per ciascuno dei gruppi di pattuizioni su ricordate, le possibili ricadute efficientistiche. Per tornare al nostro esempio di fornitura esclusiva, i vantaggi di efficienza vengono individuati nel contributo a risolvere problemi di *hold-up*, mentre poco credito riscuote la giustificazione fondata sul conseguimento di economie di scala a livello di distribuzione, anche in vista dell'opportunità di approdare allo stesso risultato ricorrendo alla meno penalizzante alternativa di un obbligo di fornitura minima.

Nell'impossibilità di spingersi più oltre, dato il carattere risolutamente fattuale dell'indagine da svolgere caso per caso, non sarà inutile ricordare come molte delle giustificazioni obiettive per le restrizioni verticali si fondino su prospettazioni comportamentali (incentivi all'investimento per l'acquirente, nel caso della fornitura esclusiva) piuttosto che su dati strutturali: quanto basta per rendere problematica la loro prova, a fronte del presumibile scetticismo delle autorità preposte all'*enforcement* antimonopolistico.

VI. VENDITE ON-LINE

Il Reg. 330/10 (come già il suo predecessore, ma in un'epoca in cui il fenomeno era agli albori) nulla dice sulle vendite *on-line*: ad esse deve applicarsi, per conseguenza, la disciplina a valere per tutte le restrizioni verticali, segnatamente per quanto attiene alle clausole proscritte dall'art. 4 (b) sulle limitazioni di territorio e clientela (con eccezione per il divieto di vendite attive nei contratti di distribuzione esclusiva) e dall'art. 4 (c) sulle limitazioni di vendite attive e passive a utilizzatori finali nei sistemi di distribuzione selettiva. Senonché, l'insufficienza delle scarse indicazioni disponibili per l'addietro¹⁶ e l'animato dibattito accesi nel-

¹⁶ Le linee-guida del Reg. 2790/99 consentivano, ai fornitori con quota di mercato inferiore

al 30% che facessero ricorso alla distribuzione selettiva, di imporre anche ai rivenditori *on-line* vin-

l'imminenza del varo della nuova disciplina hanno indotto la Commissione a dettare, negli Orientamenti, un'assai più dettagliata disciplina, che finisce, sotto certi profili, per correggere il tiro rispetto all'impostazione generale.

1. *Pro e contro la commercializzazione in internet.* – La crescita esponenziale dell'e-commerce ha esacerbato le criticità conseguenti alla possibilità, per le imprese che gestivano reti di distribuzione selettiva, di imporre criteri di ammissione – uno per tutti, la previa gestione di un punto di vendita tradizionale – atti a tagliar fuori distributori operanti soltanto in rete (*"pure internet players"*). La linea di resistenza alle molte pressioni miranti alla piena liberalizzazione delle vendite *on-line* si fondava sul pericolo, ventilato con particolare veemenza dai produttori di beni di marca (in particolare, articoli di lusso, cosmetici, prodotti di alta tecnologia etc.), che la commercializzazione in rete potesse sfruttare – e, alla fine, sterilizzare – gli sforzi promozionali, particolarmente importanti per queste tipologie di prodotti, ad opera del commercio tradizionale. I produttori – così correva l'argomento principe – che si avvalgono di sistemi di distribuzione esclusiva/selettiva dovrebbero poter controllare le vendite in *internet* con le stesse tecniche utilizzate per le reti fisiche di rivenditori (sino a poter escludere soggetti, come *eBay*, operanti solo sul versante del commercio elettronico); e proprio questa eventualità veniva denunciata come minaccia incombente dai protagonisti dell'e-commerce¹⁷. Al termine di un tormentato braccio di ferro è emersa una linea di compromesso,

coli qualitativi, compreso quello di associare a tale tipo di commercializzazione quella attuata attraverso un negozio fisico e finanche di escludere *in toto* il sistema di vendita in *internet* in presenza di una giustificazione oggettiva, quale la necessità che gli operatori *on-line* si avvantaggiasero parassitariamente degli investimenti e dell'assistenza post-vendita effettuati da chi gestisce un punto di vendita tradizionale. Al di fuori della distribuzione selettiva, la restrizione delle vendite passive (peraltro definite in modo assai incerto) veniva invece riguardata alla stregua di una forma di compartimentazione dei mercati.

¹⁷ Per inciso, si è fatta valere anche l'argomentazione contraria, a tenore della quale *inter-*

che rischia di scontentare un po' tutti. In prima battuta, gli Orientamenti, al § 52, esprimono un inequivoco *favor* per la commercializzazione *on-line*, in vista della sua capacità di raggiungere clienti altrimenti inattingibili, e mettono in chiaro come talune limitazioni all'uso di *internet* vadano trattate alla stregua di restrizioni alla (ri)vendita, evidentemente proscritte. Questa formulazione di massima apre la via ad una serie di indicazioni assai minuziose (e controvertibili).

2. *Vendite passive e attive.* – Dissipando talune delle incertezze pregresse, gli Orientamenti iscrivono come vendite passive la più parte delle modalità di commercializzazione in rete: la creazione/utilizzazione di un sito, il contatto attivato dal cliente, la sua richiesta di informazioni a venire, la scelta delle lingue utilizzate nel sito¹⁸. La dicotomia 'vendite attive/passive' viene rafforzata, a favore delle seconde, mercé l'individuazione di quattro restrizioni *hard-core*, che implicano presunzione d'incompatibilità col divieto di cui all'art. 101 comma 1:

– clausole che impediscono a clienti dislocati in un territorio (esclusivo) di visualizzare il sito dell'esclusivista di altro territorio o che prevedono il reinstradamento automatico dei clienti verso il sito del produttore o di altri distributori;

– accordo per interrompere le transazioni con i consumatori ove risulti dai dati della carta di credito che il loro indirizzo non si trova nel territorio (esclusivo) del distributore;

– limitazione dell'ammontare complessivo di vendite che possono essere realizzate *on-line*;

net potrebbe mitigare i costi dell'informazione necessaria alla migliore commercializzazione dei prodotti, con massima opportunità di monitoraggio da parte del produttore (il che rispingerebbe i rilievi cennati nel testo sul solo versante degli articoli la cui vendita richiede un'esperienza sensoriale; e, in prospettiva aziendalistica, si è osservato che il *free riding* potrebbe funzionare all'incontrario, con i clienti impegnati nell'esplorazione del *web* prima di recarsi nei punti di vendita fisici.

¹⁸ Opzione ora avallata, sia pure con riguardo alla regolamentazione previgente, da Corte giust., 13 ottobre 2001, C-439/09, *Pierre Fabre Demo Cosmétique*.

– accordo in forza del quale il distributore si obbliga a pagare un prezzo più elevato per i prodotti destinati ad essere rivenduti *on-line*.

Mette conto rilevare come, per questa via, il mondo dell'*e-commerce* veda precluse strategie che possono viceversa essere legittimamente perseguite nell'ambito della distribuzione tradizionale. La discriminazione così attuata desta molti interrogativi. Di là dalle perplessità di ordine economico, consistenti riserve si appuntano sul carattere sostanzialmente innovativo di (almeno) talune delle restrizioni fondamentali testé indicate, ciò che vale a renderle impraticabili a livello di *soft law* (cui pertiene lo strumento delle linee direttrici). È vero, infatti, che la Commissione si richiama all'art. 4 (b) Reg. 330/10, e quindi alla compartimentazione del mercato e della clientela; ma non c'è chi non s'avveda che restrizioni quali quelle pertinenti all'ammontare delle vendite *on-line* e al differenziale di prezzo non hanno alcuna parentela con tale previsione normativa.

Vengono invece assimilati alle vendite attive, che possono essere soggette a restrizione se rivolte a territori o clientela riservati in esclusiva ad altri distributori, la pubblicità specificamente indirizzata (es., *banner* che mostrino un collegamento territoriale su siti di terzi) e, più in generale, gli sforzi compiuti per risultare reperibili in un determinato territorio o da un determinato gruppo di clienti.

3. *Standard qualitativi per gli operatori in rete.* – La contropinta di quanti paventavano il pericolo di sciacallaggio nei confronti dei negozi fisici, i soli reputati in grado di fornire i servizi post-vendita richiesti dai clienti e necessari per sostenere la commercializzazione dei prodotti interessati, si è materializzata in un contrapposto nucleo di determinazioni, a tenore delle quali al fornitore è lasciata aperta la possibilità di esigere il rispetto di *standard* qualitativi in relazione all'uso di siti *internet* per la rivendita dei suoi beni: profilo, questo, di particolare im-

portanza nei sistemi di distribuzione selettiva. A mo' di esempio, la Commissione addita la facoltà, per il fornitore, di subordinare l'ammissione di distributori alla propria rete alla disponibilità di punti di vendita "non virtuali"; o, ancora, di richiedere che l'uso, da parte dei propri distributori, di piattaforme di terzi per la commercializzazione dei prodotti oggetto del contratto sia conforme alle indicazioni del fornitore stesso.

4. *Una disciplina troppo analitica?* – Le ragioni per un trattamento delle vendite *on-line* diverso da quello riservato alla distribuzione tradizionale non sono ovvie. Con ogni probabilità, esse attengono al profilo dell'integrazione del mercato e al pericolo, controintuitivo rispetto alla globalizzazione promossa da *internet* epperò non suscettibile di negazione pregiudiziale, che le opportunità offerte dalle nuove frontiere della tecnologia siano utilizzate per isolare i mercati.

Rimane, in ogni caso, l'impressione di un'eccessiva analiticità, esposta al rischio di tradursi in una rigidità ingiustificata alla luce delle ancora ridotte esperienze in materia.

VII. LA DISTRIBUZIONE DI AUTOVEICOLI

Il Reg. 461/10 ha segnato, sia pure con dilazione al 1° giugno 2013, la fine del regime particolaristico per gli accordi primari (tra produttori e distributori) in materia di distribuzione di autoveicoli. La disciplina settoriale permane, invece, per quanto attiene alla distribuzione di pezzi di ricambio e alla prestazione di servizi di riparazione e di manutenzione (c.d. mercato secondario, o *aftermarket*).

1. *Un riaccorpamento sofferto e scampoli di disciplina transitoria.* – La nuova disciplina dà corpo a un parziale movimento di ritorno, posto che quella precedente, ossia il Reg. 1400/02 sulle intese verticali stipulate nel settore automobilistico¹⁹, aveva rimosso il *favor* accordato ai costruttori di autoveicoli dai precedenti

¹⁹ Reg. (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'art. 81 § 3, del Trattato a categorie di accordi

verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in G.U. L 203 dell'1 agosto 2002, p. 30-41.

regolamenti d'esonazione (Reg. 123/85 e Reg. 1475/95), sostituendolo con un trattamento notevolmente più severo e restrittivo di quello riservato alle imprese attive in altri ambiti merceologici. Tale scelta era stata giustificata da una serie di fattori, tra i quali: *a*) l'esigenza di adeguare la disciplina di settore alla nuova filosofia comunitaria in tema di intese verticali; *b*) l'evoluzione registrata, nel comparto automobilistico; e, soprattutto, *c*) la constatazione del mancato raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal precedente Reg., che non aveva garantito ai consumatori gli effetti benefici derivanti dal processo d'integrazione comunitaria²⁰.

Sin dai suoi albori, peraltro, il Reg. 1400/02 era parso contraddire la deriva liberalizzatrice in campo distributivo, lasciando intravedere vere e proprie distorsioni sistemiche, rivelatrici di una sorta di vocazione a indirizzare lo sviluppo e le condizioni di concorrenza del settore. Nessuna sorpresa, dunque, che la Commissione si sia indotta a tornare sui suoi passi. In un rapporto valutativo del 2008, essa aveva dovuto prendere atto: *i*) del deludente impatto del Reg. sulla concorrenza *intra-brand*, con tanto di mancato raggiungimento dell'obiettivo d'incoraggiare la diversificazione dei modelli di distribuzione; *ii*) dell'infruttuosità del tentativo di promuovere la commercializzazione di marche diverse nel medesimo salone d'esposizione, escludendo gli obblighi di non concorrenza dal beneficio dell'esonazione per categoria, al duplice fine di garantire l'accesso dei costruttori al mercato e accrescere l'indipendenza e l'autonomia dei rivenditori; *c*) degli esiti a

tutto concedere modesti delle norme concernenti la tutela contrattuale del distributore/contraente debole. Il rapporto si concludeva col riconoscimento che le disposizioni devianti rispetto al solco della disciplina generale in materia di intese verticali risultavano «eccessivamente rigide, troppo complesse e/o ridondanti», sì che «un approccio più basato sugli effetti e flessibile avrebbe propiziato risultati migliori per i consumatori». Di qui l'auspicio per il riaccorpamento alla disciplina generale sulle intese verticali: che peraltro, come già ricordato, si è verificato, per quanto riguarda il mercato primario, solo dopo un triennio di transizione, durante il quale la Commissione ha avallato, sia pure a tempo determinato, un pacchetto di previsioni che si erano dimostrate inefficaci, quando non “*cost inducive*” (si pensi all'implausibile *multi-branding* o ai «punti di vendita addizionali», inutilmente concepiti come mezzi per aprire nuovi mercati e promuovere la concorrenza *intra-brand*).

2. *Disciplina settoriale degli aftermarket*. – Per gli accordi verticali inerenti la distribuzione di pezzi di ricambio e per la fornitura di servizi di riparazione e di manutenzione la nuova disciplina è entrata in vigore dal 1° giugno 2010, «in modo da continuare a garantire un'adeguata tutela della concorrenza sui mercati dei servizi di assistenza post-vendita per autoveicoli» (*considerando* n. 19). In questo settore, infatti, il Reg. 1400/02 aveva conseguito risultati più soddisfacenti, contribuendo a salvaguardare la capacità competitiva degli operatori non appartenenti

²⁰ Relazione sulla valutazione del Reg. 95/1475 sull'applicazione dell'art. 85(3) del Trattato a certe categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e relativo servizio di assistenza alla clientela [COM (2000), 743 definitivo]. Nell'ottica della Commissione, gli elevati differenziali di prezzo tra gli Stati membri, solo in parte giustificati da diversi livelli di tassazione, apparivano il frutto di un livello di concorrenza insufficiente e della compartimentazione del mercato interno, cui il previgente regime non aveva posto rimedio. I comportamenti illeciti attuati, negli anni precedenti la riforma del 2002, da alcuni costruttori – che avevano ostacolato le vendite transfrontaliere, in aperta violazione del dogma dell'integra-

zione dei mercati nazionali [Commissione 10 ottobre 2001, COMP/36.264, *Mercedes Benz*, parzialmente annullata da Trib. I grado 15 settembre 2005, T-325/01; Commissione 20 settembre 2000, COMP/36.653, *Opel Nederland/General Motor Nederland*; Commissione 28 gennaio 1998, IV/35.733, *Volkswagen*, decisione confermata da Trib. I grado 6 luglio 2000, T-62/98, salva la riduzione dell'importo della sanzione; la sentenza del Trib. I grado è stata confermata da Corte giust. 18 settembre 2003, C-338/00] – avevano acuito la segmentazione del mercato comune, rafforzando la determinazione dell'esecutivo comunitario a rinnovare la disciplina di settore, per promuovere la convergenza dei prezzi nell'Unione.

alle reti ufficiali, mercé l'agevolazione dell'accesso alle informazioni tecniche, alle apparecchiature e ai pezzi di ricambio.

Il Reg. 461/10 ha inteso preservare e, per certi profili, completare il quadro previgente. Gli accordi verticali relativi ai mercati secondari fruiscono di esenzione se:

I) non contengono una delle restrizioni fondamentali di cui all'art. 5 Reg. 461/10, ossia: a) restrizione delle vendite di ricambi da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a riparatori indipendenti che li usino per riparare o mantenere un autoveicolo; b) restrizione, concordata fra un fornitore di parti di ricambio (e relativa attrezzatura) e un fabbricante di autoveicoli, della possibilità, per il primo, di vendere tali beni o servizi a distributori o riparatori indipendenti o a utilizzatori finali; c) restrizione, concordata tra un fabbricante che usa componenti nell'assemblaggio degli autoveicoli e il fornitore di dette componenti, della possibilità, per quest'ultimo, di imprimere il proprio marchio o logo sulle parti fornite:

II) si conformano all'art. 4 del Reg. 330/10. Con riguardo alle reti autorizzate di assistenza e riparazione, peraltro, il superamento della soglia del 30% è pressoché inevitabile, posto che, a parere della Commissione, l'*aftermarket* dell'assistenza è tendenzialmente monopolistico perché limitato ai veicoli di una singola marca. A conti fatti, ciò porta alla conclusione, al limite del paradosso, che gli accordi relativi non possono fruire di esenzione per categoria e devono assoggettarsi a procedura individuale²¹.

Ai sensi dell'art. 6 Reg. 461/10 – e sulla falsariga dell'analoga previsione contenuta nell'art. 6 del Reg. 330/10 –, la Commissione si riserva di dichiarare l'inapplicabilità del Reg. stesso agli accordi verticali a base di reti parallele di restrizioni similari che coprono più del 50% del mercato rilevante.

ROBERTO PARDOLESI

Bibliografia

D. GERADIN - A. LAYNE-FARRAR - N. PETIT, *EC competition law and economics*, Oxford, 2012; F. WIJCHMANS - F. TUYTSCHAEVER, *Vertical agreements in EU competition law*, Oxford, 2011; A. JONES - B. SUFRIN, *EC competition law*, Oxford, 2008; M. MOTTA, *Competition policy - Theory and practice*, Cambridge, 2004; R.J. VAN DEN BERGH - P. CAMESASCA, *European competition law and economics: a comparative perspective*, London, 2006; I. VAN BAELE - J.F. BELLIS, *Competition law of the European community*, The Hague, 2005; R. WHISH, *Competition law*, London, 2003; S. BISHOP - M. WALKER, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, London, 2002; V. KORAH - D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Oxford e a., 2002; E.Z. ZEVGOLIS, «Resale price maintenance (RPM) in European competition law: legal certainty versus economic theory?», in *European Competition L. Rev.* 2013 (34), 25; V. H.S. E. ROBERTSON, «Online sales under the European Commission's block exemption regulation on vertical agreements» (part 1), in *European Competition L. Rev.*, 2012 (33), 132, e (part 2), *ibid.*, 179; R. SUBIOTTO - C. DAUTRICOURT, «The reform of European distribution law», *World Competition*, 34 (1), 2011, 11; G. FAELLA, «Adelante con juicio: limiti e occasioni perse della nuova esenzione per categoria delle intese verticali», in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 29; B. CARUSO, «Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l'analisi economica e le modifiche mancate», in *Concorrenza e mercato*, 2011, 765; R. SICCA, «Il nuovo regolamento generale di esenzione degli accordi verticali: elementi innovative e interessi in gioco», in *Concorrenza e mercato*, 2011, 811; M. BRENNING - LOUKO - A. GURIN - L. PEEPERKORN - K. VIERTIÖ, «Vertical agreements: new competition rules for the next decade», in *Competition Policy Newsletter*, 2010, (2), 14; S.M. COLINO, «Recent changes in the regulation of motor vehicle distribution in Europe - Questioning the logic of sector-specific rules for the car industry», in *Competition L. Rev.*, 2010 (6), 203; G.M. PELECANOS, «Europe's reform of the regulatory framework of motor vehicle Distribution», *CPI Antitrust J.*, April 2010 (1); I. LIANOS, «New kids on the block: retailer-driven vertical practices and the new regulation of vertical restraints in EU competition law», in *The CPI Antitrust Journal*, June 2010 (2); M. LAO, «Resale price maintenance: the internet phenomenon and free rider issues», in *Antitrust Bulletin*, 55 (2), 2010, 473; G.T. GUNDLACH - J.P. CANNON - K. MANNING, «Free

²¹ Cfr. Commissione 13 settembre 2007, COMP/

E-2-39.140 a 143, *Daimler_Chrysler, Fiat, Toyota, Opel*, nonché Orientamenti, § 57.

riding and resale price maintenance: insights from marketing research and practice», in *Antitrust Bulletin*, 55 (2), 2010, 381; G. BRUZZONE - A. SAJA, «Le regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche», in *Contratto e impresa/Europa*, 2010, 635; P. MARSDEN - P. WHELAN, «Selective distribution in the age of online retail», in *European Competition L. Rev.*, 2010 (31), 26; I. LIANOS, «The vertical horizontal dichotomy in competition law: some reflections with regard to dual distribution and private Labels», *Private Labels, Brands and*

Competition Policy (a cura di A. EZRACHI - U. BERNITZ) Oxford, 2009, 161; I. LIANOS, «Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC», in *Common Market Law Review*, 45 (4), 2008, 1027; G. FAELLA, «Le intese verticali», in *Trattato dir. priv. UE. La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI e R. PARDOLESI, Torino, 2006, 105; B.E. HAWK, «System failure: vertical restraints and EC competition law», in *Common Market Law Review*, 32 (4), 1995, 973; L.G. TELSER, «Why should manufacturers want fair trade?», in *The Journal of Law & Economics*, 3, 1960, 86.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'abuso di posizione dominante

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. POSIZIONE DOMINANTE. – 1. Definizione. – 2. Accertamento della posizione dominante. – 3. Posizione dominante collettiva. – III. PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE. – IV. NOZIONE DI ABUSO. – V. GIUSTIFICAZIONI OGGETTIVE ED EFFICIENZA. – VI. TIPOLOGIE DI ABUSO. – 1. Rifiuto di contrarre. – 2. *Margin squeeze*. – 3. Prezzi predatori. – 4. Rapporti di esclusiva e sconti condizionati. – 5. Pratiche leganti. – 6. Abusi di sfruttamento. – 7. Altre tipologie di abuso.

I. INTRODUZIONE

Nelle regole di concorrenza del TFUE, la disciplina del comportamento unilaterale di impresa è costituita dal divieto di abuso di posizione dominante. L'art. 102 TFUE dispone che «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». La prescrizione è accompagnata da un elenco esemplificativo di comportamenti che possono costituire pratiche abusive: *a)* imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altri condizioni di transazione non eque; *b)* limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; *c)* applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio concorrenziale; *d)* subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

¹ C. giust. CE, 6 marzo 1974, cause riunite C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation c. Commissione* - "Commercial Solvents", in *Racc.* 1974, p. 223, punti 31 e 32.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE richiede la verifica di tre condizioni: la posizione dominante (che non è vietata in quanto tale), una condotta abusiva, il pregiudizio al commercio tra Stati membri.

L'art. 3 l. 287/1990 che disciplina l'abuso di posizione dominante «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» segue sostanzialmente la stessa formulazione, salvo che per l'irrelevanza, nel caso del diritto nazionale, del requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri.

La nozione di pregiudizio al commercio, rilevante anche per l'applicazione dell'art. 101, è stata interpretata in modo ampio dalla giurisprudenza. In particolare, in *Commercial Solvents* la Corte di giustizia ha indicato che comportano un pregiudizio al commercio anche le condotte che pregiudicano il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato comune¹. Ciò può avvenire, ad esempio, quando la condotta determini o sia idonea a determinare l'esclusione di un concorrente dal mercato europeo o dal mercato di uno Stato membro. Nelle Linee direttrici della Commissione europea sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato² sono indicate alcune modalità attraverso le quali può verificarsi il pregiudizio al commercio in relazione alle diverse tipologie di condotta abusiva dell'impresa in posizione dominante.

II. POSIZIONE DOMINANTE

1. *Definizione.* – La verifica della posizione dominante è un presupposto necessario per l'applicazione della disciplina dell'abuso.

Nella sentenza *United Brands* la Corte di giustizia ha definito la posizione domi-

² Comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in G.U.U.E. C-101, 27 aprile 2004, p. 81.

nante come «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e in ultima analisi dei consumatori»³.

Nel linguaggio economico, questa nozione viene abitualmente tradotta in termini di potere di mercato, ossia di capacità dell'impresa di applicare in maniera redditizia prezzi superiori a quelli che prevarrebbero in situazione di concorrenza: una posizione dominante è una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella sentenza *Hoffmann - La Roche* la Corte di Giustizia ha chiarito che la posizione dominante non coincide con il monopolio: essa può sussistere infatti anche in presenza di una qualche forma di concorrenza residua⁴.

2. *Accertamento della posizione dominante.* - Affinché vi sia una posizione dominante occorre che i vincoli derivanti dall'esistenza di concorrenti, attuali e potenziali, e dalla forza negoziale dei clienti siano insufficienti a disciplinare i comportamenti dell'impresa, in modo da escludere un significativo e durevole potere di mercato.

Tipicamente, l'accertamento della posizione dominante richiede una preliminare definizione del mercato rilevante, ossia dell'ambito merceologico e geografico in cui le imprese sono in concorrenza tra loro. Il mercato del prodotto e geografico può essere visto come il più piccolo gruppo di prodotti e la più piccola area geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, una consistente restrizione della concorrenza in funzione dell'oggetto o dell'effetto della pratica considerata⁵.

In particolare, la definizione del mercato è funzionale a tenere conto del vincolo esercitato sull'impresa dalla possibilità per gli acquirenti di rivolgersi ad altri fornitori per soddisfare le loro esigenze (sostituibilità dal lato della domanda). Nella definizione del mercato rilevante occorre tenere conto di una pluralità di fattori tra cui la funzione d'uso, le caratteristiche e i prezzi dei prodotti, le preferenze dei clienti, la loro disponibilità a spostarsi, il grado di deperibilità del prodotto e i costi di trasporto in relazione al prezzo. Nel mercato rilevante sono incluse anche le imprese che a fronte di una piccola ma significativa e durevole variazione dei prezzi del prodotto sarebbero in grado e troverebbero conveniente convertire rapidamente alla produzione di quest'ultimo parte della propria capacità produttiva (sostituibilità dal lato dell'offerta).

Una volta individuato il mercato rilevante, occorre per prima cosa analizzare se la disciplina derivante dalla concorrenza effettiva sia sufficiente ad escludere la sussistenza della posizione dominante. Rileva, a questo fine, l'analisi della posizione di mercato dell'impresa rispetto a quella dei suoi concorrenti⁶.

Più elevata è la quota di mercato dell'impresa in relazione a quella dei concorrenti, maggiori sono le probabilità che essa possa esercitare un significativo potere di mercato. Nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, a fronte di quote di mercato tra il 72% e l'87%, la Corte di giustizia ha sostanzialmente invertito l'onere della prova riguardo alla sussistenza della posizione dominante: «benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante»⁷. Nella sentenza *Akzo*, la Corte di giustizia ha ritenuto che una quota di mercato del

³ C. giust., 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione* - "United Brands", in *Racc.* 1978, p. 207, punto 65.

⁴ C. giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann - La Roche & Co. AG c. Commissione* - "Hoffmann - La Roche", in *Racc.* 1979, p. 461, punto 39.

⁵ App. Milano 18 gennaio 2006, in *Massima redazionale*, 2006.

⁶ C. giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione* - "Michelin I", in *Racc.* 1983, p. 3461.

⁷ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 41; cfr. anche il caso *Tetra Pak*,

50% costituisse comunque un serio indizio della sussistenza di una posizione dominante⁸.

Oggi è comunque generalmente riconosciuto che la quota di mercato, per quanto elevata, non costituisce mai l'unico indicatore di cui tenere conto nel valutare la sussistenza della posizione dominante. Negli Orientamenti del 2009⁹ la Commissione europea non ha indicato alcuna quota di mercato al di sopra della quale essa presume la sussistenza di una posizione dominante. Anche se, seguendo l'impostazione della Corte di giustizia nel caso *Akzo* che ad oggi non è stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva, si ritenesse opportuno presumere la posizione dominante in presenza di una quota di mercato superiore al 50%, è chiaro che si tratta di una presunzione semplice, superabile mostrando che sussistono vincoli concorrenziali sufficienti a impedire l'esercizio di un significativo potere di mercato da parte dell'impresa.

Affinché vi sia una posizione dominante, occorre che la quota di mercato sia stabile, e non solo temporanea¹⁰. Il rilievo della quota di mercato come segnale di dominanza può essere scarso, ad esempio, nel mercato di un prodotto innovativo. La quota di mercato non fornisce, inoltre, informazioni rilevanti sul potere di mercato nei cosiddetti *bidding markets* in cui le imprese competono tra loro per l'intera quota di mercato all'inizio del periodo. Una significativa riduzione della quota di mercato dell'impresa in pochi anni, a fronte dell'aumento delle quote di mercato dei concorrenti, può essere un indicatore dell'assenza di una posizione dominante¹¹.

Quote di mercato relativamente ridotte possono essere considerate un indicatore utile a escludere una posizione dominante. La Commissione europea, ad esempio, ritiene che al di sotto della quota di mercato del 40% la sussistenza di una posizione dominante sia "improbabile". Né la Commissione né tantomeno la giurisprudenza, comunque, associano a questa soglia una presunzione assoluta di assenza di posizione dominante. In linea teorica, anche una quota del 40% potrebbe essere accompagnata da un significativo potere di mercato in presenza di particolari ostacoli alla capacità dei concorrenti, inclusi i concorrenti potenziali, di espandersi e disciplinare in modo efficace il comportamento dell'impresa in posizione dominante.

Se un'impresa non ha la quota di mercato più elevata all'interno di un determinato mercato rilevante, si può escludere che essa disponga individualmente di una posizione dominante in tale mercato¹².

Anche qualora l'impresa detenga una quota di mercato elevata, l'esercizio di un significativo e durevole potere di mercato può essere precluso dalla concorrenza potenziale. Occorre valutare, a tal fine, se vi sia una realistica possibilità di un ingresso sul mercato di nuovi concorrenti (o dell'espansione di imprese già operanti) che sia sufficientemente tempestivo e su scala tale da disciplinare l'impresa. L'efficacia della concorrenza potenziale come fattore disciplinante dei comportamenti d'impresa può risultare ridotta se vi sono barriere di natura regolamentare, tecnica o economica (associate ad esempio alla necessità di sopportare costi irrecuperabili per operare nel mercato) tali

dove la quota di mercato era intorno al 90%: C. giust., 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione* - "Tetra Pak II", in *Racc.* 1996, p. I-5951.

⁸ C. giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione* - "Akzo", in *Racc.* 1991, p. I-3439, punto 60; cfr. anche Trib. CE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione* - "France Télécom", in *Racc.* 2007, p. II-117, punti 99-100; Trib. CE, 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay SA c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-4621, punti 277-279; Trib. UE, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione* -

"AstraZeneca", in *Racc.* 2010, p. II-2805, punti 242-254.

⁹ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009, p. 7.

¹⁰ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 41.

¹¹ App. Roma 28 febbraio 2000, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, vol. 9, p. 902.

¹² App. Milano, 16 gennaio 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, p. 583.

da impedire o ritardare l'ingresso o lo sviluppo dei concorrenti¹³. Fattori quali la disponibilità di marchi affermati o di diritti di proprietà intellettuale, una struttura produttiva verticalmente integrata che includa ad esempio anche una rete distributiva, il controllo di un'infrastruttura essenziale, l'ampiezza della gamma di prodotti offerti o l'esistenza di effetti di rete non conferiscono di per sé una posizione dominante, ma possono contribuire alla sua esistenza nella misura in cui determinino significativi ostacoli all'entrata o all'espansione dei concorrenti.

Il potere negoziale degli acquirenti può costituire in taluni casi un fattore rilevante nell'analisi della posizione dominante. Occorre verificare se l'importanza commerciale dei clienti dell'impresa, la loro capacità di passare a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi nel mercato e di integrarsi a livello verticale o anche solo di minacciare in modo credibile di agire in tal senso siano sufficienti a disciplinare i comportamenti di mercato dell'impresa in modo da escludere una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella maggior parte dei casi di abuso la posizione dominante è dal lato dell'offerta, ossia riguarda il fornitore di un prodotto; può esservi tuttavia una posizione dominante anche dal lato della domanda, ossia in capo all'acquirente di un prodotto. Questa possibilità è espressamente prevista dalla lettera dell'art. 102 TFUE, che indica tra i comportamenti abusivi vietati l'imposizione di prezzi "d'acquisto" non equi. Per accertare che vi sia una posizione dominante dal lato della domanda occorre identificare il mercato rilevante dal lato degli acquisti (quali siano i possibili sbocchi per un dato prodotto e quindi quale sia la più piccola area merceologica e geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, un abuso da parte di un acquirente); biso-

gna quindi valutare le condizioni di concorrenza effettiva e potenziale su questo mercato, nonché il possibile effetto disciplinante derivante dalla forza negoziale dei fornitori.

Un'impresa può detenere una posizione dominante solo in alcuni dei mercati in cui opera; può inoltre essere dominante come fornitore ma non come acquirente, o viceversa.

L'abuso può riguardare anche un mercato diverso da quello in cui l'impresa detiene la posizione dominante; affinché si configuri un comportamento vietato bisogna però che vi sia un nesso tra la posizione dominante e il presunto comportamento anticoncorrenziale. Ciò può avvenire ad esempio se un'impresa dominante in un dato mercato geografico pone in essere in altri mercati geografici comportamenti volti a ostacolare l'esportazione del prodotto nel mercato in cui è dominante, per preservare la propria posizione in tale mercato¹⁴. In *British Gypsum*, è stato considerato un abuso da parte dell'impresa assicurare in un mercato contiguo a quello in cui detiene la posizione dominante un trattamento preferenziale ai clienti che si impegnano a restarle fedeli nel mercato in cui è dominante, così da proteggere la propria posizione in quel mercato¹⁵. In *Tetrapak II*, la Corte di giustizia ha sostenuto che in circostanze eccezionali è possibile anche un abuso in un mercato diverso da quello in cui è detenuta la posizione dominante volto a restringere la concorrenza nel mercato non dominato. Nel caso di specie, che riguardava presunte pratiche leganti e prezzi predatori, si è ritenuto che le circostanze eccezionali fossero presenti perché Tetra Pak aveva comunque una posizione di preminenza anche nel mercato non dominato, questo era contiguo al mercato dominato e la maggior parte dei clienti di Tetra Pak acquistava prodotti in entrambi i mercati¹⁶.

¹³ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit., punto 122; Trib. CE, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-4662.

¹⁴ Dec. Comm. UE, 5 dicembre 2001, 2003/569/CE, COMP 37.614, "Interbrew", in G.U.U.E. L 200, 7 agosto 2003, p. 1.

¹⁵ C. giust., 6 aprile 1995, causa C-310/93 P,

BPB Industries plc e British Gypsum Ltd c. Commissione, in *Racc.* 1995, p. I-896.

¹⁶ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punti 27-31; cfr. anche C. giust., 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB - "TeliaSonera"*, in *Racc.* 2011, p. I-527, punto 87.

La giurisprudenza comunitaria ha sottolineato che la posizione dominante deve essere valutata autonomamente nei singoli casi: l'accertamento di una posizione dominante in un caso specifico non può essere automaticamente utilizzato per l'applicazione della normativa in un caso successivo¹⁷. Questo approccio si applica anche nei mercati liberalizzati, caratterizzati in precedenza da una situazione di monopolio a norma di legge: la sussistenza della posizione dominante dell'ex monopolista va valutata alla luce delle nuove condizioni del mercato¹⁸.

Un'impresa può essere considerata in posizione dominante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'abuso in corrispondenza a vari livelli di potere di mercato, sino al limite estremo di una permanente situazione di monopolio. Nel caso *Compagnie Maritimes Belge*, relativo ai comportamenti di prezzo di una conferenza marittima con una quota di mercato superiore al 90%, la Corte di giustizia ha accettato la qualificazione di pratica abusiva in relazione all'applicazione selettiva di prezzi bassi ma comunque superiori ai costi, che in genere non sarebbe considerata un abuso¹⁹. Più in generale, nei casi in cui l'impresa gode di una posizione dominante che si avvicina al monopolio (cd. superdominanza) la giurisprudenza ha in alcuni casi mostrato disponibilità ad accettare un'analisi troncata dei possibili effetti anticoncorrenziali del comportamento dell'impresa, ponendo su questa l'onere di provare l'assenza di tali effetti²⁰. Nella recente pronuncia pregiudiziale nel caso *Telia Sonera*, la Corte sostiene che in generale il grado di potere di mercato dell'impresa dominante è rilevante per la valutazione degli effetti della

condotta, piuttosto che ai fini della qualificazione di un determinato comportamento come abusivo²¹.

3. *Posizione dominante collettiva.* – Oltre che all'abuso da parte di una singola impresa, l'art. 102 fa riferimento all'abuso da parte di «più imprese» di una posizione dominante. Nella sentenza *Vetro piano*, il Tribunale di primo grado ha chiarito che la nozione di posizione dominante collettiva è distinta da quella di accordo o pratica concordata ai sensi dell'art. 101, e deve essere dimostrata autonomamente²². In particolare, per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che «due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che per tale motivo esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato»²³. I giudici europei hanno per la prima volta ritenuto sufficientemente provata la sussistenza di una posizione dominante collettiva nel caso della conferenza marittima *Cewal*, in quanto oltre agli accordi tra le compagnie marittime costitutivi della conferenza *Cewal* (esentati ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE), esistevano tra le compagnie legami tali da fare adottare loro una linea d'azione comune sul mercato. La conferenza operava in concreto come una singola impresa e prendeva decisioni unilaterali in autonomia rispetto alle imprese aderenti²⁴. Nella pronuncia che ha respinto il ricorso contro la decisione del Tribunale, la Corte di giustizia ha confermato che la posizione dominante collettiva richiede che le imprese si presentino sul mercato come un singolo soggetto; l'esistenza di un accordo

¹⁷ Trib. CE, 22 marzo 2000, cause riunite T-125 e 127/97, *The Coca-Cola Company e Coca-Cola Enterprises Inc. c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-1737, punti 81-82.

¹⁸ Trib. Milano 5 dicembre 2005, in *Dir. ind.*, 2006, vol. 5, p. 447.

¹⁹ C. giust., 16 marzo 2000, cause riunite C-395-396/96 P, *Compagnie maritimes belge transports SA e a. c. Commissione* - "Compagnie Maritimes Belge", in *Racc.* 2000, p. I-1442.

²⁰ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

²¹ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 78-82.

²² Trib. CE, 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77-78/89, *Società italiana vetro SpA e a. c. Commissione* - "Vetro piano", in *Racc.* 1992, p. II-1405, punto 360.

²³ *Ibidem*, punto 358.

²⁴ Trib. CE, 8 ottobre 1996, cause riunite T-24-25-26, 28/93, *Compagnie maritimes belge transports SA e Compagnie maritimes belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-1207, punto 67.

o di altri vincoli giuridici non è indispensabile; l'accertamento della posizione dominante potrebbe infatti «risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi»²⁵. Sia nel controllo delle concentrazioni²⁶, sia con riferimento all'abuso di posizione dominante²⁷, la giurisprudenza ha indicato che, in assenza di legami strutturali, per dimostrare una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che vi sono le condizioni di un oligopolio collusivo: a) il mercato deve essere sufficientemente trasparente da consentire alle imprese di monitorare eventuali comportamenti devianti; b) il sistema deve essere reso stabile da una credibile minaccia di punizioni in caso di deviazione; c) fattori esterni, tra cui in particolare la reazione dei concorrenti attuali o potenziali e degli acquirenti non devono essere in grado di pregiudicare i risultati dell'equilibrio collassivo.

III. PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE

L'art. 102 TFUE si applica quando la posizione dominante riguarda il mercato comune o una sua parte rilevante. La *ratio* sembra quella di escludere dall'ambito di applicazione le ipotesi in cui il mercato interessato può essere considerato «di importanza minore» (*de minimis*).

Nella sentenza *Suiker Unie* la Corte di Giustizia ha indicato che, nel compiere tale valutazione, è necessario «prendere in considerazione, fra l'altro, la struttura

e il volume della produzione e del consumo della merce in questione, come pure le abitudini e le capacità economiche dei venditori e degli acquirenti»²⁸. Non si tratta quindi di considerare solo le dimensioni geografiche e della popolazione coinvolta, ma anche il rilievo del mercato dal punto di vista della produzione e del consumo. La giurisprudenza ha ritenuto che anche mercati corrispondenti a una parte del territorio di uno Stato membro potessero costituire «una parte rilevante» del mercato comune²⁹; persino singoli porti o aeroporti possono essere considerati tali quando hanno un particolare rilievo commerciale³⁰. Può costituire una parte rilevante del mercato comune anche una pluralità di piccoli mercati locali distinti, contigui³¹ o non contigui³².

IV. NOZIONE DI ABUSO

Il presupposto logico della disciplina contenuta nell'art. 102 TFUE è che la posizione dominante genera una «speciale responsabilità» dell'impresa per il corretto funzionamento del mercato³³; è per questo motivo che determinati comportamenti sono vietati se posti in essere da imprese dominanti e sono considerati leciti se posti in essere da imprese che non sono tali. La nozione di «speciale responsabilità» non aiuta però, in quanto tale, a distinguere i comportamenti legittimi dagli abusi.

La giurisprudenza ha presto indicato che il divieto dell'abuso di posizione dominante non riguarda soltanto i comportamenti con cui l'impresa sfrutta il pro-

²⁵ C. giust., 16 marzo 2000, «Compagnie Maritimes Belge», cit., punto 45.

²⁶ Trib. CE, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2592.

²⁷ Trib. CE, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-217, punto 111.

²⁸ C. giust., 16 dicembre 1975, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1975, p. 1663, punto 371.

²⁹ C. giust., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2001, p. I-8137, punto 38.

³⁰ C. giust., 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto Genova c. Siderurgica Gabrielli SpA*, in *Racc.* 1991, p. I-5923; C. giust., 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-2638.

³¹ C. giust., 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, in *Racc.* 1994, p. I-5097, punto 17.

³² C. giust., 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées - "Bodson"*, in *Racc.* 1988, p. 2507.

³³ C. giust., 9 novembre 1983, «Michelin I», cit., punto 57.

prio potere di mercato nei confronti delle controparti commerciali (cd. abusi di sfruttamento), ma anche i comportamenti nei confronti dei concorrenti (cd. abusi escludenti). In particolare, nella sentenza *Continental Can* la Corte di Giustizia ha indicato che l'art. 102 «non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva»³⁴. Di fatto, i casi di applicazione dell'art. 102 TFUE da parte della Commissione europea hanno riguardato prevalentemente abusi a carattere escludente.

Un'altra caratteristica della disciplina che è stata chiara fin dall'inizio è il carattere oggettivo del concetto di abuso³⁵. La dimensione soggettiva, e in particolare il carattere intenzionale o meno, della condotta, non rileva per la sua qualificazione come abuso, anche se può rilevare in una fase successiva ai fini della determinazione della sanzione.

I casi di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte della Commissione europea e sottoposti al vaglio della Corte di Giustizia non sono particolarmente numerosi e i criteri applicativi hanno generato un ampio dibattito. Del resto, il tema della disciplina della condotta unilaterale delle imprese è uno dei più delicati del diritto della concorrenza, in tutti gli ordinamenti³⁶.

Nella disciplina dell'abuso di sfruttamento, in particolare, il rischio è quello di una deriva verso una generalizzata regolazione dei mercati. Nella disciplina dei comportamenti escludenti, invece, la difficoltà è distinguere tra i comportamenti (anche aggressivi) dell'impresa dominante che fanno parte del normale pro-

cesso concorrenziale e i comportamenti volti ad escludere i concorrenti in modo abusivo, che sono oggetto del divieto.

Con riferimento agli abusi escludenti, la giurisprudenza comunitaria riconosce che all'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, e ha da tempo tradotto il problema in termini di condotte che deviano dalla "concorrenza normale" (o "concorrenza nel merito"). Nella sentenza *Hoffman-La Roche*, la Corte ha indicato che la nozione di abuso riguarda "il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"³⁷.

Il compito, quindi, è quello di accertare quali condotte escludenti dell'impresa dominante non costituiscano "concorrenza normale" o "concorrenza nel merito". Nel 2004 la Commissione europea ha promosso un ampio dibattito sulle modalità applicative della disciplina dell'abuso, anche per fare fronte alle accuse spesso rivolte all'approccio europeo di mirare alla protezione dei concorrenti, invece che del processo concorrenziale, e alle critiche incentrate sull'eccessivo formalismo dei criteri di valutazione. Dopo ampie consultazioni, nel 2009 sono stati pubblicati gli «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti»³⁸. In tale docu-

³⁴ C. giust., 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione* - "Continental Can", in *Racc.* 1973, p. 215, punto 26.

³⁵ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 91.

³⁶ Cfr. ad esempio ICN, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power and State-Created Monopolies, 2007.

³⁷ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La

Roche", cit., punto 91; cfr. anche C. giust., 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione* - "Deutsche Telekom", in *Racc.* 2010, p. I-9555, punto 177; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 43.

³⁸ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009, p. 7.

mento, la Commissione europea propone uno schema strutturato di valutazione che intende seguire nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi escludenti.

In estrema sintesi, la Commissione dichiara che nell'applicazione dell'art. 102 TFUE la finalità «è la tutela dell'efficace processo concorrenziale e non la semplice tutela dei concorrenti. Questo può anche significare che usciranno dal mercato i concorrenti che presentano ai consumatori un'offerta meno interessante in termini di prezzo, scelta, qualità e innovazione» (§ 6). Occorre impedire che le imprese dominanti «ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti *in modo anticoncorrenziale* con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti, sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori» (§ 19). In questo contesto la Commissione propone una nozione di abuso escludente basata su due elementi: la preclusione (la condotta ostacola o impedisce l'effettivo ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati) e l'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile. La condotta ha un impatto anticoncorrenziale quando, precludendo il mercato ai concorrenti, consente all'impresa di aumentare i prezzi o peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti.

Secondo questo approccio, la condotta dell'impresa dominante può essere quindi qualificata come abusiva solo sulla base di una credibile teoria del danno concorrenziale che da essa può derivare. Nella sua

recente prassi decisionale la Commissione ha dedicato particolare attenzione all'impatto, attuale o potenziale, delle condotte dell'impresa dominante sul mercato³⁹.

Gli Orientamenti della Commissione non sono vincolanti per i giudici europei e per i giudici nazionali. Essi costituiscono comunque, come sottolineato nel parere dell'Avvocato Generale Mazak nel caso *Telia Sonera* «una base utile di riferimento»⁴⁰.

Pur essendovi pronunce dei giudici europei che sembrano prescindere dall'approccio proposto dalla Commissione per seguire modelli più tradizionali⁴¹, un certo numero di sentenze recenti raccoglie alcuni degli spunti proposti negli Orientamenti, in particolare attribuendo rilievo all'analisi dell'impatto anticoncorrenziale della condotta dell'impresa dominante sul mercato ai fini della sua qualificazione come condotta abusiva⁴². I giudici europei hanno anche in più occasioni accolto il principio in base al quale per accertare se i comportamenti di prezzo dell'impresa dominante siano abusivi occorre valutare la loro idoneità ad escludere dal mercato un'impresa «almeno altrettanto efficiente» rispetto all'impresa dominante⁴³. Ciò significa, in particolare, che nel valutare se determinati prezzi siano escludenti tenuto conto del livello dei costi si potrà fare riferimento alle condizioni di costo dell'impresa dominante.

V. GIUSTIFICAZIONI OGGETTIVE ED EFFICIENZA

L'art. 102 TFUE, a differenza dell'art. 101 TFUE, non indica specifiche condi-

³⁹ Dec. Comm., 24 marzo 2004, 2007/53/CE, COMP 37.792, "Microsoft", in G.U.U.E. L 32, 6 febbraio 2007, confermata in appello in Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione* - "Microsoft", in *Racc.* 2007, p. II-3619; Dec. Comm., 13 maggio 2009, 2009/C 227/06, COMP 37.990, "Intel", in G.U.U.E. C-227, 22 settembre 2009, p. 13.

⁴⁰ Concl. Mazak, 2 settembre 2010, causa C-52/09, "Telia Sonera", in *Racc.* 2011, p. I-00527, nota 21.

⁴¹ C. giust., 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra Systems ASA e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁴² C. giust., 14 ottobre 2010, "Deutsche Te-

lekom", cit., punti 252-254 e 259; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 66-74; C. giust., 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrenserådet* - "Post Danmark", non ancora pubblicata, punto 44; Trib. UE, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España SA c. Commissione* - "Telefónica", non ancora pubblicata, punti 201 e 275-276.

⁴³ C. giust., 14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom", cit., punto 177; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 31-33; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 21-22, 25 e 38; Trib. UE, 29 marzo 2012, T-336/07, "Telefónica", punti 189-191.

zioni in presenza delle quali una condotta restrittiva della concorrenza è comunque compatibile con il Trattato (cd. eccezione legale). La giurisprudenza comunitaria ha però da tempo affermato il principio per cui il comportamento restrittivo della concorrenza dell'impresa dominante può non essere ritenuto abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE se si fonda su giustificazioni oggettive e le restrizioni della concorrenza sono necessarie e proporzionate⁴⁴.

In alcune recenti sentenze la Corte di Giustizia ha mostrato disponibilità a tenere conto nell'applicazione dell'art. 102 anche di giustificazioni in termini di incrementi di efficienza idonei a compensare l'impatto anticoncorrenziale sui consumatori⁴⁵.

Mentre l'onere di provare la posizione dominante e il carattere anticoncorrenziale della condotta spetta al soggetto che denuncia l'abuso, l'onere di provare che la condotta è giustificata per motivi oggettivi o di efficienza ricade sull'impresa dominante.

VI. TIPOLOGIE DI ABUSO

1. *Rifiuto di contrarre*. – A differenza dell'impresa operante in condizione di monopolio legale che, in base all'art. 2597 c.c., a fronte di una richiesta di prestazioni ha l'obbligo di contrarre assicurando la parità di trattamento, l'impresa in posizione dominante in linea di principio è libera, come le altre imprese, di scegliere con chi contrarre e di porre fine a rapporti commerciali esistenti. Queste scelte fanno parte della normale strategia economica di un'impresa che può tenere

in questo modo conto dei diversi fattori che rendono più o meno conveniente avere rapporti commerciali con un determinato soggetto.

Il rifiuto di contrarre da parte dell'impresa dominante può però configurare un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE quando determina un impatto negativo sulla concorrenza. Ciò può accadere in particolare quando l'impresa dominante è verticalmente integrata e dispone di un fattore della produzione (bene o servizio) l'accesso al quale è essenziale per operare in un mercato in cui anch'essa opera⁶. Il rifiuto può riguardare ad esempio: l'accesso a un'infrastruttura fisica (porti, aeroporti, reti)⁴⁷; a un servizio di distribuzione; a un sistema di prenotazione; a pezzi di ricambio o pezzi accessori⁴⁸; a un'informazione proprietaria o a un diritto di proprietà intellettuale.

Può costituire un abuso non solo l'interruzione di un rapporto commerciale già esistente, ma anche il rifiuto di fornire un soggetto con cui non vi sono ancora relazioni commerciali.

Secondo la giurisprudenza, affinché il rifiuto di concedere l'accesso a un bene o servizio sia abusivo occorre che esso sia indispensabile per operare nel mercato in cui l'impresa richiedente è concorrente dell'impresa dominante. Non vi è abuso, quindi, se il bene, l'infrastruttura o il servizio può essere duplicato con costi e tempi ragionevoli o se vi sono comunque modalità alternative, attuali o potenziali, di operare sul mercato interessato⁴⁹. Nella sentenza *Oscar Bronner* la Corte di Giustizia ha indicato che l'impresa a cui fare riferimento nel valutare se sia possibile realizzare modalità alternative di accesso al

⁴⁴ C. giust., 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione* - "British Airways", in *Racc.* 2007, p. I-2373, punti 69 e 86; C. giust., 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB) - "Télémarketing"*, in *Racc.* 1985, p. 3270, punto 27.

⁴⁵ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 76; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 40-43.

⁴⁶ C. giust., 6 marzo 1974, "Commercial Solvents", cit.

⁴⁷ Dec. Comm., 21 dicembre 1993, 94/19/CE,

COMP IV/34.689, "Sea Containers c. Stena Sealink", in G.U.C.E. L 15, 18 gennaio 1994, p. 8.

⁴⁸ C. giust., 31 maggio 1979, causa C-22/78, *Hugin Kassaregister AB e Hugin Cash Registers Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 1869; C. giust., 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione* - "Hilti", in *Racc.* 1994, p. I-693.

⁴⁹ C. giust., 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* - "Oscar Bronner", in *Racc.* 1998, p. I-7817.

mercato è un'impresa della stessa dimensione dell'*incumbent*⁵⁰.

Un secondo requisito che deve essere soddisfatto affinché il rifiuto di contrarre sia abusivo è che esso determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva dal mercato⁵¹: l'oggetto della tutela infatti non è il singolo concorrente, ma la concorrenza, a vantaggio dei consumatori.

Il rifiuto di contrarre non è considerato abusivo se ha una giustificazione oggettiva (ad esempio, assenza di capacità disponibile, mancanza di solvibilità della controparte)⁵².

Nel caso in cui l'oggetto della controversia sia l'accesso a un diritto di proprietà intellettuale o a un'informazione proprietaria, la Corte di Giustizia ha posto un ulteriore requisito perché il rifiuto di contrarre possa essere considerato abusivo: occorre che esso pregiudichi l'offerta di un nuovo prodotto per il quale vi è una potenziale domanda da parte dei consumatori⁵³. Nel caso *Microsoft*, il Tribunale ha considerato sufficiente, in luogo di questo criterio, dimostrare che il rifiuto di contrarre ostacola lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori⁵⁴.

In linea generale va tenuto presente che un obbligo generalizzato dell'impresa a contrarre potrebbe avere effetti negativi sui suoi incentivi a innovare e investire e indurre comportamenti di *free-riding* da parte dei concorrenti, volti a sfruttare opportunisticamente gli investimenti effettuati dall'operatore dominante⁵⁵. I requisiti individuati dalla giurisprudenza possono essere visti come funzionali a limitare l'obbligo a contrarre a circostanze eccezionali, quando dal comportamento

dell'impresa deriva chiaramente un pregiudizio per la concorrenza e quindi per i consumatori.

In alcuni casi è stato considerato abusivo anche il rifiuto di contrarre da parte di un'impresa dominante non verticalmente integrata. Nel caso *United Brands*, ad esempio, l'interruzione delle relazioni commerciali con un distributore considerata abusiva costituiva una ritorsione alla commercializzazione da parte del distributore di prodotti di un'impresa concorrente⁵⁶.

2. *Margin squeeze*. – Un'ulteriore tipologia di abuso a carattere escludente consiste nella cosiddetta compressione dei margini di rivendita (*margin squeeze*). Si tratta del caso in cui un'impresa verticalmente integrata che detiene una posizione dominante nel mercato di un *input* a monte e opera in concorrenza con altre imprese nel mercato a valle, fissa i prezzi dell'*input* a un livello così elevato o i prezzi di vendita del proprio prodotto nel mercato a valle a un livello così basso da non lasciare all'impresa concorrente attiva solo nel mercato a valle un margine di rivendita sufficiente per continuare ad operare⁵⁷.

Nella valutazione della presunta impossibilità di continuare a operare sul mercato occorre in linea di principio fare riferimento a un'impresa "altrettanto efficiente" rispetto all'impresa dominante: i costi da prendere in considerazione per valutare la profittabilità della permanenza sul mercato sono quindi, in via prioritaria, quelli dell'impresa dominante⁵⁸.

⁵⁰ C. giust., 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit.; C. giust., 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, - "IMS", in *Racc.* 2004, p. I-5069.

⁵¹ C. giust., 3 ottobre 1985, "Télémarketing", cit.; C. giust., 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit.; Trib. UE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁵² C. giust., 6 aprile 1995, causa C-241/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione* - "RTE", in *Racc.* 1995, p. I-808.

⁵³ C. giust., 6 aprile 1995, "RTE", cit.; C. giust., 29 aprile 2004, "IMS", cit.

⁵⁴ Trib. CE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit., § 75.

⁵⁶ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁵⁷ Trib. UE, 30 novembre 2000, causa T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA c. Commissione* - "Industrie des poudres sphériques", in *Racc.* 2000, p. II-3759.

⁵⁸ Trib. CE, 30 novembre 2000, "Industrie des poudres sphériques", cit.; Trib. CE, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-485; C. giust.,

Affinché la compressione dei margini abbia un impatto restrittivo della concorrenza potenzialmente pregiudizievole per i consumatori occorre che l'*input* sia essenziale per operare nel mercato a valle. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Telia Sonera*, ha sostenuto la necessità di dimostrare l'impatto restrittivo della concorrenza del *margin squeeze*, ma ha ritenuto che si tratti di un abuso autonomo rispetto a quello consistente nel rifiuto di contrarre⁵⁹.

3. *Prezzi predatori*. – Viene definita predatoria la condotta in base alla quale l'impresa sopporta intenzionalmente per un certo periodo un sacrificio in termini di profitti in modo da precludere il mercato a uno o più concorrenti, con l'obiettivo di aumentare il proprio potere di mercato. La possibilità di applicare in futuro prezzi più elevati grazie alla riduzione della concorrenza nel mercato rende razionale un comportamento che nel breve periodo non sarebbe profittevole.

All'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, nei confronti dei concorrenti e dei nuovi entranti⁶⁰. In particolare, l'art. 102 TFUE non è volto ad assicurare la permanenza sul mercato di concorrenti meno efficienti dell'impresa in posizione dominante⁶¹. Sono però vietati quei comportamenti che, attraverso il loro impatto sulla concorrenza, sono suscettibili di determinare su un orizzonte di tempo più ampio un pregiudizio per i consumatori⁶².

Per determinare il carattere predatorio della condotta, viene in genere verificato se i prezzi applicati dall'impresa dominante siano inferiori a determinati indicatori di costo. Valutare se un prezzo sia "sottocosto" rispetto ai costi dell'impresa dominante consente di accertare se la condotta sia idonea a precludere il mercato a un concorrente altrettanto efficiente.

Nella sentenza *Akzo* la Corte di Giustizia ha osservato che se i prezzi sono inferiori ai costi medi variabili (AVC) sarebbe più profittevole per l'impresa cessare la produzione e si può quindi presupporre il carattere predatorio della condotta, salva la possibilità per l'impresa di spiegare diversamente il proprio comportamento. Se il prezzo copre i costi variabili e parte dei costi fissi di produzione (è superiore al costo medio variabile AVC ma inferiore al costo medio totale ATC), il carattere predatorio non può essere presunto: occorre dimostrare l'esistenza di un «disegno inteso ad eliminare un concorrente»⁶³.

Negli Orientamenti del 2009, la Commissione sviluppa l'intuizione sottostante la pronuncia della Corte nel caso *Akzo*, proponendo l'utilizzo di ulteriori indicatori di costo: il costo medio evitabile, dato dalla somma del costo medio variabile e della media dei costi fissi che l'impresa avrebbe potuto evitare rinunciando a produrre nel periodo rilevante (AAC) e il costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), che è la media di tutti i costi necessari per realizzare un determinato prodotto, inclusi i costi che nel breve periodo sono fissi e irrecuperabili ed esclusi i costi comuni.

Secondo la Commissione, se i prezzi sono inferiori al costo medio evitabile, la sussistenza di un sacrificio nel breve periodo può essere presunta. Se l'impresa invece pratica un prezzo superiore al costo medio evitabile ma inferiore al costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), non si può presumere che la condotta comporti un sacrificio. Infatti può essere comunque conveniente coprire i costi medi evitabili e parte degli altri costi incrementali. In queste ipotesi, per dimostrare che il comportamento è predatorio occorrono altri elementi atti a provare che vi sia una strategia escludente.

14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom"; C. giust., 17 febbraio 2011, "Teliasonera", cit.

⁵⁹ C. giust., 17 febbraio 2011, "Teliasonera", cit., punti 54-58; cfr. anche Trib. UE, 29 marzo 2012, "Telefonica", cit., punti 178-181.

⁶⁰ Dec. Comm., 14 dicembre 1985, 85/609/CEE, COMP IV/30.698, "ECS c. Akzo Chemie", in G.U.C.E. L 374, 31 dicembre 1985, p. 1, punto 81.

⁶¹ C. giust., 17 febbraio 2011, "Teliasonera", cit., punti 31-33; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 21-22.

⁶² C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 20; C. giust., 17 febbraio 2011, "Teliasonera", cit., punto 24.

⁶³ C. giust., 3 luglio 1991, "AKZO", cit., punti 71 e 72.

Considerare il costo medio incrementale può essere appropriato, in particolare, nei mercati in cui i costi sono prevalentemente fissi e i costi variabili sono irrisori⁶⁴.

Nella sentenza *Post Danmark*, la Corte di giustizia ha considerato i nuovi indicatori di costo, sostenendo che l'applicazione da parte dell'impresa dominante di prezzi superiori al costo medio evitabile del prodotto considerato ma inferiori al costo medio totale attribuibile a tale prodotto non può essere considerata di per sé un abuso escludente⁶⁵.

La prassi decisionale della Commissione e la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia attribuiscono un peso crescente alla valutazione dell'effettiva capacità della condotta di esercitare un effetto di preclusione e di comportare una restrizione della concorrenza a danno dei consumatori. In *Post Danmark* la Corte ha indicato che, se i prezzi sono superiori ai costi medi incrementali ma inferiori ai costi medi totali, per valutare se la condotta sia restrittiva occorre verificare se essa comporti un effetto, attuale o potenziale, di esclusione restrittivo della concorrenza e, quindi, pregiudizievole dell'interesse dei consumatori. Gli elementi di cui tenere conto in questa valutazione includono in linea di principio anche la valutazione di eventuali barriere all'entrata che consentirebbero lo sfruttamento del potere di mercato al termine della fase di concorrenza aggressiva. Comunque, sinora la Corte di giustizia ha escluso la necessità di provare che al termine della fase di concorrenza predatoria vi sarebbe una realistica possibilità di re-

cupero delle perdite sopportate (cd. *recoupment*)⁶⁶.

In presenza di particolari circostanze, la giurisprudenza ha considerato un abuso di posizione dominante anche l'applicazione selettiva di prezzi superiori ai costi medi totali, nell'ambito di più ampie strategie escludenti⁶⁷. Di regola, tuttavia, l'applicazione di prezzi superiori ai costi medi totali non è considerata una pratica predatoria, in quanto non è in grado di precludere il mercato a un'impresa altrettanto efficiente⁶⁸.

4. *Rapporti di esclusiva e sconti condizionati*. – Imporre ai clienti di rifornirsi esclusivamente, o per la maggior parte dei propri acquisti, dall'impresa dominante è in linea di massima considerato un abuso di posizione dominante⁶⁹. Può costituire un comportamento abusivo anche un'esclusiva imposta di fatto. Ad esempio, il comodato gratuito di un refrigeratore con il vincolo di utilizzarlo solo per i prodotti dell'impresa è stato considerato, in particolari condizioni, assimilabile a un obbligo di acquisto esclusivo⁷⁰.

Simmetricamente, l'obbligo per i fornitori di servire esclusivamente l'impresa dominante può costituire un abuso a carattere escludente dal lato della domanda⁷¹.

Nell'applicazione dell'art. 102 TFUE non rilevano i motivi che possono rendere più o meno conveniente l'accettazione del vincolo di esclusiva all'interno del rapporto bilaterale; ciò che conta è l'idoneità dell'esclusiva ad avere un impatto negativo sulla struttura della concorrenza nel mercato rilevante⁷². La dottrina ha sotto-

⁶⁴ Dec. Comm., 20 marzo 2001, 2001/354/CE, COMP 35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, 5 maggio 2001, p. 27.

⁶⁵ C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 44.

⁶⁶ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punto 44; C. giust., 2 aprile 2009, "France Télécom", cit., punto 37.

⁶⁷ Trib. CE, 8 ottobre 1996, "Compagnie maritimes belge", cit.; C. giust., 3 luglio 1991, "Akzo"; C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 10 luglio 2001, causa C-497/99 P, *Irish Sugar plc c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-5335.

⁶⁸ C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 36.

⁶⁹ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit.

⁷⁰ Trib. CE, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. c. Commissione - "Van den Bergh Foods"*, in *Racc.* 2003, p. II-4662.

⁷¹ Dec. Comm. UE, 22 febbraio 2006, 2006/520/CE, COMP/B-2/38.381, "De Beers", in G.U.U.E. L 205 del 27 luglio 2006, p. 24.

⁷² Trib. CE, 23 ottobre 2003, "Van den Bergh Foods", cit.; C. giust., 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e a. c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.* 1994, p. I-1508.

lineato che, da un punto di vista economico, per effettuare tale valutazione occorre verificare se l'esclusiva determini un aumento del potere di mercato dell'impresa dominante. Rileva, a tal fine, considerare quale sia la parte di mercato interessata dall'esclusiva, la durata della stessa⁷³, l'esistenza di canali alternativi attraverso i quali i concorrenti potrebbero comunque accedere al mercato⁷⁴. Se l'esclusiva è necessaria per realizzare investimenti specifici a vantaggio del contraente, questa circostanza può essere considerata come giustificazione in termini di efficienza.

Gli sconti fedeltà, condizionati all'impegno da parte del cliente ad acquistare esclusivamente dall'impresa dominante, sono assimilabili a un obbligo di acquisto esclusivo⁷⁵. Tradizionalmente nell'applicazione dell'art. 102 TFUE gli sconti condizionati a determinati comportamenti dell'acquirente (acquisti al di sopra di una determinata soglia nel periodo di riferimento), se posti in essere dall'impresa dominante, sono stati valutati come tendenzialmente abusivi⁷⁶, salva la possibilità di giustificarli mostrando che vi è una diretta connessione con una riduzione dei costi di produzione o distribuzione dell'impresa⁷⁷.

La dottrina ha evidenziato come questo approccio nei confronti degli sconti costituisca un'area critica del diritto *anti-trust* europeo in quanto può limitare ingiustificatamente l'esplicarsi della concorrenza di prezzo. Queste critiche suggeriscono che il carattere abusivo degli sconti condizionati dovrebbe essere valutato tenendo conto della loro capacità di precludere il mercato a concorrenti efficienti, con un impatto negativo sulla

struttura concorrenziale a pregiudizio dei consumatori. Rileva, a questo fine, valutare se lo sconto praticato dall'impresa dominante sarebbe concretamente replicabile da un'impresa altrettanto efficiente⁷⁸, quanto sia rilevante la parte della domanda interessata dalla condotta, quale sia la durata della condotta e se i concorrenti dispongano di canali alternativi per accedere al mercato⁹.

La giurisprudenza ha sottolineato come sconti basati su soglie individualizzate, definite in relazione al singolo cliente, e retroattivi, ossia applicati anche agli acquisti effettuati prima del superamento della soglia, vadano valutati con particolare attenzione in quanto possono avere un rilevante impatto preclusivo⁸⁰.

5. *Pratiche leganti*. – Abusi a carattere escludente possono essere realizzati anche attraverso l'offerta congiunta di più prodotti da parte dell'impresa dominante. L'impresa può infatti fare leva sulla posizione dominante detenuta nel mercato di uno dei prodotti per precludere ai concorrenti il mercato del prodotto abbinato. L'effetto di restrizione della concorrenza a pregiudizio dei consumatori può avvenire nel mercato del prodotto abbinato, nel mercato del prodotto principale o in entrambi i mercati.

Rientrano in questa categoria di abusi le pratiche di vendita abbinata o *tying*, in base alle quali l'impresa condiziona l'acquisto del prodotto principale all'acquisto del prodotto abbinato⁸¹. Il vincolo può avere natura contrattuale o natura tecnica, quando il prodotto principale è disegnato per operare solo con il prodotto abbinato dell'impresa. Un'altra pratica legante potenzialmente abusiva è il *bund-*

⁷³ Dec. Comm. UE, 17 marzo 2010, 2010/C-133/05, COMP/39.386, "Contratti a lungo termine, Francia", in G.U.U.E. C-133 del 22 maggio 2010, p. 5.

⁷⁴ OCSE, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, OECD Policy Roundtable, 2008.

⁷⁵ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit.

⁷⁶ Trib. CE, 30 settembre 2003, "Michelin II", cit.; C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁷⁷ Trib. CE, 30 settembre 2003, "Michelin II",

cit., punto 59; Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar plc. c. Commissione* - "Irish Sugar", in *Racc.* 1999, p. II-2975, punto 173.

⁷⁸ Dec. Comm. UE, 13 maggio 2009, 2009/C-227/07, COMP/C-3/37.990, "Intel", in G.U.U.E. C-227 del 22 settembre 2009, p. 13.

⁷⁹ OCSE, cit.

⁸⁰ C. giust., 9 novembre 1983, "Michelin I", cit., punto 71; C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁸¹ C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

ling puro (vendita aggregata), in cui i prodotti sono venduti solo insieme, in proporzioni fisse. Nel caso *Microsoft*, ad esempio, il sistema operativo Windows era venduto solo nella versione che includeva Windows Media Player⁸². Un'ulteriore pratica legante è il *bundling* misto, in cui i due prodotti sono venduti anche separatamente ma il pacchetto è venduto a un prezzo inferiore al prezzo complessivo dei due prodotti acquistati separatamente. Si tratta quindi di uno sconto condizionato all'acquisto di più prodotti.

L'offerta congiunta di prodotti da parte delle imprese è una normale pratica di mercato, che può avere molte giustificazioni economiche, tra cui la riduzione dei costi di transazione per i clienti.

Per valutare se le pratiche leganti, quando poste in essere dalle imprese in posizione dominante, abbiano carattere abusivo occorre anzitutto valutare attentamente se sussista una posizione dominante. Nel caso degli *aftermarkets*, ossia dei prodotti complementari rispetto al prodotto principale che vengono utilizzati successivamente al suo acquisto (ad esempio cartucce, pezzi di ricambio), è importante identificare correttamente il mercato rilevante. Occorre chiedersi, tenendo conto della sostituibilità dal lato della domanda, se vi sia un mercato rilevante dei prodotti secondari, o se il mercato rilevante sia quello dei prodotti secondari compatibili con il prodotto principale di quella determinata marca, o se si debbano considerare insieme il prodotto principale e i prodotti secondari in quanto le condizioni di prezzo applicate sui secondi influiscono sulla scelta del prodotto principale.

In base alla giurisprudenza, affinché l'offerta congiunta possa risultare abusiva, occorre comunque che vi sia potenzialmente una domanda distinta per il prodotto principale e il prodotto abbinato⁸³.

Negli Orientamenti del 2009 la Commissione sottolinea infine che, perché vi sia un impatto escludente anticoncorrenziale, la strategia di offerta congiunta non

deve essere in qualche modo replicabile da concorrenti efficienti (anche attraverso l'offerta di un diverso insieme di prodotti).

6. *Abusi di sfruttamento*. – L'elenco esemplificativo di pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE include chiaramente condotte in cui l'impresa dominante sfrutta iniquamente il suo potere di mercato, a prescindere dall'impatto della condotta sulla struttura concorrenziale del mercato: l'imposizione di prezzi o altre condizioni di transazione ingiustificatamente gravose, la limitazione della produzione a danno dei consumatori, l'applicazione di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, il subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non hanno alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE in realtà si è principalmente focalizzata sugli abusi a carattere escludente che restringono la concorrenza, piuttosto che sugli abusi di sfruttamento. I motivi sono principalmente due.

Anzitutto, la posizione dominante non è vietata in quanto tale e il suo sfruttamento, anche attraverso l'applicazione di prezzi elevati, normalmente trova risposta nel mercato stesso, inducendo l'entrata di nuovi concorrenti e l'offerta di prodotti alternativi. Pertanto, precludere in via generale l'esercizio del potere di mercato dell'impresa dominante potrebbe risultare alla fine dannoso per la stessa concorrenza e per i consumatori. Quando vi sono ostacoli strutturali allo sviluppo del processo concorrenziale (ad esempio in situazioni di durevole monopolio naturale) la soluzione più appropriata è la regolazione *ex ante*.

La seconda criticità, nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi di sfruttamento, è che individuare quando una condotta è eccessivamente gravosa è complicato. Occorre infatti fare riferimento a uno *standard* (il prezzo "equo") che non è di facile individuazione. L'analisi tipica-

⁸² Trib. CE, 17 settembre 2007, "*Microsoft*", cit.

⁸³ C. giust., 2 marzo 1994, "*Hilti*", cit.; C.

giust., 14 novembre 1996, "*Tetra Pak II*", cit.; Trib. CE, 17 settembre 2007, "*Microsoft*", cit.

mente richiede precise informazioni sui costi dell'impresa attribuibili al prodotto e una valutazione sul margine di profitto accettabile.

La Corte di Giustizia, nella sentenza *United Brands*, ha riconosciuto che praticare un prezzo eccessivo «privo di ogni ragionevole rapporto con la prestazione fornita» costituisce un abuso rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE. In quel caso, la Corte ha ritenuto che la Commissione, alla quale spettava l'onere di provare il carattere iniquo delle condizioni applicate, non avesse assolto a tale compito in modo adeguato. Secondo la Corte, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare anzitutto che la differenza tra costi e prezzi era eccessiva e, in caso di risposta affermativa, provare che il prezzo applicato era iniquo, in quanto tale o rispetto al prezzo di prodotti in concorrenza con il prodotto considerato⁸⁴.

Il metodo del confronto del prezzo applicato dall'impresa dominante con il prezzo di prodotti equiparabili per valutarne l'eventuale iniquità è stato successivamente richiamato in varie decisioni della Commissione e pronunce della Corte⁸⁵. È essenziale, in questi casi, che il confronto venga effettuato con riferimento a situazioni effettivamente comparabili.

La Corte ha sottolineato che l'impresa dominante non può fare leva su costi elevati derivanti dalla propria inefficienza per giustificare il livello dei prezzi applicati⁸⁶.

Costituisce un possibile abuso di sfruttamento anche la condotta attraverso la quale l'impresa dominante effettua una discriminazione di prezzo, applicando

prezzi diversi a clienti con le stesse caratteristiche, a parità di condizioni di costo, determinando per questi un ingiustificato svantaggio nella concorrenza⁸⁷. La giurisprudenza ha sottolineato l'importanza di verificare che si tratti effettivamente di transazioni equivalenti; l'impresa non è tenuta, in particolare, a praticare gli stessi prezzi in mercati che presentano diverse condizioni economiche e concorrenziali⁸⁸. In vari casi di applicazione dell'art. 102 TFUE il divieto di discriminazione dei prezzi è stato utilizzato per rimuovere pratiche pregiudizievoli per il mercato interno, che comportavano ad esempio un diverso trattamento sulla base della nazionalità o del domicilio dei soggetti⁸⁹.

La discriminazione non è considerata abusiva se l'impresa dimostra che è oggettivamente giustificata. La dottrina ha sottolineato che un divieto di per sé della discriminazione di prezzo, anche da parte dell'impresa dominante, può avere conseguenze indesiderabili per il mercato e per i consumatori. Infatti, applicando prezzi diversi l'impresa può riuscire a soddisfare una parte più ampia della domanda potenziale. Se obbligata ad applicare a tutti il medesimo prezzo, l'impresa lo fisserebbe, tenendo conto delle caratteristiche dei mercati, a un livello che non necessariamente sarà il prezzo più basso. Impedire la discriminazione di prezzo può quindi comportare una riduzione delle quantità complessive vendute e il mancato accesso al prodotto per i clienti con minore disponibilità a pagare.

7. *Altre tipologie di abuso.* – Tra le ulteriori pratiche che sono state considerate abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE appare utile ricordare: l'imposizione da parte del-

⁸⁴ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁸⁵ Dec. Comm. UE, 20 marzo 2001, n. 2001/354/CE, COMP/35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, del 5 maggio 2001, p. 27; Dec. Comm. UE, 23 luglio 2004, COMP/36.568 - *Scandlines Sverige c. Porto di Helsingborg*; C. giust., 4 maggio 1988, "Bodson", cit.; C. giust., 13 luglio 1989, cause riunite C-110 e 241-242/88, *François Lucazeau e a. c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, in *Racc.* 1989, p. 2823.

⁸⁶ C. giust., 13 luglio 1989, causa C-395/87, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier*, in *Racc.* 1989, p. 2565.

⁸⁷ C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁸⁸ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁸⁹ C. giust., 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl. c. Corpo dei Piloti del porto di Genova*, in *Racc.* 1994, p. I-1812; C. giust., 2 marzo 1983, causa C-7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 483.

l'impresa dominante ai propri distributori di un divieto all'esportazione⁹⁰; le condotte volte ad ostacolare l'accesso di prodotti esteri nel mercato di uno Stato membro⁹¹; le operazioni di acquisizione che riducono la concorrenza nel mercato⁹² (anche se l'utilità dell'applicazione dell'art. 102 TFUE a queste ultime fattispecie è stata sostanzialmente ridimensionata con l'introduzione del sistema di controllo preventivo delle concentrazioni).

Nel caso *Promedia* la Commissione ha ritenuto che in particolari circostanze anche un uso pretestuoso della *litigation* da parte dell'impresa dominante possa essere considerato abusivo: occorre dimostrare, a tal fine, che l'azione in giudizio non possa essere ragionevolmente considerata un tentativo dell'impresa di far valere i propri diritti e serva quindi solo a danneggiare la controparte e, inoltre, che rientri all'interno di un piano volto a eliminare la concorrenza. Comportando una limitazione dell'accesso alla giustizia, questa modalità di applicazione dell'art. 102 va limitata a ipotesi del tutto eccezionali⁹³. Nel caso *Astra Zeneca*, è stato considerato abusivo da parte dell'impresa dominante un utilizzo strumentale delle procedure amministrative nel settore della protezione della proprietà intellettuale, idoneo a restringere la concorrenza sul mercato; in particolare, è stato conside-

rato abusivo indurre le autorità pubbliche, attraverso la trasmissione di informazioni ingannevoli, al rilascio di un certificato di protezione complementare⁹⁴.

GINEVRA BRUZZONE

Bibliografia

C.D. EHLERMANN - M. MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2007: a Reformed Approach to article 82 EC*, Oxford-Portland, 2008; D. CARLTON, «Should "Price Squeeze" Be a Recognized Form of Anticompetitive Conduct», in *J. of Comp. Law and Economics*, 2008, vol. 4, p. 2; G. FAELLA, «Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti», in *MCR*, 2008, p. 117; A. HEIMLER - G. BRUZZONE, «Abuso di posizione dominante», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato* (a cura di A. CATRICALÀ e P. TROIANO), Torino, 2010, p. 78; OCSE, *Excessive Pricing*, OECD Policy Roundtable, 2011; R. O'DONOGHUE - A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2006; C. OSTI, «Abuso di posizione dominante», in *Enc. dir., Annali*, vol. 5, Milano, 2012; A. RENDA - J. TEMPLE LANG (a cura di), *Treatment of Exclusionary Abused under Article 82 of the EC Treaty - Comments on the European Commission's Guidance Paper*, CEPS, Bruxelles, 2009; E. ROUSSEVA - M. MARQUIS, «Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU», in *J. of Eur. Comp. Law and Practice*, vol. IV(1), 2013, p. 32; R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2012, cap. 5, 17, 18 e 19.

⁹⁰ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁹¹ Trib. CE, 22 novembre 2001, causa T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3415; Trib. CE, 7 ottobre 1999, "Irish Sugar", cit.

⁹² C. giust., 21 febbraio 1973, "Continental Can", cit.; Dec. Comm. UE, 10 novembre 1992, 93/252/CEE, COMP IV/33.440, "Warner-Lam-

bert/Gillette e altri", in G.U.C.E. L 116, 12 maggio 1993, p. 21.

⁹³ Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-2941.

⁹⁴ Trib. UE, 1° luglio 2010, "AstraZeneca", cit., confermata da C. giust., 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nei confronti degli Stati membri

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. IL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 101 TFUE E 4 N. 3 TUE. –
1. Misure nazionali che rafforzano l'effetto di una intesa vietata dall'art. 101 TFUE. –
2. Misure nazionali che favoriscono l'adozione di accordi contrari all'art. 101 TFUE. –
3. Misure nazionali che impongono la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE. – 4. Misure nazionali che privino la propria normativa del carattere statutale che le è proprio. – **III. IL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 102 E 106 § 1 TFUE. –**
IV. LA VINCOLATIVITÀ DELLE MISURE NAZIONALI ILLEGITTIME E LA RESPONSABILITÀ PER DANNI DEI PRIVATI E DEGLI STATI MEMBRI PER LA VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE.

I. INTRODUZIONE

Gli artt. 101 e 102 TFUE sono norme dirette ai privati e, in particolare, alle imprese. In taluni casi, però, questi divieti possono essere applicati nei confronti degli Stati membri e, specificatamente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e art. 4 n. 3 TUE (già artt. 10 e 81 TCE) e degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE (già artt. 82 e 86 § 1 TCE)¹. A tale riferimento, la Corte di giustizia ha sostenuto che gli Stati membri, ai sensi del principio dell'effetto utile delle norme di concorrenza, non possono emanare normative nazionali le quali rendano «praticamente inefficaci le regole [comunitarie] di concorrenza applicabili alle imprese»².

¹ Da ultimo, v. C. giust. UE, 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance contro Beaudout Père et Fils SARL* - "AG2R", causa C-437/09, in *Racc.* 2011, p. I-973, punti 28 e 40.

² C. giust. CE, 16 novembre 1977, *S.A. G.B. - B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB)* - "ATAB", causa 13/77, in *Racc.* 1977, p. 2115, punto 33; C. giust. CE, 18 giugno 1991, *Eelliniki radiophonia tileorassi anonimi etairia e panellinia omospondia syllogon prossopikou ert c. dimotiki etairia pliroforissis e sotirios kouvelas e nicolaos avdellas e altri* - "ERT", causa C-260/89, in *Racc.* 1991, p. I-2925, punto 35; C. giust. CE, 5 ottobre 1995, *Centro servizi spedipuerto srl c. spedizioni marittima del golfo srl* - "Spedipuerto", causa C-96/94, in *Racc.* 1995, p. I-2883, punto 20; C. giust. CE, 17

II. IL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 101 TFUE E 4 N. 3 TUE

Con riferimento al combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE, la giurisprudenza comunitaria ha sostenuto che, «anche se di per sé l'articolo [101] del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri»³, è pur vero che «l'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, aventi natura legislativa o regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle norme in materia di concorrenza applicabili alle imprese»⁴.

In particolare, quattro sono le ipotesi a cui tale giurisprudenza è applicabile. Infatti, ricorre «siffatta ipotesi allorché uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo 101» (prima e seconda ipotesi) «o rafforzi gli effetti di siffatti accordi» (terza ipotesi) «ovvero qualora privi la propria normativa del carattere statutale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica ad operatori privati» (quarta ipotesi)⁵.

Tali ipotesi sono *infra* prese in considerazione a secondo dei casi in cui l'art.

ottobre 1995, *DIP spa c. Comune di Bassano del Grappa* - "DIP", cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, in *Racc.* 1995, p. I-3257, punto 14; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handel-sonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfondsvoor de Handel in Bouwmaterialen* - "Brentjens'", cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025, punto 113; C. giust. CE, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533 punto 11.

³ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-35/96, in *Racc.* 1998, I-3851, punto 53.

⁴ Da ultimo, v. C. giust. UE, "AG2R", punti 24.

⁵ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica Italiana*, cit., punto 54.

101 TFUE sia direttamente applicabile al comportamento delle imprese; ad iniziare dalla prima fattispecie, in cui il comportamento privato è sempre sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE, fino alla quarta fattispecie in cui il comportamento privato, essendo parte di una misura normativa, non può essere oggetto dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, se non dopo l'accertamento dell'illegittimità della normativa statale.

1. *Misure nazionali che rafforzano l'effetto di una intesa vietata dall'art. 101 TFUE.* – La prima fattispecie, riferibile alla giurisprudenza *BNIC/Clair*⁶, riguarda il caso in cui una normativa statale “rafforzi” l'effetto di una intesa vietata ex art. 101 TFUE⁷. Ai sensi di tale giurisprudenza, una normativa è illegittima quando sono presenti due requisiti:

- Un'intesa contraria all'art. 101 TFUE;
- Una normativa che estenda, eventualmente e successivamente, la vincolatività dell'accordo anticoncorrenziale a soggetti terzi.

2. *Misure nazionali che favoriscono l'adozione di accordi contrari all'art. 101 TFUE.* – La seconda fattispecie è riferibile al caso in cui una normativa nazionale “faciliti” la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE (giurisprudenza *Ahmed Saeed*⁸). Nel caso in cui la misura normativa crei delle condizioni che favoriscano la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE, la misura statale è illegittima per violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE.

Tale ipotesi, così come anche l'ipotesi della giurisprudenza *BNIC/Clair*, permette l'applicabilità dell'art. 101 TFUE

alle intese poste in essere (e alla comminazione della sanzione alle imprese che le hanno poste in essere) a prescindere dalla dichiarazione di illegittimità della normativa nazionale per violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE. Ciò in quanto gli accordi, in tali due casi, sono posti in essere da imprese libere nelle loro scelte imprenditoriali.

3. *Misure nazionali che impongono la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE.* – La terza fattispecie, riferibile alla sentenza *CNSD*⁹, riguarda l'ipotesi in cui una normativa nazionale imponga ad imprese la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 101 TFUE. In tale ipotesi, il comportamento delle imprese non è sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE in quanto è imposto direttamente dalla misura normativa¹⁰. Però le imprese, nel momento in cui realizzano la prescritta intesa anticoncorrenziale, devono porre in essere, nel caso in cui godano «di un margine discrezionale nell'esecuzione della normativa nazionale»¹¹, comportamenti tali «da preservare (...) il grado di concorrenza che la pratica attuazione (...) [potrebbe lasciar] sussistere»¹². Se ciò è rispettato, l'intesa conclusa dalle imprese sarà sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE solo se posta in essere successivamente alla dichiarazione di illegittimità comunitaria della normativa nazionale (v. *infra* § IV).

Diversamente, nel caso in cui le imprese, ponendo in essere quanto previsto dalla normativa nazionale, realizzino comportamenti che restringano la concorrenza più di quanto la normativa stessa «lasci sussistere», ebbene i relativi accordi saranno sanzionabili direttamente ai sensi dell'art. 101 TFUE¹³.

⁶ C. giust. CE, 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. René Clair*, causa 123/83, in *Racc.* 1983, 391.

⁷ Per il caso di normativa illegittima perché abbia omologato e reso legalmente vincolante una intesa vietata ex art. 101 TFUE esclusivamente tra coloro che hanno posto in essere precedentemente tale comportamento, v. per tutte, C. giust. CE, 1 ottobre 1987, *A.S.B.L. Vereniging van Vlaamse Resibureaus c. A.S.B.L. Sociale dienst van de plaatselijke en gewestelijke overheidsdiensten*, causa 311/85, in *Racc.* 1987, 3801.

⁸ C. giust. CE, 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed*

Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., C-66/86, in *Racc.* 1989, 803; C. giust. CE, 27 ottobre 1994, *John Deere Ltd. c. Commissione*, T-35/92, in *Racc.* 1994, II-957.

⁹ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit.

¹⁰ *Ibidem*, punto 55.

¹¹ Trib. CE, 30 marzo 2000, *Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali c. Commissione*, T-513/93, in *Racc.* II-1807, punto 71.

¹² *Ibidem*, punto 73.

¹³ *Ibidem*, punto 74.

4. *Misure nazionali che privino la propria normativa del carattere statale che le è proprio.* – La quarta fattispecie, relativa al combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE, riguarda il caso in cui lo Stato membro «privi la propria normativa del carattere statale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica ad operatori privati». Tale fattispecie, riferibile alla giurisprudenza *Reiff*¹⁴, riguarda quelle normative che prevedono una sequenza procedimentale nella quale partecipano soggetti privati che sono anche destinatari del provvedimento finale.

Nel procedimento normativo, il ruolo delle imprese è quello di formulare una proposta di accordo che sia comunque vietato ai sensi dell'art. 101 TFUE. Al termine del procedimento è emanato un provvedimento nel quale la proposta delle imprese perde la propria autonoma rilevanza e si fonde nel provvedimento stesso. Tale provvedimento finale dovrebbe rappresentare il contemperamento delle diverse istanze (compresa quella delle imprese che saranno poi le destinatarie del provvedimento) chiamate dalla legge ad esprimersi in vista dell'interesse pubblico da soddisfare. Ai sensi di tale procedimento, le imprese sono anche destinatarie del provvedimento normativo finale.

Affinché una normativa nazionale rientri nella fattispecie prevista dalla giurisprudenza *Reiff* sono necessari due distinti elementi:

i) La partecipazione nella sequenza procedimentale di soggetti privati (cioè imprese) tramite la proposta di un accordo vietato ai sensi dell'art. 101 TFUE. I privati sono o i destinatari diretti del provvedimento finale, o i rappresentanti gli interessi dei destinatari del provvedimento finale (cioè i c.d. esperti non indipendenti);

ii) Un provvedimento normativo al termine del procedimento. Nella giurispru-

denza *Reiff* la partecipazione delle imprese nel procedimento non ha effetto diretto sul mercato (fatto questo che distingue la fattispecie *Reiff* da quella *CNSD*). In *Reiff* la procedura culmina con l'adozione di un provvedimento che costituisce la "condizione sospensiva"¹⁵ dell'efficacia sul mercato dell'intesa posta in essere dai privati e vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Una misura nazionale che rientri nella fattispecie *Reiff* è in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE quando il contenuto della proposta delle imprese costituisca una intesa in violazione dell'art. 101 TFUE e sia stata formulata da soggetti che non siano indipendenti dalle imprese destinatarie del provvedimento finale (cioè in assenza di "esperti indipendenti"). In questo senso, il provvedimento finale rappresenta esclusivamente gli interessi delle imprese che hanno partecipato direttamente (o tramite "esperti non indipendenti") al procedimento;

Anche nel caso in cui la proposta non sia stata definita da esperti indipendenti (quindi essa rappresenti solo gli interessi dei privati destinatari del provvedimento finale e non l'interesse generale¹⁶), la misura finale è comunque legittima se lo Stato membro non «abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione» della «proposta» poi contenuta nella misura normativa¹⁷. La misura finale sarebbe illegittima se, ad esempio, l'organo pubblico che adotta la misura finale dovesse necessariamente accettare la proposta dei privati non potendo quindi rifiutarla. In questa ipotesi la proposta delle imprese costituirebbe semplicemente una intesa vietata «sottoposta a condizione sospensiva».

In altre parole, ai sensi della giurisprudenza *Reiff*, la procedura nazionale è illegittima se essa non elimini il «rischio di intesa»¹⁸. Questo rischio esiste se la mi-

¹⁴ C. giust. CE, 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr c. Gebrüder Reiff GmbH & Co. Kg.*, causa C-185/91, in *Racc.* 1993, I-5801.

¹⁵ Concl. Darmon del 14 luglio 1993 nella sent. *Reiff*, cit., causa C-185/91, punto 99.

¹⁶ C. giust. CE, *Procedimento penale c. Manuele Arduino*, causa C-35/99, in *Racc.* 2002, p. I-1529, punto 37.

¹⁷ *Ibidem*, punto 40.

¹⁸ Conclusioni dell'avv. gen. Darmon relative alla sentenza *Reiff*, cit., punto 105.

sura adottata al termine del procedimento rappresenti esclusivamente gli interessi dei privati partecipanti al procedimento e destinatari della misura finale.

In considerazione del fatto che il comportamento dei privati nella procedura (cioè la proposta di accordo) è imposto da una normativa nazionale e non ha un effetto diretto sul mercato, tale comportamento, come *supra* ricordato, non può essere valutato ai sensi dell'art. 101 TFUE. L'applicazione dell'art. 101 alle imprese è infatti possibile solo successivamente alla dichiarazione di illegittimità della misura nazionale come chiarito dalla giurisprudenza *Cif* (v. *infra* § IV).

III. IL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 102 E 106 § 1 TFUE

L'applicazione dell'art. 102 TFUE nei confronti degli Stati membri è previsto in due distinti filoni giurisprudenziali. Quello relativo al combinato disposto degli artt. 102 TFUE e 4 n. 3 TUE¹⁹, e quello relativo al combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE. Questi, però, si riferiscono al medesimo principio, cioè al divieto nei confronti degli Stati membri di adottare misure contrarie all'effetto diretto dell'art. 102 TFUE. Sotto questo aspetto, infatti, l'art. 106 § 1 TFUE costituisce una specificazione dell'art. 4 n. 3 TUE²⁰.

La giurisprudenza relativa al combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE prevede che «l'art. [102] contempla

soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa e non i provvedimenti statali»²¹. Il diritto UE prescrive, però, che «a norma dell'art. 106, n. 1, TFUE, al quale corrispondeva precedentemente l'art. 86, n. 1, CE, gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 TFUE e da 101 TFUE a 109 TFUE inclusi, salvo quanto previsto all'art. 106, n. 2, TFUE»²². Conseguentemente, sono illegittime quelle misure che rendano «praticamente inefficaci» tali norme. Una misura nazionale che rendesse l'art. 102 TFUE «praticamente inefficace» sarebbe quindi illegittima in virtù del combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE.

Due sono i requisiti perché una misura normativa sia in violazione del combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE:

i) Una misura normativa che crei una posizione dominante in capo ad una impresa. Con riferimento a questo primo elemento, una misura nazionale può creare, tramite il riconoscimento di un diritto speciale o esclusivo ai sensi dell'art. 106 § 1 TFUE, una posizione dominante²³ (anche collettiva²⁴) in capo ad imprese. La creazione di una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi non è, però, di per sé incompatibile con l'art. 106 § 1 TFUE²⁵.

¹⁹ V. C. giust. CE, 5 ottobre 1995, "Spediporto", cit., punto 20; C. giust. CE, 17 ottobre 1995, *DIP spa c. Comune di Bassano del Grappa*, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, *Racc.* 1995, p. I-3257, punti 14-24; C. giust. CE, 4 maggio 1988, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funebres des Regions Liberees*, causa 30/87, in *Racc.* 1988, p. 2479, punto 34; C. giust. CE, 1 ottobre 1998, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. contro Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl*, causa C-38/97, in *Racc.* 1998, p. I-5955, punto 27.

²⁰ C. giust. CE, 5 ottobre 1994, *Societe civile agricole du centre d'insemination de la Crespelle c. Cooperative d'elevage et d'insemination artificielle du Departement de la mayenne*, causa C-323/93, in *Racc.* 1994 p. I-5077, punto 15.

²¹ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Regie des telegraphes et des telephones c. GB-Inmo-BM SA*, causa 18/88, in *Racc.* 1991, p. I-5941, punto 20; v.

anche C. giust. CE, 19 marzo 1991, *Repubblica francese c. Commissione*, causa C-202/88, in *Racc.* 1991, p. I-1223.

²² Da ultimo, v. Sentenza della Corte del 3 marzo 2011, "AG2R", punto 25. Tra le tante v. anche C. giust. CE, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533, punto 12.

²³ C. giust. CE, 23 maggio 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, causa C-209/98, in *Racc.* 2000, p. I-3743, punto 65.

²⁴ C. giust. CE, 5 ottobre 1995, *Centro servizi spediporto srl c. Spedizioni marittima del golfo srl*, causa C-96/94, in *Racc.* 1995, p. I-2883, punto 33; C. giust. CE, 27 aprile 1994, *Comune di Almelò e altri c. NV Energiebedrijf IJsselmij*, causa C-393/92, in *Racc.* 1994, p. I-1477, punto 42.

²⁵ C. giust. CE, 23 maggio 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Kø-*

ii) La misura normativa è collegata all'abuso di posizione dominante dell'impresa. La giurisprudenza comunitaria afferma che uno Stato membro contravviene al combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE solo in due casi²⁶:

- Nel caso in cui «l'impresa (...) è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi [o speciali] che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante»²⁷. Cioè l'impresa pone in essere una violazione dell'art. 102 TFUE in conseguenza della semplice esistenza del diritto speciale o esclusivo riconosciute. In questa ipotesi, l'abuso di posizione dominante è quindi conseguenza non tanto del comportamento dell'impresa quanto della normativa statale.

- Nel caso in cui i diritti speciali o esclusivi riconosciuti dallo Stato membro «sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere»²⁸. In questa ipotesi, nei limiti in cui il comportamento dell'impresa sia l'unico che possa essere posto in essere, la violazione dell'art. 102 TFUE

sarà ascrivibile esclusivamente allo Stato membro che ha emanato la normativa e non alla relativa impresa²⁹.

IV. LA VINCOLATIVITÀ DELLE MISURE NAZIONALI ILLEGITTIME E LA RESPONSABILITÀ PER DANNI DEI PRIVATI E DEGLI STATI MEMBRI PER LA VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE

Una impresa è responsabile di comportamenti in violazione dell'art. 101 o 102 TFUE quando essa disponga di discrezionalità nel proprio agire³⁰. Se uno Stato membro imponga ad una impresa un comportamento in violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, o crei una situazione normativa che non permetta all'impresa di determinare la propria azione, il conseguente comportamento illecito non può essere imputato all'impresa³¹.

Questo è il caso in cui una norma nazionale escluda l'applicazione dell'art. 101 TFUE alle imprese (giurisprudenza *Reiff*³²), o quando il comportamento delle imprese, imposto da una misura norma-

benhavns Kommune, causa C-209/98, in *Racc.* 2000, p. I-3743, punto 66; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025, punto 91; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, causa C-219/97, in *Racc.* 1999, p. I-6121, punto 83; C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl e altri*, causa C-266/96, in *Racc.* 1998, p. I-3949, punto 40.

²⁶ C. giust. CE, 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite C-180/98 a C-184/98, in *Racc.* 2000, p. I-6451; C. giust. CE, 23 maggio 2000, *Entrepreneurforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, causa C-209/98, in *Racc.* 2000, p. I-3743; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, causa C-219/97, in *Racc.* 1999, p. I-6121; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, in *Racc.* 1999, p. I-5751.

²⁷ C. giust. CE, 12 settembre 2000, *Pavel Pav-*

lov e altri c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, cause riunite C-180/98 a C-184/98, in *Racc.* 2000, p. I-6451, punto 127.

²⁸ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Regie des telegraphes et des telephones c. GB-Inno-Bm SA*, causa 18/88, in *Racc.* 1991, p. I-5941, punto 20; C. giust. CE, 17 luglio 1997, *GT-link a/s c. de danske statsbaner (DSB)*, causa C-242/95, in *Racc.* 1997, p. I-4449, punti 33 -34; C. giust. CE, 25 giugno 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e altri c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, causa C-203/96, in *Racc.* 1998, p. I-4075, punto 61; C. giust. CE, 17 maggio 2001, *TNT Traco SpA c. Poste Italiane SpA e altri*, causa C-340/99, in *Racc.* 2001, p. I-4109, punto 44; C. giust. CE, 22 maggio 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, causa C-462/99, in *Racc.* 2003, p. I-5197, punto 80; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025, punto 93.

²⁹ C. giust. CE, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533.

³⁰ C. giust. CE, l'11 novembre 1997, *Commissione e Repubblica francese c. Ladbroke Racing Ltd.*, cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, in *Racc.* 1997, p. I-6265, punto 33.

³¹ *Ibidem*, punto 33.

³² *Bundesanstalt fuer den Gueterfernverkehr v. Reiff*, cit. a nota 127, p. I-5801.

tiva, costituisca un'azione in violazione dell'art. 101 TFUE che non vada al «di là di quanto richiesto dalla disciplina» nazionale (giurisprudenza *CNSD*³³).

In modo analogo, con riferimento all'art. 102 TFUE, questa è la situazione in cui il comportamento abusivo dell'impresa alla quale è stato riconosciuto un diritto speciale o esclusivo sia l'unico che possa essere posto in essere dall'impresa (giurisprudenza *Macrotron*³⁴ e *RTT*³⁵).

L'ipotesi in cui le imprese possano non applicare il diritto *antitrust* comunitario in conseguenza degli obblighi imposti da una normativa nazionale, senza conseguenze giuridiche per il proprio comportamento, devono essere interpretate in modo restrittivo³⁶. In particolare, ciò è possibile solo quando tale comportamento è una diretta conseguenza delle norme nazionali. Al contrario, quando il comportamento anticoncorrenziale possa essere in qualche modo attribuito alla discrezionalità dell'impresa, esso sarà soggetto alla disciplina *antitrust* UE³⁷.

In questo senso, non è esclusa la responsabilità dell'impresa nelle fattispecie relative alla giurisprudenza *BNIC/Clair*³⁸ e *Ahmed Saeed*³⁹. Parimenti l'impresa, ai sensi della giurisprudenza *CNSD*, non è sottratta dalle conseguenze del proprio comportamento in violazione dell'art. 101 TFUE nel caso in cui il comportamento sia andato oltre quanto richiesto dalla normativa vigente.

Come già chiarito, nell'ipotesi dalla giurisprudenza *CNSD* (e in particolare nel

caso in cui il comportamento dell'impresa non vada oltre quanto richiesto dalla normativa nazionale) e nell'ipotesi della giurisprudenza *Reiff*, il comportamento delle imprese, sebbene costituiscano potenzialmente violazioni dell'art. 101 TFUE, non può essere sanzionato. Questo in quanto le imprese pongono in essere comportamenti imposti dalla normativa stessa. Però, come ricordato dalla giurisprudenza *CIF*, le imprese che pongono in essere un comportamento vietato dagli artt. 101 e 102 TFUE non possono essere esentate dalla responsabilità quando esse *sono obbligate a non applicare* la normativa nazionale illegittima. Secondo il diritto UE, un privato *non è obbligato a disapplicare* la misura nazionale in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE o degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE anche se egli supponga che la misura normativa sia illegittima. In questa ipotesi, l'impresa può continuare ad applicare la normativa nazionale sebbene quest'ultima, essendo in violazione del diritto UE, non sia vincolante per i privati⁴⁰.

Una impresa che ponga in essere comportamenti imposti da una normativa in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE o degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE non violerà, quindi, il diritto UE. L'impresa non dovrà quindi risarcire i danni causati a terzi da tale comportamento⁴¹. In questa ipotesi, e in presenza dei requisiti della giurisprudenza UE⁴², sarà lo Stato membro che ha ema-

³³ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-35/96, in *Racc.* 1998, p. I-3851.

³⁴ C. giust. CE, 23 aprile 1991, *Klaus Hoefner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C-41/90, *Racc.* 1991, p. I-1979.

³⁵ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Regie des telegraphes et des telephones c. GB-Inno-BM SA*, causa 18/88, *Racc.* 1991, p. I-5941.

³⁶ Trib. CE, 30 marzo 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commissione*, causa T-513/93, in *Racc.* 2000, p. II-1807, punto 60; C. giust. CE, 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa C-198/01, in *Racc.* 2003, p. I-8055, punto 67.

³⁷ *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commissione*, cit., punto 61; C. giust. CE, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità*

Garante della Concorrenza e del Mercato, cit., punto 69.

³⁸ C. giust. CE, 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. Guy Clair*, causa 123/83, in *Racc.* 1985, p. 391.

³⁹ C. giust. CE, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Zentrale Zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, cit., p. 803.

⁴⁰ C. giust. CE, *CIF c. Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, cit.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² V., tra le molte, C. giust. CE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.* 1991, p. I-5357, punti 33-36; C. giust. CE, 2 agosto 1993, *M. Helen Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, causa C-271/91, in *Racc.* 1993, p. I-4367, punti 30, 34-35; C. giust. CE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*

nato tale misura illegittima ad essere obbligato a risarcire i relativi danni⁴³.

La Corte di giustizia ha inoltre chiarito quando una impresa *sia obbligata a non applicare* una misura nazionale in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE o degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE. La Corte ha sostenuto nel caso *CIF* che le imprese sono obbligate a disapplicare la misura nazionale illegittima successivamente all'accertamento dell'illegittimità comunitaria stessa. L'accertamento non deve essere necessariamente conseguenza di un procedimento di infrazione *ex art. 258 TFUE*. A tal fine è sufficiente una decisione del-

l'Autorità nazionale *antitrust* che accerti la relativa illegittimità. Tale principio è applicabile tanto al combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE, quanto a quello degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE.

Nel caso in cui le imprese continuino ad applicare la misura nazionale in violazione del diritto comunitario anche successivamente all'accertamento dell'illegittimità, esse non solo saranno sanzionabili per il loro comportamento ma, in presenza dei requisiti previsti dal diritto UE, saranno obbligate a risarcire i danni causati da tale comportamento⁴⁴.

LORENZO F. PACE

SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Racc.* 1996, p. I-1029; C. giust. CE, 26 marzo 1996, *The Queen contro H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, causa C-392/93, in *Racc.* 1996, p. I-1631, punti 39-46; C. giust. CE, l'8 ottobre 1996, *Erich Dillenkofer e altri*

contro Bundesrepublik Deutschland, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, in *Racc.* 1996, p. I-4845, punti 22, 26-72.

⁴³ C. giust. CE, *CIF c. Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, cit.

⁴⁴ C. giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, causa C-453/99, *Racc.* 2001, p. I-6297.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga *antitrust* atipica

Sommario: I. STRUTTURA, *RATIO*, AMBITO DI APPLICAZIONE E ORIGINALITÀ DELL'ART. 106 TFUE: IN PARTICOLARE, L'ART. 106 § 2 QUALE PRINCIPALE STRUMENTO DI CONTEMPERAMENTO TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED EROGAZIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE. – II. I PRESUPPOSTI DI ATTUAZIONE DELL'ART. 106 § 2. – III. SERVIZIO UNIVERSALE, PRESUNZIONE DI LEGITTIMITÀ DEI MONOPOLI E SUA INVERSIONE, TRA INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA ED ESTENSIVA DELLA NOZIONE DI “OSTACOLO” ALL'ASSOLVIMENTO DELLA MISSIONE DI INTERESSE GENERALE. – IV. L'EFFICACIA DIRETTA DELL'ART. 106 § 2.

I. STRUTTURA, *RATIO*, AMBITO DI APPLICAZIONE E ORIGINALITÀ DELL'ART. 106 TFUE: IN PARTICOLARE, L'ART. 106 § 2 QUALE PRINCIPALE STRUMENTO DI CONTEMPERAMENTO TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED EROGAZIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

La normativa *antitrust* può applicarsi a misure statali sulla base sia degli artt. 101 e 102 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, § 3 TUE, sia dell'art. 106 TFUE in combinazione con gli artt. 101 e 102 TFUE.

I presupposti giuridici sono differenti, dal momento che, mentre gli artt. 101 e 102 TFUE si rivolgono solamente alle imprese, l'art. 106 TFUE si indirizza sia agli Stati che alle imprese, che sono peraltro collegate, a diverso grado e a vario titolo, con i pubblici poteri e preposte allo svolgimento di servizi di interesse economico generale (in prosieguo anche SIEG). Come chiarisce l'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni del 10 novembre 2005 nella causa *FENIN*, «[i]n via di principio, le regole del diritto della concorrenza si applicano solo agli operatori economici operanti su un mercato e non agli Stati, salvo il caso in cui essi erogino aiuti alle imprese». Sottolinea, tuttavia, l'Avvocato generale, che «un'esigenza di coerenza implica la possibilità, laddove lo

Stato ratifichi decisioni adottate da imprese o si comporti di fatto come un operatore economico, di applicare al medesimo gli artt. [101-106 TFUE]»¹.

In questa sede ci si concentrerà esclusivamente sull'art. 106 TFUE, quale disposizione chiave dei Trattati in tema di intervento pubblico nell'economia, anche e soprattutto quando trova applicazione in combinazione con gli artt. 101 e 102 TFUE.

La norma esprime tre esigenze di contemperamento tra interessi nazionali e comunitari, strettamente connesse e sovrapposte, riconducibili al bilanciamento tra la sovranità statale nell'economia (e nel *welfare*), che si concretizza in particolare nell'esistenza di monopoli e nell'erogazione di servizi pubblici, e l'applicazione del diritto dell'Unione, anche e soprattutto *antitrust*.

Un primo contemperamento è previsto nel primo §, dove è posto il divieto di emanare o mantenere, nei confronti di imprese pubbliche e di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, «alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi». Il TFUE, quindi, da un lato ritiene naturalmente legittimi i monopoli e le altre intrusioni dello Stato nell'economia, non costituendo la concessione di un diritto esclusivo una violazione *per se* del diritto UE, dall'altro, sancisce il principio di parità di trattamento tra imprese private e imprese sotto “influenza” pubblica. Quanto alle caratteristiche delle diverse tipologie d'impresa richiamate nel §, dal diritto derivato e dalla giurisprudenza UE risulta che il carattere pubblico di un'impresa non dipende dai rapporti formali di proprietà, bensì dal potere di controllo effettivo esercitato dallo Stato sulla medesima². Con riguardo, invece, all'impresa titolare di un di-

¹ C. giust. CE, 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, in *Racc.* 2006, p. I-6295.

² All'art. 2, § 1, secondo trattino, Dir. 80/723/CEE, 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza

delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, in G.U.C.E. L 195, 29 luglio 1980, p. 35, modificata prima dalla Dir. 2000/56/CE, 26 luglio 2000, in G.U.C.E. L 193, 29

ritto esclusivo, si tratta di un soggetto, generalmente privato, al quale l'autorità pubblica, nel quadro dei suoi poteri regolatori, normalmente con atto di diritto pubblico, riserva una posizione dominante sul mercato. Il diritto speciale, infine, si configura allorché l'esercizio di un'attività economica è riservato per legge ad un numero ristretto di operatori economici³.

Un ulteriore temperamento è contenuto nel secondo §, il quale introduce una deroga, operante in particolare, ma non solo, rispetto al § precedente, nei limiti in cui l'applicazione delle regole di concorrenza e delle altre norme dei Trattati costituisca un ostacolo «all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione» affidata ad «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale» e sempre che lo sviluppo degli scambi non sia «compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

Un ultimo temperamento, infine, è sotteso ai primi due §§, letti congiuntamente. La *ratio* dell'art. 106 TFUE consiste, infatti, nel trovare un equilibrio tra due interessi contrapposti: da un lato, la gestione, da parte degli Stati, di settori riservati e chiusi al mercato allo scopo di conseguire direttamente scopi di interesse generale; dall'altro, il vincolo, posto dal diritto dell'Unione, di sopprimere gli ostacoli e garantire una concorrenza non falsata dal mercato integrato. In tale contesto, l'art. 106 § 3 TFUE conferisce alla Commissione il potere normativo di adottare autonomamente decisioni e direttive attraverso le quali l'Unione ha imposto agli Stati membri, a partire dalla metà degli anni ottanta, politiche di privatizzazione e liberalizzazione dei settori di interesse generale⁴.

Per quel che riguarda l'inquadramento

dell'art. 106 TFUE nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, esso si situa nella sez. prima ("Regole applicabili alle imprese"), capo 1 ("Regole di concorrenza"), titolo VI ("Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni"), parte III ("Politiche dell'Unione e azioni interne") TFUE. Tale collocazione costituisce di per sé una novità: mentre le regole della concorrenza si indirizzano alle sole imprese, la norma, pur situata nella relativa sezione, è diretta, oltre a queste ultime, anche e soprattutto agli Stati membri, i quali, in ragione del potere di influenza detenuto sulle imprese e investiti di una particolare responsabilità in relazione al comportamento di queste ultime, sono i destinatari principali dell'art. 106 § 1 TFUE. Per quanto riguarda l'art. 106 § 2 TFUE, il discorso è simile, ma non identico. Pur essendo, in teoria, indirizzata alle imprese, piuttosto che direttamente agli Stati, la disposizione è stata interpretata, in concreto, dalle istituzioni europee, nel senso di rivolgersi anche alle autorità pubbliche – dalle quali, peraltro, origina l'atto di incarico per la prestazione dei servizi pubblici da parte delle imprese – che in questo modo diventano anch'esse destinatarie della norma.

L'art. 106 TFUE, pertanto, rappresenta una speciale deroga *antitrust*, dal momento che, nel rivolgersi agli Stati, oltre che alle imprese, incide, a differenza delle altre regole della concorrenza, sulla proprietà delle imprese nonché sugli equilibri e le relazioni del mercato.

Per quanto riguarda i rapporti tra § primo e secondo della norma, da una loro lettura congiunta si evince che la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono legittimi, in concreto, solamente rispetto ad imprese che svolgono funzioni di interesse generale, i cui obblighi di servizio pubblico sono, appunto, controbilanciati dal trattamento

luglio 2000, p. 75, e poi dalle Dir. 2005/81/CE, 28 novembre 2005, in G.U.U.E. L 312, 29 novembre 2005, p. 47, e 2006/111/CE, 16 novembre 2006, in G.U.U.E. L 318, 17 novembre 2006, p. 17, è scritto che va considerata impresa pubblica, sulla base di una valutazione pragmatica e funzionale, «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indiretta-

mente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina».

³ Per una distinzione tra diritti speciali ed esclusivi cfr. l'art. 2 Dir. 95/47/CE, 13 ottobre 1994, in G.U.C.E. L 268, 19 ottobre 1994, p. 15.

⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, la Dir. 80/723/CEE, cit.

favorevole loro accordato. Ciò, tuttavia, non significa che l'art. 106 § 2 TFUE si riassuma semplicemente nell'introdurre una deroga al primo §: il campo di applicazione *ratione personae* dei due §§ si "interseca" ma non è equivalente, dal momento che non tutte le imprese esercenti SIEG, ai sensi del secondo §, sono titolari di diritti speciali o esclusivi in base al primo §. Se è corretta la conclusione per cui, quando vi è un monopolio, è molto frequente che il servizio svolto sia di interesse economico generale e che, in un caso come questo, la lettura combinata dei due §§ è sempre necessaria, costituendo il secondo §, in buona sostanza, l'unica giustificazione per l'esistenza del monopolio medesimo, non è vero il contrario, e cioè che, quando vi è un SIEG, l'impresa che lo svolge sarebbe sempre titolare di un diritto esclusivo. Il risultato è una possibile dissociazione tra art. 106 § 1 e art. 106 § 2 TFUE. Nella sentenza *BUPA*, infatti, è scritto che «il riconoscimento di una missione SIEG [di servizio di interesse economico generale] non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla», dal momento che «[l]a concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG»⁵. Ciò vuole dire che l'attribuzione di una missione di interesse economico generale può consistere in un obbligo imposto a molti o addirittura a tutti gli operatori, come avviene, appunto, nel mercato irlandese delle assicurazioni private di malattia al vaglio del Trib. UE in *BUPA*.

II. I PRESUPPOSTI DI ATTUAZIONE DELL'ART. 106 § 2

L'applicazione dell'art. 106 § 2 è condizionata al rispetto di quattro condizioni, il cui perfezionamento deve essere provato dallo Stato e/o dall'impresa che invoca la norma, al fine di giustificare la re-

strizione del mercato e della concorrenza, in particolare (ma, come si è sopra scritto, non esclusivamente) la concessione, da parte del primo, e/o l'esercizio, da parte della seconda, di diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 106 § 1. Si tratta delle seguenti condizioni: i soggetti beneficiari della deroga devono essere imprese che operano nei settori di interesse economico generale; a tale scopo, le imprese devono essere incaricate dallo Stato; la restrizione alla concorrenza e al libero mercato non deve compromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione; per costituire oggetto di deroga, le norme sulla concorrenza, alle quali dette imprese sono sottoposte, devono "ostare" all'adempimento della missione loro affidata.

Per quel che riguarda la prima condizione, i due concetti chiave sono quelli di "impresa" e di "servizio di interesse economico generale". In questa sede, va ricordato che per impresa si intende qualsiasi soggetto esercente un'attività economica (offerta di merci e/o servizi) in ambito di mercato, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, tenuto presente che non tutte le imprese svolgono, se considerate nel complesso delle loro funzioni, sempre e comunque attività di rilevanza economica. Con la locuzione "servizio di interesse economico generale" si intende qualsiasi attività di carattere economico orientata al perseguimento di finalità di interesse pubblico – quindi non di carattere commerciale – e all'assolvimento di obblighi di servizio pubblico⁶. La triplice circostanza che una tale locuzione sia presente nel TFUE, che non sia mai stata modificata durante le varie conferenze di revisione dei Trattati e che sia stata ampiamente accolta negli atti di diritto derivato e nella giurisprudenza – ma non nel Protocollo sui servizi di interesse generale n. 26 introdotto con il Trattato di Lisbona –, non significa che detta espressione sia esente da dubbi e perplessità. Considerato che è l'attività ad essere economica, non

⁵ Trib. CE, 12 febbraio 2008, T-289/03, in *Racc.* 2008, p. II-81, punto 179.

⁶ C. giust. CE, 10 febbraio 2000, cause riunite

C-147 e 148/97, *Deutsche Post AG c. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS e Citicorp Kartenservice GmbH*, in *Racc.* 2000, p. I-825, punti 37-61.

l'interesse ultimo che caratterizza e definisce il servizio, *stricto iure*, l'espressione corretta sarebbe quella di servizio *economico* di interesse generale piuttosto che quella di SIEG. Quanto alla fornitura e all'organizzazione del servizio, così come all'individuazione della missione di interesse generale e degli obblighi di servizio pubblico che la definiscono (alto livello di qualità, sicurezza, continuità e accessibilità, parità di trattamento, promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti), l'art. 1 Prot. n. 26 sui servizi di interesse generale dispone che le autorità nazionali, regionali e locali godono di "ampia discrezionalità". Nella stessa direzione si pongono il Trib. UE e la C. giust. UE, con la differenza che il primo afferma espressamente che il controllo che le istituzioni UE sono chiamate a compiere deve essere circoscritto alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e dell'assenza di un errore manifesto di valutazione⁷, mentre la seconda si limita a osservare che gli Stati possono, nel rispetto del diritto dell'Unione, «definire l'ampiezza e l'organizzazione dei loro servizi di interesse economico generale», potendo prendere in considerazione «obiettivi propri della loro politica nazionale»⁸.

Per quanto concerne la seconda condizione, l'incarico può provenire da autorità pubbliche operanti sia a livello nazionale

che regionale o locale⁹, a condizione che l'attribuzione dell'incarico avvenga nell'esercizio delle loro funzioni¹⁰. Quanto alla natura giuridica dell'incarico, esso può essere conferito mediante una legge¹¹, un atto amministrativo, come una concessione¹², o altro strumento di diritto pubblico (regolamento, contratto di diritto pubblico, ecc.)¹³. Inoltre, in alcune sentenze, rese ai sensi dell'art. 267 TFUE, i giudici UE, investiti della questione circa la necessità di attribuire la missione di interesse generale attraverso una gara o comunque una procedura di pubblico appalto, rendono esplicito che «non risulta né dal disposto dell'art. [106 § 2 TFUE] né dalla giurisprudenza relativa a tale disposizione» che detta missione debba essere attribuita ad un operatore solo in seguito ad una siffatta procedura¹⁴. Con riferimento alle caratteristiche intrinseche dell'atto di incarico, lo Stato deve definire con precisione il contenuto degli obblighi imposti all'impresa, nel quadro della missione affidatale, individuando esattamente le imprese destinatarie¹⁵. Infine, sulla base di quanto si è già scritto circa la parziale dissociazione, *ratione personae*, tra il primo e il secondo § dell'art. 106 TFUE, l'incarico può essere conferito anche a più imprese private, non rientranti nel novero di quelle previste dall'art. 106 § 1 TFUE. Ciò significa che, nel caso di una

⁷ Trib. CE, 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-2031, punto 216; Trib. CE, 12 febbraio 2008, "BUPA", cit., punti 166-169; C. giust. CE, 22 ottobre 2008, riunite T-309/04, 317/04, 329/04, 336/04, *TV2/Danmark A/S e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-2935, punto 101.

⁸ C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *Racc.* 1999, p. I-5751, punti 103-104; C. giust. UE, 20 aprile 2010, *Federutility e altri c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-265/08, in *Racc.* 2010, p. I-3377, punto 29; C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *Enel Produzione SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-242/10, non ancora pubblicata, punto 29.

⁹ Cfr. la Dec. Comm. UE, 17 dicembre 1981, n. 82/371/CEE, relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 85 del trattato CEE, in G.U.C.E. L 167, 15 giugno 1982, p. 39, modificata dalla Dec. Comm. UE, n. 82/777/CEE, 4 novembre 1982, in G.U.C.E. L 325, 20 novembre 1982, p. 20, punto 65.

¹⁰ C. giust. CE, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, in *Racc.* 1981, p. 2021, punto 6.

¹¹ C. giust. CE, 14 luglio 1971, causa 10/71, *Pubblico Ministero lussemburghese c. Madeleine Muller, vedova J.P. Hein e altri*, in *Racc.* 1971, p. 730, punto 10; C. giust. CE, 10 febbraio 2000, "Deutsche Post", cit., punto 45.

¹² C. giust. CE, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijssele NV*, in *Racc.* 1994, p. I-1477, punto 47.

¹³ Sulla molteplicità delle figure giuridiche dell'atto cfr. C. giust. CE, 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1997, p. I-5815, punti 65-66.

¹⁴ Trib. CE, 15 giugno 2005, "Olsen", cit., punto 239; Trib. CE, 26 giugno 2008, causa T-442/03, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-1161, punti 145-154.

¹⁵ C. giust. CE, 2 marzo 1983, causa 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 483, punti 30-31.

pluralità di soggetti esercenti servizi di interesse economico generale, l'incarico non deve essere conferito separatamente con un atto o un mandato individuale¹⁶.

La terza condizione prevista dall'art. 106 § 2 TFUE consente all'impresa incaricata della gestione di SIEG di avvalersi di una tale deroga a condizione che gli scambi intracomunitari non siano pregiudicati in misura contraria agli interessi dell'UE. Innanzitutto, dal testo della disposizione si desume implicitamente che, in taluni casi, la restrizione del mercato derivante dall'attribuzione *ex lege* dello svolgimento di un'attività di interesse generale in capo ad un'impresa non produce automaticamente effetti negativi sul volume degli scambi tra Stati membri. Tale circostanza, di per sé poco chiara, solleva dubbi ancora maggiori se si considera che la norma ipotizza, sempre in via implicita, che gli scambi possano venire compromessi senza comportare necessariamente una lesione degli interessi UE. Ora, a prescindere dalla formulazione letterale della norma, che sconta, forse più qui che in altre parti, la sua origine fortemente compromissoria, bisogna comprendere in cosa consista la nozione di "interesse dell'Unione", alla luce del quale valutare lo sviluppo degli scambi. Un tale concetto non si identifica semplicemente nella somma di interessi nazionali, potenzialmente confliggenti, in quanto tali, gli uni con gli altri. Né potrebbe essere visto come la somma degli interessi delle imprese operanti nell'insieme degli Stati membri. Non potrebbe neppure qualificarsi come "interesse del mercato interno", posto che quest'ultimo si identifica con lo sviluppo degli scambi, sviluppo che, come si è visto, seppure raramente, può essere turbato senza che l'interesse UE venga messo in discus-

sione. Escluse tutte queste ipotesi, la conclusione è che si tratta di un interesse riconducibile, in maniera immediata, diretta e autonoma, all'Unione, nella sua interezza, e prevalente, proprio per tale ragione, sui singoli interessi nazionali. In quest'ottica, la nozione di interesse dell'Unione, definito in termini positivi e non semplicemente in rapporto agli interessi nazionali, consiste nella realizzazione delle finalità enunciate dall'insieme delle norme dei Trattati aventi una certa incidenza sui rapporti tra Unione e Stati membri in materia di intervento pubblico nell'economia.

III. SERVIZIO UNIVERSALE, PRESUNZIONE DI LEGITTIMITÀ DEI MONOPOLI E SUA INVERSIONE, TRA INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA ED ESTENSIVA DELLA NOZIONE DI "OSTACOLO" ALL'ASSOLVIMENTO DELLA MISSIONE DI INTERESSE GENERALE

Per quanto riguarda la quarta condizione, va svolta una considerazione preliminare circa il campo di applicazione *ratione materiae* dell'art. 106 § 2 TFUE. Laddove la disposizione afferma che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme dei Trattati, "in particolare" alle regole di concorrenza, nei limiti in cui la loro applicazione non osti all'adempimento della missione loro affidata, viene reso esplicito che dette imprese possono godere di un trattamento differenziato non solamente rispetto al diritto *antitrust*, ma anche ad altre regole di diritto primario, tra le quali gli artt. 34 ss. TFUE disciplinanti le libertà di circolazione¹⁷ e soprattutto l'art. 107 TFUE in tema di aiuti di Stato. Ciò detto, è indubbio che la deroga sia portata ad operare soprattutto nei confronti del combinato

¹⁶ Trib. CE, 12 febbraio 2008, "BUPA", cit., punto 183.

¹⁷ C. giust. CE, 10 dicembre 1991, causa C-170/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, in *Racc.* 1992, p. I-5889, punto 27; C. giust. CE, 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.* 1997, p. I-5699, punto 43; C. giust. CE, 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori*

del Golfo di La Spezia Coop. arl e Ministero dei Trasporti e della Navigazione, in *Racc.* 1998, p. I-3949, punto 59; C. giust. CE, 23 maggio 2000, causa C-209/98, *Entrepreneurforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, in *Racc.* 2000, p. I-3743, punto 35; C. giust. CE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, in *Racc.* 2007, p. I-2999, punti 79-80.

disposto dell'art. 106 § 1 con l'art. 102 TFUE ed è in quest'ottica che va qui esaminata.

Fino alla metà degli anni ottanta, le iniziative delle istituzioni UE, innanzitutto quelle poste in essere da Commissione e C. giust. UE, si ispiravano alla tesi secondo cui l'intervento pubblico nell'economia, in particolare nei settori di interesse generale, dovesse ritenersi compatibile *prima facie* e fino a prova contraria con il diritto dell'Unione. Tale assunto si poggiava sull'interpretazione letterale dell'art. 106 § 1 TFUE, il quale, nel presupporre l'esistenza dei monopoli, ne sottintendeva la piena legittimità. Se questi non fossero considerati, in principio, ammissibili ai sensi del diritto UE, sottolineava la Corte, sarebbe evidentemente contraddittoria una norma specifica dei Trattati dedicata alla loro regolamentazione. In questo modo, i giudici presumevano che la concessione di un diritto esclusivo fosse sempre legittima, rientrando nell'ampia discrezionalità concessa dal diritto UE agli Stati in materia di politica economica, in linea con altre norme dei Trattati, tra cui, in particolare, l'art. 345 TFUE, che attribuisce alle autorità nazionali piena libertà rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche. Per molto tempo, dunque, la C. giust. UE, sulla base dell'art. 106 § 1 TFUE, segue un approccio improntato all'indifferenza nei confronti della concessione, da parte dello Stato, di diritti speciali o esclusivi in capo ad imprese pubbliche o private. L'unica condizione posta

alle autorità dei singoli Stati membri era che tali diritti fossero attribuiti al fine di perseguire interessi di natura non economica¹⁸.

Ebbene, se esaminato da solo, l'art. 106 § 1 TFUE non aggiunge nulla di nuovo, essendo il divieto, ivi previsto, imposto agli Stati, di violare i Trattati nella concessione di diritti speciali o esclusivi, connaturato allo stesso sistema UE. Un altro discorso è capire se e in che misura le autorità pubbliche, nel concedere diritti speciali e soprattutto diritti esclusivi ai sensi dell'art. 106 § 1, debbano rispettare norme indirizzate alle imprese, in particolare l'art. 102 TFUE. L'applicazione combinata dell'art. 106 § 1 TFUE con l'art. 102 TFUE, in questo senso, comporta l'imposizione di obblighi nuovi in capo agli Stati membri. Ed è sulla base di questa combinazione tra norme che la C. giust. UE, in concreto, muta approccio.

A partire dalla sentenza *Terminali di telecomunicazione*¹⁹, passando per numerose altre pronunce²⁰, la Corte abbandona l'interpretazione "solitaria" dell'art. 106 § 1 TFUE e la minimalistica applicazione del combinato disposto di questa norma con l'art. 102 TFUE²¹ e, nel confrontarsi direttamente con la questione della compatibilità dei monopoli statali con i Trattati, reinterpreta l'art. 106 § 1 TFUE, letto in combinazione con l'art. 102 TFUE. Tale reinterpretazione si concretizza nell'attuazione del "dogma" della legittimità *ex se* del monopolio. Nel farlo, i giudici, in alcuni casi, si spingono fino a capovolgere l'interpretazione della logica e della *ratio*

¹⁸ C. giust. CE, 30 aprile 1974 causa 155/73, *Giuseppe Sacchi*, in *Racc.* 1974, p. 409, punto 14.

¹⁹ C. giust. CE, 19 marzo 1991, causa C-202/88, in *Racc.* 1991, p. I-1223.

²⁰ C. giust. CE, 27 ottobre 1993, causa C-69/91, *Procedimento penale contro Francine Decoster*, in *Gillon*, in *Racc.* 1993, p. I-5335; C. giust. CE, 27 ottobre 1993, causa C-92/91, *Procedimento penale contro Annick Taillandier*, in *Neny*, in *Racc.* 1993, p. I-5383; C. giust. CE, 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner (DSB)*, in *Racc.* 1997, p. I-4449; C. giust. CE, 12 luglio 1998, causa C-163/96, *Procedimento penale a carico di Silvano Raso e altri*, in *Racc.* 1998, p. I-533; C. giust. CE, 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Procedimento penale a carico di Giovanni Carra e altri*, in *Racc.* 2000, p. I-4217; C. giust. CE, 22 mag-

gio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, in presenza di *Mobilkom Austria AG*, in *Racc.* 2003, p. I-5197; C. giust. CE, 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, in *Racc.* 2008, p. I-349.

²¹ C. giust. CE, 3 ottobre 1985, causa 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*, in *Racc.* 1985, p. 3261; C. giust. CE, 4 maggio 1988, causa 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, in *Racc.* 1988, p. 2479.

sottese all'art. 106 § 1 TFUE elaborata in seno alle istituzioni europee. In questo modo, i giudici realizzano un chiaro *reversement* e sostanzialmente invertono la (indiscussa, fino a quel momento) presunzione di legalità dei monopoli. In questi stessi casi, quindi, la Corte rimette in discussione la dicotomia "esistenza/esercizio" del diritto esclusivo sulla quale si fonda la giurisprudenza precedente, secondo cui l'esistenza del monopolio sarebbe sempre legittima, a differenza del suo esercizio, che andrebbe invece sottoposto al vaglio delle istituzioni europee.

In un tale contesto, è particolarmente significativo che la Corte, nel contribuire a "smantellare" le diverse situazioni di monopolio negli Stati membri, abbia in una prima fase della sua giurisprudenza, *de facto*, sorvolato sull'applicazione dell'art. 106 § 2 TFUE ovvero, laddove si sia posta la questione, lo abbia interpretato in maniera molto restrittiva. Da qui l'obbligo di dimostrare, da parte di Stati e/o imprese che invocavano la deroga, che l'applicazione del diritto *antitrust* rendesse «incompatibile», in potenza o in atto, «lo svolgimento dei compiti affidati» all'impresa incaricata del SIEG. Al centro del ragionamento si poneva, pertanto, la nozione di «ostacolo» all'adempimento dei compiti di interesse generale: ad una sua interpretazione restrittiva corrispondeva, infatti, una rilevante compressione dei margini di applicazione della deroga. Il collegamento tra detta interpretazione e gli obblighi di trasparenza imposti allo Stato è chiaramente effettuato nella pronuncia *Ahmed Saeed*, nella quale la Corte afferma che l'art. 106 TFUE va interpretato nel senso che esso non osta «ad una limitazione degli effetti delle regole di concorrenza purché essa sia indispensabile per l'adempimento di un compito di interesse generale imposto a vettori aerei, a condizione che la natura di tale compito e la sua ripercussione sulla struttura delle tariffe vengano chiaramente determi-

nate»²². Per capire quando sia indispensabile una tale restrizione della concorrenza, le autorità nazionali dovevano provare che non esistessero ipotetici rimedi alternativi alla concessione del diritto esclusivo e quindi che il solo diritto esclusivo garantisse l'assolvimento della missione di interesse generale. Si trattava, pertanto, di applicare il criterio, astratto e comparativo, dell'investitore privato in un'economia di mercato, già utilizzato in altri settori del diritto dell'Unione, inclusi gli aiuti di Stato²³.

Ora, solamente una (ri)valorizzazione dell'art. 106 § 2 TFUE e una (re)interpretazione, maggiormente flessibile, della nozione di "ostacolo" ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE avrebbe consentito agli Stati di giustificare i diritti esclusivi concessi alle loro imprese esercenti SIEG. L'art. 106 § 2 TFUE viene, allora, (ri)scoperto dalla Corte per bilanciare l'espansionismo del diritto UE *antitrust* in importanti settori di interesse pubblico. La logica che si pone alla base di un tale mutamento di indirizzo è evidente: se il diritto esclusivo – formalmente ammissibile – viene oramai considerato, nella maggior parte dei casi, illegittimo, l'unica via da percorrere, per l'impresa che ne è titolare e per lo Stato che lo ha concesso, è quella della sua giustificazione *ex post* ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE. In questo modo, la Corte riequilibra l'orientamento iniziato a partire dalla sentenza *Terminali di telecomunicazione*, col risultato di fornire alla deroga ampia utilità pratica, in linea con la dottrina dell'"effetto utile", valorizzandone il più possibile le potenzialità applicative, rimaste sostanzialmente inesprese per parecchio tempo, attraverso una rimodulazione del principio di proporzionalità: nonostante la reiterata puntualizzazione che «[l']art. [106 § 2 TFUE], in quanto disposizione che consente di derogare alle norme del Trattato, dev'essere interpretato restrittivamente»²⁴, i giudici chiariscono che «il tenore stesso dell'art. [106 § 2 TFUE]

²² C. giust. CE, 17 gennaio 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, in *Racc.* 1989, p. 803, punto 58.

²³ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Régie des*

télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA causa 18/88, in *Racc.* 1992, p. I-5941, punto 22.

²⁴ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 37.

evidenza come deroghe alle norme del Trattato siano consentite purché necessarie all'adempimento della specifica missione affidata all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale»²⁵. In particolare, l'incompatibilità assoluta tra attuazione delle regole *antitrust* e svolgimento della missione di interesse generale lascia il posto all'esigenza che tale svolgimento sia reso non indispensabile ma (solamente) più difficile dall'applicazione delle norme UE. In quest'ottica, la Corte si fonda su una serie di misure adottate dalla Commissione, negli anni novanta, ai sensi dell'attuale art. 106 § 3 TFUE, relative al settore postale, concernenti, in particolare, la regolamentazione del servizio di postacelere in Olanda²⁶ e Spagna²⁷. La Commissione doveva pronunciarsi circa la legalità, in entrambi i paesi, dell'affidamento in esclusiva di tale servizio a determinate imprese. A tale fine occorreva capire se l'estensione della posizione dominante, detenuta da dette imprese, dal mercato dei servizi postali di base ai servizi di postacelere potesse giustificarsi in base all'art. 106 § 2 TFUE. Si trattava cioè di ammettere la possibilità di sussidi incrociati da attività redditizie, non riconducibili alla nozione di SIEG ("postacelere"), ad attività non redditizie (servizio postale di base) esercitate dal medesimo soggetto. Sebbene, in entrambe le misure, la Commissione abbia escluso, in punto di fatto, la compatibilità di questi monopoli legali con i Trattati, il ragionamento proposto, seppure solo abbozzato, si poggiava su un'interpretazione innovativa dell'art. 106 § 2 TFUE. La Commissione, infatti, accetta l'idea che uno Stato membro possa concedere l'esercizio in esclusiva di un servizio non di interesse economico generale, nella misura in cui questo sia necessario per garantire l'equilibrio economico del servizio postale di base, e dunque dell'insieme delle attività svolte dall'impresa già titolare del di-

ritto esclusivo ai sensi dell'art. 106 § 1 TFUE.

Questa tesi viene recepita, perfezionata e sviluppata, nell'ambito della giurisprudenza UE, a partire dalla sentenza *Corbeau*²⁸, che costituisce in questo senso un punto di svolta e che dà inizio alla seconda fase dell'approccio UE all'art. 106 § 2 TFUE. La Corte, in questa pronuncia, al fine di bilanciare l'approccio fortemente pro-concorrenziale adottato in merito all'interpretazione dell'art. 106 § 1 TFUE, valorizza l'art. 106 § 2 TFUE, al punto da ritenere tale norma, in concreto, l'unico strumento, offerto dai Trattati, di giustificazione dei monopoli.

Nella pronuncia era richiesto alla Corte di stabilire se il monopolio della corrispondenza attribuito all'ente postale belga potesse essere giustificato da finalità di interesse generale in ordine a servizi specifici e inscindibili dal servizio di base, come la raccolta a domicilio, il postacelere e la possibilità di cambiare la destinazione del plico in transito. La risposta che dà la Corte è affermativa e si poggia sulle esigenze di universalità del servizio pubblico e sulla considerazione che l'obbligo di fornire il servizio postale universale per la raccolta, lo smistamento ed il recapito della corrispondenza, «soddisfa un bisogno vitale della collettività»²⁹, assolvendo una funzione sociale, dal momento che è prestato, ad un livello qualitativo medio e ad una tariffa unica e fissata ad un livello accessibile a tutti, a chiunque ne faccia richiesta.

Con la sentenza *Corbeau*, quindi, la Corte perviene alla conclusione che, in determinate situazioni, in assenza di monopolio legale, le autorità nazionali sarebbero costrette, per mantenere il proprio equilibrio finanziario, a rinunciare al sistema della perequazione tariffaria e ad adottare delle tariffe differenziate, a discapito degli utenti, soprattutto di quelli appartenenti alle categorie più deboli.

²⁵ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 38.

²⁶ Cfr. la Dec. Comm. UE, 20 dicembre 1989, n. 90/16/CEE, in G.U.C.E. L 10, 12 gennaio 1990, p. 47, punti 16-18.

²⁷ Cfr. la Dec. Comm. UE, 1° agosto 1990, n.

90/456/CEE, in G.U.C.E. L 233, 28 agosto 1990, p. 19, punti 13-14.

²⁸ C. giust. CE, 19 maggio 1993, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533, punti 16-19.

²⁹ Concl. Tesauero, 9 febbraio 1993, causa *Corbeau*, cit., punto 15.

La tesi per cui l'art. 106 § 2 TFUE è invocabile dallo Stato e/o dall'impresa incaricata del SIEG a condizione che risulti compromesso l'adempimento della specifica missione attribuita a quest'ultima, senza che debba essere minacciata la sua stessa sopravvivenza, viene accolta dalla Corte nella giurisprudenza successiva a *Corbeau*, avente per oggetto l'interpretazione congiunta degli artt. 106 § 1 e 102 con l'art. 106 § 2 TFUE. In alcune sentenze i giudici si limitano a riproporre struttura argomentativa e conclusioni della sentenza *Corbeau*, mentre in altre il ragionamento formulato in quest'ultima causa è ulteriormente sviluppato e perfezionato. Una tale estensione riguarda, in particolare, due diversi profili: origine dell'esclusiva e onere della prova.

Quanto all'origine dell'esclusiva, a proposito della questione riguardante la legittimità di clausole d'acquisto e di vendita esclusiva di elettricità disposte nelle condizioni generali di un'azienda regionale di distribuzione di energia elettrica, la Corte, nel soffermarsi sulle condizioni economiche nelle quali si trovava, nel caso di specie, l'impresa esercente il servizio pubblico e sui costi che essa doveva sopportare, nella sentenza *Comune di Almelo*, applica l'approccio *Corbeau* all'ipotesi in cui la riserva di cui essa usufruiva non avesse natura legale, ma dipendesse, invece, dalla condotta di quest'ultima sul mercato³⁰.

Per quanto riguarda la ripartizione dell'onere della prova nell'ambito dell'art. 106 § 2 TFUE, ovviamente, la Corte non mette in discussione l'assunto in base al quale colui che invoca l'eccezione deve dimostrare che siano rispettati tutti i presupposti di attuazione, ivi compreso il principio di proporzionalità. Tuttavia, in talune pronunce, i giudici chiariscono che spetta alla Commissione provare, in positivo, l'inesistenza di altri provvedimenti

meno restrittivi potenzialmente utilizzabili dallo Stato per consentire l'assolvimento delle missioni di interesse generale. Ciò vuole dire che l'autorità nazionale deve limitarsi a dimostrare le ragioni per cui l'abolizione di tali provvedimenti è tale da pregiudicare l'esercizio del diritto in condizioni economicamente accettabili³¹.

Nonostante talune eccezioni all'interpretazione flessibile dell'art. 106 § 2 TFUE esistano, nella giurisprudenza sia della Corte³² che soprattutto del Tribunale³³, ad oggi, vale quanto ribadito nella sentenza *Correos*: perché l'art. 106 § 2 TFUE, possa trovare applicazione non è necessario che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un SIEG, essendo sufficiente che «possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, o che il mantenimento di tali diritti sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili»³⁴.

IV. L'EFFICACIA DIRETTA DELL'ART. 106 § 2

Illustrata la centralità, nell'ambito dell'art. 106 § 2 TFUE, delle due nozioni di «pregiudizio contrario agli interessi dell'Unione» e di «ostacolo all'adempimento della missione di interesse generale», bisogna capire se la loro ricostruzione, con riferimento alle fattispecie oggetto d'esame della Corte, spetti a titolo esclusivo alle istituzioni UE oppure se possa essere svolta anche dalle autorità nazionali, giudici compresi, investiti dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 106 § 2 TFUE. Quanto alla qualificazione di impresa e di incarico della missione di interesse generale, invece, problemi non si pongono, rientrando nella competenza

³⁰ C. giust. CE, 27 aprile 1994, *Comune di Almelo*, cit., punti 46-49.

³¹ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 58.

³² C. giust. CE, 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e altri c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Orde-*

ning en Milieubeheer, in *Racc.* 1998, p. I-4075, punto 67.

³³ Trib. CE, 19 giugno 1997, causa T-260/94, *Air Inter SA c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-997, punto 138.

³⁴ C. giust. CE, 15 novembre 1997, causa C-162/06, in *Racc.* 1998, p. I-9901, punti 34-36.

delle autorità nazionali, il cui esercizio è soggetto al controllo delle istituzioni UE.

In tale sede bisogna capire se le imprese incaricate di un determinato SIEG e/o le imprese concorrenti sottoposte alle regole UE, intenzionate a far cessare l'essenziale dalle regole di concorrenza di cui beneficiano le prime, possano invocare davanti ai giudici nazionali l'art. 106 § 2 TFUE, rispettivamente, per richiederne o contestarne l'applicazione.

Dall'analisi della giurisprudenza si ricava che la Corte, inizialmente, aveva negato che l'art. 106 § 2 TFUE conferisse a persone fisiche o giuridiche posizioni soggettive direttamente azionabili dinanzi ai giudici nazionali. La Corte riteneva, infatti, che la complessa valutazione degli interessi in causa, richiesta dalla norma, fosse di competenza esclusiva della Commissione. Secondo i giudici UE, la *ratio* della disposizione non era dissimile da quella di altre clausole derogatorie delle regole di concorrenza, come l'art. 101, § 3 TFUE, allora prive, appunto, di efficacia diretta. Negli sviluppi giurisprudenziali si è assistito ad un costante mutamento di indirizzo, che ha portato la Corte a consentire l'invocabilità dell'art. 106 § 2 TFUE da parte dei singoli dinanzi ai giudici nazionali, al fine di accertare l'osservanza delle condizioni ivi previste³⁵. Il ragionamento dei giudici UE è stato nel senso di sottolineare che, in assenza del riconoscimento di efficacia diretta dell'art. 106 § 2 TFUE, in particolare della nozione di "ostacolo" all'adempimento della missione di interesse generale, i singoli non avrebbero potuto far valere quei diritti derivanti dai divieti, direttamente efficaci, contenuti nelle norme dei Trattati nei confronti delle quali opera la deroga³⁶.

Il discorso è più complesso per quel che concerne il concetto di "interesse del-

l'Unione" e la valutazione di pregiudizio ad esso arrecato dalla restrizione degli scambi intracomunitari. In buona sostanza, ci si domanda se sia ammissibile estendere integralmente l'efficacia diretta anche alla frase finale dell'art. 106 § 2 TFUE.

La Corte, in qualche caso, ha chiarito che spetta alla Commissione, anche alla luce dell'ampio potere discrezionale conferitole in base all'art. 106 § 3 TFUE, l'obbligo di definire l'interesse dell'Unione al fine di valutare se ed in quale misura sia stato compromesso lo sviluppo degli scambi. In questo senso, mentre la Commissione provvederebbe a controllare *ex post* che gli Stati abbiano correttamente applicato le altre tre condizioni richieste dall'art. 106 § 2 TFUE, in relazione a questa condizione essa eserciterebbe un potere discrezionale ben più ampio, quello cioè di definire, in prima persona e a titolo esclusivo, la nozione di interesse dell'Unione³⁷. Nel seguire tale ragionamento, la Corte ritiene ammissibile scomporre la norma, almeno sotto il profilo dell'efficacia diretta, negando in questo modo la tesi secondo cui l'assenza di un pregiudizio agli scambi contrario agli interessi dell'Unione costituirebbe lo sviluppo logico e normativo del più ampio requisito richiesto dalla prima frase dell'art. 106 § 2 TFUE. Nonostante tali ragionamenti, la Corte pare rifiutare l'automatismo in base al quale la titolarità esclusiva richiede sempre un intervento necessario e preventivo della Commissione. Allo stato attuale, quindi, il giudice nazionale deve, innanzitutto, constatare che il soggetto intenzionato a giovare dell'eccezione sia un'impresa; in secondo luogo, controllare che questa sia stata incaricata di una missione di interesse generale; in terzo luogo, pronunciarsi sul rischio che tale missione

³⁵ C. giust. CE, 17 gennaio 1989, *Ahmed Saeed*, cit., punti 53-57; C. giust. CE, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, in *Racc.* 2002, p. I-691, punti 17-18.

³⁶ C. giust. CE, 27 marzo 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e*

NV Fonior, in *Racc.* 1974, p. 313, punto 18; C. giust. CE, 18 giugno 1991, causa C-260/89, *Elliniki Radiophonía Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, in *Racc.* 1991, p. 2925, punti 33-34; C. giust. CE, 19 ottobre 1995, causa C-19/93, *Rendo e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. I-3319, punti 18-19.

³⁷ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 69.

possa essere compromessa dall'applicazione delle regole dei Trattati. Ebbene, qualora ritenga che queste tre condizioni siano soddisfatte, egli può consentire l'applicazione, *in toto*, dell'art. 106 § 2 TFUE, senza attendere un preventivo "via libera" da parte della Commissione, la quale potrà intervenire per fare prevalere le norme dei Trattati, solamente nel caso in cui ravvisi il rischio di un pregiudizio agli scambi a danno degli interessi dell'Unione.

DANIELE GALLO

Bibliografia

J.L. BUENDIA SIERRA, «Writing Straight with Crooked Lines: Competition Policy and Services of General Economic Interest in the Treaty of Lisbon», in *EU Law After Lisbon*, (eds.) A BIONDI - P. EÉCKOUT - S. RIPLEY, 2012, p. 347 ss.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza "limitata". Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, 2010; M. CREMONA (a cura di), *Market Integration and Public*

Services in the European Union, Oxford, 2011; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; L. HANCHER - P. LAROCHE, «The Coming Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest», in *The Evolution of EU Law*, (eds.) P. CRAIG - G. DE BÚRCA, 2nd edition, Oxford, 2011, p. 743 ss.; V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012; M. KRAJEWSKI - U. NEERGAARD - J. VAN DE GRONDEN (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, 2009; U. NEERGAARD, «Services of General Economic Interest under EU Constraints», in *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, (eds.) D. SCHIEK - U. LIEBERT - H. SCHNEIDER, Cambridge, 2011, p. 174 ss.; W. SAUTER - H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, 2009; E. SZYSZCZAK - J. DAVIES - M. ANDENAS - T. BEKKEDAL (eds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, 2011; J. VAN DE GRONDEN - C.S. RUSU, «Services of General (Economic) Interest post-Lisbon», in *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, (eds.) M. TRYBUS - L. RUBINI, Cheltenham, 2012, p. 413 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

I rapporti tra diritto *antitrust* e diritti di proprietà intellettuale

Sommario: I. L'INTERAZIONE TRA LE DUE NORMATIVE: FINALITÀ CONVERGENTI O CONFLITTO INTRINSECO? – II. I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E LA DISCIPLINA IN MATERIA DI INTESE. – 1. Gli accordi di trasferimento di tecnologia. – 2. Gli accordi di standardizzazione. – III. I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

I. L'INTERAZIONE TRA LE DUE NORMATIVE: FINALITÀ CONVERGENTI O CONFLITTO INTRINSECO?

La normativa a tutela della proprietà intellettuale attribuisce al titolare del bene immateriale una protezione di tipo assoluto. Il titolare di un brevetto, di un diritto d'autore, di un marchio o di altre "privative" ha un diritto esclusivo di sfruttamento di tali beni: può impedirne *tout court* l'utilizzo da parte di terzi o può consentirgli (normalmente mediante la concessione di licenze) imponendo delle limitazioni volte a proteggere i propri interessi¹.

Invero, lo sfruttamento esclusivo, che porta con sé un intrinseco incentivo all'innovazione e uno stimolo alla creatività umana, costituisce la sostanza stessa dei diritti di proprietà intellettuale ("DPI").

Tale caratteristica tipica dei DPI determina un inevitabile intreccio tra la disci-

plina a protezione dei diritti in questione e le regole *antitrust*; intreccio che si risolve, secondo alcuni, in un insanabile conflitto tra i due ambiti normativi, secondo altri, nel perseguimento di obiettivi convergenti.

La seconda tesi è quella sostenuta dall'esecutivo comunitario, che ha, in più occasioni, rilevato come il diritto della concorrenza e la disciplina a tutela della proprietà intellettuale perseguano, pur con strumenti diversi, analoghe finalità, essendo entrambi volti a favorire l'allocatione efficiente delle risorse e ad incentivare la ricerca e l'innovazione². Secondo la Commissione europea, la normativa *antitrust* non si pone in antitesi con la protezione assicurata dai DPI, ma interviene, nei limiti di quanto necessario, per evitare un uso indebito di tali diritti di privativa, in modo da assicurare un confronto competitivo genuinamente basato sui meriti.

Non è questa la sede per approfondire le argomentazioni che stanno alla base dell'una e dell'altra tesi. Ciò che preme rilevare è che l'interazione tra le due discipline ha dato luogo ad una ricca casistica e a diversi interventi regolatori (e di *soft law*), di cui si darà brevemente conto nei §§ che seguono³.

¹ Ovviamente, il titolare di una privativa può anche disporre in via definitiva, cedendo i relativi diritti di sfruttamento a terzi.

² Cfr. Comunicazione della Commissione recante Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del Trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, in G.U.U.E. C-101, 27 aprile 2004, p. 2-42, punto 7; Comunicazione della Commissione recante Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in G.U.U.E. C-11, 14 gennaio 2011, p. 1-72, punto 269.

³ La presente trattazione si concentrerà unicamente sulle principali fattispecie rilevanti ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, tralasciando altri ambiti in cui le normative in questione vengono a contatto: si pensi alle questioni che possono sorgere con riferimento ai DPI nel contesto di accordi di ricerca e sviluppo e di specializzazione (cfr. Reg. 1217/2010/UE della Commissione, 14 di-

cembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101 § 3 TFUE del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo, in G.U.U.E. L 335, 18 dicembre 2010, p. 36-42, e Reg. 1218/2010/UE della Commissione, 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione, in G.U.U.E. L 335, 18 dicembre 2010, pp. 43-47), ovvero nell'ambito di accordi aventi ad oggetto la gestione in comune di diritti d'autore per il tramite di *collecting societies* (cfr., da ultimo, Dec. Comm. UE, 16 luglio 2008, COMP C2/38.698, "CISAC"). Giova altresì ricordare, incidentalmente, la ricca casistica relativa all'interazione tra le discipline nazionali in materia di DPI e le disposizioni sulla libera circolazione delle merci all'interno dello S.E.E. In particolare, si segnala il c.d. «principio dell'esaurimento», in base al quale il diritto di impedire le importazioni di prodotti in

II. I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E LA DISCIPLINA IN MATERIA DI INTESE

1. *Gli accordi di trasferimento di tecnologia.* – Gli accordi tra due imprese relativi al trasferimento di DPI sono stati oggetto di analisi da parte della Commissione europea, nel contesto di regolamenti di esenzione per categoria, sin dagli anni '80. La materia è attualmente disciplinata dal Reg. 772/2004 e dalle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 TFUE agli accordi di trasferimento di tecnologia ("Linee direttrici").

L'evoluzione normativa testimonia il crescente *favor* con cui la Commissione europea ha valutato, negli anni, gli accordi cui si applica il citato regolamento, ovvero quelli di licenza (e, in alcuni casi,

circolazione all'interno dello Spazio Economico Europeo non può essere giustificato da ragioni di tutela della proprietà intellettuale qualora il bene sia stato messo in commercio dal titolare della privativa, o con il suo consenso, in uno qualsiasi dei Paesi dello S.E.E. Sul punto cfr. sentenze della C. giust. CE: 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, in *Racc.* 1974, p. 1147; 14 luglio 1981, causa 187/80, *Merck c. Stephar*, in *Racc.* 1981, p. 2063, (in materia di brevetti); 22 giugno 1994, causa C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik-Uwe Danzinger c. Ideal-Standard - Wabco Standard - "Ideal Standard"*, in *Racc.* 1994, p. I-2789; 17 ottobre 1990, causa C-10/89, *SA Cnl-Sucal c. Hag GF - "HAG II"*, in *Racc.* 1990, p. I-3711 (in materia di marchi); 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro*, in *Racc.* 1971, p. 487; 24 gennaio 1989, causa 341/87, *EMI Electrola GmbH c. Patricia Im- und Export ed altri*, in *Racc.* 1989, p. 79; 18 marzo 1980, causa 62/79, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, ed altri c. Ciné Vog Films ed altri*, in *Racc.* 1980, p. 881 (in materia di diritto d'autore).

⁴ L'art. 1, comma 1, lett. b), del Reg. 772/2004, stabilisce espressamente che «sono considerati accordi di trasferimento di tecnologia anche le cessioni di brevetti, di *know-how*, di diritti d'autore sul *software*, o di una combinazione di tali diritti, ove parte del rischio connesso allo sfruttamento della tecnologia rimanga a carico del cedente, in particolare quando il corrispettivo della cessione dipende dal fatturato realizzato dal cessionario per i prodotti realizzati utilizzando la tecnologia ceduta, dai quantitativi prodotti o dal numero di atti di utilizzazione della tecnologia in questione».

⁵ Si noti che il regolamento si applica solo agli accordi il cui principale obiettivo è il trasferimento dei citati DPI. Con riferimento agli accordi aventi ad oggetto la concessione in licenza di altri diritti di proprietà di beni immateriali (come, ad esempio, i marchi e i diritti d'autore diversi dai

di cessione)⁴ di brevetto, di diritto d'autore sul *software* e di *know-how*⁵.

L'esecutivo comunitario ha, infatti, assunto nei confronti di tali accordi un atteggiamento via via più benevolo, giungendo nel 2004 a dettare regole più flessibili rispetto al passato, attraverso la fissazione di un numero più limitato di restrizioni fondamentali (c.d. «lista nera») e l'introduzione di principi di analisi economica (cui risulta intrinsecamente sottesa la considerazione dei benefici riconducibili ai rapporti contrattuali in questione)⁶.

Il Reg. 772/2004 dispone l'esenzione dall'applicazione dell'art. 101 TFUE agli accordi che intervengono tra due (e solo due) imprese⁷, a condizione che le stesse detengano: *i*) una quota di mercato con-

diritti d'autore sul *software*), il regolamento trova applicazione soltanto quando gli stessi siano direttamente connessi con lo sfruttamento della tecnologia sotto licenza (per esempio, perché volti ad autorizzare il licenziatario ad apporre il marchio del licenziante sui prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza) e non costituiscono l'oggetto principale dell'accordo (cfr. Linee direttrici §§ 49 e 50). Il Reg. 772/2004 non si applica, invece, agli accordi aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi. Giova rilevare, tuttavia, che, in talune circostanze, disposizioni relative alla cessione all'acquirente o all'uso da parte di quest'ultimo di DPI (in particolare relativi a marchi, diritti d'autore e *know-how*) possono rientrare nel campo di applicazione del Reg. 330/2010 in materia di intese verticali. Quanto, poi, alla valutazione di licenze di marchio al di fuori del contesto di regolamenti di esenzione, cfr. Dec. Comm. UE, 23 dicembre 1977, n. 78/253/CEE, IV/171, 856, 172, 117, 28.173, "Campari", in G.U.C.E. L 70, 13 marzo 1978, p. 69-78.

⁶ È stato, inoltre, ampliato l'ambito di operatività dell'esenzione, che si estende ora, come già accennato, anche agli accordi relativi alle licenze di diritti d'autore sul *software*.

⁷ Nel valutare individualmente accordi di licenza conclusi tra più di due imprese, ma aventi la medesima natura di quelli ricompresi nel Reg. 772/2004, la Commissione europea applicherà per analogia i principi enunciati nel regolamento stesso (cfr. Linee direttrici § 40). Si noti come anche i c.d. *pool* tecnologici (ovvero gli accordi volti a mettere in comune delle tecnologie al fine di concedere in licenza – anche – a terzi il pacchetto di DPI in tal modo costituito) non rientrino nel campo di applicazione del Reg. 772/2004, indipendentemente dal numero delle parti coinvolte. Tali accordi risultano, comunque, espressamente disciplinati in un'ampia sezione ad essi dedicata nell'ambito delle Linee direttrici (§§ 210-235). Per quanto concerne la prassi decisionale della Com-

giunta non superiore al 20% nei mercati rilevanti del prodotto e delle tecnologie, se concorrenti; *ii*) una quota di mercato individuale non superiore al 30%, se non concorrenti (sempre con riferimento ai mercati rilevanti del prodotto e delle tecnologie).

L'accordo non deve poi contenere alcune restrizioni considerate fondamentali ("hardcore"). Anche su questo aspetto, il Reg. 772/2004 distingue l'ipotesi in cui le parti siano concorrenti⁸ da quella in cui le stesse operino su mercati diversi.

Sono considerate restrizioni fondamentali tra concorrenti (anche se sono previste talune eccezioni) quelle che incidono sulla libertà di una parte di determinare i prezzi di rivendita, quelle che limitano i quantitativi che le parti possono produrre e vendere, quelle che si risolvono nella ripartizione dei mercati o della clientela⁹ e quelle che impediscono al licenziatario di sfruttare la propria tecnologia o ad entrambe le parti di svolgere attività di ricerca e di sviluppo.

Per quanto concerne gli accordi tra imprese non concorrenti, sono considerate restrizioni fondamentali l'imposizione di un prezzo di rivendita (fatta salva la possibilità di raccomandare un prezzo o imporre un prezzo massimo) e il divieto, per un licenziatario membro di un sistema di distribuzione selettiva e operante nel commercio al dettaglio, di effettuare vendite attive o passive agli utilizzatori finali. Si tratta, in entrambi i casi, di disposizioni sostanzialmente identiche a quelle previste, per i distributori, nel Reg. 330/2010 in materia di intese verticali. Rispetto a tale regolamento, si registra invece, nell'ambito del Reg. 772/2004 (sem-

pre in relazione ad accordi tra imprese non concorrenti), un atteggiamento più permissivo con riferimento alle restrizioni riguardanti il territorio in cui, o i clienti ai quali, il licenziatario può vendere i prodotti contrattuali (art. 4, comma 2, lett. *b*). In particolare, a differenza di quanto previsto nel regolamento sulle intese verticali, il Reg. 772/2004 consente la restrizione delle vendite passive nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo assegnati dal licenziante ad un altro licenziatario nei primi due anni in cui quest'ultimo vende i prodotti contrattuali in quel territorio o a quel gruppo di clienti. In sostanza, è consentito al licenziante di accordare ad un proprio licenziatario una protezione territoriale assoluta, per i primi due anni, durante i quali quest'ultimo è normalmente costretto ad affrontare costi significativi (e spesso irrecuperabili) legati alla prima immissione del prodotto sul mercato. Dopo i primi due anni, tuttavia, la restrizione delle vendite passive tra licenziatari è considerata *hardcore*.

Il regolamento individua, poi, all'art. 5, alcune restrizioni c.d. "escluse", che, seppur non coperte dall'esenzione, non impediscono agli accordi in cui sono inserite di beneficiarne. Si tratta dell'obbligo imposto al licenziatario: *i*) di concedere in licenza esclusiva o cedere, in tutto o in parte, al licenziante (o ad un terzo da esso designato) i diritti relativi ai perfezionamenti separabili od alle nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza realizzati dal licenziatario stesso (c.d. clausola di retrocessione); *ii*) di non contestare la validità dei diritti detenuti dal licenziante nel mercato comune (c.d. clausola di non

missione europea in materia, cfr. i comunicati stampa: IP/00/1135, del 9 ottobre 2000, COMP 37.506, *DVD patent licensing group*, relativo ad un *patent pool* per tecnologia DVD; IP/02/1651, del 12 novembre 2002, COMP 37.920, *3G Patent Platform*, relativo ad un accordo tra produttori di materiale di comunicazione mobile di terza generazione (3G); IP/03/1152, del 7 agosto 2003, COMP 38.787, *Koninklijke Philips Electronics/Sony Corporation* e IP/06/139, del 9 febbraio 2006, caso COMP 38.767, *FIPCOM/ Koninklijke Philips Electronics*, relativi a licenze per CD registrabili Philips/Sony; cfr. anche COMP C3/38.143, *DVB-T*

France Telecom/Matsushita/Philips, in G.U.C.E. C-174, 19 giugno 2001, p. 6.

⁸ Con riferimento agli accordi tra concorrenti, si distinguono quelli "reciproci" (per i quali la Commissione europea mostra un approccio più rigoroso) e quelli "non reciproci" (che vengono trattati con maggiore benevolenza). Per le definizioni cfr. l'art. 1, comma 1, lett. *c*) e *d*).

⁹ Si noti che, a differenza di quanto si dirà *infra* a proposito degli accordi tra non concorrenti, nell'ambito degli accordi tra concorrenti non sono mai ammesse le restrizioni delle vendite passive tra licenziatari.

contestazione)¹⁰, fatta salva la facoltà di prevedere che l'accordo cessi qualora il licenziatario effettui tale contestazione (c.d. *termination clause*)¹¹.

Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione del Reg. 772/2004 sono soggetti a valutazione individuale. Nell'ambito di tale analisi, rivestono particolare importanza l'esistenza di tecnologie sostituibili¹², la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti e degli acquirenti di prodotti realizzati sotto licenza, le barriere all'ingresso e la maturità del mercato. Sono, inoltre, previste regole per la revoca del regolamento in casi individuali, nonché per la sua disapplicazione in caso di reti parallele di accordi simili che coprano più del 50% di un mercato rilevante.

Il Reg. 772/2004 rimarrà in vigore sino al 30 aprile 2014. In vista di tale data, la Commissione europea ha avviato, a fine 2011, una prima consultazione pubblica, conclusa il 3 febbraio 2012. Sulla base delle osservazioni ricevute, è stata poi indetta, il 20 febbraio 2013, una consulta-

zione su nuove bozze di regolamento e di linee direttrici, dalle quali sembra trasparire un atteggiamento più rigoroso con riferimento ad alcuni temi su cui nel 2004 si era, invece, registrata una notevole apertura da parte della Commissione europea¹³.

2. *Gli accordi di standardizzazione.* – Un ulteriore rilevante punto di contatto tra la disciplina *antitrust* e i DPI si riscontra con riferimento ai c.d. accordi di standardizzazione (o normazione tecnica), ovvero a quegli accordi aventi ad oggetto la definizione delle specifiche tecniche o qualitative di prodotti, servizi, processi o metodi di produzione, attuali o futuri. La definizione di uno *standard* (c.d. "norma") può, infatti, comportare – e sempre più frequentemente comporta – l'integrazione di una o più tecnologie protette da diritti di proprietà intellettuale; il che fa sorgere delicati problemi, specialmente in termini di selezione delle tecnologie da includere nello *standard* e di accesso ai relativi DPI da parte dei terzi¹⁴.

¹⁰ La *ratio* che sta alla base di tale esclusione è che i DPI invalidi costituiscono un freno all'innovazione e vanno, pertanto, eliminati (cfr. C. giust. CE, 25 febbraio 1986, causa 193/83, *Windsurfing International c. Commission*, in *Racc.* 1986, p. 611, punto 92, ove si afferma che «manifestamente una clausola del genere non rientra nell'oggetto specifico del brevetto, il quale non può essere interpretato nel senso di garantire una tutela anche contro le azioni di contestazione della validità del brevetto, tenuto conto dell'interesse pubblico all'eliminazione di ogni ostacolo che potrebbe derivare per l'attività economica da un brevetto concesso indebitamente»). Per quanto concerne le clausole di non contestazione concluse nel contesto di accordi di composizione transattiva e di non rivendicazione cfr. Linee direttrici §§ 204-209. Il tema è stato recentemente affrontato in maniera approfondita dalla Commissione europea nel contesto dell'indagine relativa al settore farmaceutico, avviata all'inizio del 2008 e conclusa l'8 luglio 2009. A seguito dell'indagine, la Commissione europea ha condotto "esercizi di monitoraggio" degli accordi di composizione delle controversie brevettuali, cui ha fatto seguito l'avvio di procedimenti formali nei confronti di alcune imprese farmaceutiche. Al riguardo, cfr. Dec. Comm. UE: 2 luglio 2009, COMP 39.612, "Servier (perindopril)"; 7 gennaio 2010, COMP 39.226, "Lundbeck"; 19 aprile 2011, COMP 39.686, "Cephalon"; 18 ottobre 2011, COMP 39.685 "Fentanyl".

Con specifico riferimento al marchio, cfr. Dec. Comm. UE, 23 marzo 1990, n. 90/186/CEE, IV/32.736, "Moosehead-Whitbread", in G.U.C.E. L 100, 20 aprile 1990, pp. 32-37, punto 15.4, in cui la Commissione europea ha ritenuto che una clausola di non contestazione non costituisca una sensibile restrizione della concorrenza, in considerazione della scarsa notorietà del marchio di cui si trattava.

¹¹ In caso di accordi tra imprese non concorrenti, è considerata una restrizione "esclusa" anche quella che limiti la facoltà del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia o delle parti di svolgere attività di ricerca e sviluppo. Si noti che, nel caso di accordi tra concorrenti, la medesima limitazione è considerata una restrizione fondamentale.

¹² Cfr. Linee direttrici § 131.

¹³ Per esempio, la Commissione europea propone di eliminare la previsione (cui si è accennato *supra*) che consente, nell'ambito di accordi tra non concorrenti, di accordare al licenziatario una protezione territoriale assoluta per i primi due anni di attività, allineando così il Reg. 772/2004 al Reg. 330/2010 in materia di intese verticali. Un "passo indietro" si registra anche con riferimento alle clausole di retrocessione ed alla *termination clause*.

¹⁴ Un altro profilo delicato, su cui si concentra l'attenzione della Commissione europea, è quello relativo alla necessità di consentire a tutti i concorrenti di partecipare al processo di definizione della norma.

Queste ed altre questioni sono state oggetto di un intenso dibattito, che ha condotto alla revisione del capitolo dedicato agli accordi di normazione tecnica delle linee guida “orizzontali” (“Linee guida”), ora assai più dettagliato che in passato¹⁵.

In particolare, le Linee guida forniscono un quadro analitico delle procedure che, se seguite dalle organizzazioni di normazione, determinano l’inapplicabilità ai relativi accordi dell’art. 101 § 1 TFUE¹⁶.

La sensazione è che la Commissione europea voglia indurre tali organizzazioni ad affrontare i problemi che possono scaturire dall’introduzione di DPI all’interno di uno *standard* prima della sua adozione, ovvero prima che il settore sia vincolato a determinate tecnologie.

In particolare, la Commissione europea richiede: *i*) che, in fase di definizione della norma, i partecipanti all’accordo rendano nota l’esistenza di diritti di privativa ad essi riconducibili e che possano essere essenziali per l’attuazione della norma stessa¹⁷, e *ii*) che coloro i quali desiderino che la loro tecnologia sia inclusa nello *standard*, si impegnino irrevocabilmente per iscritto – anche in questo caso, prima che sia adottata la norma – a concedere in licenza i relativi DPI a tutti i terzi interessati a condizioni eque, ragio-

nevoli e non discriminatorie (*fair, reasonable and non-discriminatory terms* – c.d. «impegno FRAND»).

Le Linee guida non chiariscono cosa debba intendersi per «condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie»¹⁸. Vengono, però, proposti alcuni metodi che possono essere seguiti per stabilire se il canone richiesto sia ragionevole in relazione al valore economico dei DPI¹⁹.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio le previsioni contenute nelle Linee guida. Giova, però, rilevare come le misure indicate dall’esecutivo comunitario appaiano alquanto pervasive e, in taluni casi, suscettibili di costituire un disincentivo alla partecipazione al processo di standardizzazione da parte dei titolari di DPI.

III. I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E L’ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

In linea generale, qualsiasi impresa, anche se detiene una posizione dominante, è libera di scegliere le proprie controparti commerciali e può, quindi, rifiutarsi unilateralmente di contrarre.

Ciò vale, naturalmente, anche per le imprese (in posizione dominante) che dispongano di DPI²⁰. Per costante giurisprudenza, atteso che l’utilizzo esclusivo

¹⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione recante Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in G.U.U.E. C-11, 14 gennaio 2011, punti 257-335.

¹⁶ La Commissione europea riconosce, tuttavia, che «le organizzazioni di normazione rimangono totalmente libere di istituire norme e procedure che non violano le regole di concorrenza pur essendo diverse» da quelle descritte nelle Linee guida (cfr. § 279). Ove l’accordo di standardizzazione non si conformi ai principi illustrati nelle Linee guida (§§ 280-286), occorrerà prendere in considerazione gli effetti probabili della norma sui mercati interessati. Nel condurre tale valutazione assumono rilevanza diversi fattori, quali le quote di mercato dei beni o dei servizi basati sullo *standard*, la libertà dei partecipanti agli accordi di sviluppare norme o prodotti alternativi (non conformi alla norma concordata), le modalità di partecipazione al processo di definizione, le condizioni di accesso allo *standard*, etc. (Linee guida §§ 292-299).

¹⁷ Ciò al fine di evitare che si realizzino casi di c.d. «*patent ambush*», ovvero situazioni in cui un soggetto, nel partecipare all’adozione della norma, non riveli di essere titolare di DPI relativi a tecnologie essenziali ai fini dello *standard* e successivamente richieda il pagamento di *royalties* per l’utilizzo di tali diritti. Cfr. il noto caso *Rambus*, (v. *infra* III).

¹⁸ La difficoltà di valutare il rispetto di tali condizioni è emersa chiaramente nel caso *Qualcomm* (Dec. Comm. UE, 24 novembre 2009, COMP 39.247, “Qualcomm”). Il procedimento era stato avviato dalla Commissione europea, ai sensi dell’art. 102 TFUE, per valutare se le *royalties* applicate da Qualcomm per l’utilizzo dei propri DPI fossero eccessivamente elevate. L’istruttoria è stata, poi, chiusa nel 2009 dopo che i denunciatori avevano ritirato le segnalazioni (o dichiarato di volerlo fare).

¹⁹ Cfr. Linee guida §§ 289-290.

²⁰ È appena il caso di notare come la titolarità di un DPI non conferisca automaticamente alcuna posizione dominante (cfr. C. giust. CE, 18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena srl c. Eda srl ed altri*, in *Racc.* 1971, p. 69, punti 16 ss.).

fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, anche «un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione»²¹. Ed infatti, se un'impresa in posizione dominante avesse l'obbligo di concedere in licenza a terzi i propri DPI, non sarebbe incentivata ad allocare considerevoli risorse nella ricerca e sviluppo, mentre i concorrenti potrebbero essere tentati di sfruttare i suoi sforzi, anziché investire autonomamente (c.d. "free-riding")²².

In circostanze eccezionali, tuttavia, ove il rifiuto riguardi *input* indispensabili per esercitare un determinata attività, la libertà in parola può essere compresa dal diritto della concorrenza.

La questione in oggetto è stata affrontata per la prima volta dalla Commissione europea nel caso *Magill*²³. In quell'occasione, l'esecutivo comunitario ha condannato tre emittenti televisive, titolari dei diritti d'autore relativi agli elenchi settimanali dei rispettivi programmi, per aver rifiutato di fornire in anticipo tali elenchi ad un editore, che intendeva pubblicare una guida radiotelevisiva completa, contenente informazioni sui programmi di tutte e tre le emittenti. Nel ritenere tali condotte abusive, la Commissione europea ha attribuito un significativo rilievo al fatto che il rifiuto impedisse l'introduzione sul mercato di un nuovo prodotto²⁴,

per il quale esisteva chiaramente una domanda potenziale da parte dei consumatori.

La decisione della Commissione europea è stata confermata dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno ribadito come dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare possa, in «casi eccezionali», derivare un comportamento abusivo. In particolare, nel caso di specie rilevava il fatto che il rifiuto avesse ad oggetto un bene indispensabile per l'attività di cui si trattava, avesse ostacolato l'emergere di un prodotto nuovo, non fosse giustificato e avesse consentito ai titolari di riservarsi un mercato derivato, escludendo qualunque tipo di concorrenza sullo stesso²⁵.

Le condizioni in presenza delle quali un rifiuto di concedere licenze di DPI²⁶ sia riconducibile ad un abuso sono state, poi, chiarite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel noto caso *IMS Health*²⁷.

Il giudizio traeva origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla corte dal Landgericht di Francoforte sul Meno nell'ambito di una controversia tra IMS Health GmbH ("IMS") e NDC Health GmbH ("NDC"), entrambe attive nel mercato dei servizi di dati sulle vendite regionali del settore farmaceutico in Germania. Con la collaborazione dell'industria farmaceutica, IMS aveva creato una struttura c.d. «a 1860 aree» per la

²¹ Cfr. C. giust. CE, 5 ottobre 1988, causa C-238/87, *Volvo AB - Erik Veng Ltd - "Volvo"*, in *Racc.* 1988, p. 6211, punto 8. Cfr. anche C. giust. CE, 5 ottobre 1988, causa 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (Cicra) e Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, in *Racc.* 1988, p. 6039.

²² Cfr. Comunicazione della Commissione recante Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009.

²³ Dec. Comm. UE, 21 dicembre 1988, n. 89/205/CEE, IV/31.851, "Magill", in G.U.C.E. L 78, 21 marzo 1989, p. 43-51.

²⁴ All'epoca, non esisteva una guida omnicomprendiva che fornisse le informazioni sui programmi di tutte le emittenti e i consumatori dovevano, pertanto, acquistare tre guide separate, pubblicate dalle tre emittenti.

²⁵ Trib. CE, 10 luglio 1991, causa T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. II-485; Trib. CE, 10 luglio 1991, causa T-76/89, *Independent Television Publications Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. II-575; C. giust. CE, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91P e C-242/91P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. I-743, punti da 53 a 56.

²⁶ Per quanto concerne, più in generale, la questione circa l'accesso ad una infrastruttura essenziale (c.d. *essential facility*), cfr. C. giust. CE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigenvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG - "Oscar Bronner"*, in *Racc.* 1998, p. I-7791.

²⁷ Cfr. C. giust. CE, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH/NDC Health GmbH - "IMS Health"*, in *Racc.* 2004, p. I-5039, punto 34.

presentazione dei suddetti dati, che funzionava, di fatto, come *standard* del settore. IMS, facendo leva sul proprio diritto d'autore, aveva poi ottenuto dal giudice tedesco diverse ingiunzioni che vietavano a NDC e ad altri operatori di utilizzare strutture derivate da quella a 1860 aree. Nell'ambito di tali giudizi, veniva quindi chiesto alla Corte di giustizia se il rifiuto di concedere la licenza di diritto d'autore sulla struttura a 1860 aree potesse costituire un abuso di posizione dominante²⁸. Nel rispondere al quesito, la corte osservava che, «affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato»²⁹.

Con particolare riferimento alla condizione relativa all'«ostacolo alla comparsa

di un nuovo prodotto», la corte ha rilevato come risultato necessario che l'impresa che chiede la licenza non voglia limitarsi a riprodurre prodotti o servizi che sono già offerti dal titolare del DPI, ma sia intenzionata a proporre prodotti o servizi nuovi non presenti sul mercato e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori.

Tale condizione, che aveva destato rilevanti problemi interpretativi, è stata poi ulteriormente chiarita dal Tribunale di primo grado nel caso *Microsoft*³⁰. Secondo il tribunale, affinché sia soddisfatto il requisito della novità è sufficiente che si ravvisi la possibilità per i licenziatari di innovare il prodotto o il servizio in questione, proponendolo con caratteristiche diverse rispetto all'impresa in posizione dominante³¹. In altre parole, non è richiesto che l'oggetto della privativa serva a realizzare un bene effettivamente nuovo e non esistente in senso proprio sul mercato, ricorrendo il pregiudizio alla concorrenza anche laddove venga ostacolata l'emersione di sviluppi tecnologici³².

Come già si è detto, un altro terreno su cui si intersecano diritti di privativa e

²⁸ La medesima questione era stata oggetto di un intervento anche da parte della Commissione europea, la quale, in sede cautelare, aveva imposto a IMS di concedere ai propri concorrenti, a titolo oneroso, una licenza sulla struttura in parola (cfr. Dec. Comm. UE, 3 luglio 2001, n. 2002/165/CE, COMP D3/38.044, "*NDC Health/IMS Health*", in G.U.C.E. L 59, 28 febbraio 2002, pp. 18-49). L'esecuzione della decisione della Commissione europea era stata, però, sospesa in sede di impugnazione dal presidente del Tribunale di primo grado (ordinanza, 26 ottobre 2001, causa T-184/01 R, *IMS Health/Commissione*) e tale sospensione era stata, poi, confermata dal presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea (ordinanza, 11 aprile 2002, causa C-481/01 P(R), *NDC Health/IMS Health e Commissione*).

²⁹ C. giust. CE, 29 aprile 2004, "*IMS Health*", cit., punto 38.

³⁰ Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corporation c. Commissione* - "*Microsoft*", in *Racc.* 2007, p. II-3601. La Commissione europea aveva ricondotto ad un abuso di posizione dominante il rifiuto opposto da Microsoft, operatore sostanzialmente monopolista nel mercato dei sistemi operativi per *personal computer* (Windows), di fornire alle imprese attive nel mercato collegato dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro (in cui Microsoft deteneva una posizione di dominanza) le informazioni necessarie per consentire l'interoperabilità tra i ser-

ver di queste ultime e i sistemi operativi di Microsoft; informazioni ritenute indispensabili per operare nel mercato dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro, considerata la necessità per i *server* dei concorrenti di Microsoft di dialogare con l'architettura Windows (Dec. Comm. UE, 24 marzo 2004, COMP C-3/37.792, "*Microsoft*").

In via meramente incidentale, si segnala come, nell'ambito della valutazione preventiva di operazioni di concentrazione in settori ad alto sviluppo tecnologico, la Commissione europea sia di recente intervenuta in maniera alquanto pervasiva, subordinando l'autorizzazione delle operazioni in questione all'assunzione di impegni volti essenzialmente a garantire l'interoperabilità tra i prodotti/sistemi dell'impresa dominante e quelli dei concorrenti. Cfr. Dec. Comm. UE: 19 maggio 2006, COMP M.3998, "*Axalto/Gemplus*"; 29 marzo 2010, COMP M.5669, "*Cisco/Tandberg*"; 26 gennaio 2011, COMP M.5984, "*Intel/Mcafee*".

³¹ Sul punto della novità del prodotto, il Trib. UE ha osservato come «il vantaggio artificiale in termini di interoperabilità che la Microsoft si riservava, in forza del suo rifiuto, dissuadeva i suoi concorrenti dallo sviluppare e immettere sul mercato sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro dotati di caratteristiche innovative, a danno, in particolare, dei consumatori» (Trib. CE, 17 settembre 2007, "*Microsoft*", cit., punto 653).

³² In ambito nazionale, si segnala la recentissima sentenza con cui il Consiglio di Stato, annulla

normativa *antitrust* è quello degli *standard* (v. *supra* II.2).

In relazione a tale argomento, con specifico riferimento all'applicabilità dell'art. 102 TFUE, riveste particolare interesse la vicenda che ha riguardato la società *Rambus Inc.*, nei confronti della quale la Commissione europea, nel 2007, aveva avviato un procedimento per accertare un possibile abuso di posizione dominante. *Rambus* era "accusata" di aver fatto in modo che il JEDEC, un'organizzazione di normazione statunitense (di cui anche *Rambus* inizialmente faceva parte), adottasse come *standard*, per le c.d. memorie DRAM, tecnologie su cui essa vantava diritti di privativa, per poi richiedere *royalties* particolarmente elevate per le relative licenze. Il procedimento si è concluso nel 2009 con l'accettazione degli impegni proposti da *Rambus*, consistenti, in sintesi, nella rinuncia alle *royalties* su determinati brevetti e alla pretesa di *royalties* più contenute su altri³³.

Anche un'azione a tutela delle proprie privative può, in circostanze eccezionali, costituire, di per sé, un abuso di posizione dominante.

La questione è stata affrontata dal Tribunale di primo grado nella causa *ITT Promedia*, avente ad oggetto l'impugnazione di una decisione (di archiviazione) della Commissione europea in cui era stato affermato che, affinché un'azione giudiziaria, instaurata da un'impresa dominante per tutelare i propri DPI, sia qualificabile, di per sé, alla stregua di un

abuso occorre che essa *i)* non possa ragionevolmente considerarsi diretta a far valere i diritti dell'impresa e pertanto abbia carattere meramente defatigatorio, e *ii)* sia concepita nell'ambito di un piano avente lo scopo di eliminare la concorrenza. Nel confermare la decisione della Commissione europea, il tribunale ha affermato che «solo in circostanze del tutto eccezionali il fatto di intentare un'azione giudiziaria può costituire un abuso di posizione dominante» e che «i due criteri cumulativi, costituendo un'eccezione al principio generale della tutela giurisdizionale, che garantisce il rispetto del diritto, devono essere interpretati e applicati restrittivamente»³⁴.

Una questione in parte analoga è stata oggetto di una recentissima pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea³⁵ nel noto caso *AstraZeneca*. Nel 2005, la Commissione europea aveva irrogato ad *AstraZeneca* una sanzione di 60 milioni di euro: *i)* per aver reso dichiarazioni deliberatamente ingannevoli dinanzi agli uffici dei brevetti ed ai giudici nazionali di taluni Stati membri, al fine di prolungare illegittimamente la protezione brevettuale del suo farmaco "Losec" (e così escludere dal mercato i fabbricanti di prodotti generici), e *ii)* per aver chiesto strumentalmente la revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio del Losec in Danimarca, Svezia e Norvegia, al fine di ritardare ed ostacolare la vendita di farmaci generici in quei Paesi ed impedire le importazioni parallele del proprio

lando la pronuncia del TAR Lazio, ha confermato il provvedimento assunto dall'AGCM nei confronti di Bayer Cropscience ai sensi dell'art. 102 TFUE (cfr. Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 548). Nel 2011, l'AGCM aveva sanzionato il comportamento posto in essere dalla società, dominante nel mercato italiano dei fungicidi a base di *fosetyl-aluminium*, consistente nel negare l'accesso a due studi, da essa condotti sugli effetti della predetta sostanza sull'uomo e sull'ambiente, ritenuti necessari (in quanto non duplicabili, ai sensi della normativa di settore) per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti a base di tale sostanza. Secondo l'autorità, la situazione era tale per cui risultava «necessario contemperare la discrezionalità del titolare del diritto di privativa in merito alle modalità di esercizio del suo diritto con l'esigenza di preservare la concorrenza».

³³ Cfr. Dec. Comm. UE, 9 dicembre 2009, COMP 38.636, "Rambus".

³⁴ Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione* - "Promedia", in *Racc.* 1998, p. II-2937, punti 60 e 61.

³⁵ C. giust. UE, 6 dicembre 2012, causa C-457/10P, *AstraZeneca AB, AstraZeneca plc c. Commissione* - "AstraZeneca", non ancora pubblicata.

³⁶ Cfr. Dec. Comm. UE, 18 giugno 2005, COMP A-37.507/F3, "AstraZeneca". Nel 2010, il Tribunale UE ha ridotto la sanzione irrogata, ritenendo che la Commissione europea non avesse dimostrato che le condotte poste in essere in relazione al secondo abuso fossero idonee a limitare le importazioni parallele verso la Danimarca e la Norvegia (cfr. Trib. UE, 1 luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. II-2805).

prodotto³⁶. Con riferimento al primo dei due abusi contestati, la corte ha rilevato come il comportamento «costante e lineare» di AstraZeneca, mediante il quale la società aveva deliberatamente tentato di indurre gli uffici dei brevetti e le autorità giudiziarie in errore al fine di mantenere il più a lungo possibile il suo monopolio sul mercato in oggetto, non rientrasse nel concetto di concorrenza basata sui meriti³⁷.

Con riferimento al secondo abuso, la corte ha osservato come sull'impresa che detiene una posizione dominante incomba una particolare responsabilità, che non le consente di «utilizzare procedure normative in modo da impedire o rendere più difficile l'ingresso di concorrenti sul mercato, in assenza di motivi attinenti alla difesa dei legittimi interessi di un'impresa impegnata in una concorrenza basata sui meriti o in mancanza di giustificazioni oggettive»³⁸; ciò anche quando le procedure seguite siano perfettamente legittime in base ad altre norme, diverse dal diritto della concorrenza, che regolino la materia³⁹.

A livello nazionale, nel caso *Pfizer*, il TAR Lazio ha escluso che la mera tutela di diritti e di interessi legittimi costituisca un abuso di posizione dominante. La sentenza aveva ad oggetto un provvedimento con cui l'AGCM aveva sanzionato Pfizer per un abuso di posizione dominante consistente in «comportamenti volti a prorogare artatamente la naturale scadenza della protezione brevettuale accordata al proprio prodotto, mediante utilizzo strumentale ed improprio delle procedure amministrative». Il TAR ha ritenuto che la società farmaceutica non avesse utilizzato impropriamente le procedure amministrative e ha statuito che, al fine di poter

sussumere le condotte volte ad estendere una protezione brevettuale in un illecito anticoncorrenziale, «le stesse devono connotarsi di un evidente intento escludente alla luce di un *quid pluris* che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario»⁴⁰.

ENRICO FABRIZI

Bibliografia

F. AMMASSARI, «Gli accordi di trasferimento di tecnologia», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. CATRICALÀ e P. TROIANO, Torino, 2010, p. 566 ss.; E. AREZZO, «Introductory notes regarding the intersection between intellectual property rights and competition law (1988-2011)», in *Conc. Merc.*, 2012, p. 419 ss.; I. BRINKER, «Competition Law and Copyright: Observations from the World of Collecting Societies», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, vol. 50, The Netherlands, 2012, (a cura di) G. CAGGIANO, G. MUSCOLO e M. TAVASSI, p. 203 ss.; B. CARUSO, «Diritti di proprietà intellettuale e intese restrittive della concorrenza: principali decisioni e sviluppi normativi dell'ultimo decennio nell'ordinamento dell'Unione europea», in *Conc. Merc.*, 2012, p. 481 ss.; F. DENOZZA, «Intellectual Property and Refusal to Deal: "Ad Hoc" versus "Categorical" Balancing», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, cit., p. 259 ss.; G. GHIDINI, «The bride and the Groom. On the intersection between Intellectual Property and Antitrust Law», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, cit., p. 27 ss.; M. GRILLO, «Le linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale», in *Merc. Conc. Reg.*, II, 2011, p. 324 ss.; A. ITALIANER, «Prepared remarks on: Level-playing field and innovation in technology markets», conference on Antitrust in Technology 28 January 2013, Palo Alto (US); V. KORAH, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford, 2006; C.E. MEZZETTI, «Diritto di proprietà intellettuale e abuso di

³⁷ Così facendo, la corte ha, in qualche modo, temperato le conclusioni cui era giunto il giudice di prime cure, affermando che «[I]l Tribunale non ha affatto dichiarato che le imprese in posizione dominante dovessero essere infallibili nelle loro transazioni con le autorità regolamentari e che ciascuna dichiarazione oggettivamente inesatta resa da una siffatta impresa costituisca un abuso di detta posizione, anche quando l'errore fosse stato commesso involontariamente e immediatamente rettificato» (cfr. C. giust. UE, 6 di-

cembre 2012, "AstraZeneca", cit., punto 99 e Trib. UE, 1 luglio 2012, "AstraZeneca", cit., punti 355-361). Cfr. TAR Lazio, sez. I, 9 settembre 2012, n. 7467.

³⁸ Cfr. C. giust. UE, 6 dicembre 2012, "AstraZeneca", cit., punto 134.

³⁹ Cfr. C. giust. UE, 6 dicembre 2012, "AstraZeneca", cit., punto 132.

⁴⁰ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 9 settembre 2012, n. 7467. Nel momento in cui si scrive, è pendente l'appello davanti al Consiglio di Stato.

posizione dominante: da Magill a Microsoft», in *Dir. ind.*, III, 2008, p. 245 ss.; V. MOSCA, «Diritti di proprietà intellettuale e disciplina delle concentrazioni - Rassegna delle decisioni comunitarie (2003-2011)», in *Conc. merc.*, 2012, p. 447 ss.; A. MUSELLI, «I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegna delle decisioni comunitarie (1988-2010)», in *Conc. Merc.*, 2012, p. 425 ss.; L.F. PACE, «Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il «vincolo comunitario» imposto al legislatore nazionale: l'art. 1 l. n. 287/90», in *Riv. dir. pub. com.*, XI, 2001, p. 997; R. PARDOLESI-M. GRANIERI, «Vizi e virtù dei diritti di proprietà intellettuale nell'era digitale», in *Merc. Conc. Reg.*, I, 2004, p. 7 ss.; L. PEPPERKORN, «*IP Licen-*

ces and Competition Rules: Striking the Right Balance», in *World. Comp.*, 2003, p. 527 ss.; S. SATTLER, «*Standardisation under EU competition rules - the Commission's new Horizontal Guidelines*», in *E.C.L.R.*, vol. 32, VII, 2011, p. 343 ss.; M. SCUFFI, «Le interferenze tra i diritti di proprietà intellettuale e la disciplina *anti-trust*: problematiche processuali e sostanziali», in *Conc. merc.*, XIII-XIV, 2005-2006, p. 486 ss.; M. SIRAGUSA, «*The EU Pharmaceutical Sector Inquiry. New Forms of Abuse and Article 102 TFEU*», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, cit., p. 177; L. TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Milano, 2009.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il rapporto tra diritto europeo *antitrust* e diritto nazionale

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. I PRINCIPI GENERALI RICONDUCIBILI ALLA GIURISPRUDENZA. – III. LA DISCIPLINA *EX REG. 1/03* PER LA SOLUZIONE DEI CONFLITTI TRA DIRITTO *ANTITRUST* UE E NORMATIVE NAZIONALI. – 1. L'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 e la disciplina del rapporto tra diritto *antitrust* UE e diritto *antitrust* degli Stati membri. – 2. Il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e le legislazioni nazionali in materia di fusioni. – 3. Il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e normative che perseguono «un obiettivo differente da quello degli artt. [101 e 102]».

I. INTRODUZIONE

Gli artt. 101 e 102 TFUE non impediscono agli Stati membri di emanare normative *antitrust* (o normative che si applichino alle fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE) e ciò determina la possibilità di conflitti tra il diritto *antitrust* UE e le normative dei singoli Stati membri. Anche per tale motivo, l'art. 103 § 2 lett. e TFUE prevede la possibilità di emanare misure per definire i rapporti tra artt. 101 e 102 e misure *ex* art. 103 TFUE, da una parte, e normative nazionali, dall'altra.

Con riferimento ai principi del rapporto tra artt. 101 e 102 TFUE e normative nazionali, la Corte di giustizia ha rifiutato già nella sent. *Walt Wilhelm* il principio della teoria delle due barriere (*Zweischrankentheorie*). Secondo tale risalente impostazione i conflitti, in particolare, tra diritto *antitrust* UE e diritto *antitrust* nazionale non potrebbero sorgere in quanto non vi sarebbe la possibilità di applicazione parallela dei due *set* di divieti *antitrust*. La teoria è stata rifiutata dalla Corte di giustizia che ha sostenuto che «le Autorità nazionali competenti in materia di intese possono instaurare un procedimento [ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale] anche nei casi che costituiscono oggetto di una decisione della Commissione»¹.

¹ C. giust. CE, 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm* e altri contro Bundeskartellamt - "Wilhelm", causa 14-68, in *Racc.p.* 1, punto 4.

Ai fini dell'oggetto della presente voce, per il diritto UE è irrilevante la distinzione tra conflitto fra diritto *antitrust* UE e normative *antitrust* nazionali, da una parte, e fra conflitto tra diritto *antitrust* UE e normative che disciplinano fattispecie rientranti nel campo di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, dall'altra. Il testo dell'art. 103 § 2 lett. e TFUE non distingue infatti tra i due tipi di norme ma prescrive semplicemente *tout court* che «le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di (...) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra».

Quello che per l'UE è rilevante è che gli artt. 101 e 102 TFUE mantengano il loro «effetto utile», cioè che gli Stati membri non prevedano normative, qualunque sia la finalità di queste, che escludano l'efficacia di tali divieti².

Ai sensi del diritto UE, due sono i criteri in base ai quali risolvere i conflitti tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali: *i*) i principi generali del diritto UE; *ii*) le previsioni delle Direttive o Regolamenti eventualmente emanate *ex* art. 103 § 2 lett. e TFUE.

II. I PRINCIPI GENERALI RICONDUCIBILI ALLA GIURISPRUDENZA

Come sopra anticipato, il rapporto tra artt. 101 e 102 TFUE e diritto degli Stati membri è definito dal principio generale secondo cui gli Stati membri non possano emanare normative che rendano «praticamente inefficaci le regole di concorrenza [UE] applicabili alle imprese»³. In altre parole, gli Stati membri non possono emanare normative che permettano alle imprese di porre in essere comportamenti vietati dagli artt. 101 § 1 e 102 TFUE (o

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

vietare intese esentate *ex art.* 101 § 3 TFUE). Sarebbe contraddittorio, da un punto di vista giuridico (ma anche dal punto di vista economico), che gli Stati membri abbiano permesso di definire nel TCEE (e ora nel TFUE) i divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e che, successivamente, gli stessi Stati membri emanino delle misure le quali, al contrario, permettano alle imprese di porre in essere comportamenti vietati dagli artt. 101 e 102 TFUE. Simili normative impedirebbero l'applicabilità del diritto antitrust UE pregiudicandone il c.d. effetto utile.

Questo non esclude però che, secondo i principi generali, le normative nazionali possano vietare più di quanto vietato *ex artt.* 101 § 1 e 102 TFUE. Infatti, se una normativa nazionale vieta un accordo non vietato dall'art. 101 § 1 TFUE o essa vieta un comportamento unilaterale non vietato dall'art. 102 TFUE, ciò non determina alcun pregiudizio per il mercato interno (art. 3, comma 3, TUE)

Il rapporto tra l'art. 101 § 3 TFUE e le normative nazionali presenta una particolarità in quanto l'art. 101 § 3 TFUE disciplina un'eccezione al divieto di cui all'art. 101 § 1 TFUE. Riconoscere che le normative nazionali possano vietare intese esentate dall'art. 101 § 3 TFUE significherebbe violare il principio dell'effetto utile. E infatti, la funzione dell'art. 101 § 3 TFUE, cioè la creazione di «un armonico sviluppo delle attività economiche nel complesso della Comunità»⁴, sarebbe infatti vanificata se misure nazionali vietassero intese al contrario esentate *ex art.* 103 § 3 TFUE. Le intese a cui sia applicabile l'art. 101 § 3 TFUE, sia tramite decisioni individuali, sia tramite Regolamento di esenzione, non possono essere vietate da normative nazionali.

⁴ *Ibidem*, punto 5.

⁵ L'art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 recita: «Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'arti-

Anche in presenza di misure *ex art.* 103 § 2 lett. e TFUE (v. art. 3, reg. 1/03), il principio generale dell'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE mantiene la propria efficacia. L'eventuale violazione di tali principi da parte di norme, eventualmente emanate *ex art.* 103 § 2 lett. e TFUE, determina quindi l'illegittimità di queste ultime.

III. LA DISCIPLINA *EX REG.* 1/03 PER LA SOLUZIONE DEI CONFLITTI TRA DIRITTO ANTITRUST UE E NORMATIVE NAZIONALI

Il legislatore europeo ha emanato misure *ex art.* 103 § 2 lett. e TFUE ai sensi dell'art. 3 Reg. 1/2003. Tale norma disciplina tre differenti ipotesi relative al rapporto tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali.

L'art. 3 comma 1 Reg. 1/03 disciplina l'obbligo per le autorità *antitrust* e giudici nazionali di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE ogni qualvolta essi inizino un procedimento ai sensi del diritto *antitrust* degli Stati membri per casi di rilevanza comunitaria e che rientrino nelle fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE (è quindi ipotizzabile l'applicazione parallela del diritto *antitrust* della UE e degli Stati membri su di una medesima fattispecie)⁵. Il reg. 1/2003 chiarisce che tale obbligo dell'art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 ha la finalità di «garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto [in tale] regolamento» (cons. 8 Reg. 1/2003).

1. *L'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 e la disciplina del rapporto tra diritto antitrust UE e diritto antitrust degli Stati membri.* – L'art. 3 comma 2 prima parte Reg. 1/2003 stabilisce la competenza esclusiva *de facto* del diritto UE con riferimento alle intese

colo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato».

⁶ L'art. 3 comma 2, prima parte Reg. 1/2003 recita: «Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire

che rientrino nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE⁶. Essa impone infatti che «dall'applicazione della legislazione nazionale non [possa] scaturire un risultato diverso da quello prodotto dall'applicazione dell'articolo [101] del Tr. UE» (Comm., XXXII *Relazione sulla politica di concorrenza*, punto 17.4.). La competenza esclusiva *de facto* del diritto *antitrust* UE con riferimento alle intese rientranti nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE è giustificata dal Reg. 1/2003 per la creazione di «condizioni eque per gli accordi, per le decisioni di associazioni di imprese e per le pratiche concordate nel mercato interno» (cons. 8, Reg. 1/2003). Per tale motivo è necessario, secondo il Reg. 1/2003, «definire, a norma dell'articolo [103 § 2 lett. e] del Trattato, i rapporti fra le legislazioni nazionali e il diritto comunitario in materia di concorrenza» (cons. 8, Reg. 1/2003).

L'art. 3 comma 2 prima parte Reg. 1/2003 definisce una regola più rigida al principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE. Infatti, secondo tale disposizione, le discipline nazionali non possono vietare più di quanto imposto dall'art. 101 TFUE, mentre il principio generale dell'effetto utile, al contrario e come sopra già visto, non proibisce (in quanto non necessario per il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 comma 3 TUE e il protocollo 27 sul mercato interno e la concorrenza) che le normative nazionali vietino più di quanto non vietato dall'art. 101 § 1 TFUE, salvo il caso delle intese esentate *ex art.* 101 § 3 TFUE.

Il Reg. 1/2003 distingue correttamente tra accordi che «soddisfano le condizioni dell'articolo [101 § 3 TFUE] del Trattato» e quelli «che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo [101 § 3] del Trattato». La distinzione è

operata in quanto, secondo la giurisprudenza comunitaria, mentre un accordo a cui è riconosciuta una Decisione di autorizzazione *ex art.* 101 § 3 TFUE è certamente vietato ai sensi dell'art. 101 § 1 TFUE, al contrario un accordo che rientri nella disciplina di un Reg. di esenzione *ex art.* 101 § 3 TFUE non è necessariamente in violazione dell'art. 101 § 1 TFUE⁷.

Tale norma presenta rilevanti profili di illegittimità, nell'opinione di chi scrive, in quanto in violazione del principio di proporzionalità⁸.

L'art. 3 comma 2 seconda parte Reg. 1/2003 disciplina il rapporto tra l'art. 102 TFUE e le normative *antitrust* nazionali che regolano fattispecie concrete rientranti nell'art. 102 TFUE prevedendo, in coerenza con il principio generale dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE, che le discipline nazionali possano vietare più di quanto vietato dall'art. 102 TFUE⁹.

2. *Il rapporto tra diritto antitrust europeo e le legislazioni nazionali in materia di fusioni.* – L'art. 3 comma 3 prima parte Reg. 1/2003 prevede una deroga rispetto agli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 Reg. 1/2003. L'art. 3 comma 3 prima parte Reg. 1/2003 prescrive che gli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 Reg. 1/2003 «non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni». La necessità di non applicare l'art. 3 comma 1 Reg. 1/03 riguardo alle normative nazionali in materia di concentrazioni è conseguenza del fatto che le concentrazioni sono configurabili anche come accordi o come pratiche tra imprese e come tali ricadono nel campo di applicazione degli artt. 101 o 102 TFUE ai sensi della giurisprudenza *Philip Morris* e *Continental Can*¹⁰. Se l'ob-

il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato».

⁷ C. giust. CE, 13 luglio 1966, *Repubblica italiana contro Consiglio della Comunità economica*

europea e Commissione, causa 32-65, in *Racc.* p. 296.

⁸ Ci permettiamo di rinviare al nostro, *Diritto europeo antitrust*, Cedam, 2007, p. 199.

⁹ L'art. 3 comma 2, seconda parte Reg. 1/2003 recita: «Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese».

¹⁰ C. giust. CE, 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc.*

bligo dell'art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 fosse applicabile anche al caso di applicazione della normativa sul controllo delle fusioni, le Autorità nazionali *antitrust* valutando una concentrazione non di rilevanza comunitaria secondo il diritto statale (art. 21 comma 3 Reg. 139/2004), costituendo le fusioni fattispecie rientranti nella fattispecie degli artt. 101 e 102 TFUE, dovrebbero iniziare un procedimento anche ai sensi dei divieti *antitrust* europei.

L'art. 3 comma 3 prima parte Reg. 1/2003 prevede quindi una deroga alla disciplina dei casi di conflitto tra diritto *antitrust* UE e normative *antitrust* nazionali (art. 3 comma 2 Reg. 1/2003).

La conseguenza della deroga dell'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 determina la «riemersione» dei principi generali del rapporto tra art. 101 e 102 TFUE e normative degli Stati membri (cioè il divieto per le normative *antitrust* statali di valutare come leciti comportamenti vietati dagli artt. 101 § 1 e 102 TFUE, salvo il caso di intese esentate ex art. 101 § 3 TFUE). Essa, in particolare, determina «la deroga alla limitazione» dell'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 rispetto al principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE. Le normative degli Stati membri relative al controllo delle concentrazioni possono vietare fusioni che non siano vietate ex art. 101 TFUE.

Le normative statali sul controllo delle concentrazioni devono però vietare fusioni che costituiscano una violazione dell'art. 101 TFUE. Esse non possono vietare fusioni che, sebbene vietati ai sensi dell'art. 101 § 1 TFUE, siano esentate ex art. 101 § 3 TFUE o rientrino, ma è un «esempio di scuola», in Reg. di esenzione ex art. 101 § 3 TFUE.

3. *Il rapporto tra diritto antitrust europeo e normative che perseguono «un obiettivo differente da quello degli artt. [101 e 102]».* – L'art. 3 comma 3 seconda parte Reg. 1/03 prevede un'ulteriore deroga a quanto disciplinato dagli artt. 3 comma 1

e 3 comma 2 Reg. 1/2003. L'articolo prescrive che gli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 «non precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli [101 e 102] del Trattato»¹¹.

Il fatto che una norma persegua «principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli [101 e 102] del Trattato» determina delle conseguenze rilevanti in quanto nel caso di applicazione di simili normative l'organo nazionale competente non deve iniziare un procedimento ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE. Quindi nulla esclude, da una parte, che possa essere istruito un procedimento di valutazione relativamente ad un accordo ai sensi di una normativa nazionale siffatta (ad es. in materia di divieto di abuso di dipendenza economica o la disciplina in materia di concorrenza sleale), senza obbligo ex art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 dell'apertura di un procedimento di valutazione della specifica fattispecie ai sensi dell'art. 101 TFUE.

D'altra, nulla esclude, e infatti la norma non preclude tale possibilità, che sia iniziata una duplice valutazione da parte delle competenti Autorità statali. La prima, nei confronti dell'intesa ai sensi della normativa che protegge «un obiettivo differente rispetto agli articoli [101 e 102 TFUE]»; la seconda, in applicazione della disciplina *antitrust* UE e degli Stati membri.

L'art. 3 comma 3 seconda parte, reg. 1/2003 permette quindi di applicare parallelamente due discipline aventi finalità differenti le quali si applicano entrambe, anche se con finalità differenti, alle fattispecie regolate dagli artt. 101 e 102 TFUE.

L'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 prevede che le normative statali che «perseguono (...) un obiettivo differente» dagli articoli [101 e 102 TFUE], possono derogare alla previsione di cui all'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003¹². Nei rapporti tra diritto *antitrust* UE e tali normative si applica quindi il

contro Commissione, causa 6-72, in *Racc.* 1973, p. 215.

¹¹ Riuando alla differenza tra norme di «tutela della concorrenza» e normative che siano dirette

alla tutela di «altri legittimi interessi», v. L.F. PACE, *cit.*, p. 35.

¹² L'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 recita: «Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di di-

principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE (v. *supra* § I) e non le regole definite *ex art.* 3 comma 2 Reg. 1/2003 (cfr. cons. 9 reg. 1/03).

Anche in questo caso (così come nel caso delle normative relative al controllo delle concentrazioni) la deroga dell'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 non ha altra conseguenza se non quella di permettere nuovamente l'applicazione del principio dell'effetto utile del diritto *antitrust*. Tale norma prevede una «deroga alla limitazione» dei principi generali prevista dall'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003.

La conseguenza dell'assenza di una simile eccezione è che una normativa nazionale avente una funzione differente da quella degli artt. 101 e 102 TFUE (ad es. in materia di divieto di abuso di dipendenza economica o la disciplina in materia di concorrenza sleale) non avrebbe potuto vietare un accordo che al contrario sarebbe stato valido ai sensi dell'art. 101 § 1 TFUE. In questa ipotesi l'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 avrebbe imposto che l'intesa, in quanto rientrante nella fattispecie disciplinata dall'art. 101 TFUE, non sarebbe potuta essere stata vietata ai sensi della normativa avente «un obiettivo differente» rispetto a quella degli artt. 101 e 102 TFUE. Questa situazione avrebbe avuto quale conseguenza ultima quella di non permettere la concreta applicazione

di normative nazionali aventi finalità differenti dagli artt. 101 e 102 TFUE. L'eccezione dell'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 non permette però, come espressamente indicato dalla norma stessa, anche la deroga ai principi generali del rapporto tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali (v. cons. 9 Reg. 1/2003), cioè il principio dell'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE. Non è infatti ipotizzabile che tali normative nazionali, le quali tutelano interessi distinti da quelli dell'art. 101 e 102 TFUE, deroghino a tale principio. Le normative aventi «un obiettivo differente» rispetto agli artt. 101 e 102 TFUE non possono quindi rendere lecito un comportamento altrimenti vietato dagli artt. 101 e 102 TFUE o vietare un accordo esentato ai sensi di un Reg. di esenzione per categoria.

LORENZO F. PACE

Bibliografia

P. CASSINIS, «Art. 3 Reg. 1/2003», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Utet Giuridica, 2010, p. 236; L. DANIELE, «Art. 3 Reg. 1/2003», in (a cura di A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè 2007; L.F. PACE, *Diritto europeo antitrust*, Cedam, 2007.

ritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo

delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato».

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'Applicazione extraterritoriale delle regole *antitrust*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. L'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE. – III. (Segue) LA SENTENZA *PASTA DI LEGNO*. – IV. (Segue) RECENTI SVILUPPI. – V. GLI ACCORDI BILATERALI E MULTILATERALI.

I. INTRODUZIONE

Il fenomeno dell'applicazione extraterritoriale del diritto interno, se è ben conosciuto al diritto internazionale privato, ha sollevato numerosi problemi nell'ambito del diritto internazionale pubblico che, com'è noto, vieta agli Stati, in applicazione dell'obbligo di non ingerenza negli affari interni di altri Stati, di svolgere qualsiasi attività, attraverso i propri organi, in territorio altrui, senza il consenso dello Stato ospite. In particolare, il dibattito si è concentrato sull'applicazione extraterritoriale della disciplina della concorrenza, perché in tale settore si registrano importanti ed intricate correlazioni fra mercato (globale) e Stato, fra ambito di intervento privato e ambito di intervento pubblico. L'applicazione delle regole sulla concorrenza di un qualsiasi Stato implica la valutazione automatica della loro efficacia extraterritoriale, ovvero la determinazione degli effetti su fatti o comportamenti lesivi della concorrenza che siano venuti in essere all'estero. Infatti, accade di frequente che una pratica anticoncorrenziale non si esaurisca entro i confini spaziali di uno Stato (ove le imprese in questione hanno la loro sede e/o i loro affari), ma li travalichi, producendo i suoi effetti – talvolta i suoi principali effetti – sul territorio di un altro Stato.

Nondimeno, l'applicazione delle regole sulla concorrenza di uno Stato a comportamenti tenuti da imprese straniere all'estero ha frequentemente incontrato la ferma opposizione da parte degli Stati stranieri interessati, che si è tradotta, talvolta, in proteste diplomatiche volte a far valere lamentate violazioni di sovranità, ma molto più spesso, nell'adozione di legislazioni *ad hoc* dirette a neu-

tralizzare gli effetti extraterritoriali delle norme in questione. Tali legislazioni, note come *blocking statutes* o *lois de blocage*, impediscono l'esercizio dei poteri delle Autorità degli Stati stranieri, vietando la produzione di prove dinanzi ad un tribunale o ad Autorità amministrativa, oppure proibendo il rispetto dei comandi e/o delle direttive emanate da Autorità straniere, ovvero negando il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze pronunciate da tribunali stranieri. In generale, le disposizioni di blocco attribuiscono larghi poteri di intervento, per lo più discrezionali, ad alcune Autorità dello Stato del foro, al fine di far rispettare i divieti da esse stabiliti e fissano sanzioni in caso di inottemperanza delle loro prescrizioni.

Ai limiti introdotti dalle legislazioni di blocco vanno aggiunti quelli eventualmente imposti da norme di diritto internazionale generale al potere degli Stati di attribuire alle disposizioni *antitrust* un determinato ambito di applicazione e di garantirne, in via giurisdizionale o strettamente amministrativa, l'attuazione. Tali limiti vanno ricostruiti in relazione alla volontà dello Stato del foro di portare ad attuazione, al proprio interno, taluni comandi normativi aventi efficacia extraterritoriale. Pertanto, il potere normativo dello Stato potrebbe essere esercitato legittimamente sul suo territorio, ma risultare illegittimo se ed in quanto destinato a produrre effetti all'estero.

In questa prospettiva, vanno considerate tanto le norme che eventualmente decretino l'illegittimità di uno o più criteri di collegamento, isolatamente considerati, che lo Stato può utilizzare per definire l'ambito di applicazione delle proprie disposizioni sulla concorrenza; quanto quelle che stabiliscano criteri utili a dirimere conflitti tra le legittime pretese di due o più giurisdizioni statali.

In ogni caso, la ricerca di principi generali idonei a porre margini alla competenza normativa o a quella giurisdizionale di uno Stato va svolta con riferimento ad

una precisa fattispecie ed al conflitto che in ordine alla medesima si instaura tra le contrapposte pretese sovrane di due o più Stati. Di conseguenza, il giudizio sulla legittimità di un determinato criterio di collegamento ha valore soltanto qualora risponda all'esigenza di risolvere in concreto una controversia.

Guardando alla pratica della regolazione extraterritoriale della concorrenza, l'aspetto più importante (e grave) è quello dell'asimmetria tra normazione e prassi. In realtà, alcuni comportamenti ritenuti illegali in un Paese, sono autorizzati in un altro; talvolta le Autorità competenti sono riluttanti a condannare pratiche che chiaramente falsano la concorrenza; oppure *species* aventi caratteristiche strettamente analoghe sono oggetto di giudizi discordanti. Inoltre, il raccordo tra Autorità – ad eccezione di quelle che, operando nell'UE, fanno parte dell'European competition network (ECN) – appare estremamente fragile ed occasionale. Di sovente, è difficile ottenere da Autorità di altri Paesi le informazioni ed è ancora più faticoso far eseguire le decisioni adottate o riscuotere ammende.

II. L'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE

Nell'ordinamento dell'UE, l'ambito di applicazione della normativa sulla concorrenza risulta semplificato dal dettato degli artt. 101 e 102 TFUE che condiziona l'operatività delle due disposizioni all'esistenza di un effetto anticoncorrenziale delle pratiche vietate sul territorio del mercato interno. Pertanto, la disciplina di cui agli artt. 101 e 102 TFUE si estende potenzialmente a tutti i comportamenti che, pur posti in essere all'estero, producano effetti distorsivi sul libero gioco della concorrenza nell'UE.

¹ Cfr. Dec. Comm. CE, 11 marzo 1964, *Grosfillex-Fillistorf* e 10 giugno 1964, *Benedix-Mertens et Straet*, in G.U. n. 58, 9 aprile 1964, e n. 92, 10 giugno 1964, rispettivamente.

² Cfr., anche, Dec. Comm. CE, 24 aprile 1996, *Gencor-Lonrho*, in G.U. L 11, 14 gennaio 1997.

³ Con Dec. Comm. UE, 28 giugno 2000, COMP/M.1741, "MCI WorldCom/Sprint", in G.U. L 300, 18 novembre 2003, la Commissione ha ritenuto incompatibile con il mercato comune una

La chiarezza delle norme in parola ha influito sulla cospicua prassi delle istituzioni dell'UE, sebbene riflessioni di notevole respiro possano nascere dalle diverse interpretazioni, di volta in volta, prospettate dal principio degli effetti. In particolare, la Commissione ha richiamato espressamente tale principio in ogni sua decisione, mentre il giudice dell'UE ha assunto posizioni difformi ed ha giustificato l'estensione dell'ambito di applicazione del diritto comunitario *antitrust* ad imprese straniere alla luce di vari criteri, talvolta modellati sulla teoria degli effetti, talvolta forgiati sulla c.d. teoria dell'unità del gruppo di imprese, che considera appunto come una sola entità il gruppo economico formato dalla società madre e dalle sue affiliate.

Nello specifico, la posizione della Commissione appare rigorosamente coerente sin dalle prime decisioni del 1964¹, in quanto essa ha utilizzato costantemente il principio degli effetti per valutare la legittimità dell'applicazione della normativa comunitaria in relazione a determinate pratiche anticoncorrenziali². Così, tale Istituzione ha indirizzato le sue decisioni sia ad imprese stabilite nell'UE sia ad imprese stabilite al di fuori del suo territorio³, ritenendo che non avesse alcun rilievo la localizzazione della sede delle imprese responsabili di una restrizione alla concorrenza, ma dovessero essere presi in considerazione soltanto gli effetti prodotti all'interno del mercato comune dalle medesime restrizioni. Pure, attraverso un processo di perfezionamento del principio e di affinamento dei presupposti per il suo corretto funzionamento, la Commissione è giunta ad attribuire rilievo soltanto agli "effetti diretti ed immediati, ragionevolmente prevedibili e d'importanza sostanziale nell'ambito del mercato comune"⁴. In presenza di situa-

concentrazione tra due imprese – la *WorldCom Inc.* e la *Sprint Corp.* – attive nel settore delle telecomunicazioni a livello mondiale ed aventi sede negli Stati Uniti. Sul punto v., anche, Trib., 28 settembre 2004, causa T-310/00, *MCI, Inc. c. Commissione delle Comunità europee - "MCI"*, in *Racc.* 2004, p. II-3253.

⁴ In tal senso le Concl. Comm. UE, cause riunite 6 e 7/73, "ICI" e "Commercial Solvents Corporation", in *Racc.* 1974, p. 230.

zioni particolarmente complesse, tale Istituzione ha comunque ribadito l'importanza degli "effetti qualificati" con argomentazioni approfondite e adeguatamente costruite e collegate.

Al contrario, la Corte di giustizia ha manifestato un orientamento altalenante, che fonda la legittimità della competenza soprattutto sulla teoria dell'unica entità economica, riconducendo i comportamenti delle affiliate comunitarie alle società madri situate al di fuori dell'UE⁵; ma ha utilizzato il criterio della rilevanza degli effetti anticoncorrenziali per il mercato comunitario.

Invero, i giudici di Lussemburgo hanno costantemente esteso il campo di applicazione delle regole comunitarie *anti-trust* a tutti i casi in cui la pratica anticoncorrenziale alterava – direttamente o indirettamente, di fatto o in potenza⁶ – il commercio tra gli Stati membri o la struttura stessa del mercato interno. A tal fine, i medesimi giudici talvolta hanno fatto ricorso, sia pure solo per implicito, alla teoria degli effetti, senza peraltro dimostrarne la vigenza nell'ordine comunitario. Ad esempio nel caso *Beguelin*, del 1971, hanno affermato che, qualora gli effetti di un accordo restrittivo della concorrenza si fossero prodotti sul territorio comunitario, non avrebbe costituito ostacolo all'applicazione delle regole dell'UE il fatto che un'impresa, parte di tale accordo, avesse la sua sede nel territorio di uno Stato terzo⁷. Altre volte, i giudici dell'UE hanno esteso l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE a società di Paesi terzi basandosi sulla circostanza che i comportamenti anti-concorrenziali – e non già gli effetti – si fossero manifestati nel mercato interno. Al riguardo, va ricordato il caso

Dyestuffs o *Ici*⁸ per l'armonia tra le conclusioni a cui giungono la Commissione e la Corte sulla legittimità della propria competenza, sebbene i metodi utilizzati differiscano sostanzialmente. Infatti, la prima Istituzione giustificava la legittimità delle sanzioni che aveva imposto a tre imprese straniere in base alla dottrina degli effetti, pur alludendo agli stretti rapporti di controllo che le società madri avevano sulle affiliate⁹. E tale orientamento veniva seguito dall'avvocato generale che, nelle sue conclusioni, si preoccupava di richiamare i requisiti imposti dal diritto internazionale e di precisare che la teoria degli effetti era applicabile soltanto qualora: *i*) la pratica o l'accordo avesse prodotto una restrizione diretta ed immediata alla competenza comunitaria o nazionale; *ii*) l'effetto fosse razionalmente prevedibile a prescindere dall'elemento intenzionale; *iii*) l'effetto prodotto fosse sostanziale¹⁰. Nondimeno la Corte, schivando il grosso problema delle implicazioni della dottrina degli effetti sull'esercizio dei poteri da parte delle istituzioni dell'UE, legittimava la competenza della Commissione sulla base di un mero criterio di territorialità: il "principio dell'unità economica dell'impresa" o "dell'unità di comportamento" e imputava alla società madre il comportamento anticompetitivo della società partecipata, specificando che allorché una società stabilita in uno Stato terzo avesse utilizzato il suo potere di decisione per imporre ad una affiliata comunitaria una decisione in materia di prezzi concordata con altre imprese sarebbe incorsa in una pratica vietata dall'art. 101 TFUE. Va rilevato che la prudenza del giudice di Lussemburgo era dettata non soltanto dalla volontà di re-

⁵ C. giust. CE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione - "ICI"*, in *Racc.* 1972, p. 619, punto 134; 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione - "Continental Can"*, in *Racc.* 1973, p. 215, punto 16; 6 marzo 1974, "Istituto Chemioterapeutico", punto 36.

⁶ C. giust. CE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *LTM-MBU*, in *Racc.* 1966, p. 261; 13 luglio 1966, cause 56/64 e 58/64, *Costen and Grunding e altri - "Costen and Grunding"*, in *Racc.* 1966, p. 457.

⁷ C. giust. CE, 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin - "Béguelin"*, in *Racc.* 1971, p. 949, punto 10/12.

⁸ Si fa riferimento a C. giust. CE, 14 luglio 1972, "Imperial Chemical", cit., punto 134. Specificamente, la fattispecie riguardava una pratica concordata tra numerosi produttori di materie coloranti con la quale erano stati fissati i prezzi dei prodotti.

⁹ Dec. Comm. UE, 24 luglio 1969, *Materie coloranti*, in G.U. L 195, 7 agosto 1969.

¹⁰ Cfr., Concl. Mayras, 2 maggio 1972., "ICI c. Commissione - "ICI", in *Racc.* 1972, p. 669 ss.

spingere formalmente il principio dell'effetto, a causa delle note controversie sull'autonomia delle società figlie quanto dalla volontà di aprirsi a criteri più lineari e, quindi, di più semplice applicabilità.

III. (Segue) LA SENTENZA *PASTA DI LEGNO*

Se la teoria dell'unità economica si è consolidata in numerose pronunce¹¹, altrettanto numerose sono le decisioni della Corte in contrasto con essa, presentate talvolta come novità assolute talaltra come riprese da passate acquisizioni¹². In realtà, gli improvvisi cambiamenti della Corte - che hanno giustamente sconcerato la dottrina - diventano acrobatici nel noto caso *Pasta di legno*¹³. La "storica" sentenza nasce dal ricorso presentato da quarantuno produttori di pasta di legno, tutti stabiliti fuori dalla (allora) Comunità, contro la decisione della Commissione del 19 dicembre 1984, relativa ad un procedimento di applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza¹⁴. Il ricorso si fondava sul presunto illegittimo esercizio, secondo il diritto internazionale, della competenza extraterritoriale dell'UE.

In particolare, nella decisione impugnata, la Commissione confermava la sua tradizionale adesione alla dottrina degli effetti e riteneva applicabile la disciplina *antitrust* comunitaria alle operazioni e ai comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da imprese site in Stati terzi, allorché essi fossero attuati nel (o anche nel) territorio comunitario e producessero in questo effetti rilevanti. Altrettanto coerenti appaiono le conclusioni dell'av-

vocato generale che ribadiva con fermezza la validità della teoria degli "effetti qualificati" e collegava, quindi, l'esercizio della competenza comunitaria alle conseguenze di comportamenti *antitrust* previamente e specificamente determinati; vale a dire agli effetti diretti, immediati, ragionevolmente prevedibili e sostanziali.

Sebbene gli elementi di fatto e di diritto della fattispecie implicassero almeno una generica valutazione del criterio degli effetti, ancora una volta, la Corte evitava con disinvoltura lo scoglio e legittimava l'esercizio della competenza sulla base del principio di diritto internazionale della territorialità "oggettiva". Infatti, affermava che il divieto di intese anticoncorrenziali trovava applicazione anche nei confronti di imprese non comunitarie, sia che operassero direttamente all'interno del mercato comune; sia che agissero per il tramite di affiliate stabilite nell'Unione; sia, infine, che si limitassero a commercializzare sul territorio comunitario i propri prodotti, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento.

Dunque, il *luogo* dove l'intesa viene "posta in atto" diventava l'elemento fondante la legittimità dell'esercizio della competenza comunitaria soprattutto qualora, come nella specie, l'intesa si realizza all'interno del mercato comune (criterio "dell'implementazione"). Ne conseguiva che, per l'attuazione della normativa dell'UE, fosse sufficiente un legame ragionevole tra la pratica anti-concorrenziale ed il territorio del mercato interno.

La rigida interpretazione ed applicazione del principio di territorialità oggettiva ha sollevato però numerosi dubbi e

¹¹ V. *supra* nota 5. Ed inoltre C. giust. CE, 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm BV e De Peijper c. Sterling Drug* - "Centrafarm", in *Racc.* 1974, p. 1147, punto 41; 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione delle CE "United Brands"*, in *Racc.* 1978, p. 207, punto 28; 20 giugno 1978, *Tepea BV c. Commissione "Tepea"*, causa 28/77, in *Racc.* 1978, p. 1391, punto 47; 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione delle CE - "Hoffman"*, in *Racc.* 1979, p. 461, punto 122.

¹² C. giust. CE, 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave et Koch c. Association Union Cycliste Internationale* - "Walrave", in *Racc.* 1974, p. 1405, punto 11.

¹³ C. giust. CE, 28 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117, e 125-129/85, *Pasta di legno - "Pasta di legno"*, in *Racc.* 1988, p. 5193 ss.

¹⁴ Dec. Comm. CE, 19 dicembre 1984, *Pasta di legno*, n. 85/202/CEE, in G.U. L 85, 26 marzo 1985. In particolare, la Commissione riteneva incompatibile con la disciplina comunitaria rilevante una pratica concertata tra produttori di pasta di legno stabiliti negli Stati Uniti, in Svezia, in Canada, in Finlandia, in Norvegia, in Portogallo ed in Spagna e tra numerose associazioni professionali con la quale venivano fissati i prezzi dei loro prodotti.

perplexità. Non va sottovalutata, in primo luogo, la potenziale discriminazione tra imprese comunitarie ed imprese non comunitarie. Difatti, agli accordi conclusi tra le prime che, di fatto o in potenza, impedissero, restringessero o falsassero la concorrenza era in ogni caso applicabile il divieto di cui all'attuale art. 101, par. 1, TFUE. Viceversa, gli accordi conclusi tra o con imprese non comunitarie erano vietati soltanto qualora producevano un effetto all'interno dell'UE. In secondo luogo, va considerata la difficoltà a giustificare la competenza di diritto comunitario rispetto a condotte omissive realizzate all'esterno; ovvero, se la *condicio sine qua non*, perché la disciplina comunitaria sia operativa, è l'attuazione dell'accordo nell'UE, appare improbabile l'applicazione di tale disciplina alla categoria degli accordi che impongano obblighi di «non fare». Non ricadono, cioè, nel divieto di cui all'art. 101, par. 1 TFUE, quelle pratiche che, impedendo un determinato comportamento, favoriscano talune imprese e, di conseguenza, alterino il gioco della concorrenza.

Successivamente, nel caso *Gencor*¹⁵, il Tribunale, riprendendo quanto affermato nella sentenza *Pasta di legno*, ha precisato che «il criterio dell'attuazione dell'intesa viene soddisfatto con la semplice vendita nella Comunità, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione», ed ancora «qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comunità, l'applicazione del regolamento [4064/89, del 21 dicembre 1989]¹⁶ è giustificato con riferimento al diritto internazionale pubblico». È di palmare evidenza un'apertura del Tribunale alla teoria degli effetti, sia pure circoscritta alla normativa

in materia di concentrazione. Peraltro, anche il considerando 10 del reg. 139/04, del 20 gennaio 2004¹⁷, riprendendo con poche modifiche il considerando 11 del reg. 4064/89, sancisce: «si dovrebbe considerare che una concentrazione abbia dimensione comunitaria quando il fatturato totale delle imprese interessate supera determinate soglie, e ciò indipendentemente dal fatto che le imprese che attuano la concentrazione abbiano o no nella Comunità la loro sede o il loro campo principale di attività, qualora vi svolgano attività sostanziali».

IV. (Segue) RECENTI SVILUPPI

I più recenti atti dell'Unione sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nulla dicono in merito all'applicazione del diritto europeo della concorrenza oltre i confini dell'Unione¹⁸. Qualche riferimento all'argomento si rinviene nelle *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*¹⁹, che richiamano gli effetti transfrontalieri degli accordi illeciti e il criterio di valutazione oggettivo degli stessi e dei loro effetti pregiudizievoli. In particolare, di tali linee si segnalano i seguenti punti: *i*) «Il criterio del pregiudizio al commercio limita il campo di applicazione degli attuali artt. 101 e 102 TFUE agli accordi ed alle pratiche abusive che possono avere un livello minimo di effetti transfrontalieri all'interno della Comunità [oggi Unione europea]. Secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia, la capacità dell'accordo o della pratica di pregiudicare il commercio tra Stati membri deve essere "sensibile"» punto 13; *ii*) «La valutazione degli effetti sul commercio si basa su fattori oggettivi. Non è richiesta l'intenzione soggettiva da parte delle im-

¹⁵ C. giust. CE, 25 marzo 1999, *Gencor Ltd c. Commissione* - "Gencor", causa T-102/96, in *Racc.* 1999, p. II-753).

¹⁶ In G.U. L 257, 21 settembre 1990.

¹⁷ In G.U. L 24, 29 gennaio 2004.

¹⁸ Reg. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE) (G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, pp. 1-25); Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio - Relazione

sul funzionamento del regolamento n. 1/2003 (SEC(2009)574) e la Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato Ce al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02); Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza (G.U. C-101, 27 aprile 2004, pp. 43-53).

¹⁹ In G.U.C.E. 2004 C-101/7.

prese interessate. Se, tuttavia, è provato che le imprese hanno inteso pregiudicare il commercio tra Stati membri, ad esempio perché hanno cercato di ostacolare le esportazioni o le importazioni da altri Stati membri, questo è un fattore pertinente da considerare» punto 25; *iii*) «I termini “possano pregiudicare” ed il riferimento fatto dalla Corte di giustizia a “un grado di probabilità adeguato” implica che non sia necessario, per applicare il diritto comunitario, stabilire se l'accordo o la pratica abbiano o abbiano avuto un'effettiva incidenza sul commercio tra gli Stati membri. È sufficiente che l'accordo o la pratica siano “idonei” ad avere un effetto di questo tipo» punto 26; *iv*) «L'applicabilità del diritto comunitario si estende alle categorie di accordi e di pratiche che sono atte ad avere effetti transfrontalieri, indipendentemente dal fatto che un accordo o una pratica particolari abbiano effettivamente tale incidenza» punto 27; *v*) «L'espressione “correnti degli scambi” ha carattere neutro. Il presupposto non è che il commercio venga ristretto o ridotto. La struttura degli scambi può essere alterata anche quando un accordo o una pratica determinano un aumento degli scambi. In effetti, si applica il diritto comunitario se è probabile che il commercio tra Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe probabilmente sviluppato in sua assenza» punto 34; *vi*) «Quest'interpretazione riflette il fatto che il criterio del pregiudizio al commercio serve a stabilire il diritto applicabile, ossia a distinguere gli accordi e le pratiche che possono avere effetti transfrontalieri tali da giustificare un esame ai sensi del diritto comunitario della concorrenza dagli accordi e dalle pratiche che non hanno tali effetti» punto 35.

Inoltre, il tema dell'applicazione extraterritoriale della normativa europea della concorrenza ha assunto particolare rilievo nell'ambito dei procedimenti di clemenza dinanzi alla Commissione UE²⁰. Infatti, la Comunicazione dell'Unione sul trattamento sanzionatorio favorevole in vigore, precisa, *nell'incipit*, che essa «stabilisce le linee generali per ricompensare la cooperazione all'indagine della Commissione fornita da imprese che fanno o hanno fatto parte di cartelli segreti aventi ripercussioni negative sulla Comunità». Vale a dire che essa trova applicazione al di fuori del territorio dell'Unione, qualora sia stato posto in essere o vi sia la minaccia di un pregiudizio al mercato interno ed ai consumatori europei. Sicché, con riferimento a tale problematica trova conferma ed attuazione la teoria degli effetti. E questo sia perché i procedimenti di *leniency* interessano imprese di nazionalità diverse e di Paesi extracomunitari, sia perché toccano interessi economici “globali”, sia perché coinvolgono solitamente gruppi societari aventi sedi legali tanto nell'UE quanto in altri Paesi. Si tratta, dunque, di procedimenti che richiedono un'effettiva ed efficace collaborazione tra la Commissione europea e le Autorità della concorrenza presenti nel mondo.

Va altresì sottolineato che, in generale, i casi di immunità dalla sanzione terminano con pronunce della Corte di giustizia sulla concessione del beneficio e/o sull'esatto importo dell'ammenda da irrogare. E, non di rado, accade che le imprese facciano valere, tra i motivi di ricorso, l'assoggettabilità a discipline non europee in ragione della propria sede legale al di fuori dell'UE. Motivo che viene puntualmente rigettato dalla Corte in virtù della teoria degli effetti (v. ad esempio caso *Tokai carbon*²¹).

²⁰ Comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese, in G.U.C.E. C-207, 18 luglio 1996, sostituita dalla Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in G.U.C.E. C-45, 19 febbraio 2002, p. 3, a sua volta sostituita dalla Comunicazione del 2006, in G.U.U.E. C-298, 8 dicembre 2006, p. 17.

²¹ Caso *Tokai Carbon* - COMP/37.667. Le imprese che avevano preso parte alle condotte anticompetitive erano otto: la *Sgl Carbon Ag* (Germania), la *Carbone-Lorraine S.A.* (Francia), la *Ibidem Co. Ltd.*, la *Tokai Carbon Co. Ltd.*, la *Toyo Tanso Co. Ltd.*, la *Nippon Steel Chemical Co. Ltd.* (Giappone), la *Intech Edm B.V.* (Olanda) e la *Graftech International Ltd.* (Usa), che ha ottenuto la piena immunità per aver informato la Commissione eu-

V. GLI ACCORDI BILATERALI E MULTILATERALI

Il sistema descritto è arricchito e completato da dettagliati meccanismi di cooperazione e di coordinamento dell'attività delle Autorità competenti che sono stati predisposti, da un lato, per la crescente interdipendenza delle economie nazionali; dall'altro, per la notevole importanza che la corretta applicazione del diritto della concorrenza ha per il funzionamento dei mercati e degli scambi. Inoltre, come già notato, in mancanza di collaborazione tra Autorità competenti, il rischio di conflitti è molto alto per la possibilità che siano adottate decisioni contraddittorie e per l'elevata probabilità che siano messi in causa gli interessi fondamentali di un altro Paese.

In tale contesto, vanno evidenziati gli effetti positivi della cooperazione tra la Commissione europea e l'*Antitrust Division del Department of Justice (DOJ)* degli Stati Uniti, instauratasi già da alcuni decenni. La collaborazione tra Unione e Usa ha permesso la risoluzione, in via amministrativa e/o giudiziaria, dei procedimenti mediante conferma ed applicazione della teoria degli effetti così come formulata dalla giurisprudenza dell'Unione. La maggiore parte dei procedimenti recenti ha riguardato il settore delle telecomunicazioni, dei trasporti aerei o della tecnologia (ad esempio, i casi: *WorldCom/Mci*²², *General Electric/Honeywell*²³, *Amadeus*²⁴).

L'UE opera di concerto con le omologhe Autorità degli Stati terzi anche nel quadro di accordi internazionali appositamente stipulati. Tale collaborazione spesso è accessoria alla politica commerciale, oppure è la prima tappa verso l'eventuale adesione. Sotto il primo profilo va osservato che, sebbene gli accordi commerciali non siano in principio diretti a regolare la concorrenza tra le parti, ac-

canto a generici obblighi politici di cooperazione per disciplinare l'intervento delle imprese sui mercati interessati, contengono spesso disposizioni di grande rilievo per il settore indicato.

Sotto il secondo profilo va ricordato che numerosi accordi di associazione accolgono disposizioni dirette a disciplinare il libero gioco della concorrenza tra le parti. Per tal via, gli Stati terzi si impegnano ad introdurre nel loro ordinamento disposizioni analoghe a quelle comunitarie ed un comitato paritetico d'associazione sorveglia il rispetto degli obblighi assunti. Il sistema incontra tuttavia un limite dovuto all'impossibilità di sanzionare comportamenti anti-concorrenziali alla luce dell'accordo; infatti, è lasciato alla discrezionalità degli Stati prevedere appropriate sanzioni in caso di violazione delle norme disciplinanti la concorrenza.

A ciò vanno aggiunti taluni accordi specifici, quali i trattati bilaterali con gli Stati Uniti d'America²⁵, il Canada²⁶, il Giappone²⁷ e la Corea²⁸; nonché i memorandum d'intesa con il Brasile (firmato il 9 ottobre 2009), la Cina (firmato il 6 maggio 2004) e la Russia (firmato il 10 marzo 2011). In tali intese, le attività di cooperazione sono basate sul principio della *comitas gentium*, sia negativa sia positiva, e sono attuate mediante svariati strumenti: la notifica, lo scambio delle informazioni, il coordinamento delle attività e l'assistenza tra le Autorità competenti.

Sempre nell'ambito delle questioni attinenti l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE al di fuori dell'ordinamento UE, esistono poi contesti di collaborazione multilaterale. Innanzitutto, a partire dal 1° gennaio 1994, norme *antitrust* corrispondenti ai contenuti degli artt. 101 e 102 TFUE sono in vigore all'interno dello Spazio Economico Europeo (composto dai Paesi UE e dai rimanenti Stati aderenti all'Aels - Associazione europea di libero scambio).

ropea del cartello. Sulla questione v. altresì Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03, T-91/03, *Tokai Carbon* - "Tokai Carbon", in *Racc.* 2005, II-1181, e C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05 P, *SGL Carbon c. Commissione* - "SGL", in *Racc.* 2007, I-3921.

²² Dec. Comm. 2003/790/CE, COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, in G.U.C.E. L 300, 2003, p. 1.

²³ Dec. Comm., 13 luglio 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, G.U.C.E. L 48, 2004, p. 1.

²⁴ Cfr. comunicato stampa della Commissione, IP/00/835, del 25 luglio 2000.

²⁵ In G.U.C.E. L 95, 27 aprile 1995, pp. 47-50.

²⁶ In G.U.C.E. L 175, 10 luglio 1999, p. 50.

²⁷ In G.U.C.E. L 183, 22 luglio 2003, p. 12 ss.

²⁸ In G.U.C.E. L 202, 4 agosto 2009, p. 36.

Meno stringenti, sotto il profilo considerato, gli accordi conclusi tra l'UE ed i Paesi in via di sviluppo che non impongono allo Stato terzo l'obbligo di disciplinare l'attività delle imprese sul mercato secondo i rigorosi parametri comunitari, giacché in taluni Paesi in via di sviluppo la stessa nozione di libertà di concorrenza è sconosciuta. In generale, questi Paesi sono parti dell'accordo multilaterale di Cotonou, entrato in vigore il 1° aprile 2003 (G.U.C.E. L 317, 15 dicembre 2000).

In siffatto contesto, la cooperazione tra le parti è diretta ad assicurare il costante sviluppo delle capacità giuridiche e normative necessarie a tutelare la libertà economica, ad impedire che sia ostacolata la competitività ed a salvaguardare le esigenze dei consumatori. Invero, le parti riconoscono la fondamentale importanza delle regole di concorrenza per garantire un contesto favorevole agli investimenti, un processo di industrializzazione durevole e un accesso trasparente ai mercati. Di conseguenza, viene vietato – sia pure a determinate condizioni – ogni tipo di pratica anti competitiva, compreso l'abuso di posizione dominante sul mercato comunitario e/o sul territorio degli Stati ACP.

Inoltre, la Commissione partecipa attivamente alle attività di un certo numero di organizzazioni multilaterali come, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), l'UNCTAD, l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). In tali sedi viene promossa la convergenza delle politiche attraverso il dialogo e lo scambio di opinioni e, in alcuni casi, attraverso la creazione di pratiche raccomandate. Più precisamente, il dibattito è concentrato soprattutto sui cartelli internazionali *hard core*, il cui "nucleo duro" è costituito da accordi orizzontali (tra imprese concorrenti) che producono gli effetti più nocivi per i consumatori e per il commercio internazionale, in quanto diretti a fissare i prezzi o le quantità prodotte e a ripartire i mercati. Tra questi, i cartelli all'esportazione rappresentano la pratica anticompetitiva più grave sul piano internazionale, giacché, molto frequentemente, l'Autorità del Paese "vittima" non è in grado di condurre un'azione adeguata alla reintegra-

zione dei danni, mancando di poteri all'uopo necessari. D'altro canto, l'Autorità del Paese da cui la condotta *antitrust* ha origine non dispone di poteri adeguati, oppure non ha interesse a cooperare, proprio perché la pratica non produce effetti negativi sul mercato nazionale.

Infine, va segnalato che il sistema più evoluto di collaborazione è rappresentato dall'*International Competition Network* (ICN), costituito tra le Autorità di concorrenza di tutto il mondo. Il *forum* internazionale è stato costituito a New York il 25 ottobre 2001, sulla base di un progetto predisposto inizialmente dal *Department of Justice* e dalla *Federal Trade Commission* statunitensi, dal *Canadian Competition Office* e dalla Commissione europea. L'ICN è soprattutto una rete virtuale che, grazie al suo carattere informale, ha facilitato i contatti tra i suoi membri, anche attraverso congressi annuali e riunioni periodiche in cui vengono discusse problematiche di rilievo ed esaminate questioni relative a pratiche anticompetitive di interesse comune.

L'adesione all'ICN è volontaria ed aperta a tutte le Autorità di concorrenza nazionale o multinazionale competenti a dare attuazione alla normativa *antitrust*. L'ICN coopera molto attivamente con le organizzazioni internazionali (ad esempio, OCSE, OMC, UNCTAD), con le associazioni di professionisti, le associazioni di consumatori e, più in generale, con gli esperti di settore (ad esempio, accademici).

L'obiettivo dell'ICN è la realizzazione di una convergenza procedurale e sostanziale nell'applicazione della normativa *antitrust* attraverso la definizione di principi-guida e l'adozione di raccomandazioni non vincolanti dirette ad eliminare le difficoltà di procedure farraginose o duplicative, per avvantaggiare i consumatori e per migliorare la cooperazione internazionale in materia di tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati. Nel caso in cui viene raggiunto un consenso generale su talune raccomandazioni o «*best practices*», la loro attuazione è rimessa alle Autorità nazionali.

Bibliografia

- R. ADAM, «Limiti esterni delle norme comunitarie sulla concorrenza», in *Riv. dir. internaz.*, 1975, p. 254 ss.; G. ADINOLFI, «Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust fra politica commerciale e politica della concorrenza», in *Comun. e studi*, vol. XXII, 2002, p. 413 ss.; D. AGUS, «Una global governance della concorrenza?», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, II, p. 345; V. CHIMIANTI, «L'interazione tra la politica antitrust e gli scambi commerciali: problemi e prospettive», in *Dir. comm. internaz.*, 2007, IV, p. 829; M. DE BELLIS, «Gli standards globali per i servizi finanziari: concorrenza e reciproco rafforzamento tra diversi modelli di amministrazione globale», in *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, (a cura di) S. CASSESE - M. CONTICELLI, Milano, 2006, p. 153 ss.; P. DEMARET, «L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?», in *RTDE*, 1985, p. 1 ss.; Id., «L'application du droit communautaire de la concurrence dans une économie mondiale globalisée. La problématique de l'extraterritorialité», in *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne*, (ed.) J.F. BELLIS, Baden-Baden, 2001, p. 13 ss.; M. DEMETRIOU - A. ROBERTSON, «US Extra-territorial Jurisdiction in Antitrust Matters: Recent Developments», in *Eur. CLR.*, 1995, p. 461 ss.; P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza oltre i confini comunitari tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005; E.M. FOX, «The WTO's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition», in *JIEL*, 2006, 271 ss.; Id., «Can We Solve the Antitrust Problems of Globalization by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy», in *Antitrust Bulletin*, 2003, p. 370; A.T. GUZMAN, «The Case for International Antitrust», in *Berkeley Journal of Internat. Law*, 2004, XXII, p. 359; F. MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale. Il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 2003; B. NASCIBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, p. 309 ss.; L.F. PACE, «L'applicazione decentrata», in *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - Aspetti procedurali*, G.L. Tosati - L. Bellodi, Milano, 2004, p. 221 ss.; Id., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005; C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement - Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Napoli, 2012, p. 133 ss.; P. PICONE, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale», in *Aa.Vv.*, *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, p. 81 ss.; C. PLAIDY, «L'accord entre les Communautés européennes et les Etats-Unis concernant la mise en oeuvre du principe de courtoisie active: une étape vers l'internationalisation du droit de la concurrence», in *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, p. 4 ss.; G. TESAURO, «Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali», in *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, p. 19.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il procedimento *antitrust* dinanzi all'AGCM

Sommario: I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO ANTITRUST AVANTI ALLA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. – II. PRE-ISTRUTTORIA. – III. FASE ISTRUTTORIA. – 1. AVVIO DEL PROCEDIMENTO. – 2. POTERI ISTRUTTORI. – IV. SUB-PROCEDIMENTO CAUTELARE. – V. SUB-PROCEDIMENTO IMPEGNI. – VI. PARTECIPAZIONE DI SOGGETTI TERZI. – VII. COMUNICAZIONE DELLE RISULTANZE ISTRUTTORI. – VIII. DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI. – 1. IL DIRITTO AD ESSERE SENTITI. – 2. L'ACCESSO AL FASCICOLO.

I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO ANTITRUST AVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

La disciplina dei procedimenti che si svolgono dinanzi all'Autorità, sia ai fini dell'accertamento della violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, che degli artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, si desume dal complesso di *più fonti normative*: da alcune disposizioni della l. n. 287/90; dal d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, adottato ai sensi dell'art. 10 c. 5, l. n. 287/90 recante il regolamento sulle procedure istruttorie¹, che disciplina le fasi del procedimento istruttorio, i poteri di indagine dell'Autorità e i diritti delle parti e dei terzi; dalle delibere con le quali l'Autorità ha adottato la Comunicazione per l'applicazione dell'articolo 14-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287 (misure cautelari)², la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 l. n. 287/90 (programma di clemenza nazionale)³, la Comunicazione sulle Procedure di applicazione dell'art. 14-*ter* l. n. 287/90 (impegni)⁴.

Le citate Comunicazioni adottate dall'Autorità costituiscono da un lato un ele-

mento di trasparenza e di certezza del diritto per le imprese sottoposte agli accertamenti, dall'altro un vincolo per la stessa Autorità. Da ciò discende, secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo⁵, che l'eventuale inosservanza delle disposizioni a cui la stessa Autorità si è autovincolata determina un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

La disciplina del procedimento *antitrust*, che risulta dal complesso normativo appena descritto, presenta un *carattere di specialità* rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo prevista dalla l. n. 241/90; tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina e affermato dalla giurisprudenza, il complesso dei principi ricavabili dalla l. n. 241/90 si pone come canone interpretativo delle leggi di settore, eventualmente imponendo di non fermarsi ad una interpretazione letterale della *lex specialis*, ma di cercare, tra i significati e le interpretazioni possibili di un testo, quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore⁶.

Come si è visto *supra*, la disciplina nazionale è largamente ispirata alla corrispondente disciplina comunitaria, sicché, nonostante alcune differenze anche significative, si registra una certa specularità fra norme comunitarie e nazionali, che consente di utilizzare la giurisprudenza comunitaria quale utile parametro per verificare la legittimità e correttezza dei procedimenti svolti dinanzi all'Autorità.

Incidentalmente va rilevato che la

¹ Reg. in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, in Gazzetta Ufficiale del 9 luglio 1998, n. 158.

² Delibera AGCM 14 dicembre 2006, n. 16218 pubblicata sul sito istituzionale www.agcm.it.

³ Delibera AGCM 15 febbraio 2007, n. 16472, successivamente modificata dalla Delibera AGCM 6 maggio 2010, n. 21092 pubblicata sul sito istituzionale www.agcm.it.

⁴ Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863 - Procedure di applicazione dell'art. 14-*ter* l. 10 ottobre 1990, n. 287, in *Boll.* n. 35 del 17 settembre 2012.

⁵ TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964; 10 maggio 2010, n. 10572 confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230.

⁶ Consiglio di Stato, VI, 12 novembre 2012, n. 7265.

riforma introdotta dal Reg. n. 1/03 richiederebbe un adeguamento della disciplina nazionale, con particolare riguardo all'abolizione del sistema di notifica delle intese, che rimane invece previsto a livello nazionale dall'art. 13 l. n. 287/90.

Lo scopo delle regole procedurali nazionali, così come quelle comunitarie, è quello di assicurare il pieno esercizio dei diritti di difesa delle imprese indagate, nel rispetto del principio c.d. di "parità delle armi", elaborato dalla giurisprudenza dell'Unione. A tale scopo, infatti, è volta la minuziosa regolamentazione dei poteri istruttori dell'Autorità, nonché dei diritti e facoltà delle parti, con particolare riguardo al diritto di essere sentiti e di accedere agli atti del fascicolo istruttorio, come si vedrà meglio nel prosieguo.

Anche a livello nazionale, come prima a livello comunitario, si è affermata la natura amministrativa del procedimento che si svolge dinanzi all'Autorità e, conseguentemente, l'impossibilità di applicare gli istituti e le norme di carattere processuale, sebbene la natura "contenziosa" delle procedure conferisca un ruolo centrale ai principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese indagate, in una logica di tutela dei loro diritti di difesa⁷.

Il procedimento *antitrust* dinanzi all'Autorità si suddivide in tre fasi: *i*) la fase pre-istruttoria, che precede l'apertura formale del procedimento; *ii*) la fase istruttoria, che è volta ad acquisire gli elementi di prova utili all'accertamento della violazione ipotizzata in sede di avvio in contraddittorio con le parti; *iii*) la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

II. PRE-ISTRUTTORIA

La fase che precede l'apertura dell'istruttoria è caratterizzata dalla *informalità*, diversamente dalla corrispondente disciplina comunitaria. Infatti, né l'art. 12 c.c. 1, l. n. 287/90, né il Reg. sulle procedure istruttorie regolano nel dettaglio la

fase pre-istruttoria; a differenza della Commissione, in questa fase l'Autorità non dispone di poteri istruttori di accertamento. Ciò significa che, al fine di valutare la sussistenza del *fumus* della sussistenza della violazione ai fini di un eventuale avvio dell'istruttoria, l'acquisizione degli elementi utili è sostanzialmente rimessa alla collaborazione dei soggetti destinatari delle richieste di informazioni, non essendo queste assistite da poteri sanzionatori in caso di omessa o insufficiente risposta. Né, in questa fase, l'Autorità dispone di poteri ispettivi, che potranno essere esercitati solo dopo l'avvio del procedimento. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che gli adempimenti posti in essere informalmente nella fase che precede l'avvio dell'istruttoria sono non solo legittimi, ma doverosi, rispondendo a criteri di economicità e buon andamento dell'attività amministrativa secondo cui l'avvio di un procedimento *antitrust*, in particolar modo a seguito di denuncia, deve essere preceduto da una prima delibazione degli elementi a disposizione⁸. L'Autorità può avviare un procedimento *ex officio* sulla base di istanze, segnalazioni, denunce di terzi interessati (pubbliche amministrazioni, privati, associazioni di consumatori – cfr. art. 12 c.c. 1, l. n. 287/90); di domande di ammissione al programma di clemenza; di elementi informativi in qualunque modo acquisiti e a sua disposizione. Anche una denuncia anonima può ritenersi idonea ad attivare i poteri pre-istruttori e istruttori dell'Autorità⁹.

Con riguardo alla *durata della fase pre-istruttoria*, il giudice amministrativo ha ritenuto che non possa riscontrarsi alcuna compromissione del diritto di difesa delle parti derivante dal ritardo con cui l'Autorità procede all'avvio, evidenziando che il lasso temporale che intercorre tra l'arrivo della segnalazione e l'avvio dell'istruttoria si configura come necessario a valutare la sussistenza di un *fumus* di un infrazione¹⁰.

⁷ TAR Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873.

⁸ Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2002, n. 652; 30 agosto 2002, n. 7451; 27 gennaio 2004, n. 3729.

⁹ Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864.

¹⁰ Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2009, n. 1012; 2 marzo 2009, n. 1190.

Qualora l'Autorità ritenga che non sussistono elementi sufficienti per avviare un procedimento istruttorio, adotta una decisione di archiviazione che viene comunicata al denunciante. La decisione di archiviazione non preclude all'Autorità di potersi attivare in futuro in presenza di ulteriori elementi informativi sulla medesima fattispecie o se mutino le circostanze di fatto o di diritto su cui si fonda l'archiviazione. Anche il giudice amministrativo nazionale, dopo un primo orientamento negativo ormai superato, si è conformato alla giurisprudenza comunitaria, ammettendo la legittimazione dei soggetti denunciati ad agire avverso la decisione di archiviazione. I giudici hanno precisato che il denunciante può far valere l'interesse a che l'Autorità prenda in esame e si pronunci sulla sua denuncia, e non l'interesse ad ottenere l'avvio del procedimento¹¹. Il Consiglio di Stato ha altresì evidenziato che l'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica non è tenuta ad approfondire specificamente ogni punto della segnalazione dell'illecito, essendo sufficiente che esamini complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto¹².

Nelle ipotesi in cui gli Uffici dell'Autorità, sulla base degli accertamenti effettuati, ritengano che sussista un *fumus* di violazione, sottopongono la proposta al Collegio, che adotta il provvedimento formale di avvio del procedimento istruttorio.

III. FASE ISTRUTTORIA

1. *L'avvio del procedimento.* – Il provvedimento di avvio del procedimento deve contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, nonché il termine entro il quale le parti possono chiedere di essere sentiti dagli Uffici (cfr. art. 6 d.P.R. n. 217/98). L'indicazione degli

“*elementi essenziali* in merito alle presunte infrazioni” è volta a consentire alle parti di avere contezza delle presunte violazioni loro contestate e di porle conseguentemente in grado di difendersi. Va tuttavia evidenziato che la contestazione formulata in sede di avvio si fonda sugli elementi al momento disponibili ed è dunque necessariamente sommaria. Sul punto, la giurisprudenza ha costantemente affermato che «l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttoria, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili delle condotte delle imprese oggetto dell'indagine, al fine di mettere in grado le stesse di poter proficuamente partecipare all'istruttoria»¹³. Con specifico riferimento alla definizione del mercato rilevante contenuta nel provvedimento di avvio, il TAR ha evidenziato che «non può ritenersi immodificabile l'ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione di avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le coordinate generali, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive»¹⁴.

Con riguardo al *termine di conclusione del procedimento*, per le intese e gli abusi esso è fissato di volta in volta dall'Autorità in relazione alle peculiarità del caso di specie ed è prorogabile, prima della scadenza e con adeguata motivazione, al fine di garantire all'Autorità massima libertà nell'esercizio dei poteri istruttori¹⁵. Qualora nel corso del procedimento l'Autorità intenda contestare alle stesse parti nuove infrazioni connesse con l'oggetto del procedimento adotta un provvedimento di *ampliamento oggettivo* dell'istruttoria oppure qualora l'Autorità intenda contestare la medesima infrazione ad altri soggetti adotta un *provvedimento di ampliamento soggettivo*, fermo restando che ciò non

¹¹ TAR Lazio, sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056; 28 marzo 2002, n. 2369.

¹² Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1738.

¹³ Tra le altre, TAR Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, nn. 8945, 8952, 8954 e 8955.

¹⁴ TAR Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265.

può pregiudicare i termini per la difesa delle parti coinvolte nell'istruttoria.

Il *responsabile del procedimento* cura il corretto svolgimento dell'attività istruttoria e pone in essere gli incumbenti procedurali, nonché decide in merito alle istanze di accesso agli atti e alle istanze di riservatezza presentate dalle parti.

Secondo la giurisprudenza prevalente, peraltro conforme a quella comunitaria, il provvedimento di avvio dell'istruttoria ha natura di atto endoprocedimentale e, poiché privo di autonoma e immediata lesività, non è autonomamente impugnabile. Eventuali vizi potranno dunque essere fatti valere in sede di impugnazione del provvedimento finale.

Si segnala tuttavia una sentenza del giudice di primo grado, il quale ha ritenuto che l'autonoma impugnazione dell'atto di avvio del procedimento e di autorizzazione delle ispezioni possa essere eccezionalmente ammessa laddove «rigorosamente circoscritta all'an dell'esercizio del potere amministrativo non potendo involgere il *quomodo* dello stesso», essendo così «le censure ammissibili [...] solo e soltanto quelle afferenti alla competenza dell'Autorità ad avviare lo stesso, vale a dire alla prospettata carenza in concreto del potere, laddove gli altri vizi dedotti, relativi alle modalità di esercizio del potere, devono ritenersi invece non immediatamente ed autonomamente lesivi e, quindi, in questa sede inammissibili, in quanto, una volta che l'Autorità abbia legittimamente avviato il procedimento avendone competenza, gli stessi possono essere fatti valere in sede di eventuale impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento, sulla cui legittimità possono refluire con efficacia viziante»¹⁶.

2. *Poteri istruttori*. – I poteri istruttori dell'Autorità sono modellati su quelli della Commissione e disciplinati nel dettaglio dal Regolamento sulle procedure istruttorie sia con riguardo alle *modalità*

di esercizio che alle *regole poste a garanzia* dei soggetti investigati.

L'Autorità può innanzi tutto *richiedere di fornire informazioni o esibire documenti*, in ogni momento dell'istruttoria, a chiunque ne sia in possesso, imprese, enti o persone (cfr. art. 14 c.c. 2, l. n. 287/90). La richiesta deve contenere gli elementi puntualmente indicati dall'art. 9 Reg. sulle procedure istruttorie al fine di porre il destinatario in grado di comprendere il contesto a cui si riferisce la stessa, lo scopo, i termini e le modalità con cui la richiesta deve essere soddisfatta e, infine, le sanzioni applicabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, o nel caso in cui siano fornite informazioni o esibiti documenti non veritieri. A quest'ultimo riguardo è stato osservato che l'importo delle sanzioni irrogabili risultano complessivamente di lieve entità ed appaiono inadeguate a garantire un efficace *enforcement* della disciplina¹⁷.

In questa sede deve ritenersi applicabile il c.d. divieto di autoincriminazione, nei termini stabiliti dalla Corte di Giustizia, secondo cui, al fine di garantire il rispetto dei diritti di difesa, non può imponersi alle imprese l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali sarebbero indotte a confessare l'esistenza della trasgressione, che deve essere provata invece dalla Commissione¹⁸. In tal senso è orientato anche il giudice nazionale¹⁹.

L'*ispezione* costituisce uno strumento istruttorio fondamentale a disposizione dell'Autorità e particolarmente incisivo per i soggetti che vi sono sottoposti. L'art. 10 Reg. sulle procedure istruttorie pone una serie di garanzie volte ad assicurare il rispetto dei diritti di difesa ed evitare interventi arbitrari o sproporzionati. Sul punto, si segnala che il giudice amministrativo ha respinto la tesi secondo cui il potere ispettivo dell'Autorità, così come disciplinato dall'art. 14 c.c. 2, l. n. 287/90, sarebbe in contrasto con l'art. 8 CEDU²⁰.

¹⁶ TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864-865.

¹⁷ FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 407.

¹⁸ C. giust. CE, 18 ottobre 1989, *Orkem*, C-374/87.

¹⁹ TAR Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139 confermata da Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

²⁰ Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999. Si segnala inoltre TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865, che ha ritenuto manifesta-

L'ispezione è autorizzata dal Collegio e i funzionari che svolgono l'ispezione esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto, che precisi l'oggetto dell'accertamento, nonché le sanzioni che possono essere irrogate nel caso in cui, nel corso dell'accertamento ispettivo, non vengano fornite le informazioni o esibiti i documenti richiesti. Con riguardo alla scelta di esercitare il potere ispettivo il giudice ha ritenuto che «l'esercizio del potere ispettivo è una facoltà attribuita all'Autorità dalla legge, non soggetta ad alcun onere motivazionale, e la valutazione di opportunità di procedere a ispezione o ad altra forma di richiesta di documenti attiene al merito amministrativo ed è insindacabile in sede giurisdizionale, atteso che, diversamente, il giudice si sostituirebbe del tutto, sovrapponendo le sue valutazioni di opportunità, all'autorità amministrativa nell'esercizio del relativo potere»²¹.

Va poi segnalato che il giudice ritiene ammissibile l'acquisizione, nell'ambito di un'istruttoria in corso, di documenti non direttamente pertinenti con la violazione contestata, senza che a tal fine possa pretendersi l'apertura di una nuova istruttoria o l'estensione di quella già avviata; l'opposta tesi condurrebbe infatti alla irragionevole conseguenza di impedire l'acquisizione di documentazione rilevante ai fini *antitrust* per consentirla solo dopo l'apertura di un'istruttoria, che peraltro, si dovrebbe basare su elementi non più acquisibili, con il rischio oltretutto di non ritrovare successivamente quegli elementi informativi suscettibili di dimostrare un comportamento anticoncorrenziale dell'impresa²².

Quanto all'utilizzo di elementi istruttori nei confronti di imprese non destinatarie dell'avvio del procedimento, il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 8 d.P.R. n. 217/1998, se pure impedisce all'Autorità di esercitare poteri istruttori nei confronti

di imprese che non hanno ancora ricevuto la notifica dell'avvio del procedimento «certo non preclude all'Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l'assenza nei loro confronti di significativi indizi». In breve, «se nel corso di un accertamento ispettivo presso un'impresa già destinataria della notificazione, si rinvenivano documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento»²³.

Nello svolgimento dell'attività ispettiva svolta dall'Autorità collaborano i militari della Guardia di Finanza, i quali agiscono avvalendosi dei poteri di indagine previsti di fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi. Nel caso di opposizione dell'impresa all'ispezione vi è dunque la possibilità di procedere attraverso l'attivazione dei poteri coercitivi della Guardia di Finanza.

Nel corso dell'ispezione i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà possa comportare la sospensione dell'attività ispettiva (cfr. art. 10 c.c. 6 d.P.R. n. 217/98). Nonostante l'assenza di una previsione normativa esplicita, deve ritenersi che anche in sede di accertamento ispettivo svolto dall'Autorità debba trovare protezione il c.d. *legal privilege*, ovvero il diritto alla riservatezza delle comunicazioni tra l'impresa e i propri consulenti legali esterni nei limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria. In questo senso sembra orientato anche il giudice nazionale, il quale, richiamandosi agli orientamenti giurisprudenziali comunitari sul punto, ha ricordato che «il *legal privilege* copre gli atti interni nella misura in cui gli stessi riprodu-

mente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito al citato art. 14, comma 2, l. 287/1990, affermando che, in proposito, è sufficiente porre in rilievo, da un lato, che il potere ispettivo è previsto dalla legge per finalità costituzionalmente rilevanti, dall'altro, che

l'esercizio dello stesso è immediatamente sindacabile in sede giurisdizionale.

²¹ TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865, cit.

²² Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

²³ Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171.

cano il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti”, non potendosi ravvisare tale condizione nella “documentazione contenente solo accenni generici a questioni di interesse legale»²⁴.

Ai fini dell'accertamento istruttorio, l'Autorità può avvalersi del potere di disporre *perizie, analisi economiche e consultazione di esperti* in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. L'art. 11 Reg. procedure istruttorie prevede a tal fine il contraddittorio con le parti che devono essere poste in grado di presentare il proprio punto di vista in merito ai risultati²⁵.

IV. SUB-PROCEDIMENTO CAUTELARE

Il potere dell'Autorità di adottare misure cautelari è stato introdotto dall'art. 14 c.c. 1 d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. Detta previsione ha colmato una lacuna nel nostro ordinamento, adeguando il sistema nazionale di *enforcement* a quello comunitario. Vi sono tuttavia da segnalare alcune differenze tra la disciplina nazionale – art. 14-*bis* l. n. 287/90 – e quella comunitaria – art. 8 Reg. n. 1/03. Una prima differenza riguarda la *durata dell'ordine cautelare*: mentre il citato art. 8 prevede che le decisioni della Commissione «sono applicabili per un determinato periodo e possono, se necessario e opportuno, essere rinnovate», l'art. 14-*bis* dispone che le decisioni dell'Autorità «non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate». Non è ben chiara la *ratio* che ha indotto il legislatore nazionale a prevedere un divieto di rinnovo o di proroga non previsto dal legislatore comunitario. Secondo alcuni lo scopo è

quello di evitare abusi nell'utilizzo dello strumento cautelare²⁶; secondo altri l'intento è invece quello di garantire i diritti di difesa delle parti e la celerità del procedimento, ponendo un argine all'eccessivo prolungamento dell'efficacia di misure fondate su un accertamento sommario, che possono incidere in modo penetrante sulle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti interessati²⁷. È stato osservato che, in ogni caso, dovrebbe ritenersi ammissibile un provvedimento di secondo grado con contenuto di revoca o di riduzione del dispositivo del provvedimento cautelare precedentemente adottato²⁸. Nella prassi, l'Autorità non indica un termine di efficacia delle misure cautelari. Al riguardo è stato osservato che la data finale dovrebbe ritenersi allora quella coincidente con la data fissata per la conclusione dei procedimenti²⁹.

La seconda differenza tra la disposizione nazionale e quella comunitaria riguarda *l'ammontare della sanzione pecuniaria prevista in caso di inottemperanza all'ordine cautelare*. Infatti, l'art. 14-*bis* c.c. 3, prevede che il limite massimo applicabile è pari al 3% del fatturato dell'impresa inadempiente, mentre l'art. 23 § 2 Reg. CE n. 1/03 prevede un limite massimo del 10% del fatturato. La *ratio* della scelta del legislatore nazionale, anche in questo caso, non è chiara. Al riguardo, si è osservato che tale scelta sembra essere dovuta ad un giudizio di gravità attenuata della violazione, che, invece, nella sua oggettiva consistenza, è da considerarsi gravissima nell'equilibrio del sistema³⁰.

Sul piano procedurale l'art. 14-*bis* l. n. 287/90 non ha introdotto alcuna disciplina specifica, limitandosi a prevedere che l'Autorità può adottare “d'ufficio” le misure cautelari. Sul punto vi è dunque

²⁴ TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

²⁵ Il giudice amministrativo ha chiarito che non trovano applicazione in materia le norme del codice di procedura civile, atteso che la legge *antitrust* disciplina in via autonoma e speciale i mezzi istruttori di cui può avvalersi l'Autorità nell'ambito dei procedimenti che, pur avendo carattere contenzioso e richiedendo un attento rispetto del principio del contraddittorio, hanno carattere amministrativo e non giurisdizionale (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652).

²⁶ ASSONIME, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, Circ. n. 43/06, R. Soc. 07, 4.

²⁷ Faella, G. Comm. 07, II, 253.

²⁸ LIBERTINI, in *Poteri e garanzie del diritto antitrust*, a cura di BRUZZONE, Bologna, 2008, 54; Olivieri, *I poteri cautelari dell'Autorità garante*, in *20 Anni di Antitrust*, a cura di RABITTI - BEDEGONI - BARUCCI, p. 442.

²⁹ LIBERTINI, *op. cit.*, 54.

³⁰ LIBERTINI, *op. cit.*, 54.

una piena corrispondenza tra la disciplina nazionale e quella comunitaria, in quanto anche la Commissione non è soggetta ad un obbligo di adozione di misure cautelari a fronte di richieste in tal senso da parte dei denunciati³¹.

Con la Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 14-bis l. n. 287/90³², l'Autorità ha inteso definire l'ambito e le procedure per l'adozione delle misure cautelari tenendo conto, da un lato, dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario, e, dall'altro, delle indicazioni del giudice amministrativo in modo da garantire alle parti la possibilità di difendersi senza pregiudicare le esigenze di celerità proprie dell'istituto³³.

La Comunicazione distingue tra la *procedura per l'adozione di misure cautelari* e la *procedura di misure cautelari nei casi di estrema gravità e urgenza*. Con riguardo alla prima ipotesi, qualora l'Autorità ritenga *prima facie* sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari, avvia il sub-procedimento, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, indicando alle parti un termine, non inferiore a sette giorni, entro il quale esse possono presentare le proprie difese. È facoltà delle parti chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio. L'Autorità, valutati gli elementi acquisiti, adotta il provvedimento cautelare e richiede alle parti di inviare un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi a detto provvedimento.

Con riguardo alla seconda ipotesi, e dunque nei casi di estrema gravità e urgenza tale da rendere indifferibile l'intervento, l'Autorità, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, adotta misure cautelari provvisorie senza sentire prima le parti. Esse potranno presentare le proprie difese e chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio entro il termine di sette giorni dalla notifica del provvedimento con cui è stata adottata la misura cautelare provvisoria. L'Autorità, valutate le di-

fese delle parti, può revocare oppure confermare le misure cautelari, deliberando in tal caso che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla misura.

Sul piano sostanziale, i *presupposti per l'adozione della misura cautelare* sono costituiti dal *fumus boni juris*, il quale sussiste qualora ad una prima sommaria valutazione della fattispecie l'esistenza dell'infrazione può ritenersi provata con un certo grado di probabilità, e dal *periculum in mora*, il quale sussiste qualora, ad una prima delibazione della fattispecie, l'urgenza di intervenire deriva dalla necessità di prevenire il rischio che, nelle more della conclusione del procedimento, possa produrre un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Sul *contenuto delle misure cautelari* si evidenzia che esso non è predeterminato dalla legge e che esso deve essere determinato in concreto dall'Autorità nel rispetto del principio di necessità, nel senso che non devono sussistere opzioni meno restrittive della libertà delle imprese per prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile, nonché al principio di proporzionalità, nel senso che le misure imposte non devono risultare eccessive rispetto allo scopo. L'Autorità dunque individua nel caso concreto le misure più adeguate a prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, che possono avere sia un contenuto interdittivo che un contenuto positivo³⁴.

V. SUB-PROCEDIMENTO IMPEGNI

Il potere di adottare le decisioni con impegni è stato introdotto dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito in legge con modifiche il d.l. n. 223/2006, che conferisce all'Autorità un potere analogo a quello già previsto dall'art. 9 Reg. n. 1/03 per la Commissione, in un'ottica di decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* comunitario e di armoniz-

³¹ FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 423.

³² Delibera AGCM 14 dicembre 2006, n. 16218.

³³ Si veda TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2007, n. 8592 sul potere dell'Autorità di adottare misure cautelari *inaudita altera parte*.

³⁴ Per una rassegna dei provvedimenti cautelari adottati dall'Autorità si veda STELLA, *Commento all'art. 14-bis della l. 287/1990*, in *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di MARCHETTI - UBERTAZZI, Quinta edizione.

zazione dei poteri dell'Autorità con quelli delle altre Autorità nazionali e comunitarie.

Il sub-procedimento per la valutazione degli impegni è disciplinato dall'art. 14-ter l. n. 287/90, nonché dalla Comunicazione adottata dall'Autorità al fine di rendere edotte le imprese circa le modalità di presentazione degli impegni e le procedure per la valutazione degli stessi, recentemente modificata alla luce delle indicazioni del giudice comunitario e nazionale³⁵. Secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo, l'Autorità si è autovincolata al rispetto della procedura di applicazione dell'art. 14-ter dalla stessa adottata e l'eventuale inosservanza di tali disposizioni determina inevitabilmente un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale³⁶.

Il sub-procedimento per la valutazione degli impegni è avviato a seguito dell'*iniziativa delle parti*. Una prima questione che si è posta è quella della *natura del termine* previsto dall'art. 14-ter l. n. 287/90, il quale dispone che «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. [101 e 102 TFUE], le parti possono presentare impegni...». Un primo orientamento del giudice amministrativo si è espresso per la natura non perentoria, ma meramente sollecitatoria di detto termine, affermando che «la tempestività della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alla fattispecie concreta e alla valutazione operata dalla stessa Autorità circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i profili di illiceità»³⁷. In dottrina si registrano posizioni diverse: vi è chi si è pronunciato per la natura non perentoria del termine³⁸ e chi invece si è espresso per la posizione opposta³⁹. Nella citata Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter l. n. 287/90, si

legge che le parti possono presentare, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi previsto dalla legge, una versione non definitiva degli stessi. A seguito della presentazione della versione preliminare degli impegni – per la quale deve essere utilizzato l'apposito formulario – le parti possono chiedere di essere sentite dalla Direzione competente al fine di fornire precisazioni, chiarimenti e eventuali integrazioni necessarie alla comprensione del contenuto degli impegni proposti e della loro efficacia a risolvere i problemi anti-concorrenziali prospettati in sede di avvio dell'istruttoria. Viene precisato che entro il termine di tre mesi dall'avvio dell'istruttoria, come previsto dall'art. 14-ter l. n. 287/90, le parti interessate dovranno presentare la versione definitiva degli impegni proposti. L'Autorità si riserva comunque la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine indicato. Sul punto, la Comunicazione precisa che la previsione del termine per la presentazione degli impegni «si giustifica alla luce della finalità della norma, che ha una funzione deflattiva, volta anche a realizzare l'economia procedimentale dell'azione amministrativa. Tale funzione è coerente con l'esigenza di indurre il destinatario dell'istruttoria dell'Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria». Si rileva dunque una chiara indicazione dell'Autorità a che gli impegni vengano presentati, nella versione definitiva, entro il termine di tre mesi dall'avvio dell'istruttoria.

Spetta alle parti l'iniziativa della presentazione degli impegni e la definizione del contenuto degli impegni proposti. Come precisato dalla giurisprudenza amministrativa, l'imposizione di obblighi all'impresa postula che gli impegni siano esat-

³⁵ Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863 - Procedure di applicazione dell'articolo 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287, in *Boll.* n. 35 del 17 settembre 2012.

³⁶ TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

³⁷ TAR Lazio, sez. I, cit., 9 maggio 2011, n. 3964.

³⁸ PERA, in *Poteri e garanzie del diritto antitrust*, a cura di BRUZZONE, 61.

³⁹ LIBERTINI, *Giorn. dir. amm.* 06, 1286; CINTIOLI, *G. comm.* 08, I, 119.

tamente quelli che l'impresa ha proposto, non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare. Più in particolare, il giudice ha affermato che «l'Autorità esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti, ma, se ritiene che detti impegni siano idonei a fare venire meno i profili concorrenziali in relazione ai quali ha avviato la procedura di accertamento, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza avere la possibilità di aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e, quindi, con la stessa non previamente concordate»⁴⁰.

Successivamente alla presentazione degli impegni, nella loro versione definitiva, si apre dunque la fase di valutazione degli stessi.

Nel caso in cui l'Autorità ritenga di non esaminare gli impegni, in quanto tardivi o in quanto la condotta è suscettibile di integrare restrizioni gravi della concorrenza, o manifestamente inidonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali dell'istruttoria, delibera il *rigetto* degli stessi, dandone comunicazione alla parte proponente. Da quel momento prosegue il procedimento principale – volto all'accertamento della sussistenza della violazione contestata in sede di avvio – sulla base delle regole procedurali che lo disciplinano.

Con riguardo al *provvedimento di rigetto degli impegni*, si è aperto un ampio dibattito in dottrina in merito all'ammissibilità della autonoma e tempestiva impugnazione di detto provvedimento. Detta questione non si è posta in ambito comunitario ove la prassi applicativa della Commissione è improntata alla sostanziale de-procedimentalizzazione della fase di valutazione degli impegni e non

viene adottato un formale provvedimento di rigetto (cfr. *Best practices* – marzo 2010). La dottrina si era inizialmente espressa per l'autonoma impugnazione del provvedimento di rigetto⁴¹, così come un primo orientamento giurisprudenziale. Il Consiglio di Stato ha invece escluso che il provvedimento di rigetto possa essere oggetto di autonoma impugnazione⁴². Il Consiglio di Stato, con ampia motivazione, ha accolto la tesi della natura endoprocedimentale del provvedimento di rigetto degli impegni, di per sé pertanto inidoneo ad incidere immediatamente e direttamente sulla posizione giuridica soggettiva delle imprese proponenti. Il provvedimento di rigetto, infatti, non determina un arresto procedimentale in senso proprio, ma si limita a determinare la prosecuzione dell'iter procedimentale (principale), il cui esito può avere diverse possibili conclusioni. La posizione assunta dal giudice di secondo grado, come dallo stesso rilevato, non priva l'impresa del diritto di far valere nella competente sede giurisdizionale eventuali vizi relativi alla fase di esame degli impegni. «Al contrario, siffatti vizi, concernendo una fase endoprocedimentale, si riverbereranno con effetto viziante sul provvedimento finale e potranno essere fatti valere in sede giudiziale, sia pure con i consueti limiti propri dei vizi di carattere procedimentale»⁴³.

Nell'ipotesi in cui l'Autorità ritenga di procedere all'esame degli impegni proposti e li valuti non manifestamente infondati, con delibera, ne dispone la pubblicazione sul Bollettino e sul sito *internet* dell'Autorità entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di tre mesi previsto per la presentazione degli impegni stessi. Con la pubblicazione degli impegni si apre la fase del c.d. *market test*,

⁴⁰ Tra le altre, TAR Lazio, sez. I, 11 luglio 2011, n. 6172; 3 settembre 2012, n. 7467.

⁴¹ SIRAGUSA, in BARUCCI - RABITT BEDOGNI, *20 anni di antitrust*, p. 399.

⁴² Cfr. TAR Lazio, sez. VI, 16 novembre 2010, n. 33474, annullata da Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393. Per completezza, si segnala la sentenza del TAR Lazio, 11 luglio 2011, n. 6172, nella quale il giudice, pur avendo escluso in linea di principio l'invalidità del provvedimento finale in ragione dell'illegittimità della decisione di rigetto

degli impegni, sotto il profilo della presenza di un effetto direttamente caducante, ha nel caso di specie annullato il provvedimento di rigetto degli impegni e – derivatamente – il provvedimento di chiusura (accertamento della violazione e sanzione) impugnato in via principale. Sulla sentenza è allo stato pendente appello e non risultano ad oggi altre pronunce del TAR nello stesso senso.

⁴³ Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, cit.

che è volta a consentire ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni in merito all'idoneità e all'adeguatezza degli impegni proposti a risolvere i problemi concorrenziali oggetto dell'istruttoria. Il giudice amministrativo ha sottolineato la piena coerenza del principio, di ispirazione comunitaria ed espressamente richiamato nella Comunicazione dell'Autorità, secondo cui l'accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale, nell'ambito della quale gli interessati possono presentare osservazioni. Da ciò discende che la violazione di tale forma di pubblicità dà luogo ad un vizio procedimentale in grado *ex se* di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni⁴⁴.

I *terzi interessati* possono presentare le proprie osservazioni entro trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi sul sito *internet*. La Direzione competente, qualora lo ritenga necessario, può formulare richieste ai soggetti che possano fornire elementi utili alla valutazione degli impegni ed è tenuta ad informare tempestivamente le parti in merito all'esito del *market test*, rispetto al quale è consentito l'accesso.

Come indicato nella Comunicazione dell'Autorità, entro il termine di trenta giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle osservazioni dei terzi, ovvero sessanta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli impegni stessi sul sito *internet* – le parti che hanno proposto gli impegni possono rappresentare per iscritto all'Autorità il proprio punto di vista in merito alle osservazioni presentate dai terzi. Al fine di tenere adeguatamente conto dell'esito del *market test*, le parti proponenti possono introdurre *modifiche accessorie agli impegni*, per una sola volta. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che «le modifiche agli impegni possono essere effettivamente qualificate come accessorie in quanto non si tradu-

cono in un *quid novi* rispetto agli impegni iniziali, ma solo in una elaborazione ulteriore di uno degli impegni, esse non si possono configurare come elementi essenziali ai fini della complessiva valutazione di idoneità e dunque non sussiste l'obbligo di procedere nuovamente al *market test*»⁴⁵. Quando invece le integrazioni non sono mere modifiche accessorie agli impegni iniziali, ma sono determinanti per l'adozione del provvedimento di accettazione, il principio di pubblicità impone che la loro accettazione sia preceduta dalla fase del contraddittorio⁴⁶.

Nella propria Comunicazione, l'Autorità ha precisato che le modifiche accessorie devono essere strettamente connesse all'esito del *market test* e costituire quindi una «elaborazione ulteriore degli impegni già presentati». Al fine di contenere la durata del sub-procedimento della valutazione degli impegni, in un'ottica di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, l'Autorità ha indicato che l'intera procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni, termine che è sospeso per il tempo necessario all'acquisizione del parere obbligatorio, laddove previsto.

Nelle ipotesi in cui l'Autorità ritenga gli impegni proposti idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali prospettate in sede di avvio dell'istruttoria, chiude il procedimento con la decisione con cui accoglie gli impegni e li rende obbligatori.

VI. LA PARTECIPAZIONE ALL'ISTRUTTORIA

L'art. 7 Reg. procedure istruttorie contempla la *facoltà di intervento* nel procedimento *antitrust* dei soggetti pubblici o privati, nonché delle associazioni di consumatori cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa⁴⁷. La

⁴⁴ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230, conferma TAR Lazio, sez. I, n. 10571/2010. Nello stesso senso si è espressa anche la dottrina, cfr. LIBERTINI, *Giorn. dir. amm.* 6, 1288).

⁴⁵ TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

⁴⁶ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230.

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 1271, secondo cui né i singoli consumatori, né le loro associazioni sono parti necessarie nei procedimenti dell'Autorità.

norma prevede che la richiesta motivata di intervento debba essere presentata entro *trenta giorni* dalla pubblicazione sul bollettino del provvedimento di avvio. Al riguardo, è stato osservato che la fissazione di un termine così ristretto non appare ragionevole, anche in considerazione dei termini ampi fissati per la conclusione del procedimento, essendo preferibile ritenere ammissibile una richiesta di intervento tardivo tutte che questa non causi un ingiustificato aggravamento del procedimento (FATTORI, in *Commentario breve alle leggi di proprietà intellettuale e Concorrenza*, p. 3053). In questo senso appare orientata anche la prassi dell'Autorità.

Per quanto attiene ai *diritti di partecipazione*, il Reg. distingue tra: le facoltà esercitabili dai soggetti intervenuti nel procedimento, per i quali è prevista la facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché accedere ai documenti (contraddittorio scritto), e quelle esercitabili dai soggetti ai quali è stato notificato l'avvio dell'istruttoria (le imprese alle quali è stata contestata l'ipotesi di violazione e i soggetti denunciati), per i quali è ammessa anche la facoltà di essere sentiti in una apposita audizione (contraddittorio orale).

VII. LA COMUNICAZIONE DELLE RISULTANZE ISTRUTTORIE

Un momento procedurale fondamentale per l'esercizio dei diritti di difesa delle parti è costituito dall'*invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie* ai soggetti denunciati e denunciati previsto dall'art. 14 Reg. procedure istruttorie. La Comunicazione delle risultanze istruttorie assolve infatti allo scopo di consentire alle parti di conoscere gli elementi probatori su cui è fondata la contestazione mossa nei loro confronti, al fine di permettere loro di esprimere la propria posizione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e

delle circostanze contestate prima della adozione del provvedimento finale. La comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde sostanzialmente alla contestazione degli addebiti tipica dei procedimenti che si svolgono dinanzi alla Commissione.

Il contenuto della Comunicazione delle risultanze istruttorie risulta più puntuale nella indicazione degli elementi essenziali di fatto e diritto su cui si fondano le contestazioni mosse alle parti rispetto al contenuto del provvedimento di avvio dell'istruttoria, che, come sopra visto, delinea in modo sommario le infrazioni contestate, non potendo l'Autorità esercitare poteri di accertamento nella fase preistruttoria⁴⁸.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza la fase istruttoria serve a individuare la corretta imputazione degli addebiti che si cristallizza con la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), al ricevimento della quale le parti hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa. Il provvedimento finale non può contenere imputazioni diverse da quelle contestate con tale comunicazione, che costituisce «la definitiva delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale»⁴⁹.

La ricostruzione dei fatti e la qualificazione giuridica effettuata nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, quale atto degli Uffici, non intacca l'autonomia valutazione dell'Autorità in sede di adozione del provvedimento finale, potendo pertanto il Collegio giungere ad una differente determinazione in merito ad una specifica questione⁵⁰. Il giudice ha altresì affermato che «la decisione non deve ne-

⁴⁸ Il giudice amministrativo ha ritenuto che assume particolare rilievo, ai fini della ricostruzione degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda la contestazione, la parte della comunicazione che contiene le «Valutazioni giuridiche» (Cons. St., VI, 30 agosto 2002, n. 7451).

⁴⁹ Tra le altre, cfr. la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato: Cons. St., sez. VI, sentenze 1 marzo 2012, n. 1192, 2 ottobre 2007, n. 5085 e 20 maggio 2011, n. 3013.

⁵⁰ Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864; TAR Lazio, sez. I, 22 ottobre 2008, n. 12535 e 12536.

cessariamente essere una copia della comunicazione degli addebiti, ma può (e, anzi, deve) tenere conto degli elementi che emergano dalla procedura amministrativa, senza che ciò sia in contrasto con il diritto di difesa (che è rispettato allorché la decisione non ponga a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle precedentemente contestate, e prenda in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista)⁵¹.

Nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, gli Uffici fissano alle parti un termine – almeno trenta giorni prima della chiusura della fase istruttoria – entro il quale esse possono presentare memorie scritte e documenti (cfr. art. 14 c.c. 2 Reg. procedure istruttorie)⁵².

VIII. I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI

1. *Il diritto ad essere sentiti.* – Il diritto ad essere sentito è sancito dall'art. 14 c. 5 Reg. procedure istruttorie, il quale stabilisce che le parti hanno diritto di essere sentite dinanzi al Collegio, presentando apposita richiesta che deve pervenire entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta il Collegio fissa la data di audizione, che viene comunicata alle imprese.

L'audizione finale rappresenta l'occasione per le parti di esporre oralmente al Collegio le proprie osservazioni in merito alle contestazioni mosse nei loro confronti, anche completando le memorie scritte.

Per quanto riguarda il *diritto delle parti all'audizione*, esso è riconosciuto solo alle imprese alle quali sono contestate le violazioni, qualora presentino la richiesta con le modalità e i tempi sopra indicati.

A tale audizione hanno la facoltà di partecipare anche i denunciati e altre

parti ammesse a partecipare al procedimento. Nella prassi, l'Autorità ammette di regola tali soggetti a partecipare all'audizione.

Quanto alle *modalità di svolgimento* dell'audizione, essa, come detto, si svolge dinanzi al Collegio. All'audizione partecipano anche il Capo di Gabinetto, il Segretario Generale, il Consigliere giuridico, il Responsabile della Direzione istruttoria competente in relazione al procedimento di cui trattasi, il responsabile del procedimento, nonché ogni altro funzionario la cui presenza sia ritenuta utile allo svolgimento dell'audizione stessa⁵³.

Dinanzi al Collegio, gli Uffici espongono gli addebiti prospettati nella Comunicazione delle risultanze istruttorie. Successivamente, le parti e gli altri soggetti ammessi a partecipare all'audizione espongono le proprie osservazioni e repliche, tenendo comunque conto di quanto già rappresentato nelle memorie scritte. Il giudice ha avallato la correttezza della prassi dell'Autorità che è solita assegnare un tempo indicativo per lo svolgimento delle difese orali⁵⁴.

Il giudice amministrativo ha più volte affermato che «non sussiste un obbligo, per l'Autorità procedente, di diffondersi in un'analitica confutazione delle argomentazioni delle parti, essendo sufficiente, al fine di ritenere integrata la pienezza del contraddittorio e garantite le prerogative difensive delle parti, che le loro argomentazioni difensive siano state prese in esame ed adeguatamente considerate, senza necessità che alle stesse siano opposte diffuse controdeduzioni»⁵⁵.

2. *L'accesso al fascicolo.* – Il diritto di accesso al fascicolo istruttorio si atteggia nel procedimento *antitrust* come strumento di tutela del diritto di difesa delle parti, in quanto consente loro di conoscere gli elementi di prova posti a fonda-

⁵¹ TAR Lazio, sez. I, 16 marzo 2005, n. 12835).

⁵² Nella prassi il termine concesso dall'Autorità è maggiore di quello minimo indicato al fine di garantire alle parti un tempo adeguato per replicare alle contestazioni, comunque compatibile con il termine fissato per la chiusura del procedimento.

⁵³ Si veda l'art. 18 del Reg. concernente l'orga-

nizzazione e il funzionamento dell'Autorità in *Boll.* n. 1/2013 del 21 gennaio 2013.

⁵⁴ Nel caso di specie, il Collegio aveva fissato un termine di venti minuti, cfr. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁵⁵ Da ultimo, si veda TAR Lazio, sez. I, 21 giugno 2012, n. 5689.

mento delle contestazioni e di manifestare efficacemente il proprio punto di vista al riguardo⁵⁶.

Il diritto di accesso al fascicolo nell'ambito del procedimento istruttorio è regolato dall'art. 13 Reg. procedure istruttorie, che si ispira alla corrispondente disciplina comunitaria e alla prassi seguita dalla Comunicazione. Pertanto, anche nel procedimento *antitrust* nazionale assumono rilievo sia la Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio⁵⁷ sia le indicazioni fornite dal giudice comunitario sul diritto di accesso agli atti el fascicolo della Commissione.

Il giudice nazionale ha ritenuto quindi applicabile anche dinanzi all'Autorità il principio c.d. della *parità delle armi*, elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, in base al quale l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, non potendo spettare a questa decidere da sola quali siano i documenti utili per la difesa delle imprese. L'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti come mezzi di prova e, lungi dall'aver per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente con riferimento a tali documenti⁵⁸.

L'eventuale violazione del diritto di difesa non determina di per sé l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità. Il giudice infatti ha chiarito che è «alla luce degli addebiti effettivamente mossi dall'Autorità alle imprese interessate e alle difese svolte da quest'ultime che si può valutare la rilevanza per tale difesa dei documenti che non sono stati comunicati»⁵⁹.

È onere delle parti interessate indicare i fatti e le circostanze poste dall'Autorità alla base del provvedimento e dagli stessi sconosciute al fine di accertare l'illegittimità del diniego di accesso, con conseguente lesione dei diritti della difesa⁶⁰.

Sono *legittimate a presentare l'istanza di accesso* al fascicolo del procedimento istruttorio le imprese interessate, i soggetti denunciati e gli eventuali intervenienti.

Il diritto di accesso deve tuttavia essere temperato con l'opposto interesse alla salvaguardia della riservatezza delle informazioni, la cui indiscriminata rivelazione potrebbe arrecare pregiudizio alle imprese interessate. Tale temperamento deve essere effettuato sulla base delle regole contenute nel citato art. 13 Reg. procedure istruttorie, il quale individua i limiti al diritto di accesso.

Per quel che attiene all'accesso ai documenti contenenti *informazioni riservate* è previsto che «il diritto di accesso [sia] consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio» (art. 13 c. 2 Reg. procedure istruttorie).

Relativamente ai documenti contenenti *segreti commerciali* è sancita una generale inaccessibilità, fatta eccezione per il caso in cui tali documenti forniscano elementi di prova di un'infrazione o essenziali per la difesa di un'impresa. In questa ipotesi gli Uffici possono consentire l'accesso, ma solo limitatamente agli elementi di prova o essenziali alla difesa della parte.

In entrambe le ipotesi appena delineate, gli Uffici, nel consentire l'accesso ai documenti, devono tenere conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, «dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati» (art. 13 c. 4 Reg. procedure istruttorie). È infatti principio generale quello secondo cui la garanzia del diritto di difesa della parte, realizzata mediante l'accesso, e dunque attraverso la conoscenza di tutti gli atti a disposizione dell'Autorità procedente, deve essere bilanciata con il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali. Analogamente, anche in ambito comunitario sono sottratti all'accesso i documenti che conten-

⁵⁶ TAR Lazio, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312.

⁵⁷ Com. 22 dicembre 2005, n. 2006/C325/07.

⁵⁸ Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 65;

17 dicembre 2007, n. 6469 e 29 settembre 2009, n. 5864; 15 marzo 2013, n. 1568.

⁵⁹ Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

⁶⁰ Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2009, n. 1190.

gono «segreti d'affari», al fine di tutelare il «legittimo interesse di un'impresa a che talune indicazioni strategiche sui suoi interessi essenziali nonché sul mercato o sullo sviluppo delle sue attività non siano divulgate a terzi» (cfr. Comunicazione della Commissione 97/C23/03).

Il punto di equilibrio tra le due esigenze contrapposte (accesso e riservatezza) è stato indicato dal giudice nazionale, che si è pronunciato in modo conforme alla giurisprudenza comunitaria. In particolare, è stato chiarito che il principio della «parità delle armi» «non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che debba essere consentito alle imprese di avere contezza del contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segreti e del relativo contenuto, e che in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico la segretezza debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili. L'individuazione di queste ultime, poi, deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di configgenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese oltre alla conoscenza dell'intero fascicolo attraverso le procedure del tipo di quelle indicate, l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa»⁶¹.

Nel consentire l'accesso ai documenti che contengono informazioni riservate o segreti commerciali gli Uffici devono adottare tutti gli accorgimenti necessari al fine di evitare la divulgazione di informazioni «sensibili» per le imprese, mediante l'omissione dei brani delicati nelle copie dei documenti o mediante la preparazione di versioni non riservate (art. 13 c. 4 Reg. procedure istruttorie).

Dalla giurisprudenza amministrativa emerge un'indicazione di cautela nel trattare le informazioni riservate, alla luce

della quale tali informazioni vanno rese accessibili solo se essenziali, e non semplicemente utili, all'esercizio del diritto di difesa e solo quando la prova dell'infrazione si fonda unicamente su di esse, dovendosi in quest'ultimo caso adottare i tutti gli accorgimenti sopra indicati necessari a far sì che la natura segreta dell'informazione in esso contenuta non venga sacrificata, o venga scarificata nella minore misura possibile⁶².

Sono infine sottratti all'accesso gli atti interni, ovvero le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli Uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti (art. 13 c. 5 Reg. procedure istruttorie), mentre possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del Collegio, i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le Istituzioni dell'Unione europea, nonché tra autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione (art. 13 c. 6 Reg. procedure istruttorie).

Le *richieste di riservatezza* possono essere formulate agli Uffici con apposita istanza motivata, che deve contenere l'indicazione dei documenti o parti di documenti che si ritiene debbano essere mantenuti riservati⁶³. Il responsabile del procedimento deve pronunciarsi con provvedimento motivato. Il giudice ha chiarito che l'art. 13 Reg. procedure istruttorie, «laddove prevede un onere procedimentale a carico dei soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite [...], non esclude tuttavia, come è dato desumere dal [...] comma 4 dello stesso art. 13, che l'Autorità possa ritenere *ex officio* che talune informazioni afferiscano a dati sensibili o a segreti commerciali, assicurandone una adeguata protezione»⁶⁴.

L'accesso può essere differito, con provvedimento motivato, fino a quando non sia non sia accertata la rilevanza dei documenti oggetto della richiesta ai fini

⁶¹ In tal senso Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; 17 gennaio 2008, n. 102. Analogamente, TAR Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80; 26 gennaio 2012, nn. 864-865; 3 settembre 2012, n. 7467, e 10 febbraio 2012, n. 1344.

⁶² Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

⁶³ Si veda art. 13, comma 7, del Reg. sulle procedure istruttorie; Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

⁶⁴ Cons. St., 6 settembre 2010, n. 6481.

della prova dell'infrazione e, comunque, non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie al fine di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa. Successivamente all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, infatti, gli uffici rendono disponibile alle parti l'indice del fascicolo istruttorio, con la descrizione sommaria anche del contenuto dei documenti riservati o parzialmente riservati, dovendo comunque consentire l'accesso ai documenti su cui si fonda la prova della violazione.

Quanto alle *modalità di esercizio del diritto di accesso*, le parti possono presentare istanza scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni. Il giudice amministrativo ha affermato che la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, lamentata dalla ricorrente, «avrebbe dovuto essere fatta valere con l'apposita azione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'art. 116 c.p.a., mentre, in assenza di specifica richiesta durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l'eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al prin-

cipio del contraddittorio ed al diritto di difesa»⁶⁵.

SERENA STELLA

Bibliografia

A. FRIGNANI - D. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996; CINTIOLI - OLIVIERI, *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; A. LALLI, *Il procedimento istruttorio e impegni*; M. MONTALBANO, *Le misure cautelari nel diritto antitrust*; G. ROMANO, «La comunicazione alle imprese delle risultanze istruttorie e l'audizione finale, e Il diritto di accesso ai documenti e la tutela della riservatezza», in A. CATRICALÀ - P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*; G. OLIVIERI, «I poteri cautelari dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato», in RABITTI BEDOGNI-BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust*, Torino, 2010; P. FATTORI, *Procedure istruttorie dell'Agcm*; S. STELLA, *Istruttoria, Misure cautelari*, F. GHEZZI, «Impegni», in MARCHETTI - UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuali e concorrenza*, Padova, 2012.

⁶⁵ TAR Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, n. 8944.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria

Sommario : **I. I POTERI DI ACCERTAMENTO E SANZIONATORI DELL'AGCM.** – **II. FINALITÀ E PRESUPPOSTI DELLA SANZIONE PECUNIARIA.** – 1. La gravità dell'infrazione. – **III. LA DISCIPLINA SANZIONATORIA.** – 1. I principi di diritto comunitario. – 2. Ambito di applicazione della l. n. 689/81. – **IV. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE.** – 1. Discrezionalità dell'AGCM. – 2. Metodo di quantificazione. – 3. Importo base: individuazione del fatturato rilevante. 4. Circostanze aggravanti. – 5. Circostanze attenuanti. – 6. Limite edittale. – **V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI.** – **VI. LA DIFFIDA.** – 1. Contenuto. – 2. Misure comportamentali e strutturali. – **VII. INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA.**

I. I POTERI DI ACCERTAMENTO E SANZIONATORI DELL'AGCM

Il nucleo essenziale dei poteri attribuiti all'AGCM è costituito dall'attività di accertamento e qualificazione di atti, fatti e comportamenti alla luce dei divieti di intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 l. n. 287/90, nonché artt. 101 e 102 TFUE), ai fini della conseguente adozione di eventuali misure sanzionatorie, di tipo pecuniario o interdittivo.

Tale attività non presenta carattere discrezionale, in quanto si concretizza in valutazioni di carattere tecnico ed è volta a garantire il ripristino di un corretto funzionamento del mercato, alterato dalle infrazioni alle regole di concorrenza, a tutela dell'interesse pubblico¹. Mediante l'attività di accertamento, l'AGCM controlla il rispetto da parte degli operatori dei divieti sopra richiamati e, nel contempo, assolve ad una funzione di certezza giuridica, fornendo indicazioni utili alle imprese al fine di adottare strategie compatibili con la concorrenza. La funzione di accertamento e di repressione viene svolta facendo uso di un procedimento in cui viene dato ampio spazio alla tutela del contraddittorio, il quale si conclude con l'adozione di un provvedimento che viene pubblicato sul Bollettino Ufficiale dell'AGCM. All'esito di

tale procedimento, ove vengano accertate infrazioni ai divieti sopra richiamati, l'AGCM, secondo quanto previsto dall'art. 15 comma 1, l. n. 287/90, ha il potere-dovere di imporre misure ripristinatorie della situazione alterata dalle condotte illecite delle imprese, le quali vengono cristallizzati nella diffida, recante, come meglio si vedrà, un termine «per l'eliminazione delle infrazioni stesse». Inoltre, l'AGCM, «nei casi di infrazioni gravi» dispone del potere-dovere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria. Con la stessa decisione, infine, l'AGCM fissa «i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione» (art. 15 comma 1, l. n. 287/90).

II. FINALITÀ E PRESUPPOSTI DELLA SANZIONE PECUNIARIA

Il potere sanzionatorio previsto dall'art. 15 comma 1, l. n. 287/90 è uno dei principali mezzi attribuiti all'AGCM per il perseguimento della propria finalità istituzionale di vigilanza sul corretto funzionamento del mercato. Le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, dunque, oltre a svolgere una funzione punitiva nei confronti dell'impresa responsabile dell'infrazione, hanno essenzialmente una funzione deterrente. In dettaglio, esse hanno lo scopo, da un lato, di sanzionare le imprese responsabili dell'infrazione (scopo dissuasivo specifico) e, dall'altro, di dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare in comportamenti anticoncorrenziali (scopo dissuasivo generale). Anche le condotte già cessate sono sanzionabili, poiché, come confermato dalla giurisprudenza nazionale, «diversamente opinando, dovrebbe ammettersi che, accertata la commissione di infrazioni gravi, l'Autorità non ha il potere di sanzionarle (allorché ormai cessate), con conseguente neutralizzazione delle funzioni, anche di deterrenza, dall'ordinamento assegnate alla misura»². In generale, il potere sanzionatorio

¹ Cfr. Cons. St., 23 4. 2002, n. 2199.

² Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2092.

di cui all'art. 15 è strutturato in modo da garantire la finalità di desistenza dal compimento dell'illecito piuttosto che la finalità punitiva³. La necessità di garantire, in via prioritaria, la funzione deterrente delle infrazioni è alla base della novella del testo dell'art. 15, apportata dall'art. 11 comma 4, l. n. 57/2001. In virtù di tale riforma, attualmente non è più previsto un limite minimo della sanzione, bensì solo un massimo edittale, corrispondente «al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida». Prima della novella, era invece previsto un minimo edittale, corrispondente all'1% del fatturato realizzato da ciascuna impresa limitatamente ai «prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante». Tale limite è stato opportunamente rimosso così da consentire, da un lato, una maggiore flessibilità della politica sanzionatoria dell'AGCM e, dall'altro, il raggiungimento di un livello dissuasivo della sanzione in rapporto alla dimensione economica globale dell'impresa. Nella stessa ottica, infine, va inquadrata l'introduzione dei programmi di clemenza, la quale ha inserito un elemento ulteriore di riforma all'art. 15 l. n. 287/90⁴ volto ad assicurare la scoperta dei cartelli segreti, prevedendo esplicitamente la possibilità di concedere l'immunità dall'amenda a fronte della collaborazione qualificata delle imprese. Quest'ulteriore modifica appare infatti funzionale ad agevolare l'efficacia dell'intervento dell'AGCM.

1. *La gravità dell'infrazione.* – Il presupposto per l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 15 comma 1 l. n. 287/90, è che l'infrazione accertata sia grave. In presenza di tale elemento, la comminazione della sanzione è doverosa per l'AGCM, la quale, al di fuori dei casi

in cui trovi applicazione il programma di clemenza, non può legittimamente astenersi dall'esercizio del potere sanzionatorio. Il legame tra la gravità dell'infrazione e la doverosità dell'esercizio del potere sanzionatorio risulta ulteriormente rafforzato dalla circostanza che il ricorso all'istituto della chiusura del procedimento con impegni di cui all'art. 14-ter l. n. 287/90, non è considerato opportuno per le infrazioni di rilevante gravità, per le quali, in linea con l'orientamento comunitario, risulta prevalente l'esigenza dell'esercizio del potere-dovere di accertamento funzionale alla comminazione di una sanzione⁵. Nella prassi dell'AGCM, la gravità della violazione risulta apprezzata sulla base di una pluralità di elementi individuati sulla scorta della giurisprudenza comunitaria e nazionale, quali la natura dei comportamenti contestati, il contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati e l'importanza delle imprese che li hanno posti in essere⁶. A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza ha confermato che, anche nel rispetto del principio di proporzionalità della sanzione, occorre tenere conto, tra l'altro, della capacità economica del soggetto sanzionato desunta dalla dimensione economica del gruppo di appartenenza⁷. Peraltro, con riferimento all'applicazione di distinte sanzioni nei confronti di più società facenti parte di uno stesso gruppo economico, occorre prendere come parametro di riferimento anche il fatturato di ciascuna società, allorché «il contributo dato da ciascuna impresa all'infrazione [è] uguale a quello delle altre»⁸. Entrambi i parametri sono tenuti presenti nella prassi dell'AGCM al fine di garantire l'efficacia deterrente delle sanzioni applicate nei confronti di condotte poste in essere da più società facenti parte di un unico gruppo⁹. Sotto il profilo oggettivo, la gravità della violazione va valutata, in primo luogo,

³ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁴ I programmi di clemenza sono stati introdotti in Italia sulla base della di quanto disposto dall'art. 14, comma 2, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha inserito nell'art. 15 un'esplicita previsione al riguardo, ora rinvenibile nel comma 2-bis, dell'art. 15 l. 287/1990.

⁵ Cons. St., 2.3.2009, n. 1190 e 19.11.2009, n. 7307.

⁶ In tal senso, cfr. Provvti AGCM, 13 marzo 2003, n. 11795 e 15 giugno 2011, n. 22521.

⁷ Cons. St., 29 gennaio 2013, n. 548.

⁸ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

⁹ V. Provvti AGCM, 13 marzo 2003, n. 11795 e 28 novembre 2001, n. 22558.

sulla base della natura della restrizione concorrenziale. Alla stregua di questo criterio, le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (c.d. *hardcore violations*) configurano alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza¹⁰. Tra gli indici rilevanti di gravità dell'intesa si annovera la segretezza degli accordi di carattere orizzontale¹¹ e, in particolare, delle intese orizzontali di prezzo. Secondo anche l'orientamento consolidato della giurisprudenza nazionale, tale tipo di intese sono molto gravi per la concorrenza «poiché ne ostacolano la capacità di garantire l'efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile»¹². L'effetto concreto della restrizione, diversamente, assume un valore marginale nella valutazione di gravità dell'illecito, dovendosi dare rilievo predominante alla natura della restrizione e agli elementi ulteriori che maggiormente aggravano il peso dell'illecito¹³. Tuttavia, allorché l'impatto concreto dell'infrazione sul mercato sia misurabile, in giurisprudenza è stato anche affermato il principio secondo cui l'AGCM è tenuta a valutare la stessa circostanza ai fini della graduazione della gravità dell'infrazione. Nella fattispecie, si è pertanto ritenuto che dovesse confermarsi la qualificazione come grave, anziché come molto grave, di un'intesa di prezzo in considerazione del fatto che non vi era prova del pregiudizio per il funzionamento del mercato e di un nesso di causalità certo tra l'intesa e l'aumento dei prezzi e, dunque, della lesività della condotta per il mercato¹⁴. Analogo orientamento è stato adottato con riguardo alla fattispecie di abuso di posizione dominante, laddove si è ritenuto che, ai fini della verifica del presupposto di applicabilità della sanzione, la sua qualificazione come illecito "grave", in ragione della natura della restrizione, appare difficilmente negabile, ferma restando la

possibilità di apprezzare l'entità della gravità dell'illecito ai fini della quantificazione della sanzione¹⁵. Coerentemente con tale principio, la qualifica di "molto grave" dell'abuso di posizione dominante sembra essere ritenuta giustificata dalla giurisprudenza solo ove siano presenti ulteriori elementi aggravanti, quali la sistematicità e la reiterazione delle condotte abusive, la consapevole sottrazione al controllo dell'Autorità di regolamentazione, il comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, la recidiva e la cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori¹⁶.

III. LA DISCIPLINA SANZIONATORIA

La disciplina del potere sanzionatorio dell'AGCM è caratterizzata, in primo luogo, da un notevole processo di armonizzazione con quanto previsto a livello dell'Ue. Tale ancoraggio al diritto comunitario trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'Autorità, applicando in via diretta gli artt. 101 e 102 TFUE, deve garantire una coerenza applicativa ed interpretativa delle disposizioni comunitarie anche sotto il profilo delle ammende¹⁷. D'altra parte, la disciplina delle sanzioni pecuniarie applicate dall'AGCM è soggetta al rinvio, operato dall'art. 31 l. n. 287/90, alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II l. n. 689/81 (concernenti, rispettivamente, i principi generali applicabili in materia di sanzioni amministrative e il relativo procedimento di applicazione). Tale richiamo, come più volte evidenziato anche nella giurisprudenza nazionale, opera, secondo previsto dallo stesso art. 31, solo nella misura in cui le stesse disposizioni risultino «applicabili». Di conseguenza, le specifiche e diverse disposizioni, anche di origine comunitaria, in materia di illeciti *antitrust* sono spesso ritenute prevalenti rispetto a quelle dettate dalla l. n. 689/81¹⁸.

¹⁰ Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190.

¹¹ Cons. St., 23 maggio 2012, n. 3026.

¹² Cfr., tra le tante, Cons. St., 17 gennaio 2008, n. 102 e 9 febbraio 2011, n. 896.

¹³ Cons. St., 29 maggio 2012, n. 3189.

¹⁴ Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864.

¹⁵ Cons. St., 24 giugno 2010, n. 4013.

¹⁶ Cons. St., 10 marzo 2006 n. 1271e 20 dicembre 2010, n. 9306.

¹⁷ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368, 27 giugno 2005, n. 3408 e 8 febbraio 2008, n. 424.

¹⁸ Cfr. Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864.

1. *I principi di diritto comunitario.* – Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, il richiamo alla l. n. 689/81 non può che essere interpretato in senso conforme alla normativa comunitaria e, quindi, non può determinare una sostanziale restrizione della portata dei divieti di cui agli artt. 2 e 3 l. n. 287/90, sia pure sotto il profilo sanzionatorio. In tale prospettiva, il principio di "stretta interpretazione" della disciplina sanzionatoria, inteso quale corollario del principio di legalità di cui all'art. 1 l. n. 689/81, è stato ritenuto non applicabile alla normativa *antitrust*¹⁹. Nella stessa ottica, trovano invece applicazione, a fini sanzionatori, i principi stabiliti dall'ordinamento comunitario in materia di imputabilità dell'illecito al successore di un'impresa che ha cessato di esistere, dovendosi ritenere incompatibile con tale disciplina la regola dell'intrasmissibilità dell'obbligazione di cui all'art. 7 l. n. 689/81. Il principio di origine comunitaria è stato ritenuto legittimamente applicabile là dove l'attività d'impresa di una società formalmente esistente ma sostanzialmente non attiva – perché in liquidazione – è stata continuata da un'altra impresa (che ne aveva acquistato il ramo d'azienda) secondo il criterio della successione economica. Alla fattispecie, pur non essendo direttamente applicabile il principio della continuità giuridica elaborato a livello comunitario si è infatti ritenuto applicabile l'ulteriore principio secondo cui una violazione delle norme in materia di concorrenza può essere imputata al successore economico della persona giuridica che ne sia l'autore, affinché l'effetto utile di tali norme non venga pregiudicato a causa delle modificazioni apportate, in particolare, alla forma giuridica delle imprese interessate²⁰. In un altro caso concernente la questione dell'individuazione del soggetto sanzionabile in caso di successione di enti pubblici, la giurisprudenza ha fatto riferimento a quanto statuito dalla Corte di Giustizia e, in particolare, al principio in base a cui gli artt. 101 e 102 TFUE devono essere interpretati nel

senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa Autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole di concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere quale ente giuridico, tale secondo ente può essere sanzionato per l'integrale durata dell'infrazione nel suo complesso se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della stessa Autorità pubblica. Con riferimento a tale ultimo aspetto, è stato puntualizzato che «affinché due o più enti possano considerarsi sottoposti alla "tutela" del medesimo soggetto pubblico non è sufficiente che quest'ultimo detenga il capitale di entrambi gli enti»²¹.

2. *Ambiti di applicazione della l. n. 689/81.* – I principi generali di cui al Capo I, Sezione I l. n. 689/81 trovano applicazione anche in materia di sanzioni pecuniarie applicate dall'AGCM, fatta salva la verifica di compatibilità, da effettuarsi caso per caso, con le specifiche norme l. n. 287/90. In linea con tale orientamento, il principio generale del *ne bis in idem*, il quale è riconosciuto, in ambito penale, dall'art. 649 c.p.p.), è stato ritenuto estensibile agli illeciti amministrativi contemplati dal diritto della concorrenza. Al riguardo, si è chiarito che il divieto di *bis in idem* non si applica quando con la stessa condotta vengono commessi più illeciti, ossia nel caso di concorso formale di illeciti. In tal caso, «a fronte di un'unica condotta e di un unico soggetto agente, si hanno più lesioni, di diversi beni giuridici tutelati, e dunque, mancando l'identità di bene giuridico tutelato, non vi è *bis in idem*»²². Inoltre, in tema di elemento soggettivo dell'illecito, trova riconoscimento, ai sensi dell'art. 3 l. n. 689/1981, il principio secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la

¹⁹ Cons. St., 2 marzo 2001, n. 1189.

²⁰ Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199.

²¹ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

²² Cons. St., 20 dicembre 2010, n. 9306.

norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa. Tale principio è infatti ritenuto compatibile con quello, di origine comunitaria, secondo cui perché un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza. In tal senso, è stato così affermato che la sussistenza dell'elemento soggettivo può desumersi in via indiziaria dagli elementi oggettivi della fattispecie²³. Inoltre, è astrattamente applicabile anche l'esimente del legittimo esercizio di un diritto dell'*incumbent* con riferimento alla difesa dei propri interessi economici. A tal fine, secondo la giurisprudenza, occorre che vi sia una situazione di danno o di pericolo per tali interessi, che sia certa e attuale; in questo contesto, è stato precisato che, al fine dell'operatività di un'esimente putativa, «non basta un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, occorrendo invece dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'agente di trovarsi in tale stato e occorre che l'errore non sia colpevole»²⁴. Sotto il profilo procedimentale, tra le norme applicabili in virtù del suddetto richiamo, viene in considerazione quanto previsto dall'art. 28 l. n. 689/1981 in materia di prescrizione. Tale norma, ai sensi della quale «Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate nella presente legge si prescrive nel termine di 5 anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione», viene applicata nella prassi dell'AGCM tenendo in considerazione la nozione di "permanenza" dell'illecito amministrativo. La nozione assume rilevanza in presenza infrazioni concorrenziali connotate da una pluralità di condotte illecite riconducibili

ad un'infrazione unitaria, in ragione della persistenza, nel tempo, di una stessa strategia applicata e ripetuta nel tempo, idonea ad alterare la concorrenza nel mercato interessato. Ciò in aderenza alla nozione di "permanenza" dell'illecito che, come chiarito dalla stessa giurisprudenza amministrativa, si caratterizza per la natura ripetuta dell'azione illecita e il carattere generalmente immateriale del bene protetto⁵. In tale ipotesi, trattandosi di un illecito di carattere permanente, occorre prendere in considerazione non già la singola condotta bensì il momento di «cessazione della permanenza» della violazione da parte dell'impresa responsabile. Infatti, è pacifico che «la prescrizione quinquennale del diritto di riscuotere le somme dovute, prevista dall'art. 28 l. n. 24 novembre 1981 n. 689, inizia a decorrere dalla cessazione della permanenza in applicazione della regola posta dall'art. 158, 1° comma, c.p.»²⁶. Inoltre, trovano applicazione le norme relative al pagamento rateale delle sanzioni (art. 26 l. n. 689/81) e quelle concernenti la procedura di riscossione coattiva della sanzione, ivi compresa la disciplina della maggiorazione per il ritardo nel pagamento delle sanzioni, prevista dall'art. 27 comma 6 l. n. 689/81. La maggiorazione deve essere calcolata a far data da quando la sanzione era originariamente esigibile, ovvero dalla data di scadenza del pagamento stabilita dall'Autorità nel provvedimento finale anche in ipotesi di contenzioso favorevole alle parti in una delle fasi del processo amministrativo, precedenti la sua definizione con sentenza passata in giudicato²⁷.

IV. QUANTIFICAZIONE

In sede di quantificazione della sanzione, l'AGCM tiene conto dei criteri indicati dall'art. 15 comma 1, l. n. 287/90 (gravità e durata della violazione), dei criteri indicati dall'art. 11 l. n. 689/81, in forza del richiamo operato dall'art. 31 l. n. 287/90, nonché, più di recente, dei criteri

²³ Cfr., tra le tante, Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199.

²⁴ Cons. St., 20.12.2010, n. 9306.

²⁵ Cons. St., 20.12.2000, n. 2196.

²⁶ Cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 28.8.1997, n. 8162.

²⁷ In tal senso, cfr. Cass., SS.UU., n. 23318/09 e Cons.St., 25 maggio 2012, 3058.

adottati dalla Commissione nei nuovi «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003», di cui alla Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02. Nella prassi dell'AGCM, pertanto, la gravità dell'infrazione, ai sensi dell'art. 15 comma 1, oltre a costituire il necessario presupposto per l'irrogazione della sanzione, rappresenta uno dei criteri di quantificazione della stessa. Sul punto, nel rinviarsi alle precedenti considerazioni, occorre anche tenere conto di quanto disposto dall'art. 11 l. n. 689/1981, sulla cui base, nella quantificazione della sanzione, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alle sue condizioni economiche. La giurisprudenza ha statuito che il riferimento alla gravità del fatto *ex art. 11 l. n. 689/1981* «significa qualcosa di diverso rispetto alla gravità della violazione di cui all'art. 15 comma 1 della legge n. 287/1990 e consente la valutazione di tutta la complessiva condotta dell'autore della violazione»²⁸. La durata della violazione costituisce un ulteriore elemento di particolare rilevanza nell'*iter* di quantificazione della sanzione. Nel determinare la durata dell'infrazione, va preso in considerazione il protrarsi dell'illecito in ragione della volontaria omissione di un *contrarius actus*²⁹. In materia di intese, la durata dell'infrazione non deve essere valutata in modo formalistico, in funzione del periodo durante cui un accordo è in vigore, bensì in funzione di quello durante il quale le imprese hanno adottato un comportamento vietato. A tal fine, laddove venga in considerazione un'intesa complessa, avente ad oggetto ed effetto la determinazione concordata di una politica di prezzo, rileva la «persistente applicazione delle politiche di prezzo coerentemente determinate dalle imprese a se-

guito della concertazione tra di esse intercorsa nel periodo oggetto di osservazione»³⁰. Inoltre, in presenza di un'intesa unitaria e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrare e collocate nel contesto complessivo della concertazione, dovendo essere considerate come «tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza»³¹.

1. *Discrezionalità dell'AGCM.* – Sulla base di una consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, la determinazione dei criteri sanzionatori, così come la sussunzione del caso specifico nei criteri così prefissati, costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'AGCM, la quale trova un proprio limite nel solo rispetto dei generali principi della ragionevolezza e della proporzionalità, nonché nel vincolo di coerenza comunitario³². In questo contesto, gli orientamenti forniti dalla Commissione per il calcolo delle sanzioni sopra richiamati hanno un valore orientativo e non vincolante per l'AGCM, e comunque, secondo la giurisprudenza, «non impediscono, anzi auspicano, una valutazione complessiva dell'illecito»³³, che viene effettuata nella prassi dall'AGCM.

2. *Metodo di quantificazione.* – Il percorso motivazionale dei provvedimenti dell'AGCM risulta ispirato da una crescente armonizzazione con i principi dell'Ue, culminato, da ultimo, nell'adozione di un metodo di computo delle sanzioni largamente simile a quello accolto dalla Commissione europea negli orientamenti sopra richiamati. Sulla base di tale metodo, l'AGCM più di recente usualmente procede all'individuazione di un importo base della sanzione in termini percentuali sul fatturato cui l'infrazione si riferisce, nell'ambito di un *range* variabile in relazione, in primo luogo, alla gravità dell'in-

²⁸ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

²⁹ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

³⁰ Cons. St., 9 febbraio 2001, n. 896.

³¹ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 421, 17 dicembre 2007, n. 6469.

³² Cons. St., 29 dicembre 2010, n. 9575; conforme, Cons. St., 29.12.2010, n. 9565.

³³ Cons. St., 20 dicembre 2010, n. 9306.

frazione. L'importo così ottenuto viene poi moltiplicato per il numero di anni di durata dell'infrazione, pervenendo così alla definizione dell'importo base della sanzione applicabile a ciascuna impresa. In un secondo momento, l'AGCM valuta poi la posizione di ciascuna impresa sulla base dell'esistenza di eventuali circostanze aggravanti ed attenuanti, pervenendo, infine, alla individuazione dell'importo finale della sanzione da irrogare alle imprese coinvolte. La giurisprudenza nazionale ha confermato la legittimità di tale metodo di computo, assumendo che gli orientamenti della Commissione costituiscono un appropriato criterio guida per le valutazioni in tema di qualificazione della gravità dell'infrazione e di commisurazione della sanzione³⁴. Sulla base di tale orientamento, è stata così confermata anche la correttezza dell'accorpamento dei soggetti partecipanti ad un'intesa in categorie, fasce o gruppi omogenei, fondati sulle quote di mercato detenute nel mercato rilevante, a ciascuno dei quali è abbinato un certo importo base; in tale ipotesi, gli importi base sono stati ritenuti correttamente determinati, non secondo un criterio matematico, bensì secondo una logica di «progressività» (in termini di percentuali) rispetto alla quota di mercato detenuta, partendo dalle imprese con quote inferiori al fine di assicurare un grado via via crescente di dissuasività e deterrenza³⁵. D'altra parte, nella giurisprudenza nazionale è stato espresso l'auspicio che l'AGCM adotti una maggiore trasparenza circa la quantificazione della sanzione, mediante l'indicazione esplicita, oltre che dell'importo finale della sanzione, anche degli elementi per la sua quantificazione, con particolare riferimento alla percentuale del fatturato per il computo dell'importo base della sanzione, alla percentuale di maggiorazione o riduzione applicata per circostanze aggravanti o attenuanti, nonché

eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati³⁶.

3. *Importo base: individuazione del fatturato rilevante.* – Ai fini del computo dell'importo base della sanzione, nella prassi dell'AGCM viene preso in considerazione il valore globale delle vendite dell'impresa, compreso il fatturato infragruppo, relativamente ai beni o dei servizi a cui l'infrazione, direttamente o indirettamente, si riferisce. Si tratta di un criterio la cui legittimità è stata confermata dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui la fissazione dell'importo base della sanzione va effettuata «tenendo conto del valore delle vendite dei beni oggetto dell'infrazione», conformemente a quanto prescritto nel punto 12 dei nuovi orientamenti per il calcolo delle ammende prima richiamati³⁷. Tale valore, essendo simile a quello previsto nel testo previgente dell'art. 15 l. n. 287/90, risulta connesso con quello delle vendite realizzate nei mercati rilevanti sotto il profilo merceologico, ma «non comporta la necessità di separare dal fatturato ogni voce specifica non perfettamente coincidente con il prodotto tipo oggetto della pratica»³⁸. La giurisprudenza ha richiamato al riguardo il criterio stabilito a livello comunitario, affermando che l'art. 23, § 2, lett. a) del Reg. CE n. 1/2003 permette di determinare l'importo di base dell'ammenda utilizzando «il valore dei beni o servizi anche indirettamente riferibili all'infrazione»³⁹. Con riguardo alla base di fatturato degli enti associativi, nella prassi dell'AGCM vengono ad essere prese in considerazione le entrate contributive dell'ente connesse all'infrazione, quali le quote di iscrizione dei professionisti appartenenti ad un ordine professionale cui sia stata imputata l'infrazione⁴⁰. La legittimità di tale criterio è stata confermata dalla giurisprudenza con la precisazione che ciò appare giustificato, benché le entrate asso-

³⁴ Cfr. Cons. St., 25 marzo 2009 e 9 aprile 2009, n. 1705; conformi anche Cons. St., 23 giugno 2006, n. 4017 e 16 marzo 2006, n. 1397.

³⁵ Cfr. Cons. St., 29 dicembre 2010, n. 9575.

³⁶ Cons. St., 17 dicembre 2007, n. 6469, 20 maggio 2011 n. 3013 e 17 dicembre 2007 n. 6469.

³⁷ In tal senso, tra le tante, Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896 e 24 settembre 2012, n. 5067/2012.

³⁸ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

³⁹ Cons. St., 13 dicembre 2011, n. 6525.

⁴⁰ V. Prov. AGCM, 23 giugno 2010, n. 21279.

ciative «non ineriscano ad un fatturato in senso stretto»⁴¹.

4. *Circostanze aggravanti.* – Coerentemente con gli orientamenti della Commissione, l'AGCM considera il ruolo di *leadership* svolto da un'impresa come una circostanza aggravante. Essa comporta l'applicazione di una maggiorazione dell'importo base della sanzione a carico di quell'impresa che abbia assunto delle iniziative di organizzazione e di promozione dell'infrazione, ovvero un ruolo altrimenti particolarmente significativo. Tale orientamento, secondo la giurisprudenza, è una corretta espressione del principio per cui, ai fini della quantificazione della sanzione, occorre tenere conto del ruolo concretamente svolto da ciascuna impresa partecipante all'infrazione⁴². In linea con quanto previsto a livello comunitario, inoltre, è stata confermata la legittimità dell'applicazione dell'aggravante consistente nell'adozione, da parte dell'impresa sanzionata, di misure finalizzate ad ostacolare l'accertamento ovvero a dissimulare l'infrazione durante l'istruttoria⁴³. Inoltre, viene applicata dall'AGCM anche l'aggravante della c.d. recidiva. Quest'ultima circostanza si configura laddove venga constatata la commissione di una stessa o analoga infrazione a quella già oggetto di precedente accertamento. Infatti, non è necessario che emerga l'assoluta identità degli illeciti, quanto la riconducibilità della condotta alla stessa tipologia di illecito *antitrust*⁴⁴. La giurisprudenza ha precisato che il termine di cinque anni fissato per l'accertamento della recidiva dall'art. 8-bis, l. n. 689/81 non è compatibile con la disciplina *antitrust* e, pertanto, la valutazione del tempo trascorso ai fini dell'applicazione dell'aggravante è rimessa alla valutazione dell'Autorità. Inoltre, la recidiva può essere contestata ad un'impresa anche in relazione a un caso verificatosi quando il *management* e la proprietà della società erano diversi, perché tali mutamenti non

comportano il cambiamento della persona giuridica che ha commesso l'infrazione, che resta consapevole del fatto che in caso di nuova violazione sarà applicata la recidiva⁵.

5. *Circostanze attenuanti.* – La giurisprudenza ha confermato che legittimamente viene considerata come circostanza attenuante il ruolo di *follower* svolto dall'impresa, in considerazione della ridotta quota di mercato dalla stessa detenuta, oltre che della mancata emersione, a carico della stessa, di elementi comprovanti il ruolo di *leadership* accertato nei confronti di altre imprese. In correlazione con il riconoscimento del ruolo di *follower*, è stata pertanto ritenuta corretta l'applicazione di una riduzione sull'importo base della sanzione, escludendo che detta riduzione debba essere computata nella fase di determinazione dell'importo base⁴⁶. In applicazione di quanto previsto dall'art. 11 l. n. 689/81, le iniziative assunte dalle imprese dopo l'avvio dell'istruttoria possono essere considerate quale ravvedimento operoso che comporta il riconoscimento di un'attenuante, allorché queste siano idonee ad eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione. In tal senso, assumono rilevanza, ad esempio, delle misure finalizzate a limitare l'incremento di prezzo concordato; diversamente, le iniziative assunte dalle imprese in attuazione di obblighi legislativamente previsti, quali l'obbligo sanzionato di fornire le informazioni richieste o di fornire la documentazione nel corso degli accertamenti ispettivi sono inconfidenti⁴⁷. Il riconoscimento dell'attenuante non comporta la necessità di applicare una riduzione dell'importo base in una misura predeterminata in termini percentuali, in quanto la l. n. 689/1981 si limita a stabilire che il ravvedimento operoso sia preso in considerazione nella quantificazione della pena tra minimo e massimo, senza fissare rigide percentuali di riduzione. A tal fine, anche laddove il ravvedi-

⁴¹ TAR Lazio, sez. I, 25 febbraio 2011, n. n. 1757.

⁴² Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

⁴³ Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199.

⁴⁴ Cons. St., 20 aprile 2011, n. 2438.

⁴⁵ Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864.

⁴⁶ Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190.

⁴⁷ Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

mento non abbia eliminato le conseguenze dell'illecito, va valorizzata la tempestività e l'efficacia del ravvedimento, nonché, secondo la giurisprudenza, la circostanza che l'impresa abbia sopportato un costo ingente per attuare il ravvedimento operoso, senza certezza di recupero integrale dell'investimento⁴⁸. Sempre sulla base di quanto dettato dall'art. 11 l. n. 689/81, nella prassi dell'AGCM si tiene conto delle condizioni economiche negative dell'impresa. Sotto tale profilo, la giurisprudenza ha ritenuto legittima la prassi consolidata dell'AGCM consistente nel considerare la situazione di perdite ingenti in bilancio per almeno tre esercizi come un'attenuante che comporta una riduzione dell'importo base della sanzione; per converso, nel caso di perdite solo per un esercizio, l'applicazione dell'attenuante va esclusa in quanto la predetta situazione è insuscettibile di pregiudicare irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa⁴⁹. In giurisprudenza non si rinviene un uniforme orientamento circa il valore da attribuire all'esistenza di un quadro normativo facilitante la commissione dell'illecito. Talvolta, infatti, è stata considerata come attenuante la circostanza che le condotte in violazione della normativa *antitrust* fossero giustificate da confusione applicativa del quadro normativo di riferimento⁵⁰. In senso diverso, in altra sentenza, non è stata considerata circostanza idonea ad attenuare la sanzione «la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza, specialmente per un monopolista legale che è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito»⁵¹.

6. *Limite edittale*. – La giurisprudenza ha confermato che, al fine di verificare

che la sanzione non superi il massimo edittale previsto dalla legge, il limite dal 10% del fatturato dell'ultimo esercizio, previsto dall'art. 15 l. n. 287/90, va rapportato all'ammontare della sanzione astrattamente applicabile a seguito dell'*iter* di computo sopra illustrato. Ove detto ammontare superi il massimo edittale, pertanto, l'AGCM applica una decurtazione dell'importo eccedente. Come confermato dalla giurisprudenza, infatti, il massimo edittale non rileva all'atto della determinazione dell'importo base della sanzione, in quanto la misura del 10% del fatturato dell'ultimo esercizio costituisce il «limite all'applicazione della sanzione, come determinata in concreto dall'Automotività»⁵². Inoltre, ai fini del computo del limite edittale, viene in considerazione il fatturato globale realizzato dall'impresa, anche qualora l'infrazione sia stata realizzata nell'ambito di un mercato nazionale, atteso che il dato letterale della norma «rinvia al fatturato tout court, senza distinguere tra il fatturato raccolto sul mercato nazionale e il restante fatturato»⁵³. D'altra parte, nella quantificazione della sanzione si deve tener conto dell'intero fatturato anche perché esso indica la capacità economica dell'impresa e consente, quindi, di comminare sanzioni dissuasive.

V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI

In materia di sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, secondo quanto ora espressamente previsto dall'art. 134, comma 1 lett. c) c.p.a., il giudice amministrativo dispone del potere di rideterminare l'ammontare della sanzione nell'esercizio di una giurisdizione di merito⁵⁴. D'altra parte, la giurisprudenza amministrativa aveva già da tempo ritenuto costantemente di poter esercitare un sindacato di merito nella giurisdizione sulle sanzioni *antitrust* tenuto anche conto del fatto che la devoluzione della materia delle sanzioni *antitrust* al giudice ammi-

⁴⁸ Cons. St., 20 dicembre 2010, n. 9306.

⁴⁹ Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

⁵⁰ Cons. St., 24 giugno 2010, n. 4013.

⁵¹ Cons. St., 20 maggio 2011, n. 3013.

⁵² Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190.

⁵³ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

⁵⁴ Tra le tante, cfr. Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

nistrativo non poteva comportare una riduzione di tutela rispetto a quanto previsto innanzi al giudice ordinario in materia di sanzioni pecuniarie⁵⁵. Tale orientamento risulta coerente con quello tradizionalmente accolto dalla Cassazione la quale ha ritenuto che rientra nella giurisdizione esclusiva del TAR Lazio la cognizione della opposizione avverso i provvedimenti irrogativi di sanzione amministrativa pecuniaria emessi dall'AGCM⁵⁶.

VI. LA DIFFIDA

Nelle decisioni con cui viene accertata l'esistenza di un'infrazione alle regole di cui all'art. 2 e 3 l. n. 287/90, ovvero agli artt. 101 e 102 TFUE, l'Autorità è tenuta ad esercitare il potere di diffida previsto dall'art. 15 l. n. 287/90. La norma conferisce all'Autorità, in particolare, il poterdovere di fissare «alle imprese agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni», con ciò individuando, quali possibili destinatari della diffida, i soggetti responsabili dell'infrazione. Tra quest'ultimi possono annoverarsi, oltre alle imprese, anche gli «enti interessati», ovvero, secondo quanto disposto dall'art. 2 comma 1 l. n. 287/90, i «consorzi», le «associazioni di imprese ed altri organismi similari», che rientrano tra i destinatari dei divieti e che, come tali, sono tenuti ad ottemperare anche all'ordine di rimozione dell'illecito. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'ordine di cessazione dell'infrazione costituisce un atto dovuto da parte dell'AGCM ed ha la specifica finalità non solo di eliminare i comportamenti oggetto di infrazione, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa, ovvero di porre rimedio per il futuro agli effetti della violazione anticoncorrenziale accertata⁵⁷. La diffida ha dunque una finalità essenzialmente ripristinatoria, ovvero è volta «ottenere che nello specifico mer-

cato inciso da un illecito *antitrust* siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione»⁵⁸. La diffida è necessariamente strumentale ai provvedimenti di accertamento tesi ad eliminare le infrazioni alle norme in tema di concorrenza, affinché si possa svolgere correttamente il libero gioco della concorrenza. L'esercizio del potere di diffida risulta pertanto giustificato anche nei casi di infrazione cessata, assolvendo, in tal caso, ad una funzione di certezza giuridica. D'altra parte, la giurisprudenza ha evidenziato la diversità degli obiettivi della diffida e dell'istituto dell'accettazione degli impegni, affermando che «contenuto della diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all'art. 15 della legge n. 287/90 e all'art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell'illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure estranee al contenuto della diffida»⁵⁹.

1. *Contenuto*. – Il contenuto della diffida è correlato al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso, ad esempio, degli abusi escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella prassi dell'AGCM, la diffida ha spesso un contenuto generico, risolvendosi nell'ordine di cessare «immediatamente» ovvero entro un determinato termine la condotta illecita accertata, senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento⁶⁰. Una diffida generica, secondo la giurisprudenza, è pienamente conforme al dettato dell'art. 15 in quanto, a tal fine, è sufficiente che l'Autorità inviti le imprese a porre termine all'illecito riscontrato, adottando le misure idonee⁶¹. La giurisprudenza ha infatti escluso la ne-

⁵⁵ Tra le altre, v. Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁵⁶ Cass., SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 52.

⁵⁷ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

⁵⁸ Cons. St., 6 novembre 2006, n. 6522; conforme: Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁵⁹ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 424.

⁶⁰ In tal senso, cfr. provv. AGCM 8 luglio 2000, n. 8546 e 29 aprile 2009 n. 19814.

⁶¹ Cons. St., 20 maggio 2011, n. 3013.

cessità che la diffida abbia un contenuto specifico, tale da imporre condotte chiare, analitiche, in modo da evitare un'interpretazione del suo contenuto. Tale potere di imporre un ordine generico non determina, secondo la giurisprudenza, «alcun *vulnus* al principio di legalità purché siano sufficienti i parametri per valutare l'esattezza e la completezza dell'attività di ottemperanza in relazione al contenuto del provvedimento di accertamento dell'infrazione interpretato alla luce delle norme e dei principi – interni e comunitari – del diritto della concorrenza»⁶². Al fine di identificare il contenuto di una diffida generica, occorre, in primo luogo, attenersi ad una interpretazione letterale dell'ordine, secondo cui essa è da intendersi come una intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati⁶³. Peraltro, «l'eliminazione dell'infrazione» raramente si realizza con un mero comportamento negativo comportando, al contrario, il più delle volte una condotta positiva, consistente nell'adozione di misure, strutturali (quale, ad esempio, lo scioglimento di una società comune) o comportamentali (ad esempio, revoca o modifica di una delibera associativa). Le iniziative necessarie, inoltre, possono investire anche rapporti negoziali con soggetti terzi (ad es. concessione di una licenza, stipulazione di nuovi contratti con tra un'impresa in posizione dominante ed i propri clienti). Nella generalità dei casi, pertanto, la diffida deve essere comunque interpretata ed attuata da parte delle imprese, nell'esercizio della propria autonomia decisionale, in modo coerente con la sua finalità ripristinatoria, ovvero in modo che l'effetto anticoncorrenziale della condotta venga ad essere eliminato. Ciò, secondo la giurisprudenza, appare rispondente all'esigenza di tutelare la libertà d'impresa, in quanto rimette alla stessa la scelta della condotta più idonea a realizzare l'apertura del mercato, evitando che il diritto *antitrust* possa assumere connotazioni dirigistiche, in contrasto con la sua filosofia liberista di fondo⁶⁴. Nei casi

di maggiore complessità, tuttavia, il contenuto della diffida può dover assumere dei connotati più specifici, ovvero comportare non solo la prescrizione di un obbligo negativo di astenersi dal comportamento censurato, ma anche l'imposizione, da parte dell'AGCM, di un obbligo positivo di porre in essere le misure individuate dall'AGCM come necessarie alla rimozione dell'illecito. In tal caso, la diffida reca l'individuazione di uno specifico termine, la cui determinazione in concreto, secondo quanto previsto dal richiamato art. 15 l. n. 287/90, è rimessa alla discrezionalità dell'AGCM. Il termine assegnato varia in relazione alla complessità delle misure che devono essere adottate dalle imprese cui, di solito, viene normalmente imposto anche l'obbligo della presentazione di un'apposita relazione illustrativa circa le misure assunte al fine di ottemperare all'ordine. La diffida è tuttavia legittima anche quando non reca l'indicazione di tale termine, atteso che, in tale ipotesi, deve presumersi che l'AGCM abbia inteso imporre l'immediata eliminazione delle infrazioni. La giurisprudenza sembra tuttavia propensa a circoscrivere la possibilità di ingiungere una diffida senza uno specifico termine solo in particolari circostanze, come quando ciò sia reso necessario dalla natura dell'infrazione (si pensi all'ipotesi in cui si sia di fronte ad abusi e comportamenti aventi un effetto di esclusione o di espulsione dal mercato dei soggetti nuovi entranti) e, comunque, la rimozione dell'infrazione non presenti particolari difficoltà di ordine tecnico⁶⁵. La diffida, inoltre, può investire anche comportamenti che le imprese interessate devono tenere nei confronti di soggetti terzi; in tal caso, secondo la giurisprudenza, l'AGCM ha il dovere di motivare adeguatamente la propria determinazione, mediante una ponderata valutazione della posizione delle imprese interessate e dei soggetti terzi (quale quella di una parte lesa rispetto all'infrazione accertata), nonché di indicare espressamente i comportamenti imposti alle imprese⁶⁶. La determinazione del con-

⁶² Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁶³ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926; conforme: Cons. St., 20 maggio 2011, n. 3013.

⁶⁴ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁶⁵ Cons. St., 30 dicembre 2002, n. 8230.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

tenuto della diffida, in ogni caso, va effettuata sulla base della motivazione e del dispositivo del provvedimento: l'inibitoria, infatti, non può prescindere dalla puntuale individuazione delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo – in caso contrario – altrimenti verificabile il comportamento lesivo della libera concorrenza⁶⁷. Come chiarito dal Consiglio di Stato, le condotte da adottare per ottemperare alla diffida vanno ricostruite sulla base del principio comunitario dell'effetto utile, in base al quale qualsiasi disposizione, anche una disposizione di carattere repressivo, richiede un'applicazione o un'interpretazione che sia funzionale al raggiungimento della propria finalità. Tale principio «racorda la descrizione dell'illecito accertato e delle sue conseguenze alla finalità della diffida (di rimozione della restrizione del mercato), consentendo di enucleare uno spettro di condotte dovute al fine di rimuovere l'effetto anticorrenziale dell'illecito»⁶⁸. A tal fine, occorre pertanto valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni dettate dall'AGCM ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere la restrizione accertata. Inoltre, è da tenere presente che la diffida riguarda solo i comportamenti imposti alle imprese, mentre non concerne «la qualificazione giuridica del tipo di invalidità che dall'accertamento delle infrazioni si trasmette, o meno, ai contratti stipulati “a valle”»⁶⁹. Nei casi di infrazione cessata, l'AGCM impartisce l'ordine di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata⁷⁰.

2. *Misure comportamentali e strutturali*. – L'Autorità, come sopra anticipato, ha il potere di disporre misure strutturali o comportamentali nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. La giurisprudenza ha riconosciuto che, benché l'art. 15 l. n. 287/90 non attribuisca espressamente all'AGCM il potere di im-

porre alle imprese specifiche misure, detto potere è connaturato al ruolo dell'AGCM. È tuttavia necessario, in tal caso, motivare esaurientemente tale necessità; in particolare, secondo la giurisprudenza, «l'Autorità dovrà valutare la fattispecie concreta al suo esame, i riflessi della specifica diffida sulle posizioni di terzi e l'idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l'inclusione nella diffida di tali specifiche misure»⁷¹. La questione dei limiti entro i quali l'AGCM possa fare ricorso a specifiche misure, in mancanza di un'espressa previsione nella disciplina nazionale simile a quella prevista nell'ordinamento comunitario, è oggetto di controversia soprattutto con riferimento alle misure strutturali. Al riguardo, la giurisprudenza più recente ha infatti evidenziato che «l'art. 15 della legge n. 287/1990 e l'art. 5 del Regolamento CE n. 1/2003 appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime» e, pertanto, non consentono di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema, «ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette»⁷². In questa prospettiva, nella fattispecie concreta, da un lato, è stata confermata la conformità al principio di legalità delle misure comportamentali adottate dall'AGCM (consistenti, in sintesi, in nuove modalità di conduzione delle imprese comuni, in modo da assicurarne la piena autonomia ed impedire lo scambio di informazioni ritenuto illecito) e, dall'altro, è stata affermata l'illegittimità delle misure strutturali (consistenti nell'assunzione di iniziative atte ad eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle imprese comuni oggetto di accertamento). Queste ultime sono state infatti ritenute «in contrasto con quel principio di proporzionalità, che deve considerarsi commisurato alla mera rimozione delle condotte antigiuridiche,

⁶⁷ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 423.

⁶⁸ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁶⁹ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

⁷⁰ Cfr. Provv. AGCM, 28.6.2011, n. 22558.

⁷¹ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

⁷² Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 423.

nei termini di cui al predetto art. 15 della legge n. 287/90»⁷³. L'adozione di misure strutturali da parte dell'AGCM, secondo la prospettiva accolta dalla giurisprudenza, sembrerebbe perciò soggetta ad una ponderata applicazione del principio di proporzionalità, di origine comunitaria, secondo cui i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati debbono essere proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti tra le varie possibili misure alternative. Inoltre, deve sempre essere imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva, corrispondente a quanto strettamente necessario per raggiungere lo scopo. In questa prospettiva, la giurisprudenza sembra aver accolto un orientamento sostanzialmente favorevole all'"armonizzazione" dell'art. 15 l. n. 287/90 con quanto previsto dall'art. 7 Reg. CE n. 1/2003, il quale attribuisce espressamente alla Commissione il potere di adottare una misura strutturale non solo nell'ipotesi in cui non esista un rimedio comportamentale parimenti efficace di quello strutturale ma anche quando la misura strutturale presenti delle connotazioni meno onerose per l'impresa, rispetto ad una misura esclusivamente comportamentale. Si tratta di un punto cruciale della tematica in esame, in relazione alla quale la giurisprudenza non sembra ancora aver raggiunto un chiaro punto di equilibrio fra le esigenze di tutela dell'autonomia dell'impresa e quelle di efficacia dell'intervento repressivo e ripristinatorio dell'AGCM.

VII. L'INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA

L'inosservanza dell'ordine, ai sensi dello stesso art. 15 comma 2 l. 287/90, comporta l'adozione di un nuovo provvedimento sanzionatorio, che viene deliberato dall'AGCM a seguito di apposito procedimento in contraddittorio con le imprese interessate, attuato secondo il modello previsto dalla l. n. 689/81⁷⁴. In

particolare, l'art. 15 comma 2, prevede che, in caso di inottemperanza alla diffida, l'AGCM «applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni». Si tratta di un meccanismo sanzionatorio improntato ad un criterio di progressione graduale degli interventi repressivi, volto ad ottenere, mediante successivi interventi ingiuntivo-sanzionatori, la desistenza dal comportamento vietato nel rispetto della libertà e dell'autonomia dell'impresa. La sanzione pecuniaria per l'inottemperanza prevista dall'art. 15 comma 2 non richiede la gravità come requisito⁷⁵ e, pertanto, ove venga accertata la violazione, deve essere applicata la sanzione pecuniaria nella misura prima richiamata. Alle sanzioni pecuniarie, in funzione di chiusura, si aggiunge la sospensione, fino a trenta giorni, dell'attività d'impresa, sanzione che, avendo natura di estrema *ratio* punitiva per la reiterazione dell'inottemperanza, non è stata sin qui adottata dall'AGCM. Sotto il profilo oggettivo, l'illecito di inottemperanza viene integrato anche dalla persistenza – imputabile all'impresa – della situazione di mancata concorrenzialità nel mercato di riferimento, dovuta all'adozione di comportamenti solo formalmente rispettosi della diffida, ma sostanzialmente diretti ad eludere l'imposizione della diffida perché non idonei a rimuovere totalmente le conseguenze dell'illecito. Rientra in tale categoria la prospettazione di misure non realizzabili con certezza da parte dell'impresa, in quanto sospensivamente condizionate al verificarsi di eventi futuri di incerta verifica. Ciò in quanto, se-

⁷³ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 423.

⁷⁴ TAR Lazio, sez. I, 30 agosto 2003, n. 7186.

⁷⁵ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁷⁶ Cons. St., 6 novembre 2006, n. 6522.

condo la giurisprudenza, «ai fini del rispetto delle prescrizioni volte a rimuovere situazioni anticompetitive, occorre valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere i profili stigmatizzati dall'Autorità»⁷⁶. Quanto al profilo soggettivo dell'illecito, l'elemento psicologico necessario a concretare la sussistenza dell'inottemperanza non si risolve nella ricorrenza di un dolo specifico di elusione ma «nella semplice consapevolezza di contravvenire ad un divieto, nell'impossibilità di ignorare che la condotta incriminata per oggetto o per effetto determina la persistenza delle conseguenze dell'illecito»⁷⁷.

ROSARIA GAROZZO

Bibliografia

AQUILANTI, «Sub art. 15», in *Diritto antitrust*, (a cura di) A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L.C. UBERTAZZI, Zanichelli, 1993; P. CERVO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1999; P. FATTORI e M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004; E. FRENI, «Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato» in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, (a cura di) M. FRATINI, Padova, 2011; A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L.C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust*, Zanichelli, 1993; M.A. SANDULLI, «Sanzioni amministrative», in *Enc. giur.*, 1992; M.L. SCHIAVANO, «sub art. 15», in *Commentario breve alle leggi su proprietà industriale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2007; C. LO SURDO, «La diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 15, l. 10.10.1990, n. 287)», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATTRICALÀ e P. TROIANO, Torino, 2010.

⁷⁷ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il procedimento *antitrust* dinanzi alla Commissione europea

Sommario: I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST* AVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA. – II. L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO. – 1. I poteri di indagine della Commissione. – 2. Le denunce e la partecipazione dei terzi al procedimento. – 3. Effetti dell'avvio del procedimento. – III. COMUNICAZIONE DEGLI ADDEBITI E RISPOSTE DELLE PARTI. – IV. LA PROCEDURA DI TRANSAZIONE NEI CASI DI CARTELLI. – V. I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI. – 1. Il diritto ad essere sentiti. – 2. L'accesso al fascicolo di indagine.

I. CARATTERI GENERALI DEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST* AVANTI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

La disciplina dei procedimenti di accertamento di intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE si ricava in parte dalle disposizioni contenute nel Reg. UE n. 1/2003 [Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in G.U.U.E. n. L 4 gennaio 2003] e in parte dal Reg. UE 773/2004 [Regolamento (CE) 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in G.U.U.E. n. L 123 del 27 aprile 2004 +].

Tale disciplina riveste un ruolo essenziale al fine di garantire che la tutela della concorrenza sia improntata ad un adeguato livello di effettività, in un contesto di trasparenza e certezza giuridica.

Come si vedrà nel prosieguo, la disciplina dell'Unione ha largamente ispirato il legislatore nazionale, sebbene quest'ultimo abbia fatto delle scelte più garantiste, intervenendo a regolamentare in maniera più dettagliata le varie fasi procedi-

mentali, i poteri dell'Autorità ed i diritti delle parti e dei terzi. Nondimeno, si registra complessivamente una certa specularità fra norme comunitarie e nazionali, la cui preoccupazione di fondo è di "inquadrare" i poteri di indagine dell'amministrazione, prevedendo come contrappeso una serie di garanzie a tutela delle parti indagate nel procedimento, in nome di quel principio c.d. di "parità delle armi", canonizzato dalla giurisprudenza dell'Unione.

Il procedimento *antitrust* europeo ha natura amministrativa. Il complesso dei poteri di accertamento della Commissione risponde ad una logica inquisitoria, poiché ad essa è rimesso il compito di raccogliere le prove dell'illecito ed individuare compiutamente l'infrazione. Dalla natura amministrativa del procedimento discende che istituti e norme di carattere processuale non risultano applicabili, sebbene la natura "contenziosa" delle procedure, che possono condurre ad una decisione di accertamento, inibitoria e sanzionatoria delle condotte vietate, conferisca un ruolo centrale ai principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese indagate, in una logica di tutela dei loro diritti di difesa¹.

I procedimenti *antitrust* innanzi alla Commissione si suddividono in tre fasi: *i*) la fase pre-procedimentale, che precede l'apertura del procedimento; *ii*) la fase procedimentale propriamente detta, che è circoscritta al contraddittorio con le parti; *iii*) la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

La fase detta pre-procedimentale o pre-istruttoria precede l'apertura formale

¹ Sulla natura amministrativa e non giurisdizionale dei procedimenti dinanzi alla Commissione, cfr. C. giust. CE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Bohringer Mannheim*; Trib. CE, 10 marzo 1992, T-11/89, *Shell c. Commissione*. La legittimità dei procedimenti *antitrust* è stata ribadita anche in base al rilievo che le decisioni della Commissione

in materia di concorrenza sono soggette ad un incisivo sindacato giurisdizionale, potendo il Tribunale valutarne la legittimità in fatto e in diritto: cfr. T. UE, 14 maggio 1998, T-348/94, *Enso Española c. Commissione*; Trib. CE, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

di un procedimento ed è quella in cui la Commissione si attiva ai fini della repressione di un illecito, sulla base di una *notizia criminis* relativa ad una violazione delle regole di concorrenza ricevuta da terzi (o più di frequente da una delle parti dell'intesa stessa che intende accedere al programma di clemenza o raccolta d'ufficio). La Commissione può esercitare in tale fase tutti i suoi poteri formali di indagine, non essendo necessaria a tal fine la previa adozione di una decisione di avvio del procedimento. Ciò è stato confermato anche dalla giurisprudenza, secondo cui la Commissione non è tenuta ad adottare e pubblicare alcun provvedimento di avvio dell'istruttoria, né a comunicare alle parti l'oggetto esatto dell'indagine all'atto dell'ispezione, o in un momento successivo, fino alla comunicazione degli addebiti, senza che ciò integri una lesione dei diritti di difesa delle parti².

La fase procedimentale propriamente detta si apre con l'avvio del procedimento per presunta violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che la Commissione tende ad adottare solo nella fase terminale dell'indagine, in occasione della comunicazione degli addebiti; solo da tale momento le imprese indagate assumono la qualifica di parte dal punto di vista sostanziale ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa e acquistano tutti i diritti di partecipazione al procedimento.

A conclusione del procedimento istruttorio, la Commissione può adottare uno tra i diversi provvedimenti di cui agli artt. 7-10 del Reg. 1/2003. Le decisioni con cui si conclude il procedimento istruttorio devono essere congruamente motivate, secondo i principi generali dell'ordinamento ed in virtù della loro natura di atti suscettibili di incidere su situazioni giuridiche soggettive di terzi.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, i procedimenti *antitrust* sarebbero suddivisibili in due diverse fasi procedimentali. La prima fase, di carattere chiaramente amministrativo, sarebbe

la fase in cui la Commissione raccoglie le prove, effettuando le ispezioni nei locali dell'impresa e acquisendo le informazioni dalle parti stesse e da soggetti terzi. La seconda fase del procedimento, avente carattere quasi-giurisdizionale, *inter partes*, inizierebbe con l'invio della Comunicazione degli addebiti alle parti, a seguito della quale queste ultime avrebbero, per la prima volta dall'avvio del procedimento, la possibilità di presentare le proprie osservazioni in merito agli addebiti ad esse indirizzati, cosicché la Commissione sarebbe vincolata ad adottare una decisione solo con riguardo alle contestazioni rese note alle imprese indagate e rispetto alle quali le stesse abbiano avuto la possibilità di difendersi³.

II. L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO

La Commissione avvia un procedimento *antitrust* allorché intenda adottare una delle decisioni di cui agli artt. 7-10 Reg. 1/2003, ossia decisioni di accertamento di una condotta illecita, decisioni di accettazione degli impegni proposti dalle parti al fine di porre rimedio a tale condotta, decisioni che impongono misure provvisorie (ad esempio, provvedimenti cautelari), ovvero decisioni che dichiarano inapplicabili le norme *antitrust* in un determinato caso.

Il procedimento può essere avviato *ex officio*, a seguito di una presentazione di domanda di clemenza da una delle parti dell'intesa, o per effetto di una denuncia presentata da terzi (pubbliche amministrazioni, privati, associazioni rappresentative di consumatori).

Nella prima ipotesi (avvio *ex officio*) la Commissione può intervenire spontaneamente, a seguito di un'analisi degli elementi in qualunque modo acquisiti e a sua disposizione. Di regola, la Commissione raccoglie informazioni utili all'avvio delle indagini principalmente attraverso indagini di settore condotte dalla stessa in

² C. giust. CE, 14 luglio 1972, cause riunite 48/69, 49/69, 51/69-57-6, *ICI e a. c. Commissione*.

³ C. giust. CE, 18 ottobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commissione*; C. giust. CE, 18 ottobre

1989, C-27/88, *Solvay c. Commissione*; Trib. CE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line e altri c. Commissione*.

virtù dei poteri di cui dispone *ex art.* 17 Reg. 1/2003.

La normativa dell'Unione non stabilisce un termine entro il quale il procedimento debba essere avviato, con la conseguenza che la Commissione può avviare il procedimento in qualunque momento nel corso delle indagini, ma in ogni caso non oltre: *i*) l'adozione della Comunicazione degli addebiti, *ii*) la pubblicazione della comunicazione con cui la Commissione rende nota la sua intenzione di rendere vincolanti gli impegni proposti dalle imprese coinvolte o *iii*) la pubblicazione di una comunicazione in cui la Commissione rende nota la sua intenzione di adottare una decisione con impegni, al fine di ricevere commenti dai terzi interessati, o una decisione con cui dichiara l'inapplicabilità degli artt. 101 o 102 TFUE al caso in esame, o *iv*) la richiesta alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione (cfr. art. 2, Reg. 622/2008).

Generalmente, la Commissione assume la decisione di avvio del procedimento nella fase terminale dell'indagine e la notifica alle parti solo contestualmente alla notifica della comunicazione degli addebiti, dandone notizia in forma abbreviata nella *Gazzetta Ufficiale*⁴. In talune circostanze, la Commissione ha anticipato l'adozione della decisione di avvio alla fase immediatamente successiva alle ispezioni, al solo fine di incardinare la propria competenza e scongiurare un rischio di conflitto con indagini avviate contestualmente da altre autorità *antitrust* della UE. L'avvio del procedimento da parte della Commissione priva difatti tutte le Autorità Nazionali della Concorrenza degli Stati Membri della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102

TFUE nella medesima fattispecie oggetto dell'istruttoria comunitaria (cfr. art. 11, par. 6, Reg. 1/2003).

La decisione di avviare il procedimento non costituisce un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE⁵.

1. *I poteri di indagine della Commissione.* – Il Reg. 1/2003 (Capitolo V) ed il Reg. 773/2004, attribuiscono alla Commissione, nella fase pre-procedimentale, una serie di poteri formali di accertamento, ossia il potere di effettuare indagini per settore economico e per tipo di accordi (art. 17, Reg. 1/2003), di richiedere informazioni (art. 18, Reg. 1/2003), di raccogliere dichiarazioni (art. 19, Reg. 1/2003), e di compiere accertamenti ispettivi (artt. 20 e 21, Reg. 1/2003).

Il potere della Commissione di raccogliere dichiarazioni dal personale delle imprese nel corso degli accertamenti ispettivi, previsto *ex art.* 20, § 3, lett. e Reg. 1/2003, rappresenta uno degli strumenti di indagine più efficaci, ove si consideri che, nella prassi, la Commissione si è avvalsa largamente di questo mezzo istruttorio, soprattutto nei casi di cartelli complessi. A fronte, difatti, dei sofisticati meccanismi posti in essere dai membri del cartello per nascondere le evidenze dei comportamenti illeciti, le domande fattuali rivolte al personale delle imprese hanno frequentemente consentito alla Commissione di accedere alle informazioni rilevanti sulla struttura ed il funzionamento dei cartelli [Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la relazione sul funzionamento del Reg. n. 1/2003, COM 24 aprile 2009, SEC(2009)574]. L'art. 4 Reg. 773/2004 prescrive le corrette modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni relative ai

⁴ Sull'assenza di un obbligo per la Commissione di notificare alle parti la decisione di avvio del procedimento prima del suo annuncio sulla *Gazzetta Ufficiale* o a mezzo comunicato stampa, cfr. C. giust. CE, 14 luglio 1972, C-57/69, *ACNA c. Commissione*.

⁵ In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nel caso *IBM*, statuendo che l'avvio del procedimento costituisce una misura procedurale preparatoria della decisione finale, non essendo essa idonea ad esprimere la posizione finale della Commissione circa l'avvenuto compimento del-

l'infrazione (C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*). D'altro canto, qualsiasi vizio della decisione di avvio del procedimento può essere invocato dalla parte in sede di impugnazione della decisione finale (C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*; Trib. CE, 17 febbraio 2000, T-241/97, *Stork Amsterdam c. Commissione*; Trib. CE, 13 dicembre 1999, cause riunite T-189/95, T-39/96 e T-123/96, *SGA c. Commissione*; T. UE, 7 marzo 2002, T-95/99, *Satellimages TV5 c. Commissione*).

fatti oggetto di indagine che i funzionari della Commissione possono raccogliere in corso d'ispezione presso qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese oggetto dell'accertamento ispettivo. I chiarimenti forniti da membri del personale devono permanere nel fascicolo della Commissione nella forma in cui sono stati registrati nel corso dell'accertamento. In chiave garantista, la norma consente all'impresa soggetta all'accertamento di rettificare entro un termine le dichiarazioni rilasciate dal personale che non sia stato autorizzato a rilasciare dichiarazioni ai funzionari della Commissione.

Ai sensi dell'art. 23 del Reg. 1/2003, la Commissione può, mediante decisione, irrogare ammende fino all'1% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente dalle imprese e associazioni di imprese soggette ad ispezioni qualora queste, intenzionalmente o per negligenza, forniscano una risposta inesatta o fuorviante.

2. *Le denunce e la partecipazione dei terzi al procedimento.* – Mentre le denunce di terzi rappresentano uno strumento poco rilevante nella lotta ai cartelli, le cui indagini sono generalmente avviate a seguito di domande di clemenza presentate da imprese partecipanti alle intese stesse, esse assumono maggior rilievo nelle indagini per condotte abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE, ambito in cui è frequente l'avvio di procedimenti istruttori su impulso di reclami presentati da terzi concorrenti o clienti.

1) Le denunce possono essere formali o informali. Le denunce informali possono essere presentate oralmente o per iscritto, e non conferiscono al denunciante i diritti di partecipazione al procedimento contemplati dal Reg. n. 773/2004. Le denunce informali possono essere non ufficiali, allorché non sia resa nota l'identità delle persone che le presentano, o perché sono presentate in modo anonimo o perché i denunciati chiedono alla Commissione di tenere segreta la loro

identità, e tale richiesta non sia manifestamente priva di giustificazione. La giurisprudenza ha in proposito chiarito che, qualora un soggetto fornisca volontariamente informazioni e richieda che la sua identità non sia rivelata, la Commissione ha l'obbligo di non rivelare l'identità del denunciante⁶.

La Commissione in genere non consente alle imprese indagate l'accesso a documenti attraverso i quali sia possibile risalire all'identità dei denunciati informali. Tali documenti non possono essere perciò utilizzati nel procedimento, e la Commissione deve procedere a reperire indipendentemente da essi le prove dell'infrazione. L'obbligo di mantenere segreti i documenti forniti dai denunciati non è, tuttavia, assoluto, poiché la Commissione può utilizzare in ogni caso quei documenti indispensabili a provare l'infrazione, ai sensi dell'art. 15, Reg. 773/2004 CE, cercando nondimeno di preservare la riservatezza in relazione alla paternità del documento.

2) Chiunque abbia un interesse legittimo – imprese ma anche individui – può presentare una denuncia formale alla Commissione. Le denunce possono essere indirizzate in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea alla Commissione la quale dovrà trattare la denuncia nella stessa lingua. Ai sensi dell'art. 5 Reg. 773/2004, la denuncia deve necessariamente contenere le informazioni richieste nel Formulario C, disponibile sul sito della Commissione Europea (Direzione generale Concorrenza). Qualora il denunciante ritenga che i documenti presentati siano riservati o contengano segreti industriali, il carattere riservato di tali documenti deve essere chiaramente indicato alla Commissione, attirando l'attenzione sulle restrizioni all'utilizzazione di tali documenti e fornendo una versione non riservata della denuncia affinché questa possa essere trasmessa all'impresa interessata.

Sono legittimati a presentare una denuncia, individualmente o in gruppo, i concorrenti dell'impresa, i suoi clienti di-

⁶ C. giust. CE, 7 novembre 1985, 145/83 *Stanley Adams c. Commissione*.

retti, i consumatori finali e le loro associazioni, i sindacati, gli Stati membri (comprese le autonomie locali). Questi ultimi non devono provare il loro interesse legittimo, posto che nei loro confronti esso si presume sussistente⁷. Le imprese, invece, sono considerate portatrici di un interesse legittimo se sono attive nello stesso mercato rilevante in cui è attivo l'autore della condotta denunciata o se la condotta in questione è in qualche modo in grado di ledere i loro interessi in modo diretto⁸. Infine, la giurisprudenza ha riconosciuto che anche i semplici consumatori possono avere un interesse legittimo se danneggiati dalla violazione delle norme *antitrust*⁹.

La denuncia deve essere presentata compilando il c.d. "Formulario C". Tale modello richiede l'identificazione del denunciante, una descrizione degli accordi o dei comportamenti denunciati, una descrizione dei prodotti e servizi interessati dalla condotta, le informazioni relative al mercato rilevante (in particolare quanto alla struttura e alla posizione delle imprese interessate). Il denunciante dovrà anche spiegare sotto quali profili le condotte denunciate violino gli artt. 101 e 102 TFUE, ma la Commissione non è tenuta ad attenersi a tale valutazione giuridica.

Nella fase successiva alla presentazione della denuncia, la Commissione ha il dovere di esaminare con attenzione i fatti e le questioni di diritto portate alla sua attenzione dai denunciati al fine di stabilire se rivelino l'esistenza di condotte

anticorcorrenziali, ma non è obbligata ad effettuare indagini relative ad ogni denuncia e a stabilire se è stata commessa un'infrazione¹⁰. Ad ogni modo, la Commissione è tenuta a decidere in merito a una denuncia entro un termine ragionevole, tenuto conto della complessità del caso sottoposto al suo esame e degli interessi delle parti coinvolte.

Se la Commissione, ad esito di queste indagini, ritiene di non essere in possesso di elementi sufficienti per agire, ne deve dare notizia al denunciante che potrà eventualmente presentare ulteriori informazioni entro un termine stabilito dalla Commissione prima che questa decida di rigettare definitivamente la denuncia. In ogni caso, la mancata comunicazione, da parte della Commissione, della propria intenzione di non perseguire l'infrazione, non impedisce alla stessa di riaprire il fascicolo qualora lo ritenga opportuno, in particolare se il denunciante fornisce entro il termine stabilito nuovi elementi di fatto e di diritto idonei a corroborare la propria denuncia¹¹. La lettera con cui la Commissione comunica la propria intenzione di non aprire un procedimento costituisce un atto interlocutorio, quindi non impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE¹².

Una denuncia è considerata ritirata se il denunciante non presenta le sue osservazioni nel termine stabilito dalla Commissione, che non può essere inferiore a quattro settimane art. 7, Reg. 773/2004.

⁷ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec c. Commissione*.

⁸ A titolo esemplificativo, è utile ricordare che ai sensi della giurisprudenza comunitaria e della prassi della Commissione sono stati ritenuti portatori di un interesse legittimo a presentare denunce: i concorrenti delle imprese accusate di aver commesso un'infrazione (C. giust. CE, 3 luglio 1991, C-62/86, *AKZO c. Commissione*); un'impresa esclusa da un sistema di distribuzione (Trib. CE, 12 dicembre 1996, T-19/92, *Leclerc c. Commissione*); un distributore vincolato da un divieto di esportazioni (Dec. 30 ottobre 2002, n. 2003/675/CE, casi COMP/35.587 PO *Video Games*, COMP/35.706 PO *Nintendo Distribution* e COMP/36.321 *Omega-Nintendo*); la parte di un contratto di licenza di diritti di proprietà intellettuale che contenga clausole anticompetitive (Dec. 2 aprile 2003, n. 2003/600/CE, *AOIP/Beyard*); un'associa-

zione di imprese che rappresenti gli interessi delle imprese danneggiate dalla condotta anticompetitiva (Trib. CE, 24 gennaio 1995, T-114/92, *BENIM c. Commissione*); un'impresa il cui ingresso nel mercato sia impedito da pratiche leganti messe in atto da altre imprese fornitrici di un determinato prodotto (T. UE, 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93, *Métropole Télévision c. Commissione*).

⁹ Trib. CE, 7 gennaio 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*.

¹⁰ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

¹¹ C. giust. CE, 18 ottobre 1979, C-125/78, *GEMA*.

¹² Trib. CE, 27 giugno 1995, T-186/94, *Guérin automobiles c. Commissione*.

Se il denunciante presenta le proprie osservazioni, la Commissione può rigettare la denuncia mediante decisione, in cui specifica le ragioni per cui un'azione della Commissione non sarebbe giustificata.

Un procedimento instauratosi a seguito di una denuncia può concludersi con una decisione che accerti e sanzioni la violazione degli artt. 101 o 102 TFUE ovvero con il rigetto della denuncia per assenza di un interesse dell'Unione a proseguire le indagini, o perché la denuncia non fornisce elementi idonei a valutare la sussistenza di un'infrazione¹³. Nel decidere se rigettare o meno una denuncia la Commissione ha un ampio margine di discrezionalità, essendo rimessa al suo apprezzamento la valutazione circa l'opportunità o meno di perseguire un'infrazione nell'interesse pubblico¹⁴. Pertanto, i denunciatori non hanno titolo per ottenere una decisione che accerti l'eventuale esistenza dell'infrazione da essi prospettata. Inoltre, la Commissione può assegnare diversi gradi di priorità nell'istruzione delle denunce, secondo il criterio c.d. dell'interesse pubblico comunitario, inteso come gravità della presunta infrazione, probabilità di poterne accertare l'esistenza ed ampiezza degli accertamenti istruttori da espletare¹⁵. Ad ogni modo, la Commissione ha sempre l'obbligo di fornire le ragioni del rigetto di una denuncia¹⁶. La Commissione è invece tenuta a condurre un'indagine allorché il denunciante sia uno Stato membro¹⁷.

Infine, sebbene l'autore di una denuncia non abbia diritto ad ottenere che la Commissione istruisca un procedimento istruttorio finalizzato ad accertare la sus-

sistenza dell'infrazione, questi ha comunque il diritto di veder definito l'esito di una denuncia da parte della Commissione, mediante una decisione. Quest'ultima potrà eventualmente costituire oggetto di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 263, § 4, TFUE. Il diritto del denunciante a veder definito l'esito della sua denuncia è stato riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria¹⁸, che, tuttavia, ha negato che il denunciante vanti il diritto ad una decisione favorevole al proprio interesse particolare¹⁹.

Qualora la Commissione non adotti una decisione definitiva in cui rigetta la denuncia entro un arco di tempo ragionevole, il denunciante potrà agire in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE.

Relativamente ai diritti dei denunciatori a seguito dell'avvio del procedimento, il diritto dell'Unione conferisce loro il diritto di partecipare al procedimento avviato dalla Commissione per l'accertamento della sussistenza della violazione, ancorché con delle limitazioni rispetto alle imprese indagate.

In linea di massima al denunciante non è garantito il diritto di accesso al fascicolo riconosciuto alle parti di un procedimento *antitrust*²⁰. Tuttavia, ai sensi degli artt. 7 e 8 del Reg. 773/2004, il denunciante ha accesso ai documenti in base ai quali la Commissione intende rigettare la denuncia, e deve essere informato di tale intenzione in modo da poter presentare ulteriori informazioni. Inoltre, il denunciante ha diritto a ricevere una versione non riservata della Comunicazione degli addebiti e può presentare osservazioni per iscritto in merito al contenuto della Comunicazione degli addebiti

¹³ C. giust. CE, 28 marzo 1985, C-298/83, *CICCE c. Commissione*; T. UE, 16 dicembre 1999, T-198/98, *Micro Leader c. Commissione*.

¹⁴ C. giust. CE, 17 maggio 2001, C-449/98P, *IECC c. Commissione*.

¹⁵ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

¹⁶ C. giust. CE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*.

¹⁷ Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

¹⁸ C. giust. CE, 18 marzo 1997, C-282/95P, *Guerin*.

¹⁹ C. giust. CE, 17 maggio 2001, C-449/98P, *IECC c. Commissione*; C. giust. CE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*; C. giust. CE, 18 ottobre 1979, C-125/78, *GEMA*.

²⁰ In tal senso si è espressa la giurisprudenza comunitaria nell'interpretazione dell'art. 19, Reg. CEE 6 febbraio 1962, n. 17/1962; si ritiene che tale conclusione rimanga valida con riguardo all'art. 27, Reg. CE, 16 dicembre 2002, n. 1/2003 (Trib. CE, 15 luglio 1994, T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*).

adottata dalla Commissione. A tal fine quest'ultima fissa un termine, non inferiore a quattro settimane, entro il quale tali osservazioni devono essere presentate. Il denunciante può anche richiedere di esprimersi nel corso dell'audizione delle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti e, se lo ritiene opportuno, la Commissione può consentire la partecipazione del denunciante. Il denunciante non ha, tuttavia, accesso al fascicolo del procedimento.

Una questione non disciplinata esplicitamente dalla normativa dell'Unione riguarda l'ammissibilità dell'intervento di terzi nel procedimento una volta che questo sia cominciato, e se questi possano acquisire gli stessi diritti dei denunciati, tipicamente il diritto a ricevere una versione non riservata della Comunicazione degli addebiti. La questione è stata risolta positivamente nel caso *Österreichische Banken*, dove la Commissione – la cui decisione è stata confermata dal Tribunale di I grado – ha ammesso a partecipare al procedimento un partito politico consentendo a questo l'accesso ad una versione non riservata della comunicazione degli addebiti nonostante il procedimento fosse stato iniziato su iniziativa della Commissione²¹.

3. *Effetti dell'avvio del procedimento.* – Come noto, il Reg. 1/2003 realizza un sistema di applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 TFUE, nell'ambito del quale le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali partecipano, insieme alla Commissione, all'applicazione di dette norme. I criteri utili per individuare quale sia l'autorità meglio collocata per trattare un caso sono contenuti nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità nazionali della concorrenza (Com. 27.4.2004, n. 2004/C101/03) e nella Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce (Com. 27.4.2004, n. 2004/C01/05).

Al fine di incentivare la collaborazione fra autorità nazionali di concorrenza e tra queste e la Commissione, il Reg. 1/2003

stabilisce un meccanismo di scambio di informazioni in virtù del quale, quando un'autorità avvia un'indagine, comunica alle altre autorità le informazioni relative al caso subito dopo l'adozione della prima misura investigativa. Qualora la stessa denuncia venga presentata davanti a più autorità o presentata davanti ad un'autorità non idealmente collocata ad accertare l'infrazione, i membri della rete determinano quale sia l'autorità competente entro in termine indicativo di due mesi, informando i denunciati dell'avvenuta riallocazione del caso.

Ai sensi dell'art. 9, Reg. 773/2004, la Commissione è tenuta ad informare il denunciante nell'ipotesi in cui decida di rigettare una denuncia per i motivi di cui all'art. 13, Reg. 1/2003. Ai sensi di tale norma, l'avvio di un procedimento innanzi alla Commissione preclude alle autorità nazionali la trattazione del medesimo caso; le autorità, d'altro canto, hanno facoltà di rigettare una denuncia nel caso in cui la medesima presunta infrazione sia – o sia stata – trattata innanzi ad un'altra autorità. Inoltre, le autorità nazionali hanno il potere di sospendere il procedimento in corso qualora sia avviato un procedimento davanti ad un'altra autorità, avente ad oggetto la stessa infrazione.

Un rigetto della denuncia ai sensi dell'art. 13 Reg. 1/2003 è legittimo se le due indagini parallele hanno ad oggetto un'infrazione dello stesso tipo e la condotta dalle medesime imprese in uno stesso mercato del prodotto e geografico. Se l'identità fra le fattispecie è solo parziale, la Commissione può rigettare la denuncia solo relativamente a quelle condotte che coincidono con quelle già oggetto di indagine a livello nazionale.

Ad ogni modo, né la Commissione né le autorità nazionali sono tenute a rigettare una denuncia perché un'altra autorità sta esaminando lo stesso caso. Difatti, vi è un certo grado di discrezionalità nello stabilire l'opportunità di sospendere o meno un'indagine per l'accertamento di un illecito *antitrust*.

²¹ Trib. CE, 7 giugno 2006, cause riunite T-

213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*.

III. LA COMUNICAZIONE DEGLI ADDEBITI E RISPOSTE DELLE PARTI

La Commissione è tenuta a comunicare alle parti indagate in un procedimento *antitrust* gli addebiti mossi nei loro confronti, al fine di permettere loro di esprimere la propria posizione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze contestate. L'invio della Comunicazione degli addebiti costituisce dunque un obbligo posto a tutela del diritto di difesa delle parti.

La Comunicazione degli addebiti non può essere autonomamente impugnata ai sensi dell'art. 263 TFUE; tuttavia, eventuali profili di illegittimità ad essa attinenti potranno essere contestati in sede di impugnazione della decisione finale²².

Essa rappresenta la "cristallizzazione" degli addebiti che la Commissione muove alle imprese indagate all'avvio del procedimento. La corrispondenza tra addebiti formulati in questa sede e violazioni contestate nella decisione finale è rilevante ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa delle parti, poiché queste devono potere svolgere le proprie osservazioni e difese su addebiti loro noti ed appropriatamente contestati. Così, se la Commissione ritiene di formulare nuovi addebiti in base alle ulteriori informazioni raccolte dovrà inviare un'ulteriore Comunicazione degli addebiti²³.

Per quanto riguarda il contenuto, la Comunicazione degli addebiti deve contenere una descrizione dei fatti considerati rilevanti, l'analisi giuridica degli stessi e

l'indicazione delle prove a sostegno delle ipotesi probatorie formulate dalla Commissione²⁴.

La ricostruzione dei fatti e la qualificazione giuridica effettuata nella Comunicazione degli addebiti mantengono pur sempre un carattere provvisorio, con la conseguenza che la decisione finale può discostarsi dalla ricostruzione operata inizialmente negli addebiti, eventualmente anche a seguito delle osservazioni presentate dalle parti. In tale ottica la giurisprudenza ha escluso che una decisione finale sia annullabile a causa della non esatta corrispondenza tra le conclusioni definitive raggiunte nella decisione finale e quelle inizialmente formulate nella Comunicazione degli addebiti²⁵. Ad ogni modo, nella decisione finale la Commissione non può discostarsi radicalmente dalle conclusioni espresse nella Comunicazione degli addebiti senza dar conto dei nuovi elementi probatori acquisiti in istruttoria e tali da giustificare una modifica nelle valutazioni²⁶.

Se la Commissione intende imporre delle sanzioni, la Comunicazione deve altresì contenere considerazioni relative ai profili sanzionatori e fornire una valutazione provvisoria circa la durata dell'infrazione, la sua gravità ed il titolo di imputazione della stessa (dolo o colpa). Ciò non implica, tuttavia, che la Commissione debba fornire indicazioni circa il possibile ammontare dell'ammenda oppure sui parametri che intende applicare nel calcolo della sanzione²⁷.

²² Siffatta preclusione non parrebbe avere carattere assoluto, dal momento che la Corte ha lasciato aperta la possibilità di impugnare una Comunicazione degli addebiti che sia priva di qualsiasi apparenza di legalità: C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*. Si veda anche Trib. CE, 18 dicembre 1992 cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

²³ Cfr. Trib. CE; 27 settembre 2006, T-59/02, *Archer Daniels Midland c. Commissione*.

²⁴ La giurisprudenza ritiene che la Commissione non sia tenuta a spiegare i fatti in maniera dettagliata, potendo limitarsi ad illustrare in modo sintetico gli elementi sui quali intende fondare la propria accusa: cfr. C. giust. CE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim c. Commissione*; C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-

217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*, confermato in appello da C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05P, *SGL Carbon/Commission*. Si vedano anche C. giust. CE, 7 giugno 1983, cause riunite 100 a 103/80, *Musique Diffusion française c. Commissione*; Trib. CE, 8 luglio 2004, T-48/00, *Corus UK c. Commissione*.

²⁵ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 8 luglio 2004, T-44/0, *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*.

²⁶ Trib. CE, 13 luglio 2006, T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione*.

²⁷ Ad esempio, non costituisce una violazione dei diritti di difesa delle parti il fatto che la Com-

Se la Commissione fonda la propria accusa su specifici documenti probatori – a prescindere dal fatto che tali documenti provengano dall'impresa o da terzi – è tenuta a fornirne copia alle imprese indagate, in modo da permettere a queste di presentare le loro osservazioni sul valore probatorio di tali documenti. A tal fine, è prassi della Commissione allegare alla Comunicazione degli addebiti una lista dei documenti rilevanti.

La giurisprudenza ha escluso che la Commissione possa fondare le proprie accuse sui documenti non rivelati alle parti²⁸, pur ammettendo la possibilità che la Commissione fornisca tali documenti in un momento successivo all'invio della Comunicazione degli addebiti²⁹.

Nella Comunicazione degli addebiti, la Commissione fissa alle parti un termine, non inferiore a quattro settimane, per la presentazione di osservazioni scritte. Il termine deve essere ragionevole e tale da consentire alle parti di difendersi in modo effettivo. Generalmente il termine concesso è di due o tre mesi ma, nei casi più complessi, sono stati fissati termini di cinque mesi o oltre³⁰. Poiché la determinazione dell'ampiezza di questo termine è in larga misura rimessa alla discrezionalità della Commissione, il giudice dell'Unione potrà censurarla soltanto nei casi di manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà³¹.

La presentazione di osservazioni alla Comunicazione degli addebiti costituisce una facoltà – e non un obbligo – per le parti. Ne consegue che, in sede di impugnazione della decisione finale innanzi al Tribunale, le parti possono sollevare anche quelle obiezioni che avrebbero potuto includere nelle repliche alla Comunica-

zione degli addebiti³². Le osservazioni sono presentate in forma scritta e possono contenere tutti gli argomenti noti alla parte ed idonei a confutare le allegazioni della Commissione nonché delle proposte alla Commissione di sentire persone in grado di confermare le circostanze invocate dalla parte nelle proprie osservazioni. Infine, la parte può allegare alle proprie osservazioni tutti i documenti che ritenga rilevanti ai fini probatori.

IV. LA PROCEDURA DI TRANSAZIONE NEI CASI DI CARTELLI

Nel giugno 2008 la Commissione ha adottato il Reg. 622/2008/CE riguardante le transazioni nei procedimenti relativi ai cartelli (c.d. “*settlement*”), introducendo l'art. 10-*bis* nel Reg. 773/2004.

La transazione (o *settlement*) è un istituto che consente alle imprese indagate dalla Commissione nel quadro di un'istruttoria per presunto cartello di “contrattare” una riduzione della sanzione pari al 10% in cambio dell'ammissione di responsabilità e della rinuncia ad alcuni diritti di difesa previsti nel procedimento (repliche scritte alla comunicazione degli addebiti, diritto d'accesso al fascicolo e all'audizione formale). La procedura di transazione viene in rilievo successivamente alla fase istruttoria vera e propria (quando cioè le prove della sussistenza dell'illecito sono già state raccolte), ed è sostanzialmente una “scorciatoia” procedurale finalizzata ad abbreviare i tempi del procedimento, incentivando le parti affinché esse rinuncino consapevolmente all'esercizio dei diritti di difesa e ammettano la propria responsabilità, in cambio di una riduzione della sanzione pecunia-

missione modifichi la propria posizione rispetto al ruolo dell'impresa nell'ambito di un cartello, anche qualora una tale diversa valutazione implichi un incremento dell'ammenda (Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*).

²⁸ C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*; T. UE, 29 giugno 1995, T-30/91, *Judgment Solvay c. Commissione*.

²⁹ Trib. CE, 14 maggio 1998, T-334/94, *Sarrió c. Commissione*.

³⁰ Cfr. C. giust. CE, 21 febbraio 1973, C-6/72,

Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione; C. giust. CE, 11 novembre 1981, *IBM c. Commissione*, C-60/81.

³¹ Ad esempio, nel caso *Volkswagen c. Commissione* il Tribunale ha ritenuto ragionevole un termine di due mesi nell'ambito di un procedimento in cui la Commissione aveva impiegato un anno per l'analisi dei documenti istruttori: cfr. Trib. CE, 6 luglio 2000, T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*.

³² Trib. CE, 12 dicembre 1991, T-30/89, *Hilti c. Commissione* confermato in appello da C. giust. CE, 2 marzo 1994, C-53/92, *Hilti c. Commissione*.

ria applicabile. La procedura di transazione è facoltativa sia per le parti che per la Commissione. Quest'ultima in particolare gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere se verificare l'interesse delle parti a partecipare a discussioni in vista di una transazione, tenendo conto di vari fattori quali il numero delle parti in causa, le prevedibili contrastanti posizioni in merito all'imputazione della responsabilità, il livello di contestazione dei fatti e la necessità di giungere entro un termine ragionevole ad un consenso con le parti indagate circa l'oggetto e la portata delle infrazioni da contestare.

La procedura di transazione si instaura su impulso formale della Commissione, la quale, qualora ritenga che l'insieme dei riscontri probatori raccolti nell'indagine sia tale da consentirle di provare la sussistenza del cartello, e dopo aver valutato che il ricorso alla transazione sia appropriato nel caso in questione, prende contatto con le parti per sondare l'interesse di queste al raggiungimento di un accordo transattivo. L'iniziativa formale della Commissione può anche scaturire da una segnalazione informale di una delle parti indagate, che manifesta il proprio interesse a raggiungere un accordo transattivo.

Alle parti viene poi concesso un termine non inferiore a due settimane nel quale esse devono dichiarare per iscritto il proprio interesse a ricorrere alla procedura di transazione. Con tale dichiarazione scritta, tuttavia, le parti non riconoscono di aver commesso un illecito *antitrust* né si assumono la relativa responsabilità, ma esprimono esclusivamente la propria disponibilità a trattare con la Commissione. Nel caso in cui alcune delle parti indagate desiderino transigere, mentre altre si rifiutino (i cosiddetti casi "ibridi"), la Commissione può valutare l'opportunità di abbandonare immediatamente la procedura di transazione a fronte dell'impossibilità di realizzare quelle economie procedurali e amministrative cui è sotteso l'istituto del *settlement*.

Laddove le parti aderiscano alla proposta della Commissione nei termini sopra descritti, quest'ultima può decidere di

aprire formalmente la procedura di transazione avviando delle consultazioni bilaterali con le parti tese a: *i*) informare le parti dei riscontri probatori raccolti nell'istruttoria e degli addebiti che la Commissione intende formulare a loro carico; *ii*) consentire alle parti di esporre i propri argomenti in merito ai capi di imputazione; *iii*) discutere l'ammontare massimo dell'ammenda irrogabile sulla base degli elementi probatori contenuti nel fascicolo istruttorio.

Se la fase consultiva/negoziale dà un esito positivo, la Commissione fissa un termine di almeno quindici giorni entro il quale le imprese possono presentare una proposta irrevocabile di transazione in forma scritta; si tratta di un atto particolarmente importante perché permette alle parti di rappresentare alla Commissione i termini della transazione sulla base delle proprie aspettative. Nella proposta le parti devono: *i*) riconoscere l'infrazione addebitata loro dalla Commissione; *ii*) indicare l'importo massimo della sanzione che sono disposte ad accettare; *iii*) confermare di essere state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti; *iv*) rinunciare all'accesso al fascicolo e all'audizione orale; *v*) acconsentire alla ricezione della comunicazione degli addebiti e della decisione definitiva in una lingua ufficiale dell'Unione, che potrebbe essere diversa dalla lingua procedimentale scelta dalla parte.

Spetta poi alla Commissione adottare una comunicazione degli addebiti che rispecchi o meno la proposta di transazione. Per garantire l'esercizio effettivo dei diritti di difesa, in questa fase la Commissione può sentire le eventuali argomentazioni delle parti, in fatto ed in diritto, sugli addebiti mossi nei loro confronti, in modo da poter modificare, all'occorrenza, la propria analisi preliminare.

Se la comunicazione degli addebiti riflette fedelmente la proposta di transazione, le parti rispondono entro un termine fissato dalla Commissione (di almeno due settimane) semplicemente confermando, in termini inequivocabili, che la comunicazione degli addebiti corri-

sponde al contenuto delle loro proposte di transazione e che quindi esse mantengono l'impegno di seguire la procedura di transazione. In assenza di siffatta risposta, la Commissione prende atto che la parte non intende tener fede al proprio impegno a transigere e può eventualmente decidere di abbandonare la procedura di transazione.

La Commissione può comunque adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti. In tal caso, le ammissioni formulate dalle parti nella proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove contro alcuna parte del procedimento. Nel contempo le parti non sono più vincolate dalla loro proposta di transazione e riacquistano i diritti di difesa cui avevano rinunciato, da esercitarsi entro un nuovo termine.

Una volta che le parti hanno confermato l'impegno a giungere a una transazione alla luce delle imputazioni contenute nella comunicazione degli addebiti, la Commissione può emanare una decisione che rispecchi il contenuto della proposta di transazione e della comunicazione degli addebiti.

In caso di esito positivo della procedura, l'importo finale dell'ammenda inflitta viene ridotto per tutte le parti che hanno aderito al *settlement* nella misura fissa del 10% (fatto salvo, come detto, l'eventuale cumulo con la riduzione della sanzione in virtù dell'applicazione del trattamento di clemenza), giacché la riduzione d'ammenda che la Commissione concede in virtù della transazione non è modulabile.

V. I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI

1. *Il diritto ad essere sentiti.* – Il diritto ad essere sentiti costituisce un diritto strumentale al pieno esercizio del diritto di difesa. Secondo la giurisprudenza, in virtù di tale diritto alla parte deve essere concessa, durante il procedimento amministrativo, l'opportunità di esprimere la

propria opinione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze ipotizzate dalla Commissione e sui documenti usati dalla medesima a sostegno delle proprie imputazioni³³.

Il diritto ad essere sentiti è sancito dall'art. 27, § 1, Reg. 1/2003, il quale stabilisce che le parti hanno diritto di essere sentite dalla Commissione prima dell'adozione di decisioni che ordinano di porre fine all'infrazione, che impongono misure provvisorie o che applicano sanzioni e penalità di mora. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 11, Reg. 773/2004, la tutela del diritto delle parti ad essere sentite si sostanzia nell'obbligo per la Commissione di esaminare, nella decisione finale, esclusivamente gli addebiti in relazione ai quali le parti hanno avuto modo di esprimersi, ovvero quelli contenuti nella Comunicazione degli addebiti o in eventuali successive comunicazioni supplementari inviate alle parti del procedimento.

Dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 del Reg. 773/04 si evincono le modalità di attuazione del diritto ad essere sentiti nei procedimenti *antitrust*. In primo luogo, la Commissione deve notificare per iscritto alle parti gli addebiti nei loro confronti. Una volta messe al corrente degli addebiti, le parti devono essere sentite dalla Commissione prima che questa consulti il Comitato Consultivo di cui all'art. 14 del Reg. 773/2004/CE e prima che questa adotti qualsiasi decisione. Le imprese, oltre al diritto di accedere al fascicolo istruttorio di cui si dirà *infra*, hanno la facoltà di replicare per iscritto, entro il termine stabilito dalla Commissione, indicando le questioni ritenute rilevanti e depositando prove documentali; inoltre, hanno facoltà di richiedere un'audizione.

Per quanto riguarda il diritto delle parti all'audizione, ogni impresa a cui la Commissione abbia inviato una Comunicazione degli addebiti ha diritto a sviluppare i propri argomenti nel corso di un'audizione, qualora lo richieda. A tale audizione partecipano anche i denunciati e altre parti interessate, che possono anche essere ammessi ad esporre la

³³ C. giust. CE, 7 giugno 1983, cause riunite

100 a 103/80, *Musique Diffusion française c. Commissione*.

propria posizione durante l'audizione (Art. 12, Reg. 773/2004).

Le audizioni sono condotte da un consigliere-auditore indipendente e incaricato di assicurare il corretto svolgimento delle audizioni. A seguito dell'ampliamento del mandato del consigliere-auditore, la funzione di questa figura si estende oggi all'intero procedimento amministrativo. Art. 14, Reg. 773/2004.

I consiglieri-auditori, a garanzia della loro indipendenza, rispondono del loro operato direttamente al Commissario per la concorrenza e possono essere selezionati anche tra candidati esterni alla Commissione. Essi, quindi, da un lato svolgono un ruolo di collegamento e direzione tra le parti e la Commissione; dall'altro lato, hanno una funzione di garanzia dei diritti di difesa delle parti, dovendo vigilare sul corretto svolgimento del contraddittorio (accesso e audizioni) e sull'obiettività dell'eventuale successiva decisione. In particolare, il consigliere-auditore vigila affinché tutti i pertinenti elementi di fatto, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità dell'illecito – siano essi favorevoli o sfavorevoli agli interessati – siano presi in considerazione nell'elaborazione dei progetti di decisione della Commissione. A tal fine, il consigliere-auditore viene costantemente informato sullo stato della procedura fino alla comunicazione al Commissario per la Concorrenza della bozza di decisione, in relazione alla quale ha facoltà di presentare le sue osservazioni. Il consigliere-auditore si occupa anche degli aspetti di carattere organizzativo del contraddittorio, stabilendo la data, il luogo e la durata dell'audizione. Inoltre, egli decide circa l'ammissione di nuovi documenti nel corso dell'audizione, nonché in merito a quali persone devono essere sentite per conto dei soggetti interessati e se tali persone debbano essere sentite separatamente o in presenza di altri partecipanti all'audizione. Inoltre, con la finalità di ampliare il diritto al contraddittorio, e previa approvazione del direttore competente, può consentire a persone, imprese e

associazioni di persone o di imprese di presentare osservazioni scritte anche successivamente all'audizione orale.

Alle audizioni, che sono condotte in privato, la Commissione può invitare le Autorità nazionali di concorrenza o i rappresentanti di altre autorità degli Stati membri. Le parti e i denunciati possono essere sentiti separatamente o in presenza di altri soggetti convocati. Pur in assenza di un obbligo in tal senso, nella prassi la Commissione tende ad effettuare in un'unica sessione le audizioni di tutte le imprese parti del procedimento e dei soggetti terzi interessati, compresi i denunciati, provvedendo a far sgomberare l'aula quando la discussione verta su informazioni riservate. Le persone invitate a partecipare possono comparire di persona o tramite propri rappresentanti legali o statutari. Le imprese possono essere assistite da consulenti legali o da altre persone qualificate ammesse dal consigliere-auditore. Di norma il primo ad essere sentito è il funzionario della Commissione responsabile del caso (il *rappporteur*), cui seguono le parti. Se il consigliere-auditore vi acconsente, le parti interessate, i denunciati, i terzi invitati all'audizione, i servizi della Commissione e le Autorità degli Stati membri possono rivolgere domande nel corso dell'audizione, anche ulteriori rispetto alle questioni trattate dalla parti nelle loro presentazioni.

La giurisprudenza comunitaria ha affermato che la Commissione non è tenuta a concedere alle parti interessate il diritto ad ottenere la comparizione ed interrogare i testimoni a carico, sul rilievo che il procedimento *antitrust* rimane pur sempre un procedimento amministrativo³⁴. La Corte ha altresì affermato che non è configurabile un diritto assoluto della parte ad interrogare testimoni a carico o a scarico, poiché anche il diritto all'equo processo non si risolve nell'obbligo di convocazione di ogni testimone, quanto piuttosto in una sostanziale "parità delle armi", tale che nel corso del procedimento contenzioso all'accusato è data oc-

³⁴ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-

217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*).

casione di contestare i sospetti che gravano su di lui³⁵.

Al termine dell'audizione, il consigliere-auditore presenta al Commissario alla Concorrenza un rapporto contenente le proprie osservazioni in merito alle questioni procedurali e, più in generale, all'opportunità di acquisire maggiori informazioni o di ritirare alcuni addebiti. Una volta conclusa la fase orale, il consigliere-auditore elabora un rapporto finale sul rispetto del diritto al contraddittorio nel procedimento in oggetto, che è trasmesso al Commissario per la Concorrenza, al Direttore Generale per la Concorrenza, al Direttore della Direzione responsabile del caso, alle autorità nazionali di concorrenza e all'autorità di Sorveglianza EFTA; il rapporto è inoltre allegato alla bozza di rapporto presentato al Collegio dei Commissari. In funzione di massima garanzia della trasparenza amministrativa, una copia del rapporto è fornita alle parti insieme alla decisione finale ed è pubblicata, unitamente a quest'ultima, sulla *Gazzetta Ufficiale*.

2. *L'accesso al fascicolo di indagine.* – L'accesso al fascicolo della Commissione costituisce una delle garanzie procedurali volte a garantire il rispetto del principio di parità delle armi e del diritto di difesa nell'ambito del procedimento *antitrust*³⁶.

Il diritto di accesso al fascicolo è regolato dall'art. 27, § 2, Reg. 1/2003, nonché dalla Comunicazione della Commissione sull'accesso al fascicolo, che disciplina il sub-procedimento di accesso e stabilisce, inoltre, quali sono i titolari del diritto in

oggetto, quali documenti devono essere resi disponibili, come devono essere trattate le informazioni confidenziali, *etc.* (Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio, Com. 22.12.2005, n. 2006/C-325/07).

Il diritto di accesso è accordato, su richiesta, ai destinatari della Comunicazione degli addebiti; la Commissione deve garantire l'esercizio del diritto di accesso prima di adottare una decisione che accerta una violazione, impone misure provvisorie o impone sanzioni. L'accesso è garantito in un'unica occasione e si estende a tutti i documenti contenuti nel fascicolo, mentre non si estende alle osservazioni delle altre parti del procedimento, salvo che le stesse contengano prove a carico o a discarico.

L'accesso al fascicolo non costituisce un diritto fine a se stesso, ma è funzionale all'esercizio dei diritti di difesa, con la conseguenza che l'eventuale violazione del diritto d'accesso può determinare l'illegittimità della decisione della Commissione solo laddove abbia compromesso in maniera decisiva l'esercizio del diritto di difesa della parte³⁷. In tale ottica, il rifiuto del diritto di accesso è rilevante ai fini della validità di una decisione se riguarda documenti la cui conoscenza avrebbe permesso all'impresa indagata di imprimere un corso diverso all'istruttoria della Commissione.

Si noti inoltre che il diritto di accesso è garantito solo nella fase che precede l'adozione della decisione della Commis-

³⁵ C. giust. CE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P e C-213/02P, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*.

³⁶ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *Bpb Industries Plc E British Gypsum Ltd c. Commissione*; Trib. CE; 18 dicembre 1992 cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

³⁷ La Corte di Giustizia ha infatti chiarito che in base al principio della «parità delle armi», l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, con la conseguenza che l'utilizzo da parte

della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti come mezzi di prova e, lungi dall'aver per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente per mezzo di tali documenti. Se invece, il documento non rivelato sia fra quelli che scagionano l'impresa, la Corte ritiene che questa possa ottenere l'annullamento della decisione semplicemente dimostrando che la mancata conoscibilità di tale documento abbia compromesso la propria difesa nel corso del procedimento. v. C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*.

sione. Un diniego di accesso al fascicolo non può, infatti, inficiare la validità della decisione qualora avvenga in un momento successivo all'adozione di tale atto³⁸.

Le procedure per l'accesso al fascicolo sono contenute nella citata Comunicazione sull'accesso al fascicolo (Com. 22.12.2005, n. 2006/C325/07). L'accesso al fascicolo istruttorio può avvenire secondo tre modalità. La Commissione può: *i*) fornire alla parte un CD-ROM contenente copia dei documenti appartenenti al fascicolo; *ii*) inviare per posta copie dei documenti cartacei accessibili; *iii*) invitare le parti ad esaminare il fascicolo istruttorio accessibile presso i propri uffici.

I documenti a cui può essere negato l'accesso sono quelli contenenti segreti aziendali, informazioni riservate e fatti salvi i documenti interni della Commissione o di altre Autorità *antitrust* degli Stati membri.

Costituiscono segreti aziendali le informazioni tecniche e finanziarie relative al *know how* di un'impresa, i metodi per valutare i costi, i segreti di produzione o i processi produttivi, le fonti di approvvigionamento, le quantità prodotte e vendute, le quote di mercato, le liste dei clienti e dei distributori, i piani di mercato, la struttura dei costi e dei prezzi e la strategia di vendita. I documenti che contengono segreti commerciali sono di regola sottratti all'accesso, tranne nei casi in cui essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, nel qual caso l'accesso è consentito limitatamente a tali elementi; in questi casi, la Commissione è comunque tenuta ad adottare tutti gli accorgimenti necessari per evitare la divulgazione di informazioni "sensibili" per le imprese mediante l'omissione dei brani delicati nelle copie dei documenti resi ac-

cessibili o mediante la preparazione di versioni non riservate³⁹. La necessità di tutelare i soggetti che forniscono informazioni alla Commissione dalle eventuali ritorsioni dell'impresa incriminata è stata espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza in noti casi di presunto abuso di posizione dominante⁴⁰.

Per quanto riguarda i documenti interni della Commissione, essi consistono nella corrispondenza fra la Commissione e le Autorità nazionali garanti della concorrenza e fra Autorità nazionali, nonché nelle bozze, opinioni, memoranda o note provenienti dagli uffici della Commissione o di altre autorità pubbliche per uso interno o destinate al comitato consultivo. In proposito, la giurisprudenza ha specificato che l'accesso ai documenti che fanno parte di discussioni e consultazioni preliminari in seno ad un'istituzione può essere negato anche una volta adottata la decisione. Inoltre, la circostanza che un'impresa non disponga del diritto di accesso ai sensi del regime applicabile in materia di procedimenti di concorrenza non pregiudica la possibilità che questo soggetto, come qualsiasi altra persona, disponga eventualmente di un diritto di accesso a siffatti documenti in forza dei principi sanciti dal Reg. CE 30.05.2001 n. 1049/2001 sull'accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni dell'Unione⁴¹.

In genere, l'istanza di riservatezza può essere presentata esclusivamente dalla persona o impresa che abbia fornito le informazioni alla Commissione e non da un diverso soggetto. Allorché un soggetto presenti informazioni o osservazioni alla Commissione nel corso di un procedimento *antitrust*, questi ha l'onere di individuare le informazioni ritenute riservate, motivando la propria richiesta di riservatezza. La parte richiedente deve inoltre

³⁸ T. UE, 21 ottobre 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn c. Commissione*.

³⁹ Cfr. C. giust. CE, 24 giugno 1986, C-53/85, *AKZO*.

⁴⁰ C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*; T. UE, 1 aprile 1993, T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum c. Commissione*.

⁴¹ T. UE, 9 settembre 2008, T-403/05, *MyTravel*

Group plc c. Commissione. Ciò premesso, il giudice ricorda che l'interesse di un soggetto ad accedere ad un documento in nome di un generale principio di trasparenza dell'azione amministrativa ha un diverso (minore) peso specifico rispetto a quando l'accesso è strumentale all'esercizio dei diritti di difesa come accade nell'ambito di un procedimento amministrativo repressivo in materia di concorrenza.

fornire una versione non riservata del documento entro il termine stabilito discrezionalmente dalla Commissione alla luce delle esigenze specifiche di celerità del procedimento. In genere può escludersi che la Commissione accetti richieste di riservatezza relativamente ad informazioni risalenti nel tempo, come ad esempio informazioni relative al fatturato, alle vendite e alle quote di mercato risalenti a più di cinque anni prima.

L'istanza di riservatezza è normalmente accolta qualora i soggetti che hanno fornito informazioni alla Commissione possano essere esposti a forme di ritorsione da parte delle imprese indagate (questo il caso, ad esempio, delle parti denunciando abusi di posizione dominante). In tal caso l'anonimato delle imprese che hanno fornito informazioni è garantito rendendo accessibile solo una versione confidenziale o un riassunto delle informazioni fornite.

Se la Commissione intende rigettare la richiesta di riservatezza, o revocare l'accettazione provvisoria, essa è tenuta ad informare le imprese interessate per iscritto, e a concedere loro un termine entro il quale presentare le loro osservazioni o, in caso di disaccordo, rivolgersi al consigliere-auditore.

I documenti sottratti all'accesso possono essere resi accessibili dalla Commissione se sono necessari a provare un'infrazione degli artt. 101 e 102 TFUE. La citata Comunicazione sull'accesso al fascicolo chiarisce che il carattere riservato di un documento non può costituire un impedimento assoluto all'utilizzabilità di do-

cumenti incriminanti o idonei a provare la non colpevolezza dell'impresa. Nel valutare l'opportunità o meno di rivelare tali documenti la Commissione si impegna a tener conto di fattori quali la rilevanza e il carattere indispensabile delle informazioni, il grado di sensibilità delle stesse e la serietà dell'infrazione (Com. 22.12.2005, n. 2006/C325/07, § 24).

MARIO TODINO

Bibliografia

BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Londra, 2010; G. HIRSCH - F. MONTAG - F.J. SÄCKER, *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, Oxford, 2006; M. TODINO, Regolamento CE 7 aprile 2004 n. 773/2004, in A. CATRICALÀ - P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009; I. VANDENBORRE - T. GOETZ, «EU Competition Law Procedure», in *Journal of European Competition Law and Practice*, n. 3, 2012, p. 578; D. WAELBROECK, «Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées: Que va-t-il rester aux juges?», in *Global Competition Working Paper*, 2008, p. 7; W. WILS, «The Use of Settlements in Public anti-trust Enforcement: Objectives and Principles», in *World Competition*, 2008, p. 336; W. WILS, «EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention On Human Rights», in *World Competition*, 2011, p. 189; R. WISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2012.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le decisioni della Commissione, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria

Sommario: I LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE IN SEGUITO ALL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST*.

– II LE DECISIONI DI ACCERTAMENTO ED ELIMINAZIONE DI UN'INFRAZIONE. – III ALTRE DECISIONI. – 1. DECISIONI CON IMPEGNI. – 2. Decisioni che impongono misure cautelari. – 3. Decisioni di constatazione di inapplicabilità. – IV LA POLITICA SANZIONATORIA DELLA COMMISSIONE. – 1. Osservazioni generali: La natura delle sanzioni. – 2. Intenzionalità e negligenza: l'elemento soggettivo dell'illecito. – 3. Sanzioni per violazione di norme procedurali. – 4. Sanzioni per violazione di norma sostanziali: presupposti, entità, criteri di quantificazione. – 5. I destinatari delle sanzioni. – 6. La penalità di mora. – 7. Prescrizione.

I. LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA IN SEGUITO ALL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO *ANTITRUST*

In seguito all'avvio di un procedimento istruttorio *antitrust*, la Commissione può adottare uno dei provvedimenti previsti dagli artt. 7-10 Reg. n. 1/03, di cui il principale è la decisione di constatazione ed eliminazione di un'infrazione (art. 7). La Commissione, inoltre, può: *i*) accettare gli impegni proposti dalle parti al fine di porre rimedio ad una potenziale infrazione (art. 9); *ii*) adottare provvedimenti cautelari (art. 8); nonché *iii*) adottare decisioni di constatazione di inapplicabilità delle norme *antitrust* (art. 10). Mentre l'adozione di decisioni di accettazione degli impegni ha visto un notevole incremento negli ultimi anni, la Commissione non ha ancora adottato alcuna misura cautelare *ex art. 8*, né alcuna decisione *ex art. 10*.

II. LE DECISIONI DI ACCERTAMENTO ED ELIMINAZIONE DI UN'INFRAZIONE

L'art. 7 Reg. 1/03 disciplina i poteri della Commissione nei casi in cui, in seguito a denuncia formale o d'ufficio, constati il compimento di un'infrazione ai sensi degli artt. 101 e/o 102 del Trattato FUE, da parte di una o più imprese o di un'associazione di imprese. In tali casi, la Commissione mediante decisione può an-

zitutto ordinare alle imprese interessate dall'accertamento di porre fine all'infrazione constatata, esercitando un potere che corrisponde alla c.d. diffida o inibitoria ai sensi della normativa italiana *antitrust*. A tale ordine, la Commissione può affiancare quello di porre in essere condotte tali da garantire il ripristino delle condizioni concorrenziali sul mercato (c.d. misure correttive o rimedi). La Commissione inoltre, in caso di accertamento di un'infrazione, normalmente infligge a dette imprese un'ammenda ai sensi dell'art. 23 Reg. 1/03, e può eventualmente irrogare loro delle penalità di mora ai sensi dell'art. 24 del medesimo Regolamento (cfr. più nel dettaglio *infra* § IV.6).

La disposizione in parola, che sostituisce l'art. 3 del previgente Reg. n. 17/1962, ha ampliato il novero dei poteri della Commissione, sostanzialmente accentuando il carattere quasi-repressivo del diritto della concorrenza. Infatti, nell'ordinare la cessazione dell'infrazione, la Commissione è ora espressamente dotata del potere di imporre rimedi non solo comportamentali, ma anche strutturali; nonché – in presenza di un legittimo interesse – del potere di accertare un'infrazione già cessata.

Per quanto riguarda i rimedi che la Commissione può affiancare all'ordine di far cessare un'infrazione, il Reg. n. 1/03 in primo luogo stabilisce che debbano essere necessari al fine preposto, e proporzionati all'infrazione commessa. La Commissione, inoltre, è obbligata a privilegiare l'adozione di rimedi di tipo comportamentale: quelli di tipo strutturale possono essere imposti soltanto nei casi in cui i primi non siano egualmente efficaci, o risultino eccessivamente onerosi per l'impresa interessata.

Un rimedio di tipo comportamentale può consistere in un ordine sia negativo, sia positivo. Già in vigenza del precedente Regolamento, infatti, la giurisprudenza aveva riconosciuto che la Commissione potesse imporre ordini di natura positiva,

quali, esemplificativamente, l'ordine di fornire materie prime¹, o determinate informazioni, anche qualora protette dal diritto d'autore², o ancora di adeguare la politica aziendale in materia di sconti alla clientela³.

Quanto invece ai rimedi strutturali, che possono consistere nella modifica della struttura dell'impresa, ovvero del suo assetto proprietario, il considerando 12 Reg. n. 1/03 precisa che gli stessi sono proporzionati solo in presenza di un rischio sostanziale del perdurare o del ripetersi dell'infrazione, derivante dalla struttura stessa dell'impresa. In questo senso, un rimedio di tipo strutturale potrebbe essere opportuno, ad esempio, per porre rimedio al rifiuto, da parte di un'impresa dominante verticalmente integrata, di concedere l'accesso alle proprie infrastrutture essenziali ai concorrenti *downstream*; ovvero a condotte di c.d. *margin squeeze*. Ad oggi la Commissione non ha ancora imposto un rimedio strutturale sulla base dell'art. 7. Ha tuttavia accettato, in alcuni casi riguardanti in particolare il settore energetico, rimedi strutturali proposti dalle imprese *ex art. 9 (cfr. infra)*.

Si deve poi ricordare che, qualora la decisione comporti delle misure correttive, oltre all'ordine di cessazione dell'infrazione, la Commissione può disporre la nomina di un soggetto fiduciario (*trustee*) incaricato di vigilare sull'ottemperanza alla decisione da parte delle imprese destinatarie, entro i limiti delineati dalla Corte nel caso *Microsoft*⁴.

Come anticipato, l'art. 7 Reg. n. 1/03 disciplina i poteri della Commissione anche rispetto a *infrazioni già cessate*. Il procedimento avviato dalla Commissione, infatti, non è necessariamente destinato a concludersi con un provvedimento di diffida, che presuppone che la condotta anticoncorrenziale sia ancora in essere. Questo perché, al momento della chiusura dell'istruttoria, le condotte oggetto di indagine potrebbero essere già cessate, per naturale esaurimento, o perché, in costanza di indagine, le imprese coinvolte abbiano deciso di modificare le stesse in senso conforme alla norme in materia di concorrenza. In tali casi, la Commissione può comunque constatare tali condotte anticoncorrenziali tramite decisione, anche nel caso in cui non intenda imporre una sanzione, o il termine di prescrizione per farlo sia già decorso, purché in presenza di un legittimo interesse: il che avviene, ad esempio, nei casi in cui vi sia il rischio di reiterazione dell'infrazione; ovvero al fine di chiarire un particolare principio di diritto, o di facilitare le azioni c.d. *follow-on* per il risarcimento del danno. In questo senso, il Reg. n. 1/03 codifica quanto già stabilito in precedenza dalla giurisprudenza, la quale aveva da un lato riconosciuto il potere della Commissione di constatare un'infrazione già cessata⁵; dall'altro, aveva dato un'interpretazione rigorosa di tale potere, specificando che la dimostrazione dell'esistenza di un interesse legittimo deve avvenire in concreto, mediante riferimento a circostanze proprie al caso di specie⁶. In ogni caso, se

¹ C. giust. CE, 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, in *Racc.* 1974, p. 223. Ciò nei casi di violazione dell'art. 102. Il medesimo obbligo, infatti, non può essere imposto in caso di violazione dell'art. 101, sebbene i giudici nazionali possano disporre misure ulteriori in relazione alle conseguenze civilistiche della violazione del divieto di intese anticompetitive (Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. II-2223).

² C. giust. CE, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (Rte) e Independent Television Publications Ltd (Itp) c. Commissione ("Magill")*, in *Racc.* 1995, p. I-743.

³ Trib. CE, 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak International c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-755.

⁴ Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-3601, dove il Tribunale in buona sostanza ha riconosciuto la possibilità per la Commissione di farsi assistere, nell'esecuzione delle misure correttive da un esperto esterno, ed eventualmente anche di istituire un sistema di controllo che preveda la designazione di un soggetto fiduciario indipendente, purché quest'ultimo non eserciti su delega poteri di indagine che solo la Commissione è legittimata ad esercitare.

⁵ C. giust. CE, 28 marzo 1983, causa 7/82, *GVL c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 483.

⁶ Cfr. Trib. CE, 6 ottobre 2005, cause riunite T-22/02 e 23/02, *Sumitomo Chemicals c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-4065. Per un esempio di tale dimostrazione, cfr. Dec. Comm. CE, 3 ottobre 2007, *Morgan Stanley/Visa International e Visa Europa*, in appello Trib. UE, 14 aprile 2011, causa T-

la Commissione menziona nel corpo di una decisione che un'impresa ha commesso un'infrazione del diritto *antitrust*, deve raggiungere la medesima conclusione anche nel dispositivo della stessa. In caso contrario, infatti, le imprese rischierebbero di essere esposte ad azioni per il risarcimento del danno in relazione ad asserzioni non contestabili in sede giurisdizionale, potendo le stesse impugnare solamente il dispositivo di una decisione⁷.

Le decisioni della Commissione per infrazioni *antitrust* possono essere indirizzate tanto alle imprese che abbiano direttamente commesso l'infrazione, quanto alle imprese controllanti che esercitino un'influenza determinante nei loro confronti, tale da escluderne l'indipendenza. Il comportamento di una società controllata, infatti, può essere imputato alla società controllante, qualora la prima, pur avendo una personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma applichi sostanzialmente le istruzioni impartite dalla seconda. In particolare, poi, nel caso in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, secondo la giurisprudenza della Corte – confermata di recente nel noto caso *Akzo Nobel*⁸ – la Commissione può presumere l'esercizio di un'influenza determinante sulla controllata, salvo dimostrazione, il cui onere incombe sulla controllante, della sua effettiva autonomia gestionale. Qualora, quindi, la Commissione accerti il compimento di un'infrazione da parte di una società controllata, e provi che il capitale della stessa sia interamente detenuto da una controllante, quest'ultima potrà essere ritenuta responsabile in solido per il pagamento dell'ammenda.

Inoltre, la Commissione può stabilire la *corresponsabilità* per violazione dell'art.

101 di una *società di consulenza*, qualora questa contribuisca attivamente e volontariamente ad un'intesa tra produttori operanti su un mercato distinto da quello su cui essa stessa opera⁹.

II. ALTRE DECISIONI

1. *Decisioni di accettazione degli impegni*. – L'art. 9 Reg. 1/03 prevede che la Commissione, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione agli artt. 101 e 102 FUE, e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro nella valutazione preliminare, può mediante decisione rendere detti impegni obbligatori. Tale decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato¹⁰, e accerta che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare dell'infrazione. In questo senso, non pregiudica la facoltà delle autorità nazionali di procedere autonomamente a detto accertamento, né di adottare una decisione in senso difforme da quella della Commissione¹¹.

Una volta che gli impegni siano stati resi obbligatori, peraltro, come precisato dal secondo comma dell'art. 9, il procedimento può essere riaperto, su domanda o d'ufficio, qualora *i*) intervengano modifiche della situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; *ii*) le imprese interessate contravvengano agli impegni assunti; oppure *iii*) la decisione sia stata fondata su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti.

La disposizione in parola codifica ciò che, in vigenza del precedente Regolamento n. 17, costituiva una mera prassi informale della Commissione¹². Tale prassi, nel silenzio della legge, era ammessa in

461/07, *Visa Europe c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-1729.

⁷ Trib. CE, 12 ottobre 2007, causa T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-4225.

⁸ C. giust. CE, 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-8237.

⁹ Trib. CE, 8 luglio 2008, causa T-99/04 AC-

Treuhand AG c. Commissione, in *Racc.* 2008, p. II-1501.

¹⁰ Il Regolamento tuttavia non impone che la Commissione fissi una durata determinata. Cfr. Trib. CE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2601, punto 91.

¹¹ Considerando 13 Reg. 1/2003.

¹² Cfr. C. giust. CE, 17 novembre 1987, cause

ragione dell'ampio margine di discrezionalità di cui godeva anche allora la Commissione nello stabilire le proprie priorità di *enforcement*, e nel decidere di archiviare un caso qualora l'intervento non fosse più giustificato. In mancanza di una esplicita previsione normativa, tuttavia, il processo decisionale presentava, nel complesso, non pochi aspetti problematici; in particolare, esso risultava poco trasparente, sia rispetto ai terzi, sia più in generale nei confronti della comunità legale. Per rimediare a tali questioni, l'art. 27 Reg. 1/03 ha quindi stabilito che la Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi dell'art. 9, deve pubblicare un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta, cosicché i terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro il termine stabilito, non inferiore a un mese. L'art. 30 ha inoltre introdotto l'obbligo di pubblicazione di tali decisioni.

Come ricordato anche dalla giurisprudenza¹³, la *ratio* delle decisioni con impegni consiste principalmente in ragioni di economia processuale, su modello dei c.d. *consent decrees* di diritto statunitense. Esse infatti garantiscono una soluzione più rapida ed efficace ai problemi di concorrenza, attraverso la partecipazione attiva delle imprese alla determinazione delle scelte di mercato da compiere. Inoltre, le decisioni con impegni, nella misura in cui consentono di evitare l'accertamento pieno dell'infrazione, presentano vantaggi significativi anche per le imprese, in particolare dal punto di vista delle conseguenze sul piano reputazionale, nonché in ambito civilistico.

A fronte di questi vantaggi, tuttavia, le decisioni con impegni presentano anche alcuni aspetti problematici. Tra questi, in

particolare, si può ad esempio ricordare che le stesse sono solo raramente soggette a controllo giurisdizionale. Da un lato, infatti, le parti difficilmente possono proporre impugnazione contro una decisione fondata sul proprio consenso, volontariamente prestato, specie per quanto riguarda i profili sostanziali della stessa; e infatti nella pratica questo non si è mai verificato. Dall'altro, sebbene in via di principio i terzi, pur non essendo parte interessata ai sensi dell'art. 27 Reg. 1/03, possano impugnare una decisione con impegni, qualora ritengano di aver subito un pregiudizio dalla stessa, nella pratica ciò è avvenuto di rado¹⁴. Esiste inoltre il rischio concreto che gli impegni proposti non siano proporzionali alle preoccupazioni identificate dalla Commissione nell'ambito del procedimento. Sul punto, peraltro, la Corte ha recentemente confermato che, in via di principio, gli impegni delle parti possono anche eccedere le misure che la Commissione potrebbe imporre con una decisione di accertamento, stanti le diverse finalità dei due tipi di decisione. La Commissione, infatti, nell'accettare gli impegni proposti, non è tenuta a cercare alternative meno onerose o più moderate, e può limitarsi a verificare se quanto proposto sia sufficiente a rispondere alle preoccupazioni concorrenziali¹⁵.

Si deve poi rilevare che, in particolare a partire dai tempi più recenti, la Commissione ha adottato un numero significativo di decisioni con impegni, superiore a quanto inizialmente anticipato. Tali decisioni statisticamente hanno riguardato soprattutto indagini ai sensi dell'art. 102 FUE, nel contesto delle quali – come già ricordato – la Commissione ha talvolta accettato rimedi anche di tipo strutturale¹⁶. La maggior frequenza di decisioni *ex art. 9* nei casi di abuso di posizione do-

riunite 142 e 156/84, *British American Tobacco Company Ltd e R.J. Reynolds Industries, Inc. c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 4487, punto 23.

¹³ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd.*, in *Racc.* 2010, p. I-5949, punto 35.

¹⁴ Cfr. Trib. UE, cause riunite T-148 e 149/10, *Hynix Semiconductor c. Commissione*, ricorso contro la decisione della Commissione nel caso *Rambus* (COMP/38.636), non ancora deciso.

¹⁵ C-giust. UE, *Alrosa*, cit., punto 61.

¹⁶ Dec. Comm. UE, 18 marzo 2009, COMP/39.402, "Preclusione del mercato del gas da parte di RWE", non ancora pubblicata; Dec. Comm. UE, 4 maggio 2010, COMP/39.317, "E.On", non ancora pubblicata; Dec. Comm. UE, 14 luglio 2010, caso COMP/39.596, "British Airways, American Airlines e Iberia", non ancora pubblicata; Dec. Comm. UE, 29 settembre 2010, caso COMP/39.315, *Eni*, non ancora pubblicata.

minante, peraltro, è coerente con il limite previsto dal considerando 13 Reg. 1/03, secondo cui la Commissione non può accettare impegni nei casi in cui intenda infliggere un'ammenda, in particolare, quindi, nei casi di intese *hardcore*. Inoltre, i casi di abuso di posizione dominante, in ragione della loro inerente maggior complessità in termini di analisi e onere probatorio, si prestano particolarmente ad essere risolti tramite accettazione di impegni. Questi, infatti, garantiscono una modifica della condotta dell'impresa dominante, evitando al contempo onerose analisi giuridico-economiche dell'infrazione, che sarebbero maggiormente esposte al rischio di annullamento in sede giurisdizionale.

Appare inoltre opportuno ricordare che, a fronte della facoltà delle imprese oggetto di indagine decidano di proporre impegni, non sussiste alcun obbligo per la Commissione di adottare una decisione ai sensi dell'art. 9, piuttosto che ad agire ai sensi dell'art. 7; né, in caso di mancata accettazione degli impegni proposti, la Commissione è tenuta a motivare l'inidoneità degli stessi a concludere il procedimento¹⁷.

Peraltro, qualora le imprese non rispettino gli impegni resi obbligatori da una decisione ai sensi dell'art. 9, la Commissione può infliggere loro un'ammenda ai sensi dell'art. 23 Reg. 1/03, nonché eventualmente irrogare delle penalità di mora ai sensi dell'art. 24 del medesimo Regolamento (cfr. più nel dettaglio *infra* § IV.6).

2. *Decisioni che impongono misure cautelari.* – L'art. 8 Reg. 1/03 prevede che, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, la Commissione possa adottare d'ufficio misure cautelari mediante decisione, ove constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione. Ai sensi del secondo comma, tali decisioni sono applicabili per un determinato periodo di tempo e possono, se necessario ed opportuno, essere rinnovate. Anche tale disposizione co-

stituisce una novità Reg. 1/03, che codifica peraltro quanto già riconosciuto in precedenza dalla giurisprudenza nel noto caso *Camera Care*¹⁸. Nella prassi, tuttavia, la Commissione ha fatto un uso alquanto limitato del potere di adottare misure cautelari; in particolare, post-modernizzazione, non risultano adottate misure cautelari adottate sulla base dell'art. 8.

3. *Decisioni di constatazione di inapplicabilità.* – Ai sensi dell'art. 10 Reg. 1/03, la Commissione può, mediante decisione, stabilire d'ufficio l'inapplicabilità degli artt. 101 e/o 102 FUE ad un determinato accordo o pratica. Tale disposizione può essere applicata solo in casi eccezionali, dettati da superiori ragioni di interesse pubblico comunitario; a tal proposito, il considerando 14 Reg. 1/03 menziona l'eventualità che un accordo o una pratica non siano in precedenza stati vagliati dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, rispetto cui appaia quindi opportuno chiarire la legislazione, nonché garantirne un'applicazione coerente. Negli intenti del legislatore, tale disposizione avrebbe dovuto contribuire a garantire la certezza giuridica nel sistema di eccezione legale introdotto dal Reg. 1/03. Ad oggi, tuttavia, si deve rilevare che l'art. 10 non ha ancora mai fatto oggetto di applicazione da parte della Commissione.

IV. LA POLITICA SANZIONATORIA DELLA COMMISSIONE

1. *Osservazioni generali: La natura delle sanzioni.* – L'art. 23 Reg. 1/03 conferisce alla Commissione il potere di irrogare sanzioni pecuniarie nei casi di violazione di norme *antitrust* sostanziali e procedurali.

Il ricorso allo strumento sanzionatorio ha assunto nel corso degli anni una rilevanza crescente, poiché si è compreso che attraverso un'adeguata *efficacia deterrente* delle sanzioni è possibile garantire un'effettiva applicazione della normativa *antitrust*. L'effetto dissuasivo della sanzione è al contempo specifico e generale: attra-

¹⁷ Trib. CE, *Alosa*, cit., punto. 130.

¹⁸ C. giust. CE, 17 gennaio 1980, causa 792/79

R, *Camera Care Ltd. c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 119.

verso la repressione di un singolo caso di infrazione, infatti, la Commissione mira ad imporre il rispetto delle norme *antitrust* sia nei confronti dei responsabili dell'illecito, sia nei confronti delle altre imprese che potrebbero porre in essere condotte contrarie agli artt. 101 e 102 FUE.

L'art. 23 reg. 1/03 prevede espressamente che le sanzioni *antitrust non hanno natura penale*, ma amministrativa. In alcuni Stati membri, tuttavia, si è ritenuto che la sola sanzione amministrativa non avesse un adeguato effetto dissuasivo nei casi di violazioni più gravi; pertanto sono state introdotte anche delle sanzioni di tipo penale per le fattispecie di maggiore disvalore sociale.

2. *Intenzionalità e negligenza: l'elemento soggettivo dell'illecito.* – Le sanzioni possono essere inflitte quando la violazione di norme *antitrust* sostanziali o procedurali sia avvenuta "intenzionalmente o per negligenza"¹⁹.

L'intenzionalità ha luogo quando il comportamento delle imprese è volontario e, quindi, vi sia l'obiettivo specifico – o quantomeno la consapevolezza – di violare la normativa *antitrust*²⁰. L'infrazione è invece commessa con negligenza quando l'impresa agisce senza avere contezza dei profili anticoncorrenziali della propria condotta. Come stabilito in giurisprudenza, infatti, la mancata conoscenza delle norme in materia di concorrenza non costituisce una causa di esclusione della responsabilità per l'impresa²¹; tuttavia, la circostanza che un'infrazione sia stata commessa con negligenza costituisce – ai sensi degli Orientamenti adottati dalla Commissione per il calcolo delle ammende²² – una circostanza attenuante idonea a ridurre parzialmente l'ammontare finale della sanzione.

3. *Sanzioni per violazione di norme procedurali.* – Il primo paragrafo dell'art.

23 Reg. 1/03 prevede la possibilità per la Commissione di irrogare sanzioni, fino al limite del 1% del fatturato, in caso di *violazione di norme procedurali* da parte di un'impresa nel corso di un procedimento *antitrust*.

Più in particolare, possono essere sanzionate le imprese che:

- forniscono informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti in risposta a richieste di informazioni della Commissione, nel corso di indagini di settore o in sede di istruttoria o durante ispezioni nella sede dell'impresa;

- presentano in maniera incompleta, nel corso di accertamenti ispettivi *ex art.* 20 Reg. 1/03, di libri o documenti richiesti dalla Commissione;

- rifiutano di sottoporsi ad accertamenti ordinati dalla Commissione mediante decisione;

- non rettificano risposte incomplete fornite da un membro del loro personale;

- violano o rimuovono i sigilli apposti dai funzionari della Commissione nel corso di ispezioni.

Con particolare riferimento alle ispezioni, una sanzione ai sensi dell'art. 23 Reg. 1/03 può essere imposta non solo qualora la Commissione proceda direttamente agli accertamenti, ma anche nel caso di ispezioni richieste dalla Commissione, ma svolte *in concreto* dalle autorità nazionali.

Il *legame tra sanzioni per violazione di norme di procedura e percentuale del fatturato* rappresenta una delle novità introdotte dal Reg. 1/03 rispetto alla normativa previgente, che poneva dei limiti edittali considerati non sufficientemente dissuasivi: ai sensi del Reg. 17/1962, l'entità delle ammende poteva difatti oscillare tra un minimo di 100 ed un massimo di 5000 "unità di conto".

Il primo esempio di applicazione di una sanzione per violazione di norme procedurali *ex art.* 23 Reg. 1/03 è rappresentato dal caso *E.on Energie AG*, relativo

United Brands c. Commissione, in *Racc.* 1980, 1978, p. 207.

²² Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a) del regolamento CE n. 1/2003, in G.U.C.E. C-210 del 1 settembre 2006, p. 2 ss.

¹⁹ Reg. 1/2003, Art. 23.

²⁰ C. giust. CE, 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors c. Commissione*, in *Racc.* 1975, p. 1367.

²¹ C. giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76,

ad una violazione dei sigilli apposti dalla Commissione nei locali di un'impresa nel corso di un'ispezione. La società, sospettata di aver preso parte ad accordi anticoncorrenziali, aveva infatti rimosso i sigilli apposti dalla Commissione nei locali in cui erano custoditi documenti fondamentali ai fini dell'accertamento dell'infrazione; era stata quindi sanzionata con un'ammenda di 38 milioni di euro ai sensi dell'art. 23 par. 1. La decisione è stata confermata sia dal Tribunale²³ sia dalla Corte di giustizia²⁴, la quale ha precisato che un'impresa non può contestare il valore probatorio di un sigillo limitandosi ad invocare la possibilità che questo sia difettoso, essendo necessari ulteriori elementi probatori. Inoltre, la Corte ha stabilito che la mancata riduzione dell'ammenda da parte del Tribunale non costituisce una violazione del principio di proporzionalità, poiché una tale violazione si avrebbe soltanto nei casi in cui un'ammenda sia, oltre che incongrua, anche eccessiva, al punto da essere sproporzionata. In proposito, la Corte ha osservato che una violazione di sigilli è un'infrazione particolarmente grave per sua natura: infatti, se la Commissione fosse riuscita ad accertare le pratiche anticoncorrenziali, avrebbe potuto infliggere un'ammenda entità ben maggiore rispetto a quella effettivamente irrogata per violazione dei sigilli. Pertanto, la Corte ha ritenuto che l'ammontare della sanzione non potesse essere considerato eccessivo.

4. *Sanzioni per violazione di norme sostanziali: presupposti, entità, criteri di quantificazione.* – La Commissione può imporre, ai sensi del secondo comma dell'art. 23 Reg. 1/03, sanzioni alle imprese che abbiano commesso una *violazione di*

norme sostanziali antitrust. In particolare, le ammende possono essere inflitte alle imprese o alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza:

- abbiano commesso un'infrazione agli artt. 101 e 102 FUE;
- non abbiano rispettato una decisione che impone misure cautelari;
- abbiano violato gli impegni da esse assunti e formalizzati con decisione della Commissione adottata ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/03.

Con riferimento alle sanzioni sostanziali, il Regolamento fissa un *limite massimo* del 10% del fatturato annuo dell'impresa nell'esercizio precedente. Entro questi limiti, tuttavia, la Commissione gode di un potere discrezionale nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni, anche se è sempre richiesto il rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento²⁵.

Nel 2006 la Commissione ha pubblicato i nuovi *Orientamenti per il calcolo delle ammende*²⁶, indicando i criteri a cui essa si è imposta per determinare l'ammontare della sanzione; con l'obiettivo di garantire una maggiore obiettività e trasparenza riguardo al livello delle sanzioni. La maggiore trasparenza non si traduce, tuttavia, in una piena prevedibilità dell'ammontare della sanzione²⁷, poiché la possibilità di calcolare l'esatto ammontare dell'ammenda ne diminuirebbe l'effetto deterrente.

Gli Orientamenti sono opponibili alla Commissione, che può discostarsene solo mediante un'adeguata motivazione in cui siano indicate ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento e la tutela del legittimo affidamento²⁸. Pur non essendo *a priori* vincolanti nei confronti

²³ Trib. UE, 15 dicembre 2010, causa T-141/08, *E.on Energie AG c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. II-5761

²⁴ C. giust. UE, 22 novembre 2012, causa C-89/11 P, *E.on Energie AG c. Commissione*, non ancora pubblicata.

²⁵ V. C. giust. CE, 22 maggio 2008, causa C-266/06 P, *Evonik Degussa c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-81.

²⁶ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit.

²⁷ Trib. CE, 15 maggio 2006, causa T-15/02,

BASF (Vitamine), in *Racc.* 2006, p. II-497, punto 250.

²⁸ *Ex multis*, Trib. CE, 24 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01, T-252/01, *Tokai Carbon c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-1181, punto 353; C. giust. CE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, da C-205/02P a C-208/02P, C-213/02P, *Dansk Rorindustri*, in *Racc.* 2007, p. II-89, punto 209 ss.; C. giust. CE, 18 maggio 2006, causa C-397/03P *Archer Daniels Midland*, in *Racc.* 2006, p. I-4429, punto 91.

delle Autorità nazionali, gli Orientamenti possono essere da esse assunti come criteri orientativi per il calcolo delle sanzioni. Per quanto riguarda l'Italia, la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che essi costituiscono un parametro di riferimento per la quantificazione delle ammende ai sensi della normativa *antitrust* italiana.

L'iter di calcolo per determinare l'ammontare delle ammende si svolge in due fasi principali. In una prima fase, viene fissato l'importo base della sanzione per ciascuna impresa, calcolato sulla base di una proporzione del valore delle vendite e tenendo conto altresì della gravità e della durata dell'infrazione; mentre in una seconda fase l'importo base così fissato viene modificato al rialzo o al ribasso al fine di tener conto di eventuali circostanze aggravanti o attenuanti. Ad ogni modo, come ricordato, per espressa previsione dell'art. 23 par. 2 Reg. 1/03 l'ammontare finale non potrà superare il limite del 10% del fatturato annuo dell'impresa nell'esercizio precedente.

L'importo base è calcolato proporzionalmente al valore delle vendite dei beni o servizi a cui l'infrazione si riferisce realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata e nell'ultimo anno in cui l'impresa ha partecipato all'infrazione. L'area geografica di riferimento non può comunque essere più ampia dello Spazio Economico Europeo (SEE), salvo il caso – previsto dal punto 18 degli Orientamenti – in cui tale estensione superi il territorio dello SEE, come avviene ad esempio nel caso di accordi mondiali per la ripartizione dei mercati. In queste ipotesi, l'importo base può essere calcolato a partire dal valore totale delle vendite nell'area geografica interessata, determinando poi le quote delle vendite di ciascuna impresa che ha preso parte all'infrazione su quel mercato ed applicando tale quota al valore delle vendite aggregate dalle imprese stesse all'interno dello SEE.

La porzione del valore delle vendite presa in considerazione ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione può raggiungere il 30%²⁹. Al fine di determinare se la proporzione del valore delle vendite debba attestarsi su valori vicini oppure distanti dalla soglia del 30%, è necessario tenere conto anche della *gravità dell'infrazione*. In proposito, gli Orientamenti prevedono che la gravità debba essere determinata prendendo in considerazione tutti gli elementi rilevanti, tra cui, in particolare, la natura dell'infrazione. Gli Orientamenti precisano che gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, spartizione dei mercati e limitazione della produzione (c.d. intese *hard core*) rappresentano le più gravi restrizioni di concorrenza, meritevoli dunque di un trattamento sanzionatorio più severo; in questi casi, pertanto, la proporzione del valore delle vendite al fine del calcolo dell'importo base si dovrà attestare sui valori più alti previsti³⁰. Ulteriori fattori da prendere in considerazione ai fini della determinazione della gravità riguardano poi la quota di mercato aggregata delle imprese partecipanti, il perimetro geografico dell'infrazione e la circostanza che alle pratiche illecite sia stata data o meno attuazione.

Successivamente alla determinazione della proporzione del valore delle vendite, è previsto che l'importo come sopra determinato sia moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione³¹. Rispetto alla disciplina previgente³², i nuovi Orientamenti conferiscono alla durata della partecipazione all'infrazione una maggiore incidenza sull'ammontare finale dell'importo base. Questa maggiore severità è evidente anche nella previsione di un meccanismo di arrotondamento in eccesso della durata delle infrazioni³³, per cui i periodi di partecipazione all'illecito superiori ai sei mesi ma inferiori all'anno debbono essere conteggiati come un intero anno, mentre i periodi inferiori ai sei

²⁹ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 21.

³⁰ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 23.

³¹ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 24.

³² In base alla quale la proporzione del valore delle vendite poteva essere aumentata fino al 50% in caso di durata inferiore ai 5 anni e sino al 10% in caso durata superiore ai 5 anni.

³³ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 24.

mesi devono essere conteggiati come un intero semestre.

Infine, la Commissione può aggiungere all'importo base una somma ulteriore (c.d. *entry fee*), compresa tra il 15 ed il 20% del valore delle vendite nei casi di intese particolarmente gravi (quali gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, ripartizione dei mercati e limitazione della produzione), con l'obiettivo di raggiungere un maggior effetto deterrente per questo tipo di violazioni³⁴.

Una volta stabilito l'importo base, segue una seconda fase di determinazione della sanzione, in cui la Commissione calcola, effettuando una valutazione globale del singolo caso, gli eventuali incrementi o riduzioni dell'importo in relazione alla sussistenza di *circostanze aggravanti* o *attenuanti*³⁵.

Gli Orientamenti contemplano espressamente tre circostanze aggravanti³⁶, ossia la recidiva; il rifiuto dell'impresa di cooperare nel procedimento, impedendo di fatto le indagini; il ruolo di capofila nell'infrazione. Per quanto riguarda la *recidiva*, si segnala in particolare l'importante innovazione degli Orientamenti del 2006, a mente della quale la Commissione può ora aggravare il trattamento sanzionatorio anche nel caso in cui la precedente decisione di accertamento dell'infrazione sia stata adottata da un'Autorità di concorrenza nazionale.

Per quanto riguarda invece le circostanze attenuanti³⁷, gli Orientamenti menzionano: l'immediata cessazione dell'illecito a seguito dell'intervento della Commissione; la commissione dell'illecito a

titolo di negligenza; la prova, fornita dall'impresa, che la partecipazione all'infrazione sia stata sostanzialmente marginale; la collaborazione dell'impresa indagata nel corso del procedimento; nonché, da ultimo, la commissione dell'infrazione su autorizzazione o incoraggiamento da parte delle autorità pubbliche o della legge.

Sebbene gli Orientamenti attuali, a differenza di quelli precedenti, difettino di un'esplicita previsione che autorizzi la Commissione ad applicare al singolo caso anche *circostanze atipiche*, al di là di quelle espressamente contemplate, sembra potersi ritenere – in mancanza di una previsione in senso contrario – che l'elenco menzionato continui ad essere meramente esemplificativo e non tassativo.

Inoltre, gli Orientamenti non indicano quale debba essere l'entità in concreto dell'incremento o della diminuzione discendente dall'applicazione delle circostanze. Tale valutazione, infatti, spetta alla Commissione, che decide caso per caso nell'ambito del proprio *potere discrezionale*³⁸.

Da ultimo, gli Orientamenti prevedono che l'ammenda possa essere incrementata, in determinati casi, allo scopo di garantire l'effetto dissuasivo. A tal fine, la Commissione può tenere in considerazione un duplice ordine di elementi³⁹, che sono: *i*) il fatto che l'impresa in questione abbia realizzato un fatturato di notevole entità in mercati diversi da quelli cui l'infrazione si riferisce – si deve pertanto necessariamente trattare di un'*impresa multiprodotto*⁴⁰ –; *ii*) l'ammontare degli *utili il-*

³⁴ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 25.

³⁵ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 27.

³⁶ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 28.

³⁷ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 29.

³⁸ C. giust. CE, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, cit., punti 169-173. Cfr. anche Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-4071, punto 292, dove il Tribunale ricorda che «la precedente prassi decisionale della Commissione non funge di per sé da contesto normativo per le ammende in materia di concorrenza».

³⁹ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punti 30 e 31.

⁴⁰ L'applicazione di questo coefficiente moltiplicatore avviene tipicamente nei casi in cui l'infrazione sia commessa da una controllata tenendo conto del fatturato della controllante (grande impresa): si vedano ad esempio le sentenze Trib. UE, 8 marzo 2011, T-37/05, *WWT*, in *Racc.* 2011, p. II-41; 13 luglio 2011 cause T-141/07, *Otis*, in *Racc.* 2011, non ancora pubblicata; T-42/07 *Dow Chemical*, non ancora pubblicata; T-39/07 *ENI*, non ancora pubblicata; T-38/07, *Shell*, non ancora pubblicata; T-144/07, *ThyssenKrupp*, non ancora pubblicata; 14 luglio 2011, T-189/06 *Arkema*, non ancora pubblicata. Ad ogni modo, nella giurisprudenza dell'Unione

leciti realizzati tramite l'infrazione, qualora la stima di tale importo sia possibile. Solo in circostanze eccezionali, invece, la Commissione può concedere, a richiesta, una riduzione della sanzione, alla luce della *limitata capacità contributiva* dell'impresa. Gli Orientamenti precisano che tale riduzione non può basarsi esclusivamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria; al contrario, essa può essere concessa solo previa dimostrazione oggettiva, da parte dell'impresa, del pregiudizio grave e irrimediabile alla propria redditività economica e al valore degli attivi, che conseguirebbe dall'imposizione di un'ammenda alle condizioni altrimenti previste. Nella prassi, i casi in cui la Commissione abbia applicato una riduzione della sanzione per accertata incapacità contributiva dell'impresa, o in generale abbia adottato una metodologia di calcolo della sanzione più favorevole alle imprese condannate, restano ipotesi statisticamente eccezionali applicate molto restrittivamente⁴¹.

5. *I destinatari delle sanzioni.* – Nella maggior parte dei casi, il destinatario della sanzione è l'impresa o l'associazione di imprese responsabile della violazione.

Tuttavia, in alcuni casi non vi è una perfetta coincidenza tra il responsabile dell'infrazione ed il soggetto tenuto al pagamento dell'ammenda.

Una prima ipotesi è contemplata nell'art. 23, par. 4 Reg. 1/03, il quale prevede che – in caso di *sanzione irrogata ad un'associazione di imprese non solvibile* – l'associazione sia tenuta a richiedere ai propri membri un contributo a concorrenza dell'importo dell'ammenda. In mancanza, la

Commissione può direttamente richiedere il pagamento da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti siano parte degli organi decisionali dell'associazione. Qualora neppure in tal modo sia possibile raggiungere la totalità dell'importo, la Commissione può chiedere il pagamento del saldo a ciascuno dei membri dell'organizzazione presenti sul mercato interessato dall'infrazione. Le imprese possono comunque evitare il pagamento dimostrando di non avere attuato la decisione dell'associazione, oppure di non esserne dissociate da esse in un momento anteriore all'avvio delle indagini. In ogni caso, per ciascuna impresa è sempre valido il limite del 10% del fatturato annuo nell'esercizio solare precedente.

Un'ulteriore ipotesi è rappresentata dalle sanzioni indirizzate alla *società controllante* per infrazioni *antitrust* commesse dalla controllata, quando la prima eserciti un'influenza determinante nei confronti della seconda (si veda più ampiamente *supra*). In questi casi, la società madre potrà essere ritenuta solidalmente responsabile per il pagamento della sanzione.

Inoltre, una non perfetta coincidenza tra il soggetto responsabile dell'infrazione ed il soggetto tenuto al pagamento della sanzione può avere luogo in caso di *successione di imprese*. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, infatti, la modifica del nome o della forma giuridico-organizzativa di un'impresa non esclude la responsabilità della società successivamente costituita per i comportamenti anticoncorrenziali della prima, qualora tra le due entità vi sia un'identità dal punto di vista economico-sostanziale⁴².

l'applicazione del moltiplicatore in considerazione del fatturato globale del gruppo è preceduto da un accertamento della responsabilità della capogruppo, anche solo sulla base della presunzione di esercizio di un'influenza determinante sulla controllata (v. *supra*).

⁴¹ Nel 2011, ad esempio, la Commissione ha applicato riduzioni di sanzione per incapacità contributiva nel caso dell'acciaio pre-compresso (Dec. Comm. UE, 30 giugno 2010, COMP/38.344, *Prestressing steel* non ancora pubblicata) a tre imprese; nel caso *Bathroom fittings* (Dec. Comm. UE, 23 giugno 2010, caso COMP/39.0292, non ancora pubblicata) a tre imprese che hanno beneficiato di una riduzione dell'ammenda per un

ammontare pari al 25-50% dell'importo base della sanzione; infine, nel caso *Animal feeds phosphates* (Dec. Comm. UE, 20 ottobre 2010, caso COMP/ 38.866, non ancora pubblicata), in cui la è stata riconosciuta una riduzione dell'ammenda pari al 70% ad una delle imprese partecipanti.

⁴² C. giust. CE, 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie*, in *Racc.* 1975, p. 1663; C. giust. CE, 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Compagnie Royale austrienne des mines* in *Racc.* 1984, p. 1679; C. giust. CE, 11 dicembre 2007, causa C280/06, *ETI*, in *Racc.* 2007, p. I-10893.

6. *La penalità di mora.* – L'art. 24 Reg. 1/03 prevede la possibilità per la Commissione, in cinque casi tassativamente elencati, di irrogare mediante decisione alle imprese e alle associazioni di imprese una penalità di mora giornaliera, al fine di costringere le stesse a:

- porre fine ad un'infrazione agli artt. 101 e 102 FUE conformemente ad una decisione di accertamento adottata ai sensi dell'art. 7 Reg. 1/03;

- rispettare una decisione che dispone provvedimenti provvisori ai sensi dell'art. 8 Reg. 1/03;

- rispettare impegni resi obbligatori mediante decisione adottata *ex art.* 9 Reg. 1/03;

- rispondere ad una richiesta di informazioni effettuata ai sensi dell'art. 17 o dell'art. 18 par. 3 Reg. 1/03;

- sottoporsi ad accertamenti ispettivi disposti con decisione adottata *ex art.* 20 par. 4 Reg. 1/03.

Si tratta quindi di ipotesi che riguardano sia violazioni di tipo sostanziale, sia violazioni di tipo procedurale.

La penalità di mora è inflitta per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data della decisione, sino all'effettivo adempimento da parte dell'impresa.

La misura non ha natura punitivo-sanzionatoria, bensì *coercitiva*, essendo finalizzata a garantire l'attuazione della decisione principale della Commissione. La penalità di mora si caratterizza inoltre per la sua accessorietà rispetto alla decisione principale: in caso di annullamento di quest'ultima, infatti, anche la prima è destinata ad essere annullata.

L'*ammontare* della penalità di mora può raggiungere il valore del 5% del fatturato medio giornaliero realizzato dall'impresa nell'esercizio precedente. Tale somma è stata aumentata rispetto a quanto previsto dal previgente Reg. CEE n. 17/1962, al fine di aumentarne la finalità coercitivo-deterrente. Per il resto, a differenza di quanto previsto in materia di sanzioni *ex art.* 23, non sono state adottate dalla Commissione linee guida rela-

tive ai criteri per la quantificazione della penalità di mora; è comunque previsto il rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento.

L'applicazione della penalità di mora prevede una *procedura articolata in due fasi*. Nella prima, la Commissione intima all'impresa l'adozione di determinati provvedimenti, pena l'irrogazione di una penalità per ogni giorno di ritardo. Se l'impresa non adempie, la Commissione fissa l'ammontare definitivo sulla base della durata dell'inottemperanza: più precisamente, l'ammontare viene calcolato nel momento in cui l'impresa ottempera ai propri obblighi, a partire dalla data fissata nella prima decisione. In sede di calcolo dell'ammontare definitivo, la Commissione può, per espressa previsione dell'art. 24 par. 2, fissare il *quantum* in una misura inferiore a quella che risulterebbe dalla decisione originaria.

La misura della penalità di mora è stata oggetto di una recente pronuncia del Tribunale dell'Unione nel caso *Microsoft*⁴³. Il Tribunale ha confermato la decisione del 2004 con cui la Commissione ha imposto a Microsoft una penalità di mora per non aver permesso ai suoi concorrenti di avere accesso, a condizioni ragionevoli, alle informazioni relative all'interoperabilità. Tuttavia, l'ammontare della penalità è stato ridotto in quanto il Tribunale ha preso in considerazione una lettera, datata 1° giugno 2005, in cui la Commissione dava atto che la Microsoft potesse limitare la distribuzione dei prodotti sviluppati dai suoi concorrenti «*open source*» in base alle informazioni relative all'interoperabilità non coperte da brevetto e non innovative, durante la pendenza della causa T-201/04. Secondo il Tribunale, il fatto che la Commissione abbia accettato, in considerazione della litispendenza, che la Microsoft attuasce per un certo periodo una prassi che poteva comportare il mantenimento di una situazione che la decisione del 2004 aveva lo scopo di eliminare, potrebbe essere preso in considerazione nell'ambito della determinazione della

⁴³ Trib. UE, 27 giugno 2012, causa T-167/08, *Microsoft c. Commissione*, non ancora pubblicata.

gravità del comportamento sanzionato e, pertanto, nella fissazione dell'importo della penalità di mora.

7. *Prescrizione.* – L'art. 25 Reg. 1/03 prevede un termine di *prescrizione in materia di imposizione delle sanzioni*. Per le violazioni di carattere procedurale, la prescrizione è triennale, mentre nei casi di violazione di norme sostanziali la prescrizione è quinquennale. Il *dies a quo* da cui decorre il termine di prescrizione è costituito dal giorno in cui la violazione ha avuto luogo; se l'infrazione ha carattere continuato o è ripetuta, il termine decorre dal giorno in cui è stato commesso l'ultimo atto illecito.

L'onere di provare la durata di un'infrazione e, quindi, di dimostrare che il termine di prescrizione per l'imposizione della sanzione non è ancora decorso, spetta alla Commissione⁴⁴. Inoltre, qualora non riesca a raccogliere prove idonee a determinare con esattezza la durata, la Commissione può comunque far valere la presunzione per cui l'adesione di un'impresa ad un accordo implichi – in mancanza di un'espressa manifestazione di volontà a rinunciarvi – che l'adesione sia continuata⁴⁵.

La norma prevede anche la possibilità, per la Commissione o per le Autorità nazionali, di *interrompere la prescrizione* mediante, in particolare, l'invio ad un'impresa di richieste di informazioni, il conferimento di un mandato scritto ai propri agenti per effettuare ispezioni e accertamenti, l'apertura di un procedimento, l'invio della comunicazione degli addebiti. La prescrizione è interrotta anche se tali

adempimenti vengono effettuati per iniziativa delle Autorità nazionali, senza una richiesta della Commissione in tal senso.

È sufficiente che un atto interruttivo venga notificato ad uno dei partecipanti perché la prescrizione sia interrotta anche nei confronti di tutti gli altri. Infine, è prevista la sospensione dei termini di prescrizione nelle more di un ricorso pendente dinanzi alla Corte di giustizia contro la decisione della Commissione.

ELISABETTA BOTTI - ANNAGIULIA ZANAZZO

Bibliografia

S. BASTIANON, *Diritto Antitrust nell'Unione europea*, Milano, 2011; BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Londra, 2010; G. HIRSCH - F. MONTAG - F.J. SÄCKER, *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 447 ss.; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, Oxford, 2006; P. NEBBIA, *Sanzioni (Art. 23, Reg. CE 16.12.2002, n. 1/2003)*, in A. CATRICALÀ - P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 336 ss.; L. TOSATO - L. BELLodi, *EU Competition Law, Procedure*, Leuven, 2006; A. LEGROTTAGLIE, *Sanzioni*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2012, p. 2677 ss.; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009; R. WISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2012, p. 275; W. WILS, «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», in *World Competition*, 2006, p. 183 ss.; W. WILS, «The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis», in *World Competition*, 2007, p. 197 ss.

⁴⁴ Trib. CE, 16 novembre 2006, causa T-120/04, *Peróxidos Orgánicos SA c. Commissione*, punto 52; Trib. UE, 17 dicembre 2009, causa T-58/011, *Solvay SA c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-4441, punti 294-295.

⁴⁵ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-123. Ciò in conformità a

quella consolidata giurisprudenza in tema di prova dell'intesa secondo cui «la tacita approvazione di un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto senza denunciarla agli organi amministrativi (...) rappresenta una modalità passiva di partecipazione all'infrazione» ed ha l'effetto di incoraggiare la continuazione della stessa: C. giust. CE, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *ANIC Partecipazioni*, in *Racc.* 1999, p. I-4125.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'imputabilità della responsabilità delle violazioni *antitrust* e i gruppi di società

Sommario: I. IL PROBLEMA DELL'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'AMBITO DI UN GRUPPO. – II. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELL'IMPUTABILITÀ E I PRINCIPI GENERALI. – III. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI IMPUTABILITÀ. – 1. L'esercizio dell'influenza determinante. – 2. La prova dell'esercizio dell'influenza determinante. – IV. LE CONSEGUENZE DELLA DISCIPLINA DELL'IMPUTABILITÀ.

I. IL PROBLEMA DELL'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'AMBITO DI UN GRUPPO

Le decisioni delle autorità della concorrenza riguardano per lo più società che fanno parte di gruppi, che possono assumere forme molto diverse tra loro, ma che di regola sono costituiti da una pluralità di società giuridicamente autonome e soggette a direzione unitaria di una *holding*, che ne detiene anche il controllo. È un dato scontato che un gruppo possa costituire un'unica entità economica e, quindi un'impresa ai sensi delle regole di concorrenza, che è tenuta a rispondere dell'infrazione di queste regole secondo il principio della responsabilità personale. Tuttavia, un gruppo, in quanto tale, non può essere destinatario delle decisioni delle autorità di concorrenza, che, per poter essere applicate ed eseguite, non possono che essere indirizzate a persone giuridiche o a persone fisiche determinate. Il che implica che, quando si tratta di un illecito riconducibile ad un'impresa/gruppo, debbano essere individuate in concreto le società tenute a subirne le conseguenze. Le norme di diritto della concorrenza nazionali e comunitarie¹ non contengono indicazioni specifiche a tale riguardo e sono stati i giudici comunitari a stabilire che una società può rispondere della violazione commessa da un'altra società del suo gruppo, anche se non ha partecipato all'ideazione e all'attuazione di detta violazione, e a delineare le condizioni alle quali ciò può accadere. Alla giu-

risprudenza comunitaria ha fatto riferimento l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità"), il cui approccio ha trovato di recente conforto da parte del TAR Lazio². Si noti però che il Consiglio di Stato sinora ha avuto occasione di pronunciarsi solo sulla questione dell'individuazione del soggetto passivo della sanzione, in un caso in cui l'infrazione alle regole di concorrenza era stata posta in essere da un ente e proseguita da una società, che aveva rilevato da detto ente le attività d'impresa nel mercato rilevante³.

II. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELL'IMPUTABILITÀ E I PRINCIPI GENERALI

La questione dell'imputabilità nell'ambito di un gruppo è stata affrontata dalla Corte di Giustizia ("Corte") partendo dall'idea di dover imputare un comportamento, e non soltanto una sanzione, e facendo quindi riferimento non solo alle norme sanzionatorie, ma anche alle disposizioni di diritto sostanziale di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e alla stessa nozione di "impresa" utilizzata per stabilire che gli accordi infragruppo non rilevano dal punto di vista concorrenziale. In particolare, è stato sulla base dell'"unità d'azione", che connota detta nozione, che la Corte ha superato la formale separazione giuridica tra le società di un gruppo e ha individuato i soggetti cui le autorità di concorrenza possono indirizzare le loro decisioni, stabilendo che: «il comportamento di una controllata può essere ascritto alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, alla luce, in particolare dei nessi

¹ Artt. 101 e 102 TFUE, artt. 5, 7 e 23 Reg. 1/2003, artt. 2, 3, 15 e 31 l. 287/1990 e l. 689/1981.

² TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125.

³ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2083.

economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche. Infatti ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell'art. [101 TFUE] e, pertanto, la Commissione può emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima⁴. Sempre secondo la Corte, sul presupposto che costituiscano un'unica entità economica con il soggetto che ha posto in essere l'infrazione, la responsabilità può essere attribuita anche a società che non detengono la totalità o la maggioranza del suo capitale, quali una⁵ o più di quelle che detengono il suo controllo congiunto⁶. Può anche essere ritenuta responsabile una società consorella, che pur non detenendo quote nel capitale sociale di quella che ha posto in essere l'infrazione esercita comunque un'influenza determinante su di essa in virtù dei vincoli economici e giuridici che intercorrono tra loro⁷, fermo restando che le due società consorelle debbano far parte di un'"unica entità economica" e che non è sufficiente che il loro capitale sociale sia detenuto dai medesimi soggetti⁸. Infine, la Corte ha ritenuto che nel caso in cui non sia possibile individuare una società cui imputare la responsabilità dell'infrazione in qualità di controllante e/o di responsabile del coordinamento dell'azione dell'"impresa", la Commissione può ritenere responsabili in solido le singole società componenti questa entità⁹.

⁴ C. giust. UE, 20 gennaio 2011, causa C-90/09, *General Química SA e altri c. Commissione europea*, in *Racc.* 2011, p. I-1, punti 37 e 38; TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, punto 6, cit.

⁵ C. giust. UE, 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco c. Commissione e Commissione c. Alliance One International e altri*, "Alliance", non ancora pubblicata.

⁶ Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-314/01, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2006, p. II-385.

⁷ C. giust. UE, 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, in *Racc.* 2010, p. I-6375.

Dal fatto che controllante e controllata costituiscono un'"unica impresa" discende, in primo luogo, che si deve ritenere che l'illecito sia stato commesso da ciascuna di esse. Quanto alla controllante, essa risponde non perché è personalmente implicata nella sua realizzazione o perché ha istigato la sua affiliata a porlo in essere, ma perché si ritiene che l'abbia commesso essa stessa a causa dei legami economici e giuridici che la uniscono alla controllata, consentendole di determinarne il comportamento di mercato. L'imputazione a suo carico dell'infrazione, secondo la giurisprudenza, non si traduce in una forma di responsabilità obiettiva perché «anche se la società controllante non partecipa direttamente all'infrazione, essa esercita, in tale ipotesi, un'influenza determinante sulle controllate che hanno partecipato ad essa»¹⁰. La reale interferenza sul comportamento dell'affiliata è dunque l'elemento centrale intorno a cui ruota l'attribuzione della responsabilità alla società madre. Nell'ambito di un gruppo può essere quindi chiamato a rispondere dell'infrazione solo il soggetto che abbia effettivamente esercitato un'influenza determinante sul comportamento di mercato della società che l'ha posta in essere e non quello che sia solo potenzialmente in grado di far ciò. Il che è quanto dire che, ai fini dell'imputabilità, non è sufficiente che la società controllante goda della mera possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'autore della violazione ai sensi del Reg. 139/2004 e degli artt. 5 e 7 della l. 287/1990 in materia di concentrazioni. In secondo luogo,

⁸ C. giust. CE, 2 ottobre 2003, causa C-196/99 P, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2003, p. I-11005.

⁹ C. giust. CE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) e ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-5425.

¹⁰ C. giust. CE, 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione delle Comunità europee - "Akzo"*, in *Racc.* 2009, p. I-8237, punto 77.

dal fatto che costituiscono un'unica "impresa" deriva che controllante e controllata possono essere ritenute solidalmente responsabili del pagamento dell'ammenda, fermo restando che le responsabilità personali di ciascuna di loro potrebbero non essere identiche. Dal fatto che controllante e controllata costituiscono un'unica impresa non deriva invece alcun obbligo per la Commissione quanto all'applicazione e alla determinazione delle sanzioni. I giudici comunitari, infatti, si sono limitati ad indicare alla Commissione i criteri giuridici sulla base dei quali, eventualmente, imputare l'infrazione nell'ambito di un gruppo, ma non hanno imposto ad essa alcun obbligo di verificare sistematicamente se il comportamento della società che ha posto in essere l'infrazione debba essere attribuito al di fuori di essa. E in effetti dalla prassi si evince che una stessa capogruppo non sempre è stata condannata per il comportamento delle proprie controllate. Tanto meno i giudici comunitari hanno inteso limitare la discrezionalità della Commissione quanto alla valutazione dei rapporti strutturali ed economici infragruppo, alla scelta dei soggetti cui eventualmente irrogare le sanzioni e alla determinazione dell'ammontare di queste ultime.

III. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI IMPUTABILITÀ

1. *L'esercizio dell'influenza determinante*. – La responsabilità viene di regola attribuita alla società che ha esercitato un'influenza determinante quando l'illecito è stato compiuto¹¹, ma non è escluso che possa essere chiamata a rispondere un'altra società del suo stesso gruppo/impresa, cui essa abbia ceduto le proprie attività nel settore in cui è stata posta in essere l'infrazione¹². I soggetti cui viene generalmente attribuita la responsabilità

sono la *holding* e/o le società intermedie, attraverso cui essa detiene il capitale della controllata che ha violato il diritto della concorrenza; ciò a condizione che la stessa *holding* e dette società intermedie siano "imprese" ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, ovvero sia che non si limitino a detenere partecipazioni e ad esercitare i diritti ad esse connessi¹³. L'illecito, come detto, può essere imputato anche a società consorelle, ad una o più società madri di un'impresa controllata congiuntamente e a società che detengono partecipazioni di minoranza nel soggetto che ha posto in essere l'infrazione, ma che godono di diritti più estesi rispetto a quelli normalmente attribuiti agli azionisti di minoranza¹⁴.

Quanto all'oggetto dell'influenza determinante, l'imputazione della responsabilità non implica necessariamente che la controllante abbia interferito sul comportamento illecito, dando istruzioni affinché fosse posto in essere, o che abbia interferito sulla politica commerciale "in senso stretto" della sua controllata, dando direttive su aspetti quali fissazione dei prezzi e decisioni in materia di produzione e distribuzione dei prodotti. Secondo la giurisprudenza, infatti, la mancanza di autonomia nel mercato è solo uno degli indizi da cui si deduce l'unità economica tra controllante e controllata e, pertanto, l'assenza di direttive di politica commerciale non è sufficiente ad escludere che la prima possa esercitare un'influenza determinante sulla seconda. La società madre potrebbe interferire su decisioni strategiche della controllata, quali quelle relative alla definizione di programmi e di strategie aziendali, alla politica degli investimenti e alla politica delle risorse umane, che anche se non riguardano direttamente la gestione commerciale, possono comunque avere ripercussioni sul suo comportamento di mercato¹⁵.

¹¹ Trib. UE, 9 settembre 2011, causa, T-25/06, *Alliance One International, Inc. c. Commissione europea*, "Alliance One", non ancora pubblicata.

¹² Trib. UE, 13 luglio 2011, causa T-39/07, *Eni SpA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

¹³ Trib. UE, 16 giugno 2011, cause riunite T-208/08 e T-209/08, *Gosselin Group NV (T-208/08) e Stichting Administratiekantoor Portielje (T-209/08)*

c. Commissione - "Gosselin", in *Racc.* 2011, p. II-3639.

¹⁴ Trib. UE, 12 luglio 2011, causa T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

¹⁵ Trib. CE, 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2007, p. II-5049.

2. *La prova dell'esercizio dell'influenza determinante.* – L'esercizio di un'influenza determinante da parte della controllante può essere provato non solo in base al comportamento della controllata, ma può essere rintracciato dalla valutazione dei vincoli economici, giuridici e organizzativi tra le due società. La giurisprudenza non ha individuato in dettaglio in che cosa consistano questi vincoli, facendo presente che le loro caratteristiche variano ed è quindi necessario un accertamento caso per caso, in cui vengano complessivamente considerati tutti gli elementi ad essi pertinenti. Tuttavia, ha ritenuto che l'esercizio dell'influenza determinante non sia legato alla mera dipendenza economica della controllata dalla controllante¹⁶. Dalla prassi emerge che gli elementi cui fanno più frequentemente riferimento le autorità di concorrenza sono i rapporti societari, la struttura gerarchica del gruppo, la costituzione di comitati per il coordinamento delle attività delle società controllate, la comunanza di amministratori e dirigenti tra le società del gruppo, la condivisione del personale tra controllante e controllata e l'esistenza di flussi informativi tra le due società.

Quanto all'onere della prova, esso incombe di regola sulla Commissione, cui spetta dimostrare che la società controllante esercita un effettivo potere direttivo sulla controllata, tenendo conto di tutte le circostanze del caso specifico e, in particolare, dei suddetti vincoli organizzativi, giuridici ed economici infragruppo¹⁷. Di tali vincoli la Commissione deve anche provare in concreto l'intensità e l'impatto sul comportamento della filiale¹⁸. Tuttavia, i giudici comunitari ritengono che, nel caso in cui detenga direttamente o indirettamente il 100% o quasi¹⁹ del capitale

della controllata che ha infranto le norme in materia di concorrenza, la controllante possa esercitare un'influenza determinante sul suo comportamento e che sussista quindi una presunzione relativa che essa eserciti effettivamente un'influenza di tal genere²⁰. La Commissione non è obbligata a valersi di questa presunzione e può decidere di accertare l'esercizio effettivo dell'influenza determinante da parte della controllante sulla base di altri elementi di prova o attraverso una combinazione tra detta presunzione ed altri riscontri (c.d. duplice base), fermo restando il suo obbligo di applicare lo stesso criterio di valutazione per tutte le società madri coinvolte nell'infrazione²¹. Se invece intende valersene, potrà limitarsi a dimostrare che la controllante detiene la totalità o quasi del capitale sociale della controllata e potrà ritenere quest'ultima solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla stessa controllata. Ciò a meno che detta controllante non fornisca elementi di prova idonei a dimostrare che non costituisce un'unica entità economica con la sua affiliata, alla luce dei vincoli organizzativi, economici e giuridici infragruppo, e che quest'ultima quindi si comporta in maniera autonoma nel mercato. La giurisprudenza si limita a rilevare che, a tal fine, non valgono affermazioni prive di riscontri concreti²², ma non chiarisce ulteriormente le modalità attraverso le quali le parti possono confutare la presunzione in esame. Da alcune sentenze si evince che non sia necessario che la controllante fornisca la prova diretta e inconfutabile del fatto che la controllata si comporti autonomamente²³; da altre che non sia sufficiente che la controllante fornisca solo elementi idonei a mettere in dubbio

¹⁶ C. giust. CE, 12 luglio 1979, cause riunite 32, 36 e 82/78, *Bmw Belgium Sa ed altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 1979, p. 2435.

¹⁷ C. giust. UE, 15 giugno 2012, causa C-494/11 P, *Otis Luxembourg Sàrl e altri c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

¹⁸ Trib. UE, 2 febbraio 2012, causa T-76/08, *El du Pont de Nemours and Company, DuPont Performance Elastomers LLC e DuPont Performance Elastomers SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

¹⁹ Trib. CE, 30 settembre 2009, causa T-168/05, *Arkema SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2009, p. II-180.

²⁰ C. giust. UE, 10 settembre 2009, "Akzo", cit., punto 60; TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, punto 6, cit.; diff. Delib. AGCM, 25 luglio 2012, n. 23770, *Boll.* 30/2012, punto 249, per cui si tratta di una presunzione di responsabilità obiettiva.

²¹ C. giust. UE, 19 luglio 2012, "Alliance", cit.

²² Trib. UE, 16 giugno 2011, "Gosselin", cit.

²³ Trib. UE, 9 settembre 2011, "Alliance One", cit.

tale circostanza²⁴. Si può, in ogni caso, ritenere che per confutare la presunzione in esame, la società madre potrebbe dimostrare di non poter essere ritenuta responsabile alla luce delle situazioni particolari, ed esulanti dall'ordinario, che caratterizzano il suo gruppo²⁵. Ad esempio, potrebbe provare di essere solo un investitore finanziario, o di detenere la partecipazione del 100% nella controllata solo per un periodo temporaneo, o di non poter esercitare pienamente i diritti che derivano dal possesso del suo capitale sociale alla luce del quadro normativo di riferimento²⁶. In ogni caso, gli elementi forniti dalle parti devono essere valutati con particolare attenzione dalla Commissione, che non è tenuta a produrre ulteriori elementi per contestarli, ma deve indicare specificamente le ragioni per cui le argomentazioni delle parti non sono idonee a confutare la presunzione di esercizio effettivo dell'influenza determinante²⁷. Allo stesso onere di motivazione è tenuto il Tribunale nel giudizio di appello contro le sue decisioni. Ciò che bilancia almeno in parte il fatto che la presunzione in esame riduce fortemente l'onere probatorio della Commissione e aggrava invece in misura significativa quello delle parti, per le quali è molto difficile ribaltare detta presunzione. E non è forse un caso che sinora decisioni e sentenze sull'imputabilità sono state annullate per difetto di motivazione.

IV. LE CONSEGUENZE DELLA DISCIPLINA DELL'IMPUTABILITÀ

Per come è stato concepito lo strumento dell'imputazione della responsabilità nell'ambito del gruppo ha determinato un ampliamento dei destinatari delle decisioni delle autorità di concorrenza e un rafforzamento dei loro poteri sanzionatori. La controllante, infatti, può essere

ritenuta responsabile anche se non ha istigato la controllata a commettere l'illecito, se è rimasta estranea all'ideazione e all'attuazione della violazione e persino se non ne era a conoscenza. La controllata, dal canto suo, non può esimersi dalla responsabilità dell'infrazione per il fatto che detta infrazione sia imputata anche alla sua controllante.

La Commissione mantiene intatta la propria discrezionalità nell'individuare i soggetti cui applicare le sanzioni e, segnatamente, nel decidere se irrogarle alla sola controllante, alla sola controllata oppure ad entrambe, ritenendole responsabili in solido per l'intero ammontare di dette sanzioni, o per parte di esso. Dal fatto che l'infrazione venga imputata all'impresa nel suo complesso non deriva però che la sanzione debba essere la stessa per tutte le società coinvolte e spetta alla Commissione la determinazione dell'ammenda irrogata a ciascuna di esse, nel rispetto dei principi del diritto comunitario e tenendo conto della sua peculiare situazione, specie per quanto riguarda la durata della sua partecipazione all'infrazione e l'esistenza a suo carico di precedenti condanne per infrazioni *antitrust*. Il sistema di imputazione ha tuttavia conseguenze molto significative sul metodo di calcolo della sanzione, considerato che il limite massimo del 10% del fatturato, ai sensi degli artt. 23 Reg. 1/2003 e 15 l. 287/1990, viene commisurato al fatturato del gruppo; l'ammontare della sanzione, pertanto, può risultare superiore al 10% del fatturato della controllata. La Commissione, inoltre, può applicare alcune maggiorazioni della sanzione, quali quella prevista per le imprese che hanno un fatturato particolarmente rilevante in settori diversi da quelli cui si riferisce l'infrazione e quella a titolo di recidiva²⁸, che, a seconda dei casi, può essere applicata all'im-

²⁴ Trib. UE, 16 giugno 2011, causa T-197/06, *FMC Corp. c. Commissione europea*, in *Racc.* 2011, p. II-3179.

²⁵ Trib. UE, 9 settembre 2011, "Alliance One", cit.

²⁶ Concl. Kokott, 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione delle Comunità europee* - "Akzo", in *Racc.* 2009, p. I-8237, punti 67.

²⁷ C. giust. CE, 29 settembre 2011, causa C-521/09, *Elf Aquitaine SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

²⁸ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, G.U.C.E. C-210, 1° settembre 2006, pp. 2-5, §§ 28-30.

presa/gruppo o alla controllante e/o alla controllata.

Non stupisce, quindi, che negli ultimi anni la Commissione e l'Autorità abbiano fatto più frequentemente ricorso all'imputazione anche a società diverse da quelle che avevano posto in essere le infrazioni; per la Commissione, in particolare, l'attribuzione della responsabilità alle capogruppo è divenuta una delle armi principali per la repressione dei cartelli. Resta da chiedersi quale sia l'impatto del maggior utilizzo dell'imputazione infragruppo su altri strumenti di politica di concorrenza. Non è escluso che il coinvolgimento delle società capogruppo si traduca in un incremento delle azioni di consumatori e di imprese per il risarcimento dei danni causati dalle infrazioni *antitrust*. Una conclusione di tal genere sembra meno scontata per quanto riguarda l'utilizzo da parte delle imprese di strumenti quali impegni, programmi di clemenza e transazioni con la Commissione per la riduzione delle sanzioni. L'ampia discrezionalità di cui gode quest'ultima, quanto all'imputazione della responsabilità nel gruppo, può avere un impatto significativo sulla scelta di dette imprese di ricorrere a questi strumenti. Esse dovranno valutarne i benefici con particolare cautela, tenendo presente anche in che misura essi consentano di escludere o limitare non solo la responsabilità della società che ha posto in essere l'infrazione, ma anche di quella che la controlla. Inoltre, è la società controllata ad aver posto in essere l'infrazione e la controllante di regola è estranea allo svolgimento di attività commerciali. Pertanto la partecipazione di quest'ultima alla presentazione di impegni, alla richiesta di partecipare ad un programma di clemenza o alla transazione con la Commissione, potrebbe essere indizio di interferenza da parte sua sul comportamento della sua affiliata e acquisire rilevanza ai fini dell'imputabilità non solo nel procedimento nel corso del quale sono adottate le iniziative suddette, ma anche in altri procedimenti, che dovessero essere avviati nei confronti

delle parti a livello nazionale e comunitario.

Resta da chiedersi, infine, se le regole sull'imputabilità diano luogo all'applicazione di sanzioni che, oltre ad essere elevate, abbiano anche un'efficace azione deterrente. Nel sistema concepito dai giudici comunitari, infatti, l'attribuzione della responsabilità può avvenire in capo a società in grado di interferire solo indirettamente sul comportamento di mercato delle loro controllate e a prescindere dalla dimostrazione di qualsiasi nesso tra esercizio da parte di dette società dell'interferenza e comportamento restrittivo della concorrenza. Nella prassi questo meccanismo ha dato luogo ad una pressoché costante attribuzione di responsabilità a società *holding* non operative, ovvero che detengono la totalità, o quasi, del capitale delle controllate e che restano estranee alla gestione della politica commerciale. Nelle decisioni delle autorità di concorrenza e nelle sentenze del Tribunale ha assunto particolare rilevanza la funzione di direzione unitaria cui sono deputate dette *holding*. Per i giudici comunitari, infatti, una *holding* altro non è che una società finalizzata a raggruppare partecipazioni in altre società, la cui funzione consiste nell'assicurarne l'unità di direzione, in particolare tramite il controllo degli investimenti e del bilancio²⁹. Ed è l'esercizio di detta funzione uno degli elementi più frequentemente utilizzati per imputare la responsabilità a società di questo tipo. A tale proposito, la Corte, da un lato, ha lasciato intendere che una *holding* non deve essere automaticamente ritenuta responsabile del comportamento della sua controllata. Dall'altro, ha indicato che non è escluso che, nonostante il fatto che non intervenga direttamente nel mercato, una *holding* possa esercitare un'influenza determinante sulla politica commerciale della sua controllata, in considerazione della funzione di direzione e coordinamento che le è propria, e che, pertanto, l'effettività di un tale esercizio possa presumersi quando essa detenga una partecipazione totalitaria, o quasi,

²⁹ Trib. UE, 14 luglio 2011, causa T-189/06,

Arkema France SA c. Commissione europea, non ancora pubblicata.

nel suo capitale³⁰. Nonostante queste indicazioni, dalla prassi si evince che, talvolta, le autorità di concorrenza hanno finito per attribuire la responsabilità dell'infrazione ad *holding* che detenevano la totalità o quasi del capitale sociale delle società, che avevano posto in essere l'infrazione, ma non avevano esercitato in concreto la funzione di direzione unitaria³¹. Il sistema di imputazione si presta dunque ad essere applicato in modo da mettere in discussione la stessa ragion d'essere dei gruppi, che sono creati per accentrare la direzione nella capogruppo e decentralizzare le attività commerciali nelle società operative. Inoltre, potrebbe condurre all'ampliamento del novero dei soggetti responsabili dell'infrazione senza però punire necessariamente il soggetto che gestisce l'impresa nel mercato. Si consideri, infatti, che la struttura dei rapporti gerarchici all'interno dei gruppi può essere molto diversa e che gli amministratori delle società operative, nonostante siano nominati dalla capogruppo, possono trovarsi a godere effettivamente di un'ampia indipendenza nella gestione delle attività commerciali. Pertanto, l'imputazione a detta capogruppo potrebbe non essere idonea a cogliere l'effettivo gestore dell'impresa, che è il soggetto che più d'ogni altro, sotto la pressione delle sanzioni, dovrebbe organizzare l'attività in modo conforme alle regole di concorrenza. Tanto più che punire la capogruppo, che non interferisce effettivamente nelle attività commerciali, potrebbe non avere l'effetto deterrente auspicato dalle autorità di concorrenza. Si consideri, in-

fatti, che il Tribunale ha ritenuto che la predisposizione di programmi di *compliance antitrust* da parte della controllante non valesse ad escludere la sua responsabilità³² e che il fatto che una *holding* avesse ordinato alla propria controllata al 100% di cessare qualsiasi pratica idonea a costituire un'infrazione alle regole della concorrenza, in seguito all'ispezione che aveva avuto luogo nella sua sede, fosse di per sé sufficiente a provare l'influenza determinante esercitata su questa controllata non solo dalla stessa *holding*, ma anche della società che controllava quest'ultima al 100%³³. Alla luce di questi orientamenti, le società controllanti potrebbero essere disincentivate dall'adottare cautele per prevenire l'illecito *antitrust*.

Laura De Sanctis

Bibliografia

MONTESA - A. GIVAJA, «When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust - Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios», in *World Competition* 29, 2006, p. 555; K. HOFSTETTER - M. LUDESCHER, «Fines against parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'», in *World Competition* 33, 2010, p. 55; R. BURNLEY, «Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability», in *World Competition* 33, 2010, p. 593; A. RESEINKAMPPF - U. KRAUTHAUSEN, «Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries», in *E.L. Rev.*, 2010, p. 38; W. VAN MEERT - A.L. HAMILTON, «Parental liability», in *Competition Law Insight*, 3 maggio 2011, p. 7.

³⁰ C. giust. UE, 29 settembre 2011, causa C-520/09, *Arkema SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

³¹ Cfr. Delib. AGCM, 2 agosto 2012, n. 23794, in *Boll.* 31/2012.

³² Trib. UE, 13 luglio 2011, causa T-138/07,

Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione europea, non ancora pubblicata.

³³ Trib. CE, 18 dicembre 2008, causa T-85/06, *General Química e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-338.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il ruolo della Guardia di finanza nell'esercizio dei poteri istruttori da parte dell'AGCM e della Commissione

Sommario: I. IL NUCLEO SPECIALE TUTELA MERCATI DELLA GUARDIA DI FINANZA. – II. I POTERI ISTRUTTORI DEL CORPO DELLA GUARDIA DI FINANZA. – III. GLI INTERVENTI ISPETTIVI DELLA GUARDIA DI FINANZA. – 1. Gli interventi ispettivi disposti dall'AGCM. – 2. Gli interventi ispettivi disposti dalla Commissione europea. – 3. Gli interventi ispettivi svolti su richiesta di un'Autorità *antitrust* di un altro Stato membro. – 4. Esecuzione di altre attività su richiesta dell'AGCM. – 5. L'iniziativa della Guardia di finanza. – IV. UTILIZZABILITÀ AI FINI FISCALI DEI DATI ACQUISITI NEL CORSO DI ATTIVITÀ ISPETTIVE. – V. IL DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI E L'OSTENSIONE DEI DOCUMENTI IN POSSESSO DELLA GUARDIA DI FINANZA.

I. IL NUCLEO SPECIALE TUTELA MERCATI DELLA GUARDIA DI FINANZA

Il Corpo della Guardia di finanza svolge un'attività di *law enforcement*¹ attra-

¹ Alla Guardia di finanza sono stati attribuiti compiti e poteri di polizia giudiziaria (art. 57 c.p.p.), tributaria (artt. 30 e 31 l. 4 gennaio 1929), valutaria (art. 26 e segg. d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148), doganale, amministrativa e di pubblica sicurezza, da ultimo riaffermati con il Decreto Legislativo 68/2001.

² A titolo di esempio, lungi dal porre in essere solamente attività di verifica della posizione fiscale di persone fisiche e giuridiche, il Corpo della Guardia di finanza svolge la propria attività nel settore del contrasto a fenomeni quali riciclaggio, corruzione, finanziamento al terrorismo, crimine organizzato, traffico di valuta, narcotraffico, usura, contraffazione di prodotti e mezzi di pagamento, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, violazioni doganali, nonché svolge attività anche a tutela dei mercati finanziari e di vigilanza sulla spesa pubblica.

³ Tali ultime competenze, ed in particolare la materia ed i rapporti con l'Autorità garante sono state appositamente disciplinate con normativa interna (Circolare 114.000 del 30 aprile 1996 del III Reparto Operazioni).

⁴ Il Nucleo Speciale Tutela Mercati, istituito nel 1995, è il Reparto speciale del Corpo della Guardia di finanza che si occupa di vigilare sulle regole del mercato, ed in particolare su: *i*) la tutela dei marchi, brevetti e proprietà intellettuale; *ii*) la sicurezza dei prodotti; *iii*) fenomeni di pirateria audiovisiva ed informatica; *iv*) le violazioni all'economia pubblica, l'industria ed il commercio.

Il reparto si compone di diversi Gruppi, ognuno dei quali è referente di una *Authority*: per

verso poteri e compiti di polizia, tributari e doganali con riferimento alla tutela di interessi sia economico-finanziari del bilancio pubblico, delle Regioni, degli Enti locali e dell'Unione europea², sia del mercato, della concorrenza e del consumatore³.

Il "Nucleo Speciale Tutela Mercati" della Guardia di finanza⁴, attraverso il "gruppo *antitrust*", è la componente specialistica incaricata di prestare collaborazione all'AGCM, ed è altresì competente a valutare, gestire ed indirizzare il flusso informativo e le segnalazioni in materia verso la stessa Autorità. In particolare, tale Nucleo è interlocutore esclusivo dell'Autorità e, in quanto tale, destinatario dei provvedimenti da essa provenienti, sia si tratti di deleghe di attività, sia di richieste di collaborazione⁵.

quanto ivi di interesse, è il Gruppo *antitrust* a collaborare con l'AGCM. Il reparto, nel suo complesso, è il referente per l'intera istituzione anche dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas e dell'autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

⁵ Con riferimento all'attività di collaborazione, ed in particolar modo al potere di delega di attività da parte dell'Autorità verso la Guardia di finanza, si deve far riferimento a quanto previsto *ex art.* 12, comma 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287, che dispone che «L'Autorità può, inoltre, procedere, d'ufficio o su richiesta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (...), ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata», per la qual cosa può, ai sensi di quanto stabilito dal successivo art. 14 comma 2, «(...) in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria».

Da ultimo, anche il vigente protocollo di intesa (art. 1) tra Autorità e Guardia di finanza prevede una collaborazione da parte della Guardia di finanza nel «(...) reperimento e nell'elaborazione di dati, di notizie e di informazioni utili per gli accertamenti di competenza dell'Autorità, svolge

Di conseguenza ogni elemento di un accertamento ispettivo o pre-ispettivo originato dall'Autorità⁶ o ad essa destinato su iniziativa dei Reparti del Corpo dislocati sul territorio nazionale⁷, ad oggi "transita" per il Nucleo Speciale. In estrema sintesi, e pur pacifica la possibilità che altri Reparti della Guardia di Finanza riscontrino⁸ violazioni alle norme vigenti in materia in sede di ordinaria attività d'istituto, al Nucleo sono demandati⁹ compiti di collaborazione in sede di ispezioni condotte dall'AGCM ovvero dalla Commissione europea, o su richiesta di un'Autorità di concorrenza di un altro Stato membro, sul territorio nazionale.

Se tale forma di cooperazione è, in concreto, la più sviluppata, non va trascurata la circostanza che tale componente specialistica¹⁰ possa dar corso alle istanze di assistenza o di altra natura (deleghe di attività nel settore della concorrenza ovvero della tutela del consumatore, richieste di informazioni nei confronti di soggetti economici pervenute dall'AGCM, ov-

vero subdelegare, anche parzialmente, le richieste di collaborazione ed assistenza ad altro Reparto dislocato sul territorio, laddove ritenuto opportuno a secondo dei differenti casi che si possano prospettare¹¹, garantendo comunque un necessario supporto tecnico).

Nel merito, tale potere di delega trova applicazione in ogni fase del procedimento con cui l'AGCM esercita i propri poteri istruttori e sanzionatori. Possono così essere demandate attività utili all'individuazione degli elementi probatori di un comportamento illecito ovvero finalizzate all'acquisizione degli elementi di cui all'art. 12, comma 2, l. 287/1990, nonché attività di verifica dell'ottemperanza alle decisioni adottate dall'Autorità.

Al Nucleo, in quanto "componente specialistica" della Guardia di finanza, inoltre vengono anche affidati compiti di "vaglio" preliminare di potenziali illeciti; in tal senso, il Nucleo rappresenta il "collettore" delle segnalazioni d'iniziativa raccolte nelle ordinarie attività d'istituto da

studi ed indagini di settore e sottopone all'Autorità ogni elemento, anche autonomamente acquisito, che ritenga rilevante ai fini dell'applicazione della normativa a tutela della concorrenza ed in materia di pubblicità ingannevole». A mero titolo d'esempio, studi, analisi e carotaggi sull'intero territorio nazionale possono essere condotti nei settori petrolifero (prezzi delle benzine e dei gasoli e relativi comportamenti delle società di settore), delle *commodities* (prezzi di beni di prima necessità quali il grano, il pane, la pasta, l'acqua e relativi comportamenti delle società operanti nello specifico settore).

⁶ Cfr. l. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 14, in base al quale «(...) l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria».

⁷ Il Nucleo Speciale Tutela Mercati, come detto, rappresenta una componente specialistica del Corpo della Guardia di finanza, per ordinamento destinato a svolgere la propria attività in un particolare settore dell'economia a tutela del mercato e dei consumatori. La presenza della Guardia di finanza sul territorio nazionale è invece organizzata secondo una struttura che pre-

vede la compresenza di Reparti cocommand. territoriali (Brigate, Tenenze e Compagnie, Gruppi) e Nuclei di Polizia tributaria (questi ultimi presenti in sede di capoluogo di Provincia): a tutti questi Reparti è demandato il compito di assolvere funzioni di polizia economica e finanziaria a tutela del bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali e dell'Unione europea con strumenti e poteri di polizia amministrativa e giudiziaria e di pubblica sicurezza.

Corollario di quanto normativamente previsto è che ogni Reparto dislocato sul territorio, nello svolgimento della ordinaria attività di prevenzione, ricerca e repressione, può originare segnalazioni verso l'AGCM.

⁸ In materia, peraltro, l'Autorità nazionale che può irrogare il provvedimento sanzionatorio è la sola AGCM, per cui l'eventuale riscontro effettuato dai militari della Guardia di finanza si sostanzia in una segnalazione indirizzata all'Autorità Garante, direttamente ovvero per il tramite del Nucleo speciale tutela mercati.

⁹ Al Nucleo speciale tutela mercati – ed in particolare modo al dipendente Gruppo antitrust – sono demandati compiti in materia di tutela della concorrenza e del consumatore, nonché di collaborazione con l'Autorità. In altri termini, anche alla luce del vigente protocollo d'intesa, le richieste di collaborazione saranno fatte pervenire al citato Nucleo, il quale potrà demandare gli accertamenti richiesti anche ad altri Reparti sul territorio.

¹⁰ Il Nucleo speciale tutela mercati.

parte dei Reparti dislocati sull'intero territorio nazionale al fine di valutare la sussistenza di *fumus* di violazione e, laddove ne ricorrano i presupposti, rimetterle all'AGCM, quale *dominus* del procedimento, e la conseguente emanazione dei provvedimenti di competenza.

È infatti utile sottolineare che le competenze specifiche del Nucleo non pregiudicano in alcun modo l'iniziativa di altri Reparti della Guardia di finanza, che mantengono un loro autonomo potere di segnalazione all'Autorità (generalmente per il tramite del Nucleo speciale tutela mercati) di elementi in potenza lesivi della libera concorrenza che emergano dallo svolgimento delle ordinarie attività di polizia amministrativa, giudiziaria e di pubblica sicurezza¹².

Da ultimo, sotto il profilo delle competenze demandate ad esso, il Nucleo – tanto di propria iniziativa quanto su richiesta dell'AGCM – può fornire all'AGCM documenti di analisi al fine di individuare possibili fenomeni distorsivi della libera concorrenza anche avvalendosi, come già evidenziato, delle risorse (uomini, strutture e mezzi) dislocate sul territorio.

II. I POTERI ISTRUTTORI DEL CORPO DELLA GUARDIA DI FINANZA

In tema di collaborazione con l'AGCM in materia di tutela della concorrenza ed accertamento – o quanto meno segnalazione – delle violazioni alla normativa oggetto di approfondimento, tra Guardia di finanza e AGCM esiste una collaborazione "storica", benché l'intervento *ad adiuvandum* della Guardia di finanza, quale organo dello Stato *ex lege*¹³ deputato alla tutela degli interessi economici e finanziari della Stato italiano e dell'Unione europea, abbia trovato fondamento nell'ordinamento nazionale, nell'art. 54,

comma 1, lett. b), e comma 2 l. 52/1996. Tale norma statuisce che nell'espletamento delle istruttorie di cui al titolo II della l. 287/1990, l'Autorità può avvalersi della collaborazione dei militari della Guardia di finanza, che agiscono con i poteri e con le facoltà previste dai d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e 29 settembre 1973, n. 600 (cioè la normativa vigente in materia di imposta sul valore aggiunto e di accertamento delle imposte sui redditi) e dalle altre norme tributarie.

Come si vedrà nel prosieguo, inoltre, tale strumento legale opera anche nell'ipotesi di assistenza agli agenti della Commissione europea in relazione all'esecuzione di accertamenti ispettivi sul territorio dello Stato nel caso di opposizione da parte dell'impresa oggetto di provvedimenti ispettivi.

La Guardia di finanza ricopre un ruolo di primo piano con riferimento sia al supporto alle attività ispettive, sia di acquisizione "probatoria" nelle istruttorie concernenti l'osservanza delle regole di concorrenza italiane ed europee, giacché queste – in particolar modo al momento della ricerca della c.d. *smoking gun* – sovente sono rinvenibili dall'esame della documentazione contabile ed extra-contabile delle imprese oggetto di accertamento.

In conseguenza la collaborazione tra la *tax law enforcement agency* italiana e l'AGCM ha trovato specifica formalizzazione attraverso la stipulazione di un protocollo d'intesa di ciò il 12 dicembre 1997 ad oggi ancora vigente¹⁴.

III. GLI INTERVENTI ISPETTIVI DELLA GUARDIA DI FINANZA

La richiesta di assistenza alle attività ispettive può trarre origine sia dell'AGCM che dalla Commissione europea: nel primo caso dovrà collaborare con i funzio-

¹¹ Una simile evenienza occorre, in particolar modo, laddove le attività richieste dall'AGCM (a titolo d'esempio, si pensi ad un *commad. carotaggio* nei confronti di diversi operatori economici operanti nel medesimo mercato di riferimento) investano una pluralità di soggetti economici dislocati sull'intero territorio nazionale.

¹² Come già sottolineato, la circostanza che la Guardia di finanza abbia destinato proprie ri-

sorse nel settore *de qua* attraverso l'istituzione del Nucleo speciale, non limita, dimidiandoli, compiti, poteri e prerogative degli altri Reparti dislocati sul territorio.

¹³ V. da ultimo, d.lgs. 19 marzo 2001, n. 68.

¹⁴ La collaborazione permea l'intera attività dell'Autorità, e si estende anche alla materia della tutela del consumatore, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

nari dell'Autorità italiana¹⁵ mentre nel secondo caso, collaborerà con gli agenti e i funzionari della Commissione europea¹⁶.

Come si vedrà oltre (v. *infra* § III.1 e III.2), se da un lato il *discrimen* circa il *dominus* dell'attività ispettiva (AGCM o Commissione europea) non implica differenze circa l'attività richiesta alla Guardia di finanza, dall'altro diverse sono le norme da cui originano i relativi poteri ispettivi.

1. *Gli interventi ispettivi disposti dall'AGCM.* – L'accesso presso l'impresa nei cui confronti è in corso un'attività istruttoria in ambito *antitrust*, e l'ispezione dei relativi locali aziendali, sono disposti, sulla base delle potestà conferite dalla l. 287/1990, unicamente dall'AGCM secondo modalità operative analoghe a quelle previste (v. *infra* § III.2) per l'esecuzione delle attività ispettive di competenza della Commissione europea.

Ai funzionari dell'AGCM – cui si ricorda viene attribuita, nell'espletamento delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale¹⁷ – alla pari degli agenti della Commissione, sono demandati pregnanti poteri sia in sede pre-ispettiva, sia durante la fase c.d. ispettiva, nell'esercizio dei quali possono, ai sensi di quanto sancito *ex artt.* 14, comma 2, l. 287/1990 e 8 comma 4, d.P.R. 217/98, avvalersi dei militari della Guardia di finanza.

In particolare, per effetto del combinato disposto degli artt. 14, comma 2, l. 287/1990, 8 e 10 comma 5 d.P.R. 217/98, ad essi sono attribuiti poteri di: *i*) accesso ai locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispe-

zione, con esclusione dei luoghi di residenza o di domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine; *ii*) controllo ed estrazione di copia dei documenti aziendali formati e utilizzati ai fini dell'attività d'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento; *iii*) audizione dei soggetti con qualifiche aziendali. In ogni caso, giusto quanto disposto in tema di accertamenti ispettivi dal sopra richiamato d.P.R.¹⁸, i funzionari dell'AGCM incaricati esercitano i loro poteri dietro presentazione di un atto scritto che precisi tanto l'oggetto dell'accertamento, quanto le sanzioni in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, nel fornire le informazioni ed esibire i documenti richiesti nel corso dell'ispezione, ovvero nel aver fornito informazioni ed esibito documenti non genuini.

Analogamente, anche il potere di accesso e ricerca documentale della Guardia di finanza nel contesto operativo in esame trova la propria base giuridica negli artt. 14, comma 2, l. 287/1990, e nelle potestà previste dai già richiamati art. 54, comma 4, l. 52/1996 così come riportato agli artt. 8, comma 4, e 10, comma 8 d.P.R. n. 217/1998, ovvero, laddove previsto, *ex art.* 22 l. 262/2005.

Come si è già avuto modo di evidenziare, infatti, l'art. 54, comma 4, l. 52/1996 dispone che l'AGCM nel corso delle istruttorie *antitrust* possa avvalersi della collaborazione dei militari della Guardia di finanza, i quali agiscono con i poteri e con le facoltà azionabili nel corso delle attività di verifica fiscale.

¹⁵ La possibilità dei funzionari dell'AGCM di farsi coadiuvare dai militari della Guardia di finanza in sede di intervento ispettivo trova la propria base giuridica in una molteplicità di disposizioni, di rango primario e non. Su tutte, si vedano l'art. 14, comma 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287 («anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato») e l'art. 8, comma 4 d.P.R. 30 aprile 1998 n. 217 («ai sensi dell'art. 54, comma 4, l. 6 febbraio 1996, n. 52, l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza») nonché, quanto espressamente statuito dall'art. 5, lett. *ii*) del vigente protocollo d'intesa, già integralmente riportato (vedi nota n. 13).

¹⁶ Cfr. l'art. 54, comma 2 l. 6 febbraio 1996 n.

52, cit., laddove espressamente statuisce che per l'assolvimento dei propri compiti istituzionali «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dispone dei poteri di cui al Titolo II l. 10 ottobre 1990, n. 287, e, in caso di opposizione dell'impresa interessata e su richiesta della Commissione delle Comunità europee, può chiedere l'intervento della Guardia di finanza che esegue gli accertamenti richiesti avvalendosi dei poteri d'indagine ad essa attribuiti ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi».

¹⁷ Cfr. legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 14 comma 3.

¹⁸ Cfr. d.P.R. 30 aprile 1998, 217, art. 10 comma 2.

In altri termini, dunque, allorché la finalità ispettiva comportino la necessità di superare eventuali opposizioni all'accesso manifestate dai soggetti ispezionati, sarà facoltà dei funzionari dell'AGCM ricorrere, tramite specifica istanza¹⁹, alla collaborazione della Guardia di finanza, la quale agirà con le più penetranti ed incisive potestà ad essa conferite dai già citati dd.P.R. n. 633/1972 e n. 600/1973²⁰.

2. *Gli interventi ispettivi disposti dalla Commissione europea.* – In tema di poteri d'indagine, il Reg. 1/2003 attribuisce alla Commissione pregnanti poteri ispettivi nei confronti delle imprese. In particolare, il Reg. 1/2003 riconosce ai funzionari della Commissione europea la facoltà di eseguire²¹ ispezioni presso imprese e l'accesso ed il controllo dei documenti aziendali²², nonché attraverso l'esperimento di audizioni e la raccolta di dichiarazioni²³ di carattere amministrativo ed apposizione, laddove necessario, di sigilli ai locali ed ai documenti aziendali²⁴.

¹⁹ Tale formalità viene adempiuta attraverso una normale richiesta indirizzata ai militari intervenuti, della quale verrà dato atto nel verbale all'uopo redatto.

²⁰ Da ultimo, anche la legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di tutela del risparmio, nell'affrontare la tematica dei soggetti economici sottoposti all'attività di vigilanza di più Autorità di regolazione richiama, nel disciplinare le modalità di coordinamento tra le stesse, l'attività di collaborazione *de qua*.

²¹ In estrema sintesi, alla Commissione, in aggiunta ai poteri ad essa attribuiti in sede pre-ispettiva, quali la possibilità di richiedere informazioni e raccogliere dichiarazioni, (Reg. 1/2003, artt. 18 e 19) sono demandati pregnanti poteri ispettivi, di seguito analiticamente elencati: *i*) possibilità di accesso ai locali, terreni e mezzi di trasporto di imprese e associazioni di imprese; *ii*) facoltà di controllo dei libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, con annessa possibilità di estrarre copia ovvero ottenere, sotto qualsiasi forma, copia; *iii*) potere di apporre sigilli ai locali, libri e documenti aziendali per la durata degli accertamenti, nella misura in cui ciò risulti necessario al loro espletamento; *iv*) possibilità di richiedere a appresentante ovvero dipendente dell'impresa o dell'associazione di imprese elementi chiarificatori in ordine a fatti, circostanze, documenti e situazioni relativi all'oggetto ed allo scopo degli accertamenti, verbalizzandone peraltro le risposte.

Nell'alveo di tali poteri, una menzione particolare merita il potere di accesso²⁵, in quanto rende possibile al funzionario della Commissione di invitare la società a porre a disposizione la documentazione aziendale di volta in volta ritenuta utile ai fini del compimento dell'istruttoria, ricercare e conseguentemente prendere cognizione della documentazione medesima – sia essa ufficiale o meno²⁶ – relativa all'attività esercitata dall'impresa. Ciò, non solo all'interno degli spazi aziendali, ma anche – se ritenuto necessario – in altri locali, terreni, mezzi di trasporto, ovvero in spazi adibiti a domicilio privato previa autorizzazione a procedere concessa – laddove ne ricorrano i presupposti (in proposito, cfr. art. 21, comma, 3 Reg. 1/2003, in successiva nota n. 35) – dall'Autorità giudiziaria in esito a specifica e motivata richiesta formulata dalla Commissione europea.

L'esercizio di tali poteri richiede la presentazione di un mandato scritto che precisi oggetto e scopo degli accerta-

Nell'espletamento dei predetti poteri, senza preclusioni di sorta, potrà essere richiesta la collaborazione dell'AGCM e, conseguentemente, della Guardia di finanza (*ex lege* 52/96, art. 54).

²² Cfr. Reg. 1/2003, art. 20 comma 2 lett. a), lett. b), lett. c).

²³ Cfr. Reg. 1/2003, cit., artt. 19, 20 comma 2 lett. e), 27.

²⁴ Cfr. Reg. 1/2003, cit., art. 20 comma 2 lett. d).

²⁵ Cfr. Reg. 1/2003, cit., art. 20 comma 2, lett. a).

²⁶ In ambito fiscale, si è soliti distinguere tra contabilità e documentazione aziendale "ufficiale", prevista *ex lege* e "parallela". Quest'ultima, in particolare, non viene fatta rientrare nella determinazione di volume d'affari e reddito ai fini della quantificazione del *quantum debeatur*, e nella maggior parte dei casi è prova dell'esistenza dei ccommadd. "redditi occulti" o "nero" aziendale. Un tale distinzione, ed in particolar modo il concetto di documentazione "parallela", esiste anche nel contesto in trattazione, laddove si fa riferimento, a mero titolo d'esempio, a comunicazioni cartacee ed elettroniche e registri non ufficiali riportanti fatti aziendali di tipo strategico (quale la pianificazione di un comportamento anticoncorrenziale a medio-lungo termine) ovvero più marcatamente operativo (quale può essere la concertazione di prezzi e/o quantità tra imprese concorrenti), in grado di formare la prova di un comportamento illecito nel corso del procedimento istruttorio a carico della società medesima.

menti²⁷, nonché le sanzioni previste in caso di violazione di queste²⁸.

Sotto il profilo del rapporto tra AGCM e Commissione, quest'ultima è tenuta a informare preliminarmente delle attività l'Autorità a tutela della concorrenza nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti²⁹.

Il legislatore nazionale ha disciplinato il rapporto di collaborazione all'attività ispettiva e di accertamento condotta della Commissione europea attraverso i già richiamati art. 54, comma 1, lett. b), e comma 2 l. 52/96.

Di fatto, i funzionari della Commissione³⁰, prima di procedere ad ispezione nei confronti dei soggetti economici oggetto di procedimento istruttorio, ne danno informazione all'Autorità garante nazionale, chiedendo al contempo idonea collaborazione.

Quest'ultima, a sua volta, si può avvalere, previa specifica istanza, dell'intervento dei militari della Guardia di finanza, i quali opereranno esercitando, laddove necessario (vale a dire in caso di rifiuto o comportamento ostativo da parte dell'impresa), dei poteri di accesso,

ispezione e ricerca previsti in ambito fiscale *ex d.P.R. 600/1973 e d.P.R. 633/1972*, come disposto dalla più volte citata "legge comunitaria" per il 1994³¹.

Nel caso una tale ipotesi si dovesse verificare (opposizione dei soggetti economici interessati) i funzionari dell'AGCM saranno in ogni caso tenuti a dare concreta esecuzione agli accertamenti, al fine di garantire, in ultima istanza, l'adempimento del mandato degli agenti della Commissione, anche coattivamente.

A loro volta, allorché sarà opposto ai titolari dell'attività ispettiva (gli agenti della Commissione) un rifiuto all'accesso, piuttosto che un diniego circa l'esibizione di determinati documenti, ovvero in ogni altra situazione nella quale siano poste in essere condotte finalizzate ad impedire l'esercizio delle attività ispettive in corso, i militari della Guardia di finanza presenti durante la fase ispettiva – su richiesta dell'Autorità nazionale – procederanno all'esecuzione degli accertamenti richiesti con le potestà ispettive loro conferite dai dd.P.R. n. 633/72 e n. 600/73, secondo quanto disposto *ex art. 10, comma 8, d.P.R. n. 217/1998*³².

²⁷ Reg. 1/2003, cit., art. 20 comma 3.

²⁸ Reg. 1/2003, cit., art. 23.

²⁹ Reg. 1/2003, cit., artt. 18, comma 5, e 19, comma 2 e 20, comma 3.

³⁰ Reg. 1/2003, cit., art. 20 commi 5 e 6.

³¹ Non si rinvergono particolari preclusioni all'applicazione, in ambito *antitrust*, dei poteri in ambito fiscale. I limiti, infatti, sono quelli previsti dalla stessa normativa fiscale, per cui, a titolo d'esempio, un accesso domiciliare rimane precluso laddove non vi sia una autorizzazione *ad hoc* rilasciata dalla Autorità giudiziaria competente per territorio.

³² La normativa fiscale di cui agli artt. 51 e 52 del d.P.R. 633/72 (in tema di imposta sul valore aggiunto) e 32 e 33 d.P.R. 600/73 (in tema di accertamento delle imposte sui redditi), ivi applicabile, consente ai militari della Guardia di finanza, tra l'altro, di: *i*) procedere all'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche nei confronti soggetti che esercitano attività economiche; *ii*) richiedere copie o estratti degli atti e dei documenti depositati presso notai, procuratori del registro, conservatori dei registri immobiliari e altri pubblici ufficiali; *iii*) richiedere, previa autorizzazione rilasciata ad hoc dal Comandante regionale, 1) ai soggetti sottoposti ad accertamento, ispezione o verifica il rilascio di una dichiarazione contenente l'indicazione della natura, del numero e degli estremi identificativi dei rapporti intrattenuti

con banche, Poste italiane Spa, gli intermediari finanziari, le imprese di investimento, gli O.I.COM-MAR. (organismi di investimento collettivo del risparmio), le S.G.R. (società di gestione del risparmio) e le società fiduciarie, nazionali o straniere, in corso ovvero estinti da non più di cinque anni dalla data della richiesta; 2) alle banche, alla società Poste italiane Spa, per le attività finanziarie e creditizie, alle società ed enti di assicurazione per le attività finanziarie, agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie, dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi o dagli operatori finanziari sopra indicati e le generalità dei soggetti per i quali gli stessi operatori finanziari abbiano effettuato le suddette operazioni e servizi o con i quali abbiano intrattenuto rapporti di natura finanziaria; 3) ad autorità ed enti, notizie, dati, documenti e informazioni di natura creditizia, finanziaria e assicurativa, relativi alle attività di controllo e di vigilanza svolte dagli stessi, anche in deroga a specifiche disposizioni di legge; 4) invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a esibire o trasmettere atti e documenti rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti, nonché bilanci o rendiconti e dei libri o re-

Tuttavia, deve essere sottolineato che il richiamo alle facoltà ispettive demandate alla Guardia di finanza non ha alcuna incidenza sulla natura e sulla finalità degli accertamenti in esame, cioè gli accertamenti rimangono finalizzati all'applicazione del diritto della concorrenza.

Alla luce delle considerazioni sopra formulate, è evidente che la presenza della Guardia di finanza in sede ispettiva assolve molteplici funzioni, tra cui anche quella deterrente in ordine ad eventuali comportamenti non collaborativi da parte dei soggetti economici interessati. Il vero *quid pluris* della partecipazione del Nucleo, però, risiede nell'aspetto tecnico dell'assistenza fornita e finalizzata ad individuare i documenti utili all'attività istruttoria (attraverso una preliminare analisi del materiale raccolto unitamente ai funzionari titolari del procedimento, alla ricerca della "prova principe", della c.d. *smoking gun*), nonché ad un eventuale esame, nel merito, di talune specifiche risultanze documentali ritenute potenzialmente rilevanti³³.

3. *Gli interventi ispettivi svolti su richiesta di un'Autorità antitrust di un altro Stato membro.* – Il Reg. 1/2003, nell'ambito dei rapporti di collaborazione nella c.d. Rete di autorità, prevede che, al fine di garantire un'efficace applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, le diverse Autorità nazionali, oltre ad assicurare la propria collaborazione alla Commissione europea, debbano prestarsi reciprocamente (*ex art. 22, comma 1, Reg. 1/2003*) assistenza mediante l'esecuzione di qualsiasi tipologia di accertamento o misura di acquisizione secondo la disciplina in materia vigente nello Stato in cui vengono ese-

guite le operazioni secondo le modalità di esecuzione delle attività già sopra descritte.

4. *Esecuzione di altre attività su richiesta dell'AGCM.* – Alla luce di quanto sinora esposto, emerge come – per effetto delle attribuzioni e funzioni *ex lege* demandate nel settore della tutela del mercato – la Guardia di finanza abbia nel tempo assunto il ruolo di referente privilegiato dell'AGCM nell'esperimento dei propri compiti. Ed infatti, il Nucleo speciale tutela mercati, attraverso il dipendente Gruppo antitrust, non solo fornisce costantemente un apporto in fase ispettiva, ma – nell'ambito della procedura istruttoria avviata dall'AGCM – garantisce anche l'esecuzione di specifici atti da quest'ultima delegati, e l'acquisizione di elementi conoscitivi di carattere generale in relazione ai propri compiti istituzionali³⁴.

Sotto il profilo normativo, tale facoltà di delega sono disciplinate agli artt. 10, comma 4, e 14, comma 2, l. 287/1990, nel richiamare l'art. 54, comma 4, l. 52/1996, nonché l'art. 27, comma 2 codice del consumo e l'art. 8, comma 2, d.lgs. 145/2007. Queste si riferiscono genericamente ad una attività collaborativa non ulteriormente specificata, legittimando le ipotesi di delega dianzi indicate, che dovranno solo essere formalizzate in uno specifico provvedimento da parte dell'AGCM.

Pertanto, considerato sia il tecnicismo che caratterizza il settore, sia il fatto che le risultanze istruttorie dovranno essere valutate dal *dominus* del procedimento – cioè l'AGCM o la Commissione – prima dell'emissione di qualsivoglia provvedimento di conclusione del procedimento istruttorio, non stupisce che le attività de-

gistri la cui tenuta è prevista dalle disposizioni tributarie.

³³ In prima approssimazione, è corretto affermare che la ricerca della *smoking gun* (sia che si tratti di documenti ufficiali relativi a prezzi praticati, quantità vendute, rapporti con clienti e fornitori, sia che si tratti di valutare il significato e la rilevanza delle comunicazioni che avvengono all'interno degli Uffici) non differisce sensibilmente dalle attività che i militari della Guardia di finanza svolgono sulla documentazione aziendale in sede di apertura di una attività di verifica fiscale. Conseguentemente, può ben ac-

cadere che il momento di valutazione iniziale dei documenti prodotti dal soggetto ispezionato veda la materiale collaborazione anche dei militari intervenuti.

³⁴ Non vi è una casistica codificata di atti delegabili alla Guardia di finanza. A mero titolo d'esempio: la predisposizione e somministrazione di questionari, l'effettuazione di "carotaggi" sul territorio nazionale, la verifica dei prezzi relativi a determinate categorie di beni e prodotti, nonché ogni accertamento preliminare volto a permettere all'AGCM una valutazione circa l'esistenza dei presupposti per l'avvio dei procedimenti istruttori.

legate sono perlopiù funzionali alla ricerca di documenti e all'assunzione di informazioni. Nel dettaglio, l'operato della Guardia di finanza si focalizza sull'individuazione delle principali informazioni societarie⁵ delle imprese che si trovano "sotto la lente" dell'AGCM, nonché sull'acquisizione sia della documentazione aziendale, sia di elementi rilevanti, anche attraverso questionari, ai fini della conoscenza dei mercati di interesse, siano essi locali o nazionali.

5. *L'iniziativa della Guardia di finanza.* – Se l'AGCM rappresenta il fulcro dell'istruttoria e del procedimento attraverso cui vengono irrogate sanzioni, ciononostante la Guardia di finanza – a prescindere dalle attività effettuate su delega od in collaborazione – mantiene un significativo ed autonomo ruolo di vigilanza dei mercati in ordine alla correttezza dei comportamenti adottati dalle imprese.

Ciò è la risultante di due ordini di motivi.

In primo luogo, in virtù dei compiti istituzionali assegnateli ed in ragione delle specifiche attribuzioni e poteri di "polizia economico – finanziaria", richiamate nell'*incipit* della presente voce, la Guardia di finanza provvede alle attività, tipicamente di polizia, di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni di tipo economico-finanziario.

In secondo luogo, grazie ai compiti affidatigli *ex lege* – che comportano l'effettuazione di accessi e attività di ricerca documentale all'interno degli spazi aziendali nell'esecuzione, perlopiù durante lo svolgimento di attività di verifica fiscale – vi è

la possibilità che la Guardia di finanza rinvenga elementi potenzialmente rilevanti da segnalare all'AGCM piuttosto che, con la collaborazione dell'AGCM, alla Commissione.

A titolo di mero esempio, ci si riferisce alle potenziali segnalazioni di cui potrebbe essere destinataria l'AGCM a seguito dell'analisi della documentazione contabile ed extracontabile³⁶ rinvenuta in sede di accesso effettuato ai fini fiscali. In concreto, scambi di corrispondenza, potenziali fenomeni di concertazione dei prezzi, ovvero accordi di ripartizione di quote di mercato potrebbero essere maggiormente approfonditi dal Nucleo Speciale Tutela Mercati e i relativi risultati successivamente trasferiti all'Autorità Garante, in quanto "indici" di una violazione alla normativa *antitrust*.

Inoltre non va sottovalutato che fonte privilegiata per l'acquisizione di elementi informativi di interesse in tale specifico settore possono risultare essere i dati raccolti e le notizie che emergono a seguito di indagini di polizia giudiziaria, condotte dalla Guardia di finanza in completa autonomia rispetto alla collaborazione con l'AGCM.

In particolare, alcune tipologie di illecito penale possono *in re ipsa* presentare risvolti significativi in termini di distorsione delle dinamiche competitive dei mercati³⁷ (si pensi *bid rigging* nel caso di turbata libertà degli incanti *ex art. 353 c.p.*) e, pertanto, gli elementi, notizie e documenti raccolti, previo "nulla osta" concesso dall'Autorità Giudiziaria³⁸, possono essere "riversati" alla componente specialistica per le valutazioni di merito³⁹.

³⁵ A mero titolo d'esempio: dati fiscali, volume d'affari conseguito; sede legale ed amministrativa; eventuali sedi secondarie ed Uffici, anche attraverso attività sul territorio, dei soggetti economici oggetto di indagine.

³⁶ In tema di documentazione contabile ed extracontabile, si richiama quanto evidenziato in merito ai concetti, rispettivamente, di contabilità ufficiale e contabilità parallela.

³⁷ A mero titolo esemplificativo, fattispecie penali la cui commissione può di norma comportare anche distorsioni concorrenziali nel mercato di riferimento sono il: rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio, *ex art. 501 c.p.*; manovre speculative

su merci, *ex art. 501-bis c.p.*; illecita concorrenza con minaccia o violenza, *ex art. 513-bis c.p.*

³⁸ Il nulla osta è l'autorizzazione rilasciata dall'Autorità giudiziaria – senza particolarità formali – su richiesta (generalmente) della polizia giudiziaria ai fini della divulgazione ovvero trasmissione a terzi di alcune o di tutte le notizie integranti la notizia di reato e l'esito delle indagini preliminari). Tale autorizzazione è fondamentale alla polizia giudiziaria per non incorrere nelle ipotesi di cui all'*art. 326 c.p.* e *329 c.p.*

³⁹ A titolo d'esempio, si pensi al caso in cui un Reparto della Guardia di finanza, a seguito di attività di indagine (di iniziativa dell'AGCM o delegate da questa) disveli non solamente il compor-

In definitiva, non vi è dubbio sulla legittimità di eventuali segnalazioni di iniziativa della Guardia di finanza di tale specie e, soprattutto, sulle conseguenti azioni istruttorie ed ispettive da parte dell'ACGM che da queste potrebbero nascere, sebbene non esista uno specifico obbligo normativo di segnalazione⁴⁰. Infatti, il fondamento giuridico (almeno in tema d'intese restrittive della libera concorrenza e di abusi di posizione dominante) va rinvenuto nell'art. 12, comma 1, l. 287/1990, laddove si chiarisce che l'AGCM, valutati gli elementi comunque in suo possesso o quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3 l. 287/1990.

IV. UTILIZZABILITÀ AI FINI FISCALI DEI DATI ACQUISITI NEL CORSO DI ATTIVITÀ ISPETTIVE

Nella materia oggetto della presente voce assume particolare rilevanza la questione dell'utilizzabilità ai fini fiscali delle informazioni e dei dati acquisiti nel corso delle attività istruttorie.

In particolare, sussistono specifiche disposizioni normative, quale l'art. 36 d.P.R. 600/73 rubricato come «comunicazione di violazioni tributarie», derogatorie all'obbligo generale per i soggetti pubblici di comunicare dati e notizie, rilevanti sotto il profilo tributario, al Corpo della Guardia di finanza.

tamento delittuoso inizialmente investigato, ma anche comportamenti potenzialmente in grado di violare le disposizioni in materia di concorrenza. Per meglio chiarire, si ipotizzi il caso di indagini di polizia giudiziaria per turbata libertà degli incanti nel particolare contesto di appalti o concessioni di lavori pubblici. In tale ambito, a fronte delle conclusioni cui si può pervenire in tema di violazioni alle disposizioni del codice penale, potrebbe anche emergere (a seguito di ccommadd. indagini tecniche quali le intercettazioni telefoniche, ovvero a seguito di perquisizioni, sequestri ed altre attività tipiche della polizia giudiziaria) il comportamento, potenzialmente costitutivo di un cartello, da parte di un gruppo più o meno ristretto di società che si aggiudicavano – secondo criteri prestabiliti di “offerta” concertati – le gare dividendosi il mercato. Una tale evenienza, potrebbe ben essere portata a conoscenza dell'autorità, la quale potrebbe di conseguenza aprire un

Oltre alla previsione di cui all'art. 28 Reg. 1/2003 in materia di segreto d'ufficio relative agli accertamenti condotti dalla Commissione europea, infatti l'art. 12 d.P.R. 217/1998 dispone che le informazioni acquisite nell'ambito delle attività istituzionali, svolte in materia di concorrenza dall'AGCM e, conseguentemente, dalla Guardia di finanza nell'ambito del correlato rapporto di collaborazione e di attività delegata, possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono richieste e, alla luce di quanto previsto dall'art. 14, comma 3, l. 287/1990, così come richiamato anche dalla citata disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole, sono tutelate dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p. e quelli di collaborazione con le istituzioni dell'Unione europea.

Le sopra richiamate disposizioni debbono considerarsi tassative ed inderogabili. Conseguentemente, sulla base di una interpretazione letterale della norma, ad oggi non appare possibile utilizzare, ai fini fiscali, elementi documentali potenzialmente rilevanti che dovessero essere individuati nell'ambito delle attività prestate in collaborazione con l'AGCM⁴¹.

Da quanto sopra chiarito discende che l'Autorità non può segnalare ai Reparti della Guardia di finanza atti, informazioni e documenti di cui la stessa si trovi in possesso per motivi d'ufficio, ovvero fa-

procedimento istruttorio e vagliare nel merito le ipotesi formulate nella specifica materia dalla Guardia di finanza.

⁴⁰ Si fa riferimento all'assenza della previsione di un obbligo di legge che obbliga l'invio all'AGCM delle informazioni raccolte dalle Amministrazioni pubbliche (di polizia o meno), sulla falsariga di quanto previsto, in materia tributaria, dall'art. 36 d.P.R. 600/73.

⁴¹ In tal senso, anche la citata circolare 114000, laddove statuisce che, pur pacifica la possibilità, da parte della Guardia di finanza, di utilizzare ai fini fiscali elementi acquisiti ad altri fini, richiama la deroga espressa nel contesto in trattazione ai sensi dell'art. 14, comma 3 l. 287/1990, per cui Tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni.

centi parte delle proprie istruttorie, in corso e concluse, che abbiano rilevanza di comportamenti in violazione delle norme tributarie.

Ad oggi, l'unica deroga possibile a tale segreto riguarda i casi in cui la richiesta di esibizione provenga dall'Autorità giudiziaria, e quindi, *ex art. 256 c.p.p.*, nell'ipotesi in cui ci si trovi nell'alveo di indagini di carattere penale. Ed in tal senso, fanno eccezione alla regola generale sul segreto le ipotesi di reperimento, anche in sede di ispezione *antitrust*, di fonti di prova attinenti a situazioni configuranti un illecito penale, rispetto alle quali i militari della Guardia di finanza, *ex art. 347 c.p.p.*, debbono agire in relazione alle proprie qualifiche di polizia giudiziaria.

Va da ultimo sottolineato che non si rinvergono, invece, limitazioni all'esecuzione di autonome, successive e distinte attività di constatazione e accertamento di violazioni tributarie nel caso in cui, anche in esito allo svolgimento di attività di collaborazione all'AGCM, emergano elementi fiscalmente rilevanti nei confronti del soggetto ispezionato. In tal caso, l'attività potrà essere avviata e sviluppata in modo indipendente rispetto agli accertamenti condotti dall'AGCM o dalla stessa Guardia di finanza in collaborazione con esso e, conseguentemente, la documentazione rinvenuta potrà essere utilizzata del procedimento tributario (trattandosi, appunto, di nuovo e diverso procedimento).

V. IL DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI E L'OSTENSIONE DEI DOCUMENTI IN POSSESSO DELLA GUARDIA DI FINANZA

Con riferimento alle richieste di accesso ad atti da parte di imprese oggetto di un procedimento istruttorio *antitrust* a documenti detenuti dalla Guardia di fi-

nanza, ai sensi degli artt. 22 e ss. legge 7 agosto 1990, n. 241, che hanno dato origine a procedimenti istruttori è necessario sottolineare che, se da un lato, tali richieste di accesso sono da ricondursi alla necessità di veder riconosciuto ed applicato l'interesse all'esercizio, attuale e concreto, in relazione al diritto di difesa, dall'altro deve considerarsi che nei procedimenti tributari la citata normativa trova limitata applicazione⁴². Inoltre la Guardia di finanza non è l'organo deputato all'emaneazione del provvedimento finale per il quale i documenti sono stati acquisiti in sede di istruttoria, che sono al contrario l'AGCM e la Commissione Europea.

Per tale motivo, è bene chiarire sin d'ora che sussiste la fondata possibilità che la richiesta di accesso dei documenti richiesti venga negata e trasmessa per competenza all'AGCM ovvero alla Commissione europea.

A dimostrazione di quanto sopra espresso, il Reg. CE 1049/2001 e, a livello nazionale, l'art. 2 comma 2, d.P.R. 184/2006 recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi attuativo della l. 241/1990, statuiscono che il "diritto in trattazione" si esercita con riferimento ai documenti materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all'art. 22, comma 1, lettera e) l. 241/90, nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente.

Ciò pone un primo importante quesito circa la legittimità di richieste di ostensione di atti in possesso della Guardia di finanza, in quanto essa non è l'autorità competente a formare né l'atto conclusivo del procedimento *antitrust*, né un eventuale avviso di accertamento⁴³ ai fini fiscali⁴⁴.

⁴² Cfr. su tutti, T.A.R. Lazio, sez. II, 9 dicembre 2009, n. 12668.

⁴³ In questa sede è sufficiente ricordare che in campo tributario il Corpo della Guardia di finanza riveste una funzione di "constatazione" di eventuali infrazioni alla normativa di settore da parte dei soggetti "verificati" attraverso l'emaneazione di atti (certamente formali ed ufficiali) prodromici e funzionali alla successiva emissione, da parte dell'Ufficio dell'Agenzia delle entrate, dell'atto con il quale viene sia "notificato" al contri-

bute il maggior imponibile e la conseguente maggiore imposta, sia irrogata la sanzione. Tale provvedimento amministrativo prende il nome di avviso di accertamento. Prima rilevante conseguenza di quanto sopra brevemente espresso, è la non impugnabilità del verbale di constatazione della Guardia di finanza in via disgiunta dal successivo avviso di accertamento dell'Agenzia delle entrate.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 25 novembre 2008 n. 10690, in cui il collegio ha ricono-

In secondo luogo, anche qualora si volesse ritenere ammissibile una richiesta di accesso motivata dal fatto che il procedimento istruttorio ha avuto origine *a latere* di un'attività di verifica fiscale, dovrà valutarsi necessariamente chi sia il soggetto ispezionato ai fini *antitrust* e chi, invece, il soggetto oggetto di verifica sotto il profilo fiscale⁴⁵. Non è escluso, infatti, che a seguito di una verifica fiscale – per i motivi sopra riportati in tema di accesso a documentazione sensibile ai fini, tra gli altri, *antitrust* – le eventuali segnalazioni inviate all'AGCM diano origine a procedimenti istruttori nei confronti di più società che si ritiene possano, in attuazione di un unico disegno illecito, avere abusato di una posizione dominante ovvero aver posto in essere altri comportamenti restrittivi della concorrenza. Se, quindi, la verifica è stata effettuata nei confronti di altro soggetto giuridico portatore di un interesse concreto ed attuale, emerge evidente il problema di eventuali controinteressati nel procedimento *ex art. 22*, comma 1 lett. c) legge 241/90, meritevoli di tutela e delle garanzie previste *ex art. 3 d.P.R. 184/2001*.

In tale contesto, peraltro, ha avuto modo di soffermarsi ed argomentare il Consiglio di Stato, sez. VI, statuendo, con sentenza n. 1671 del 6 febbraio 2001, che certamente il diritto di accesso nei procedimenti *antitrust* è una esemplificazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio⁴⁶ e che la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto il principio di parità delle armi tra accusa e difesa nel

procedimento antitrust, arrivando a stabilire che il diritto di difesa del soggetto economico “indagato” prevale sul diritto delle altre imprese alla tutela dei loro segreti commerciali, e dunque l'amministrazione deve rendere noti al richiedente i documenti, ancorché in versioni non riservate o sotto forma di elenco di atti⁴⁷.

Il significato di quanto sopra espresso è evidente. Assumendo che il documento per cui è stato richiesto l'accesso riguardi un terzo soggetto (e laddove non risulti sostanzialmente fondamentale nell'impalcatura difensiva in sede giudiziale, per cui sarebbe immediatamente accessibile), il Consiglio di Stato, sulla base degli orientamenti della giurisprudenza dell'Unione, non esclude che la tutela del controinteressato possa essere limitata nella misura in cui ciò sia funzionale ad una completa realizzazione del diritto di difesa, attraverso il (solo) accesso di documenti riguardanti terze parti in versione non riservata. In altri termini, da un lato l'AGCM o la Commissione – nella loro qualità di autorità emananti il provvedimento finale – qualora non ritenessero “superata” la prova della necessità dell'accesso, valuteranno inammissibili richieste della specie per difetto di interesse concreto ed attuale all'accesso stesso⁴⁸, dall'altro, invece, laddove dovessero accogliere la domanda di accesso, potranno comunque procedere a fornire la documentazione in versione non riservata, espungendo quindi parti anche corpose e rilevanti dei documenti richiesti.

ALBERTO FRANCESCHIN

sciuto il diritto delle ricorrenti all'accesso ai documenti amministrativi relativi al procedimento ispettivo dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, avente ad oggetto l'attestazione SOA di una società, ivi inclusi rapporti, relazioni ed ogni altro documento redatto dalla Guardia di Finanza ed acquisito al procedimento stesso. In tale caso, la richiesta di accesso degli atti ispettivi redatti dalla Guardia di Finanza non era stata presentata alla Guardia di finanza, ma all'Autorità competente ad emettere il provvedimento finale. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 21 ottobre 2008 n. 5144, in ipotesi di un procedimento tributario in cui è stata ritenuta legittima la non ostensibilità degli atti facenti parte della procedura di accertamento e definizione di illeciti tributari. Il Consiglio di Stato ha, al riguardo, precisato che “la

inaccessibilità agli atti di cui trattasi sia temporalmente limitata alla fase di pendenza del procedimento tributario, non rilevandosi esigenze di “segretezza” nella fase che segue la conclusione del procedimento con l'adozione del provvedimento definitivo di accertamento dell'imposta dovuta” richiesta agli presentata all'Agenzia delle entrate.

⁴⁵ La richiesta di accesso agli atti della verifica fiscale, infatti, potrebbe essere presentata da un soggetto terzo rispetto alla verifica stessa, con ovvie implicazioni in tema di interesse all'ostensione e tutela dei controinteressati.

⁴⁶ Cfr. Corte Giustizia UE, 13 luglio 1966, cause 56/64 e 58/64, *Consten - Grundig*.

⁴⁷ Cfr. Trib. CE, 29 giugno 1995, T. 30/91, *Solvay*; Trib. CE, 29 giugno 1995, T. 36/91, *I.C.I. o.*

⁴⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, 29077/2010.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il giudizio di merito nell'azione *antitrust*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. LE AZIONI CIVILI *ANTITRUST*. – 1. Le azioni *antitrust*: tipologie e loro cumulabilità. – 2. La controversia *antitrust* derivante da un'eccezione: natura e regime processuale. – III. MODALITÀ DI MANIFESTAZIONE DELLA CONTROVERSIA *ANTITRUST*. – IV. I PRESUPPOSTI PROCESSUALI E IL RITO APPLICABILE. – V. L'OGGETTO DEL GIUDIZIO. – VI. L'ISTRUZIONE PROBATORIA. – VII. LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE NEL PROCESSO CIVILE. – VIII. PROCEDIMENTI PARALLELI TRA AUTORITÀ A TUTELA DELLA CONCORRENZA E GIUDICI CIVILI. – IX. L'ARTICOLO 16 REG. 1/2003. – X. LA SOSPENSIONE DEL PROCESSO CIVILE. – XI. IL GIUDICATO CIVILE.

I. INTRODUZIONE

Il sistema di tutela giurisdizionale civile relativo alle violazioni del diritto *antitrust* europeo e italiano è articolato, *more solito*, principalmente sulle forme di tutela di merito e cautelare.

In questa voce saranno affrontate le principali e caratteristiche questioni che ricorrono nell'ambito della tutela di merito davanti al giudice civile italiano quando occorre fare applicazione delle regole della *competition law* europea ed italiana.

Un sistema di tutela giurisdizionale di merito che certamente conosce regole particolari, ma che – diversamente da altri settori dell'ordinamento come, ad esempio, la tutela della proprietà intellettuale¹ – non conosce un apparato di norme specifiche volte a garantire una maggiore efficacia ed efficienza delle situazioni giuridiche tutelate, e che tengano conto della peculiarità della materia trattata.

Disciplina autonoma e specifica la cui opportunità è ancora più avvertita in ra-

¹ Con riferimento alla proprietà intellettuale, ad esempio, il legislatore del d.lgs. 30/2005 ha modellato gli strumenti processuali alla peculiarità della materia come avviene, tra i molti, per la descrizione (art. 129), all'inibitoria (art. 131), alla trascrizione (artt. 138 e ss.), e al fondamentale aspetto relativo all'onere della prova (art. 121, comma 2).

² A tal proposito, devono essere ricordate le sentenze Trib. CE, 10 luglio 1990, T-64/89 (c.d. Automec I) e alla successiva Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90 (c.d. Automec II) ove i giudici europei hanno ritenuto corretta l'operato della

giunzione del ruolo riconosciuto dall'Unione europea al *private enforcement* alla luce anche del principio di sussidiarietà dell'intervento amministrativo rispetto all'intervento².

Poiché molti degli aspetti rilevanti per il processo (anche) di merito sono approfonditi in altre *Voci* alle quali, quindi, si farà, via via, specifico rinvio, in questa sede saranno esaminati e variamente articolati soltanto i seguenti profili: (a) individuazione delle azioni esperibili davanti al giudice civile con particolare riferimento alle modalità di eventuale cumulo; (b) alcuni aspetti dell'eccezione di nullità *antitrust*; (c) l'oggetto del giudizio e l'esistenza di una questione *antitrust* di natura indisponibile; (d) la possibile esistenza di procedimenti paralleli; (e) il giudicato civile.

A tal fine sono, però, necessarie tre premesse relative alla disciplina *antitrust* che possiedono un'immediata ricaduta sul sistema processuale e che per la loro pacificità possono essere sinteticamente richiamate.

i) La prima premessa è che il sistema del diritto della concorrenza, comunitario e interno, è fondato su un doppio binario di tutela: un primo binario è affidato alla Commissione europea e alle autorità garanti nazionali (il c.d. *public enforcement*). Il secondo binario, poi, è affidato alle autorità giudiziarie nazionali (ma anche arbitrali) (il c.d. *private enforcement*) e che, a livello europeo, ha trovato il suo fondamentale riconoscimento nella celebre pronuncia *Courage*³.

ii) La seconda premessa è che inevita-

Commissione di non intervenire poiché, in applicazione del principio di sussidiarietà, le ragioni di tutela avanzate dal querelante avrebbero potuto trovare adeguata forma di tutela davanti al giudice civile con la precisazione che «il giudizio italiano è idoneo a trattare il caso di Automec». Ciò escluderebbe, quindi, l'esistenza di un sufficiente interesse comunitario ad esaminare una questione pure astrattamente rientrante nelle competenze della Commissione.

³ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Crehan*.

bilmente, l'esistenza di un doppio binario di tutela rende necessario prevedere meccanismi che regolino il rapporto tra i due sistemi di tutela garantendo i principi fondamentali che ne regolano il funzionamento.

Senonché, attualmente, quel rapporto è oggetto di una specifica – sebbene non esaustiva – normativa europea (e, cioè, il Reg. 1/2003). Viceversa, con riferimento ai rapporti tra l'attività dell'AGCM e i giudici civili non sono oggetto di una specifica disciplina di riferimento.

Sarà, quindi, necessario individuare quali sono: (a) le forme di (eventuale) collaborazione tra le autorità amministrative e le autorità giurisdizionali, (b) gli strumenti che possono evitare che i due binari possano giungere a soluzioni configgenti e le eventuali norme che presiedono la soluzione dell'eventuale conflitto.

iii) La terza premessa riguarda l'individuazione e l'interpretazione delle norme processuali delle quali il giudice nazionale dovrà fare applicazione nello svolgimento del processo di merito.

A tal fine, infatti, appare necessario distinguere due ipotesi: la prima ricorre quando il giudice nazionale è chiamato a tutelare diritti di origine comunitaria mentre la seconda ricorre quando il giudice nazionale è chiamato a tutelare diritti che rilevano soltanto per il diritto interno.

Sebbene quella distinzione stia progressivamente perdendo quell'efficacia distintiva originaria, essa è ancora importante⁴ anche perché quando il giudice nazionale deve applicare le norme processuali interne in un processo che vede coinvolti diritti di origine comunitaria sarà tenuto a interpretare quelle norme alla luce della normativa europea che comprende anche i principi enunciati dalla Corte di Giustizia tra cui, anche, il principio della prevalenza del diritto UE

⁴ C. App. Milano, ord., 31 gennaio - 5 febbraio 1996 *Comis - Ente autonomo fiera internazionale di Milano e altri* – sebbene in maniera che meriterebbe maggiore approfondimento – ha ritenuto che «la configurazione di una fattispecie quale violazione ricadente nell'ambito della legge nazionale antitrust ovvero della normativa comunitaria non è certo indifferente; in alcune ordinanze in materia [...] ci si è attenuti al principio di allegazione delle parti, rilevando che, se a fronte della

sul diritto nazionale e la conseguente disapplicazione della normativa nazionale confliggente.

Ed infatti, poiché i soggetti dell'ordinamento europeo sono tenuti a rivolgersi alle giurisdizioni degli Stati membri per far valere i diritti comunitari riconosciuti dal diritto europeo, gli Stati membri sono obbligati a garantire l'accesso alla giustizia per la tutela di situazioni comunitarie a condizioni di effettività, equivalenza e non discriminazione (c.d. dottrina *Rewe*⁵).

Viceversa, laddove il giudice nazionale dovrà applicare le norme processuali interne su un caso meramente interno (e, cioè, che non assume alcun rilievo per l'ordinamento comunitario) non potrà mai disapplicare le norme interne, ma ne potrà portare la cognizione alla Corte Costituzionale per l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Inoltre, come si dirà, la distinzione appena tratteggiata è rilevante nel sistema del diritto processuale della concorrenza in considerazione dell'attuali regole di competenza.

II. LE AZIONI CIVILI ANTITRUST

Una volta individuato l'oggetto di questa voce nel processo di merito che attua il c.d. *private enforcement*, dobbiamo individuare quali sono le azioni di merito che possono coinvolgere l'applicazione del diritto *antitrust*.

L'individuazione deve muovere dalla constatazione che il c.d. *private enforcement* deve (*rectius*: dovrebbe) essere volto a trarre tutte le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione dei diritti soggettivi riconosciuti dalle regole di concorrenza.

1. *Le azioni antitrust: tipologie e loro cumulabilità.* – Dobbiamo ora individuare le tipologie di azioni che possono ve-

prospettazione della parte ricorrente che invoca l'applicazione della legge nazionale, la resistente non adduce elementi idonei a dimostrare che la fattispecie ricadrebbe sotto la previsione della normativa comunitaria, le circostanze prospettate vengono considerate solo alla luce della legislazione nazionale».

⁵ C. giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*.

dere coinvolta l'applicazione del diritto della concorrenza.

A tal fine può essere utile partire dall'esame delle lettere *c*) e *d*) dell'art. 3 d.lgs. 168/2003 che individuano la competenza del c.d. Tribunale delle imprese. Le sezioni specializzate, infatti, sono competenti per le «controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287» e nelle «controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea».

Orbene, quanto alle controversie di cui all'art. 33, comma 2, l. 287/1990 esse sono quelle aventi ad oggetto azioni di nullità e le azioni di risarcimento del danno.

Quelle azioni comprendono, però, anche le azioni di merito di mero accertamento volte soltanto all'accertamento dell'esistenza di situazioni antiggiuridiche purché dipendenti dall'applicazione della normativa *antitrust*⁶.

Ma v'è di più. Ed infatti, il comma 3 dell'art. 3 d.lgs. 168/2003 prevede che la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa comprende anche «tutte le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione»⁷.

La nuova formulazione della norma attributiva della competenza in materia *antitrust* consente di superare quella giurisprudenza di merito che aveva affermato che in presenza di un concorso di illeciti di natura diversa nella medesima fattispecie che danno luogo ad una duplice azione la competenza del giudice *antitrust* è limi-

tata soltanto a quella fattispecie fondata soltanto sulla violazione *antitrust*⁸.

Ed ancora, la nuova formulazione consente anche di superare quell'orientamento che non riteneva rientrassero nella competenza della Corte di appello (e quindi fossero proponibili in via subordinata) le azioni puramente contrattuali proposte per il caso in cui l'azione principale di nullità non fosse risultata fondata⁹.

Questa conclusione tiene conto anche di ciò che l'interpretazione restrittiva dell'art. 33 l. 287/1990 era principalmente dovuto anche alla circostanza che l'affermazione di competenza della Corte di appello per una certa controversia aveva come effetto quello di privare quella controversia di un grado di giudizio¹⁰.

Viceversa, con riferimento alle «controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea» non vi può essere nessun dubbio su ciò, che la competenza del c.d. Tribunale delle imprese comprenda qualsiasi azione che preveda come propria ragione giuridica la normativa *antitrust* comunitaria.

Del resto, il Trattato, da un lato, commina la nullità di pieno diritto degli accordi e delle pratiche che abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza nel mercato comune (art. 101 TFUE), dall'altro lato, vieta l'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE).

Anche con riferimento al diritto europeo, quindi, tra le azioni che possono essere esperite in caso di violazione della

⁶ C. App. Milano, ord., 21 gennaio - 23 gennaio 1992 *Carriinvest S.p.A. - Nuova Samim S.p.A.*, in una fattispecie di abuso di posizione dominante.

⁷ Secondo Trib. Verona, 10 dicembre 2012, in *ilcaso.it*, «l'espressione fa riferimento alle cause e ai procedimenti che presentano un vincolo di connessione oggettiva propria con le cause e i procedimenti previsti dai primi due commi della norma sopra citata, con esclusione quindi dei casi di connessione oggettiva impropria e di connessione soggettiva».

⁸ C. App. Milano, ord., 27 settembre - 8 ottobre 1994 *Telesystem s.p.a. - SIP* ha affermato che l'abuso di posizione dominante può consistere anche nell'inadempimento da parte dell'impresa nei confronti della sua controparte. In quel caso l'inadempimento dà luogo ad un concorso di illeciti di natura diversa nella medesima fattispecie con la conseguenza che il preteso danneggiato agguinge in tal caso gli strumenti di tutela offerti

dal diritto comune (per il quale valgono le ordinarie regole di competenza per materia e valore) e quelli del diritto speciale che assegnano alla Corte di Appello una speciale competenza per materia.

⁹ C. App. Milano, sent., 21 marzo - 14 aprile 1995, *B.B. Center s.a.s. - Parabella*.

¹⁰ Per completezza, però, è da dire che esisteva anche un'ulteriore elemento di valutazione che ha portato la giurisprudenza a preferire un'interpretazione restrittiva di quella norma consistente in ciò che la competenza della Corte di appello era un'ulteriore elemento di valutazione che ha portato la giurisprudenza a preferire un'interpretazione restrittiva di quella norma consistente in ciò che la competenza della Corte di appello era una competenza funzionale. Oggi, per effetto dell'attribuzione della competenza in materia alle sezioni specializzate anche quell'argomento viene meno (sia a voler ritenere che i rapporti tra tribunale ordinario e sezione specializzata siano ascrivibili ad un riparto di competenza per materia ovvero piuttosto ad una mera ripartizione interna come affermato da Cass., 22 novembre 2011, n. 24656).

normativa *antitrust* rientrano senz'altro le azioni di nullità e di risarcimento del danno¹¹.

Peraltro, quelle azioni possono essere proposte in un processo con unico oggetto (processo oggettivamente semplice) oppure possono essere proposte cumulativamente.

E così, l'azione di nullità (che può fondare una azione dichiarativa o di mero accertamento) può essere cumulata, ad esempio, con un'azione di condanna alle restituzioni (c.d. ripetizione dell'indebito)¹².

Ed ancora, l'azione di risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma o in via cumulata come domanda consequenziale ad una di accertamento della nullità di un'intesa ovvero di accertamento della violazione del divieto di abuso di posizione dominante.

Oltre alla tutela di accertamento e di condanna la prassi giudiziaria ha dimostrato come sia particolarmente avvertita l'esigenza di ottenere (tanto in sede cautelare che di merito) provvedimenti costitutivi e inibitori.

Esigenza avvertita specialmente con riferimento alla fattispecie di abuso di posizione dominante anche alla luce della c.d. *essential facility doctrine*.

Orbene, con riferimento alle richieste di tutela¹³ (eventualmente anche anticipabile in sede cautelare) la giurisprudenza ha escluso che quella tipologia di azione rien-

trasse nell'ambito della competenza fissata dall'art. 33 l. 287/1990. E ciò sul duplice presupposto (a) che quell'indicazione dovesse essere interpretata restrittivamente e che (b) un ordine (di natura costitutiva) avente ad oggetto obblighi di fare rientrasse tra le attribuzioni dell'AGCM¹⁴.

Né ha avuto miglior fortuna la tesi di ritenere ammissibile una domanda avente per oggetto l'esecuzione di un obbligo a contrarre sul modello degli artt. 2932 e 2957 cod. civ.¹⁵. A tal proposito è da dire che la prevalente giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che le norme che pongono l'obbligo di contrarre nei casi di monopolio legale non possono estendersi per analogia nei casi di monopoli di fatto¹⁶. Ciò nonostante, una parte della giurisprudenza ha ritenuto di seguire un'interpretazione più estensiva di quelle norme ammettendo l'ammissibilità di un'azione costitutiva sebbene a livello di mero *obiter dictum*¹⁷. Sicuramente, però, quella tipologia di azione costitutiva è ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza con riferimento, quantomeno, ai rapporti tra imprenditore e utente finale¹⁸.

Infine, deve essere sottolineato che l'attore, se ne ricorrono tutti i presupposti, potrà dolersi dell'eventuale rifiuto di contrarre come violazione del divieto di concorrenza sleale e, quindi, il suo interesse potrà trovare adeguata tutela, se del caso, in quella sede¹⁹.

¹¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99 *Courage Crehan*; C. giust. CE, 13 luglio 2006, C da 295/04 a 298/04 *Manfredi Lloyd Adriatico Assicurazioni, Fondiaria Sai SpA., Assitalia SpA.*

¹² C. App. Genova, sent., 14 ottobre 1996, *Le sorelle di Fiorella arcodia & C. s.n.c. - Parabella s.r.l.* secondo cui la domanda restitutiva, connessa a quella di nullità per accessoria, sebbene non espressamente indicata come quella risarcitoria, deve essere ritenuta comunque compresa nell'ambito dell'art. 33 l. 287/1990 anche in ragione del più stretto legame di dipendenza che corre tra l'azione di ripetizione e la domanda di nullità rispetto all'azione di risarcimento rispetto sempre a quella di nullità. C. App. Milano, sent., 21 marzo - 14 aprile 1995, *B.B. Center s.a.s. - Parabella*.

¹³ Tipica azione implice l'obbligo a contrarre è quella che emerge nel caso C. giust. CE, 10 luglio 1980, C-37/79 *Marty*.

¹⁴ C. App. Roma, ord., 9-21 dicembre 1993, *De Montis s.r.l. & Catering Roma - Aeroporti di Roma s.p.a.*

¹⁵ Ovviamente nelle ipotesi in cui un obbligo

legale di contrarre non sia espressamente previsto come avviene, ad esempio, all'art. 18 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (G.U., 20 giugno 2000, n. 142) e agli artt. 3 e 4 d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (G.U. 31 marzo 1999, n. 75).

¹⁶ Per l'interpretazione restrittiva delle norme si veda Cass., 23 gennaio 1990, n. 355; Cass., 23 febbraio 1994, n. 1785. Nella giurisprudenza di merito, seppur con riferimento alla tutela cautelare, si veda C. App. Milano, ord. 7 luglio -15 luglio 1992 *AVIR s.p.a. - ENEL s.p.a.* in una fattispecie di abuso di posizione dominante laddove la Corte ha addirittura escluso che l'azione costitutiva volta a condannare l'ENEL alla stipulazione di un contratto a condizioni economiche diverse da quelle in atto avrebbe dato luogo (all'epoca) ad un'azione neppure riconducibile alle azioni di cui all'art. 33 l. 287/1990.

¹⁷ C. Cass., sez. III, 23 febbraio 1983, n. 1403.

¹⁸ Cass., sez. un., 15 marzo 1985, n. 2018; Cass., 12 gennaio 1993, n. 266.

¹⁹ Se l'attore fonda la propria domanda sulla violazione del divieto di concorrenza sleale pro-

Da ultimo, deve essere evidenziata a parte la richiesta di tutela inibitoria di merito sulla cui ammissibilità come rimedio generale e sulla sua riconduzione ad una tipologia di azione (di accertamento, di condanna o costitutiva) piuttosto che ad un'altra la discussione è sempre stata vivace senza, però, essere giunta ad un approdo sicuro.

Laddove poi l'azione civile *antitrust* comporti la condanna ad obblighi di fare infungibile o di non fare la sentenza di condanna pronunciata dal giudice civile potrà essere «assistita» dalla previsione di una «somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.

Sempre con riferimento alle azioni occorre fissare, per quanto si avrà modo di osservare più avanti, che le controversie *antitrust*, proprio in ragione dell'esistenza di un doppio binario di tutela (v. *supra* § I), sono distinte tra azioni *follow-on* e azioni *stand-alone*.

La distinzione tra le due tipologie di azioni consiste in ciò, che nell'ambito di un'azione c.d. *follow-on* l'attore introduce la propria domanda dopo che si è pronunciata su quella intesa o prassi o comportamento commerciale la Commissione europea oppure un'autorità garante nazionale. Viceversa, nelle azioni c.d. *stand-alone* la domanda proposta dall'attore prescinde dall'esistenza di un provvedi-

mento della Commissione europea oppure di un'autorità garante nazionale.

La distinzione, come si avrà modo di osservare, rileva dal punto di vista processuale con riferimento agli oneri di allegazione e prova dei fatti costitutivi della domanda (v. *infra* § X).

2. *La controversia antitrust derivante da un'eccezione: natura e regime processuale.* – Sin qui abbiamo ipotizzato che l'applicazione della normativa *antitrust* derivi dall'attività dell'attore che fonda la propria domanda proprio su una violazione di quella normativa.

Tuttavia, l'applicazione delle norme *antitrust* può essere resa necessaria non soltanto perché una parte ha posto a fondamento della propria domanda (eventualmente riconvenzionale) la violazione della normativa *antitrust* nazionale o europea: ed infatti, quell'applicazione può essere determinata da un'eccezione sollevata dalla parte ovvero rilevata d'ufficio dal giudice.

In primo luogo, viene in rilievo l'eccezione di nullità *antitrust* (che attiene all'ordine pubblico economico) che rappresenta un'eccezione c.d. in senso lato e, cioè, rilevabile d'ufficio dal giudice²⁰ e che rappresenta l'esatto simmetrico dell'azione di nullità²¹.

In secondo luogo, viene in considerazione l'eccezione con la quale la parte, ovvero il giudice d'ufficio, eccepisce, ad esempio, che le condizioni economiche del

pone una domanda diversa per causa petendi e per petitum rispetto ad una domanda fondata sulla violazione della normativa *antitrust*: così C. App. Roma, ord., 11 maggio - 23 giugno 1993 *Parini & C. s.r.l. - Bizzarri Franco & C. s.n.c. e altri*.

²⁰ Più precisamente l'eccezione di nullità *antitrust* non è posta nell'interesse di una delle parti come avviene nelle ipotesi di nullità di protezione: ne deriva che non trova applicazione il principio affermato da C. giust. CE, 21 gennaio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt - Csaba e Victoria Csipai* secondo cui «il giudice nazionale che abbia accertato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola. Tuttavia, il principio del contraddittorio impone, di norma, al giudice nazionale che abbia ri-

levato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali».

²¹ Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, dopo aver ricordato che l'essenza della categoria della nullità, «risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo» ha precisato che il rilievo officioso della nullità deve avvenire in tutte le ipotesi in cui l'azione proposta postula la validità del contratto come avviene nelle ipotesi di azione di adempimento ovvero di risoluzione del contratto. In quell'occasione, però, la Suprema Corte ha lasciato aperta la questione relativa a sapere se sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio il rilievo officioso della nullità debba operare anche nel caso di azione di annullamento.

contratto azionato dall'attore sono frutto di un abuso di una posizione dominante.

Peraltro, al rilievo officioso della nullità consegue che le parti hanno la possibilità di formulare una domanda che ne sia conseguenza (arg. *ex art.* 183 comma 5, c.p.c.) e, quindi, anche una eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità²².

III. MODALITÀ DI MANIFESTAZIONE DELLA CONTROVERSIA ANTITRUST

Orbene, quanto appena visto con riferimento all'azione e all'eccezione e la circostanza che la legge processuale faccia riferimento alle «controversie relative alla violazione della normativa *antitrust*» europea per individuare la competenza del c.d. Tribunale delle imprese impone una precisazione rilevante anche per l'individuazione del giudice competente. Ed infatti, dal punto di vista descrittivo, rispetto alle cause normalmente indicate come «controversie *antitrust*» non appare possibile sempre e comunque determinare *in limine litis* la loro natura. In altri termini non è sempre possibile ipotizzare *ab origine* la necessità della soluzione di una questione *antitrust*.

L'individuazione di due gruppi di ipotesi chiariranno il problema e potranno rappresentare il presupposto di alcune conseguenze in ordine alla previsione di alcuni obblighi processuali di carattere strumentale.

In un primo gruppo di ipotesi rientrano certamente quelle controversie nelle quali è possibile individuare sin dall'atto introduttivo che vi sarà una «questione *antitrust*»: le azioni di risarcimento del danno i cui «elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda» risiedono nella violazione del diritto della concorrenza e quelle nelle quali l'attore fa valere in via d'azione la nullità di un accordo derivante dalla violazione della disciplina *antitrust*. Con riferimento a questo gruppo di ipotesi sarà possibile sin dalla domanda introduttiva comprendere che si tratta di una *controversia antitrust*

così individuando la corretta disciplina processuale applicabile (prima fra tutte le regole di competenza).

Senonché, esiste anche un secondo gruppo di ipotesi nel quale rientrano tutte le controversie rispetto alle quali una questione *antitrust* non emerge dalla domanda: si pensi, ad esempio, ad una controversia contrattuale nella quale potrebbe accadere che il convenuto eccepisca la violazione della normativa *antitrust* oppure che nessuna delle parti («non interessate» all'eccezione in quanto parti di un'intesa vietata dalla quale non vogliono recedere) sollevi nel corso del procedimento la relativa questione come sembra essere accaduto nel noto arbitrato oggetto della sentenza *Eco Swiss Benetton*²³.

In questi casi è impossibile stabilire *a priori* che la controversia sarà una controversia *antitrust*: ecco allora che è necessario mettere in evidenza che la natura della controversia può mutare (*rectius*: può «svelarsi») in corso di causa con conseguente mutamento delle regole processuali applicabili.

Peraltro, non è detto che sempre e comunque la controversia *antitrust* imponga al giudice di pronunciare *principialiter* su una questione *antitrust*, come avviene, ad esempio, nel caso in cui il giudice rigetti la domanda dell'attore in accoglimento dell'eccezione di nullità *antitrust* sollevata dal convenuto.

Ciò a meno che le parti, a seguito del rilievo officioso del giudice, non chiedano al giudice un accertamento con efficacia di giudicato della questione *antitrust* relativa alla nullità del contratto (cfr. *retro* § III.2).

IV. I PRESUPPOSTI PROCESSUALI E IL RITO APPLICABILE

Orbene, con riferimento ai presupposti processuali il processo civile avente ad oggetto una controversia *antitrust* presenta alcune ricorrenti questioni sia per quelli relativi al giudice (e, cioè, giurisdizione e competenza) che alle parti (con particolare riferimento alla tematica della legittimazione ad agire).

²² In questo senso espressamente Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828.

²³ C. giust. CE 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*.

Poiché questi temi sono affrontati *funditus* in alcune *Voci* di questo dizionario si rinvia ad esse per il necessario approfondimento.

In questa sede, però, è bene ricordare ancora una volta la regola fondamentale in materia di competenza sulla “controversie *antitrust*”: la legge 24 marzo 2012, n. 27 ha attribuito al c.d. Tribunale per le imprese anche la competenza sulle controversie di cui all’articolo 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287 e alle controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell’Unione europea e a tutte le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione.

L’attrazione delle “controversie *antitrust*” nell’ambito della competenza del c.d. Tribunale delle imprese determina per tutte le controversie l’applicazione del rito ordinario di cognizione di primo grado, con la possibilità del doppio grado di giudizio e la garanzia del ricorso ordinario per cassazione.

Peraltro, il processo civile *antitrust* non differisce da un ordinario processo ordinario di cognizione e si svilupperà secondo le consuete fasi che possono essere individuate nella fase (a) di introduzione del giudizio; (b) di trattazione e (c) di decisione.

Nelle “controversie *antitrust*”, infine, non è previsto l’intervento obbligatorio del pubblico ministero.

V. OGGETTO DEL GIUDIZIO

Le azioni che rientrano nell’ambito delle controversie *antitrust*, riconducibili come visto, ad azioni contrattuali ovvero extracontrattuali hanno ad oggetto diritti soggettivi disponibili.

Rispetto a quei diritti trovano applicazione tutti gli istituti processuali che presuppongono la disponibilità dell’oggetto del processo, primo fra tutti l’onere di allegazione in capo alle parti e la disponibilità dei mezzi di prova, il principio di non contestazione, la confessione nonché la possibilità di transigere la controversia.

Nessuno può seriamente mettere in discussione – anche alla luce dei chiari ed

inequivoci indici normativi (e.g. art. 140-bis codice del consumo) – che il diritto al risarcimento del danno è diritto pienamente disponibile al quale la parte potrebbe rinunciare o rispetto al quale operano i consueti istituti processuali che presuppongono la disponibilità del diritto.

Senonché, il processo civile *antitrust* (e, cioè, ogni volta che per effetto dell’azione proposta o dell’eccezione sollevata diviene necessario conoscere della violazione della normativa *antitrust*) presuppone sempre e comunque la necessità di risolvere una questione (e, cioè, quella della validità ovvero dell’abuso di posizione dominante) che ha natura indisponibile.

Esemplificando: in presenza di una domanda di esecuzione di un contratto, ove il giudice dovesse rilevare la nullità del contratto azionato in quanto integrante un’intesa vietata, il giudice deve esaminare la questione della (in)validità anche perché essa rappresenta un presupposto logico necessario della decisione.

Per ragioni di chiarezza espositiva chiamerò l’oggetto di questa cognizione del giudice (che, eventualmente, può anche dar luogo a decisione laddove vi sia domanda in tal senso formulata da una delle parti) “questione pregiudiziale *antitrust*”, senza con ciò alludere all’esistenza di un rapporto tra accertamento amministrativo e accertamento giurisdizionale della violazione della normativa *antitrust*.

La “questione pregiudiziale *antitrust*”, proprio come è stata qui posta, rappresenta una costante del processo civile *antitrust* e la fonte di tutte le peculiarità di questo giudizio²⁴.

Ed ancora. L’enucleazione di questa “pregiudiziale” consente anche di focalizzare meglio quel che può avvenire in un processo civile *antitrust*.

Una prima ipotesi: il giudice decide la “questione pregiudiziale *antitrust*” perché una parte ha proposto una domanda in tal senso.

In quest’ipotesi non v’è dubbio che la sentenza, una volta passata in giudicato, non consentirà di rimettere in discussione tra le parti l’accertamento compiuto in or-

²⁴ Il che non esclude, ovviamente, che altre peculiarità del processo civile *antitrust* ricorrano anche con riferimento alla risoluzione di que-

stioni disponibili come ad esempio quelle relative al calcolo del risarcimento del danno dovuto in conseguenza di una violazione *antitrust*.

dine alla validità o invalidità *antitrust* del contratto (art. 2909 c.c.)²⁵.

Una seconda ipotesi: il giudice conosce della “questione pregiudiziale *antitrust*” per effetto del rilievo della corrispondente eccezione (ad istanza di parte o rilevata officiosamente) avremo una cognizione *incidenter tantum* su quella questione.

In quest’ipotesi il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, senza effetto di giudicato sulla “questione pregiudiziale *antitrust*”²⁶.

La terza ipotesi: il giudice accoglie o respinge la domanda proposta senza conoscere della questione perché nessuna delle parti l’ha sollevata ovvero il giudice non l’ha rilevata non vi sarà stata alcuna cognizione della questione.

In questo caso, pur non avendo il giudice espressamente affrontato la questione di validità o invalidità, laddove l’azione proposta presupponga la validità del contratto azionato e venga accolta dal giudice saremo in presenza di quel fenomeno meglio noto come “giudicato implicito”²⁷.

Peraltro, la “questione pregiudiziale *antitrust*” deve essere, a parere di chi scrive, essere qualificata come questione indisponibile alle parti.

Ed infatti, l’applicazione della normativa *antitrust* europea e italiana, sia a livello amministrativo che giurisdizionale, è di rilievo “costituzionale” e comporta che le relative norme siano – tendenzialmente – “applicate” ai casi concreti come effettivamente si svolgono nella realtà e che gli oggetti e gli effetti anticoncorrenziali siano eliminati dalla realtà al fine di tutelare la *workable competition* nel mercato interno e, simmetricamente, che non vengano sanzionati accordi che non violano la normativa *antitrust*.

Inoltre, vi è un’ulteriore ragione che rafforza la tesi della qualificazione della questione *antitrust* come una questione indisponibile.

Ed infatti, la Commissione ha il potere di accertare e sanzionare un accordo, un’intesa o una pratica anche laddove essa sia già cessata: i comportamenti successivi (come, ad esempio, lo scioglimento consensuale del rapporto) non hanno alcun effetto alcuno sulla possibilità di un intervento amministrativo sanzionatorio.

Inoltre, vi è una indubbia presenza di un interesse pubblico comunitario sotteso ai poteri della Commissione e, in particolare, l’art. 16 Reg. 1/2003, insieme alla possibilità che la Commissione intervenga a vietare un comportamento già oggetto di una decisione giurisdizionale che quel comportamento obbligava a tenere in spregio al diritto *antitrust*.

La natura indisponibile della questione, infine, non è contraddetta dall’assenza nel nostro ordinamento processuale dell’intervento obbligatorio del pubblico ministero.

Anzi, sebbene con esclusivo riferimento alle controversie *antitrust* europee è lo stesso diritto comunitario, con una disposizione immediatamente applicabile al processo nazionale, che all’art. 15 Reg. 1/2003 prevede la possibilità per la Commissione di “partecipare” in veste di *amicus curiae* al processo civile.

Con quell’intervento sarà possibile alla Commissione svolgere un’attività essenziale per la risoluzione della questione pregiudiziale *antitrust* e, cioè, il fondamentale potere di allegazione dei fatti rilevanti in giudizio oltre che, ovviamente, il potere di chiedere mezzi di prova al riguardo.

Ed infatti, in assenza di un intervento di quel genere il più delle volte – anche in considerazione della complessità in fatto e in diritto della materia – il giudice potrebbe addirittura non «percepire» l’esistenza di una questione *antitrust*.

Ed anche laddove egli la dovesse «percepire» potrebbe non avere la possibilità di pronunciare la nullità di un’intesa o qualificare un comportamento come abuso di posizione dominante sol perché il

²⁵ A tale ipotesi deve essere equiparata l’ipotesi in cui il giudice non abbia rilevato d’ufficio la nullità e la parte impugna la sentenza facendo valere il motivo di nullità e proponendo una consequenziale azione di nullità.

²⁶ L’affermazione è tratta da Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, ancorché la conclusione non appare pacifica.

²⁷ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883 ancorché la tematica del “giudicato implicito” e la sua estensione sono oggetto discussione.

potere di rilevare la nullità è strettamente condizionato dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*²⁸.

Se ciò è vero significa che, almeno “di fatto” le parti potrebbero avere la possibilità di esprimere la loro volontà in ordine, ad esempio, alla nullità della loro intesa.

Ed infatti, se le parti non allegano in giudizio i fatti rilevanti per poter ravvisare e quindi pronunciare la nullità *antitrust* la conseguenza potrebbe essere quella che sulla questione di validità del contratto possa calare il giudicato.

Il che francamente lascia molto perplessi e, soprattutto, depotenzia notevolmente il *private enforcement*.

Dalla qualificazione della questione pregiudiziale *antitrust* in termini di indisponibilità seguono alcune importanti conseguenze processuali.

In primo luogo, le parti non hanno il monopolio dell'allegazione dei fatti sì che, laddove l'ordinamento prevede l'intervento de terzo (e, cioè, la Commissione europea *ex art. 15 Reg.*) sul modello dell'intervento del pubblico ministero (art. 70 c.p.c.), il terzo è ammesso ad allegare e provare fatti ulteriori e diversi da quelli allegati dalle parti originarie.

In secondo luogo, poi, la natura indisponibile della questione si coglie sul piano probatorio: affermare che le parti non hanno la disponibilità della validità *antitrust* significa negare loro – sul punto – ogni prova che presuppone la disponibilità del diritto: il principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.) la confessione, il giuramento.

In terzo luogo, poi, le parti non potrebbero validamente stipulare una transazione.

Ciò appare rilevante specialmente con riferimento alle controversie contrattuali (ad esempio un contratto avente ad oggetto uno scambio di informazioni con impegno a fissare prezzi concordati tra imprese in un mercato oligopolistico): la violazione della normativa *antitrust* porta il contratto ad avere causa illecita e, quindi – secondo il nostro ordinamento – non

sarebbe, possibile giungere validamente ad una transazione (art. 1972 c.c.).

In quarto luogo, poi, parti qualunque comportamento le parti vogliano assumere, poiché quel comportamento – ipotizzato in violazione in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE – sarebbe tendenzialmente irrilevante rispetto all'azione dell'autorità amministrativa: essa è, infatti, competente ad accertare *ex officio* e con penetranti poteri istruttori eventuali comportamenti difformi, a sanzionare e soprattutto a ordinare l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli per il mercato.

In conclusione in ogni controversia *antitrust* esiste sempre una questione pregiudiziale che è indisponibile alle parti ed è rappresentata proprio dall'accertamento della violazione caratterizzata dalla non negoziabilità della “questione pregiudiziale *antitrust*” e rispetto alla quale l'ordinamento ha l'ambizione (invero di difficile realizzazione a sistema processuale vigente) che venga risolta correttamente.

VI. L'ISTRUZIONE PROBATORIA

Passando ad occuparci del “cuore” del processo civile e, cioè, dell'istruzione probatoria ed in particolare della distribuzione dell'onere della prova nell'ambito delle azioni di nullità e di risarcimento del danno, ai sensi del diritto UE e del diritto italiano, è opportuno sottolineare che è soprattutto rispetto all'onere della prova che si misura la capacità del sistema processuale di realizzare un efficiente sistema di *private enforcement*.

Ed infatti, l'asimmetria delle parti rispetto alle fonti di prova ha sempre fatto riflettere sulla possibilità di una diversa distribuzione dell'onere della prova al fine di poter rendere più efficiente il *private enforcement*²⁹.

La constatazione iniziale, però, è che con poche eccezioni applicabili soltanto quando la controversia riguarda la violazione della normativa *antitrust* comunita-

²⁸ Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828.

²⁹ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Dejure* per l'affermazione secondo cui l'onere di allegazione dell'attore che domanda il risarcimento del dan-

no può considerarsi assolto dalla produzione del provvedimento dell'AGCM ancorché quella produzione non sia sempre e comunque necessaria.

ria, la circostanza che il processo abbia ad oggetto una “controversia *antitrust*” non determina (per ciò soltanto) l’applicazione di norme di diritto probatorio differenziate salvo poche eccezioni applicabili soltanto quando la controversia riguarda la violazione della normativa *antitrust* comunitaria (sul punto v. *supra* § I).

Ed infatti con riferimento alle controversie *antitrust* nazionali non opera neppure l’art. 16 Reg. 1/2003 ond’è che anche le c.d. azioni *follow-on* non godono di un particolare regime probatorio in qualche modo formalmente semplificato: la giurisprudenza, infatti, ritiene che la previa decisione amministrativa abbia una efficacia probatoria (seppur di “prova privilegiata”) che consente comunque al giudice di valutare anche le altre prove offerte dalle parti e, comunque, all’impresa già sanzionata di offrire prova contraria³⁰.

A maggior ragione le controversie *antitrust* nazionali c.d. *stand-alone* presentano una difficoltà probatoria al limite della *probatio diabolica* dal momento che: (a) manca qualsiasi norma di *discovery* processuale e (b) le norme in materia di esibizione documentale come l’art. 210 c.p.c., sono interpretate in maniera restrittiva ed in ogni caso – salvo qualche timida apertura specialmente nell’ambito della tutela della proprietà industriale e intellettuale – non consentono un’attività esplorativa (c.d. *fishing expedition*); (c) il giudice civile non dispone dei penetranti poteri istruttori di cui dispone l’autorità amministrativa e/o il giudice penale³¹.

Diviene così praticamente impossibile per l’attore in giudizio fondare la propria domanda, ad esempio, depositando in giudizio quella che viene chiamata *smoking gun* – cioè la prova documentale dell’ille-

cito – normalmente custodita segretamente e gelosamente dai partecipanti ad un’intesa vietata.

L’unica forma di collaborazione prevista dal codice di procedura civile è la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 213 c.p.c. che, però, è interpretata nel senso che non possono essere richiesti che documenti o informazioni già disponibili presso la pubblica amministrazione: non sarà, quindi, possibile *ex art.* 213 c.p.c. che il giudice civile chieda all’AGCM di elaborare dati ancorché già i suo possesso o fornire valutazioni tecniche od ancora svolgere una qualche forma di indagine ancorché rientrante tra i suoi poteri istituzionali³². Ne deriva che, *a fortiori*, appare da escludere *de jure condito* la delega di indagini all’AGCM confidando anche nei suoi poteri istruttori così potendo dare ingresso a prove (atipiche) raccolte dall’AGCM nel corso di quell’accertamento.

Inoltre, un ulteriore fattore di complessità – al quale neppure una consulenza tecnica potrebbe dare talvolta risposta – è dato dal fatto che quando esiste una questione *antitrust* nel processo civile questa implica quasi sempre la necessità che il giudice debba confrontarsi con fattispecie costruite con concetti giuridici indeterminati e che richiedono valutazioni economiche complesse.

Del resto dalla semplice lettura di un qualsiasi provvedimento di un’autorità della concorrenza e delle stesse norme si può intuire e dare per dimostrata la complessità tecnica della materia.

Da un lato, infatti, gli elementi costitutivi perché operi la sanzione della nullità di cui al secondo paragrafo dell’art. 101 TFUE, ad esempio, sono rappresentati (i)

³⁰ Cass., ord., 4 marzo 2013, 5327, in *Diritto e giustizia* del 5 marzo 2013; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Dejure*.

³¹ Ad esempio, ai sensi dell’art. 14, comma 2, l. 287/1990 l’AGCM può in ogni momento dell’istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell’istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell’i-

struttoria. Peraltro, ai sensi dell’art. 54 della l. 6 febbraio 1996, n. 52 l’Autorità si avvale della collaborazione dei militari della Guardia di Finanza, che agiscono con i poteri e con le facoltà previste dai decreti del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 e 29 settembre 1973, n. 600 (in materia di imposta sul valore aggiunto e di accertamento delle imposte sui redditi) e successive modificazioni e dalle altre norme tributarie.

³² Trattasi di applicazione di un principio giurisprudenziale pacifico con riferimento alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione: Cass., 25 ottobre 1982, n. 5557; Cass., 23 novembre 1983, n. 7000 entrambe in *Dejure*.

dall'esistenza di un'intesa (ii) che abbia per oggetto o per effetto quello di restringere la concorrenza e (iii) che rechi pregiudizio al commercio tra gli Stati membri. Ma v'è di più: ed infatti, potrebbe accadere che sebbene l'intesa integri quei presupposti, la nullità sia esclusa dalla constatazione (e prova) che quell'intesa contribuisce a migliorare le condizioni della concorrenza.

Molto spesso quei concetti giuridici indeterminati devono essere "riempiti" di contenuto attraverso l'individuazione di una (eventualmente tra le tante) regole tecniche a disposizione: ne deriva che il mutamento della regola tecnica individuata per dare contenuto alla norma giuridica ha importanti riflessi sul tema dell'allegazione dei fatti. Ed infatti, sarà possibile individuare quali fatti siano rilevanti e bisognosi di prova soltanto quando è stata individuata la norma tecnico-economica (quale il costo marginale o l'effetto del comportamento su di "una parte del mercato interno") da impiegare per "riempire" di contenuto la norma da applicare al caso concreto.

Ne derivano problemi pratici tanto con riferimento alla fase di amministrazione della prova che di ammissione della prova derivanti dalla constatazione che «le analisi economiche necessarie alla qualificazione di una situazione o di un'operazione sotto il profilo della normativa sulla concorrenza costituiscono in genere, tanto sul piano fattuale, quanto su quello del ragionamento elaborato a partire dalla descrizione dei dati stessi enunciati intellettuali complessi e difficili»³³.

Il che rende particolarmente difficile oltre la stessa individuazione non soltanto dei fatti principali ma anche dei fatti secondari dai quali poi muovere per consentire l'applicazione delle presunzioni e consente di ritenere che nel diritto processuale *antitrust* alla consulenza tecnica d'ufficio si chiederà, più che valutare prove già acquisite, di rappresentare una fonte oggettiva di prova risolvendosi nell'accertamento di fatti rilevabili unica-

mente con l'ausilio di specifiche cognizioni o strumentazioni tecniche³⁴.

Probabilmente, proprio l'esistenza di queste difficoltà probatorie "giustificano" due orientamenti della giurisprudenza. Il primo orientamento è quello che ha riconosciuto la legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori all'azione di accertamento della violazione della normativa *antitrust* sottolineando che lo scopo dell'azione dell'associazione è di spianare la strada alle iniziative dei singoli tramite il superamento degli ostacoli di ogni genere di cui tale strada potrebbe essere disseminata³⁵. Il secondo orientamento, poi, è quello che, facendo leva sull'atipicità dei mezzi di prova consente un'ampia circolazione probatoria tra procedimento amministrativo e giudizio civile.

VII. LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE NEL PROCESSO CIVILE

Più articolata, invece, la situazione con riferimento al diritto *antitrust* europeo dove l'art. 15 Reg. 1/2003 prevede che la Commissione e le autorità garanti nazionali possono "partecipare" ai processi civili nei quali si debba fare applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Questa partecipazione risponde alla duplice funzione di collaborazione tra autorità *antitrust* e giurisdizioni nazionali non solo con riferimento all'individuazione della corretta individuazione e interpretazione del diritto applicabile, bensì, anche, e soprattutto, alla possibilità di allegare fatti rilevanti che sono in grado di correttamente qualificare la fattispecie sottoposta al giudice come fattispecie implicante una «questione pregiudiziale *antitrust*» (sul punto v. *supra* § VI).

VIII. PROCEDIMENTI PARALLELI TRA AUTORITÀ A TUTELA DELLA CONCORRENZA E GIUDICI CIVILI

L'esistenza di un doppio binario di tutela, l'uno affidato alla Commissione europea (il c.d. *public enforcement*) e l'altro ai giudici nazionali ove si debbano tute-

³³ Trib. CE, 11 luglio 2007, T-351/03, *Shneider Electric*.

³⁴ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2663 in *Dejure*

(resa in materia di responsabilità civile per infiltrazioni di acqua).

³⁵ Cass., 18 agosto 2011, n. 17351.

lare i diritti soggettivi riconosciuti dall'ordinamento europeo in conseguenza della violazione della normativa *antitrust* (il c.d. *private enforcement*) non deve, però, fare dimenticare che alla Commissione europea è riconosciuto un ruolo fondamentale per l'attuazione del diritto della concorrenza³⁶.

Il ruolo della Commissione europea in materia è idoneo anche a spiegare i propri effetti sui processi giurisdizionali come dimostra l'esistenza dell'art. 16 Reg. 1/2003.³⁷

Ne deriva che le autorità della concorrenza e i giudici civili nazionali possano pronunciarsi "*sui medesimi casi*" con conseguente possibilità di un conflitto tra un provvedimento amministrativo ed uno giurisdizionale.

Ond'è che appare opportuno analizzare attraverso quali regole processuali – se ve ne sono – è possibile evitare provvedimenti contrastanti "sui medesimi casi" iniziando la nostra analisi prima dal diritto processuale *antitrust* nazionale per, poi, esaminare il diritto processuale *antitrust* UE

Ed infatti, con riferimento al diritto *antitrust* nazionale non esiste una norma che formalmente imponga al giudice civile di non adottare decisioni in contrasto con il provvedimento adottato dall'AGCM. Anzi, rappresenta un caposaldo del diritto amministrativo italiano quello della possibile disapplicazione da parte del giudice di un provvedimento amministrativo³⁸.

Ma v'è di più. Ed infatti, la giurisprudenza ha sempre avuto modo di affermare che dal provvedimento dell'AGCM non potrebbe mai derivare un vincolo equiparabile al giudicato³⁹.

La conclusione appena riferita, del resto, non appare contraddetta neppure dal sesto comma dell'art. 140-*bis* codice consumo in base al quale il tribunale che deve decidere l'ammissibilità di una *class*

action, «può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo». Ed infatti, nulla viene detto in ordine all'efficacia che è destinata a spiegare la futura decisione amministrativa che, in base, alla giurisprudenza italiana, potrà tutt'al più avere una mera efficacia probatoria e non già di "giudicato".

IX. L'ARTICOLO 16 REG. 1/2003

Più complessa, invece, la situazione con riferimento al diritto europeo dove, tuttavia, non è mai stato messo in discussione il principio per il quale il giudice civile non incontra mai nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale alcun limite quanto all'*an* del suo potere derivante dall'esercizio potenziale o attuale delle competenze della Commissione come dimostra chiaramente l'assenza di un qualsiasi potere di avocazione da parte della Commissione di un caso pendente davanti a un giudice nazionale.

E ciò differentemente da quanto previsto per l'avocazione da parte della Commissione di casi oggetto di valutazione da parte delle autorità *antitrust* nazionali ai sensi del diritto europeo (art. 11, comma 6, Reg. 1/2003).

Orbene, passando ad esaminare i meccanismi per evitare possibili contrasti tra decisioni, essi possono consistere in (a) meccanismi di coordinamento tra esiti del procedimento (così nel caso della sospensione del processo nazionale e dell'obbligo previsto dall'art. 16 Reg. 1/2003) ovvero in (b) meccanismi di coordinamento informativo tra Commissione e giudici nazionali.

Orbene, *sub a*) sebbene il principio generale sia quello della leale cooperazione

³⁶ Compito che deve essere comunque realizzato nel rispetto del diritto europeo e ferma la soggezione del suo operato al controllo di legittimità della Corte di giustizia

³⁷ In tal senso, oltre all'art. 16 Reg. 1/2003, depongono i principi ricavabili da C. giust. CE, 21 maggio 1987, C-249/84, *Albako Margarinefabrik.-Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* e da C. giust.C.E., 18 luglio 2007, C-119/05 *Lucchini - Repubblica Italiana*.

³⁸ La questione della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile risale all'art. 5 l. 20 marzo 1965, n. 2248, all. E.

³⁹ Ne deriva che la medesima questione può essere sempre riproposta al giudice ordinario laddove ne ricorrano i presupposti e salva la questione dell'efficacia probatoria che deve essere riconosciuta al provvedimento dell'AGCM: C. App. Milano, 5 febbraio 1996, App. Milano, 29 settembre 1999, App. Roma, 16 gennaio 2001.

tra tutte le autorità preposte all'*enforcement* delle norme *antitrust*, esiste una regola fondamentale con riflessi processuali non trascurabili⁴⁰. Quella norma è rappresentata dall'art. 16 Reg. 1/2013 che rappresenta l'applicazione del principio generale secondo il quale una volta che la Commissione abbia legittimamente esercitato i propri poteri gli Stati membri (*id est* ogni organo dello Stato membro, ivi compreso il giudice civile) devono astenersi nell'ambito dell'esercizio delle proprie competenze dall'adottare misure che abbiano come effetto quello di privare l'effetto utile di un atto comunitario⁴¹.

La primazia dell'attività della Commissione porta con sé la necessità che la decisione giurisdizionale debba cedere tutte le volte in cui quest'ultima contenga accertamenti e comandi incompatibili a quanto risulta accertato o ordinato in una decisione della Commissione. E ciò tanto nel caso in cui il provvedimento della Commissione sia essa precedente o successivo al provvedimento del giudice (vedi *infra* § XII per l'individuazione di alcuni strumenti processuali)⁴².

Una norma rispetto alla quale la maggior parte degli autori ha manifestato perplessità perché – a loro dire – avrebbe ampliato gli effetti delle «decisioni» della Commissione oltre i confini fissati dal Trattato ove si fa riferimento alla loro efficacia vincolante nei confronti dei destinatari e perché sarebbe in contrasto con i principi fondamentali previsti dalle costituzioni nazionali di separazione dei poteri e dell'indipendenza dei giudici dall'amministrazione.

Tuttavia, è bene esaminare la portata precettiva e l'ambito di operatività della norma premettendo che la sua applica-

zione non avviene soltanto quando l'oggetto di accertamento amministrativo corrisponde (in tutto o in parte) all'oggetto del processo civile. Quella norma opera, infatti, anche quando l'oggetto e le parti del procedimento *antitrust* siano differenti da quelle del processo giurisdizionale. Così avviene, ad esempio, laddove un professionista agisca nei confronti di un cliente per il pagamento del proprio onorario determinato in base a tariffe fissate dalla associazione professionale di appartenenza e che sono state nel frattempo dichiarate incompatibili con il mercato comune da una decisione della Commissione.

Ma quali sono le decisioni della Commissione che non possono essere contrastate da parte del giudice nazionale?

Esse sono senz'altro le decisioni con le quali la Commissione constata l'esistenza di un'infrazione (caso *Masterfoods*⁴³). In questo caso di *follow-on litigation* il giudice non potrà mettere in discussione la portata della decisione della Commissione dovendo, viceversa, trarne, ai sensi dell'art. 16 Reg. 1/2003, tutte le conseguenze giuridiche previste dal proprio ordinamento per garantire una piena efficacia alla decisione in questione. Ne deriva che il giudice potrà rigettare la domanda risarcitoria, in ipotesi, per intervenuta prescrizione, ma non perché non c'è una violazione del diritto *antitrust*.

Ed ancora, se la decisione della Commissione ha accertato che una certa intesa ha un oggetto anticoncorrenziale, il giudice potrà rigettare la domanda risarcitoria perché l'intesa non ha avuto effetti anticoncorrenziali. O, ancora, potrà rigettare quella domanda perché il danno lamentato non è causalmente dipendente dalla condotta anticoncorrenziale ovvero

⁴⁰ Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE del 1993 (93/C 39/05) [d'ora in avanti «la Comunicazione del 1993»], la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del trattato Ce del 2004 (2004/C-101/04) [d'ora in avanti «la Comunicazione del 2004»] ed infine, nel settore degli aiuti di stato, la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione del 1995 (95/C 312/07).

⁴¹ Sugli effetti dell'esercizio della competenza sul contenuto e sull'efficacia di una sentenza civile: C. giust. CE, 21 maggio 1987, C-249/84 *Albako Margarinefabrik (c.d. Burro di Berlino)*; C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05 *Lucchini*.

⁴² La primazia del diritto comunitario è il criterio per risolvere i conflitti derivanti dalla contemporanea applicazione del diritto *antitrust* ad opera della Commissione e dei giudici nazionali: C. giust. CE, C-14/68 *Walt Wilhelm* e C. giust. CE, C-253/78 e 1-3/79 *Procuratore della Repubblica (c.d. cause «Profumo»)*.

⁴³ C. giust. CE, 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfood Ltd - HB Ice Cream Ltd*.

perché quella condotta anticoncorrenziale non ha avuto effetti dannosi per il presunto danneggiato. Ed infatti, in questo caso non vi sarebbe alcun contrasto tra il provvedimento amministrativo (ove la circostanza che l'intesa abbia un oggetto anticoncorrenziale è sufficiente per adottare il provvedimento sanzionatorio) e il rigetto fondato sull'inesistenza di un danno (che, evidentemente, non ha rappresentato un profilo oggetto della decisione della Commissione).

L'effetto vincolante della decisione della Commissione si misura su quanto da essa accertato e deciso, con la conseguenza che l'ampiezza dei suoi effetti sul giudizio civile dipenderà necessariamente dal confronto tra contenuto dell'accertamento (*id est* aver accertato alcuni fatti ed averli qualificati come violazione degli artt. 101 e 102 TFUE) e la fattispecie oggetto del giudizio civile.

Un'altra ipotesi di decisione vincolante sono le decisioni di constatazione di inapplicabilità che la Commissione ha poi il potere di emettere ai sensi dell'art. 10 Reg. 1/2003. Viceversa non rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 16 Reg. 1/2003 la decisione di procedere ad una archiviazione. Con riferimento, invece, ai più recenti strumenti della *public enforcement* dobbiamo esaminare il rapporto del giudice civile con: (i) le misure cautelari adottate dalla Commissione; (ii) le decisioni con cui si rendono obbligatori gli impegni ed infine (iii) le decisioni relative alle transazioni (c.d. *settlement*).

Orbene, con riferimento alle misure cautelari adottate dalla Commissione non vi è dubbio che il giudice non possa paralizzarne gli effetti con un proprio provvedimento almeno finché questo spiega la propria efficacia (caso *Burro di Berlino*⁴⁴). Potrebbe essere qui opportuno che il giudice civile valuti l'opportunità di sospendere il processo pendente davanti al lui concedendo opportuni provvedimenti provvisori non incompatibili con la decisione cautelare, in attesa dell'esito del procedimento.

Del resto, in questa ipotesi non è possibile fare applicazione della seconda parte dell'art. 16 Reg. 1/2003, pure astrat-

tamente consentita (il procedimento, infatti, è avviato e la decisione non è ancora stata adottata), poiché se dovesse, in ipotesi, ritenere che la Commissione deciderà molto probabilmente in senso opposto a quanto affermato nella misura cautelare, il suo provvedimento non potrà, per le ragioni appena viste, produrre un effetto incompatibile con la misura nel frattempo adottata ed efficace.

Con riferimento, invece, alle decisioni con le quali la Commissione ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/2003 rende obbligatori gli impegni presentati dalle imprese «per far cessare un'infrazione» occorre sottolineare con alcuni distinguo: occorre sottolineare che quella decisione è priva del carattere di accertamento, nulla dicendo in ordine alla qualificazione dei fatti in termini di violazione o meno delle norme sulla concorrenza. Ond'è che il giudice può qualificare i fatti passati rispetto alla decisione sugli impegni come integranti, o no, un illecito *antitrust* traendone tutte le conseguenze.

Viceversa, la questione relativa all'applicabilità o no dell'art. 16 alle decisioni che rendono obbligatori gli impegni si pone con esclusivo riferimento (a) ai comportamenti successivi all'adozione della decisione e (b) con riferimento alla loro compatibilità con le norme sulla concorrenza.

Qui il giudice sarà vincolato in base all'art. 16 Reg. 1/2003 non potendo, ad esempio, affermare che il comportamento conseguente agli impegni contenuti nella relativa decisione sia qualificabile come illecito *antitrust* e, quindi, costituisca fatto illecito che obbliga a risarcire il danno. Diversamente, laddove il giudice dovesse constatare che il comportamento posto in essere dalle imprese è diverso da quello previsto dalla decisione potrà adottare una decisione che qualifichi il diverso comportamento come illecito, fermo restando che compete alla sola Commissione (eventualmente correttamente sollecitata dal giudice) procedere alla eventuale revoca della precedente decisione ed adottare eventualmente una diversa decisione.

Da ultimo resta da esaminare se la transazione possa venire in rilievo ai sensi

⁴⁴ C. giust. CE, 21 maggio 1987, C-249/84, *Al-*

bako Margarinefabrik.-Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung.

dell'art. 16 Reg. 1/2003. Orbene, poiché la Commissione generalmente richiede alle imprese interessate «un riconoscimento in termini inequivocabili della responsabilità delle parti per l'infrazione, descritta sinteticamente per quanto riguarda i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, e la durata della loro partecipazione all'infrazione», non vi è nessuna preclusione a ritenere che anche questa tipologia di decisione sia equiparata quanto agli effetti dell'art. 16 Reg. alle decisioni di constatazione dell'infrazione, dal momento che da questa differisce soltanto per la semplificazione del procedimento.

Fin qui abbiamo visto l'efficacia delle decisioni della Commissione europea: ma è possibile ipotizzare una efficacia pan-europea delle decisioni emanate da Autorità *antitrust* nazionali? Questa ipotesi è stata solitamente risolta in senso negativo dalla prevalente dottrina e dalla maggior parte delle osservazioni presentate alla Commissione in occasione della pubblicazione del Libro Verde e il Libro Bianco sulle "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie", sebbene alcuni Stati membri (è il caso della Germania) prevede la vincolatività anche delle decisioni di autorità garanti degli altri Stati membri dell'UE.

X. LA SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO

L'esistenza di un doppio binario di tutela rende molto frequente l'ipotesi che il giudice civile si interroghi sulla opportunità di sospendere il giudizio civile *antitrust* in attesa di una decisione della Commissione europea ovvero di un'autorità nazionale della concorrenza. Opportunità e non necessità in quanto (a) nessuna norma prevede un obbligo di sospensione del processo civile in attesa della decisione dell'autorità amministrativa che, peraltro, potrebbe anche non essere mai adottata e (b) l'interpretazione dell'art. 295 c.p.c. non consente di sospendere il processo civile se non in attesa di una pronuncia giurisdizionale idonea a incidere con efficacia di giudicato sulla situazione giuridica oggetto del processo sospeso⁴⁵.

Ecco allora che l'unica ipotesi di sospensione possibile sarà quella discrezionale così come previsto in due ipotesi tipizzati dal legislatore.

La prima fattispecie è quella prevista dall'art. 16 Reg. 1/2003: ed infatti, nella parte in cui obbliga i giudici a non assumere decisioni che possano «configgere» con decisioni già assunte dalla Commissione e, soprattutto, con decisioni semplicemente «contemplate» consente al giudice civile di «valutare se sia necessario o meno sospendere» il procedimento.

La seconda fattispecie è quella prevista dall'art. 140-*bis*, comma 6, del d.lgs. 205/2006 in base al quale nella fase di ammissibilità di un'azione di classe il tribunale può decidere di sospendere il giudizio «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo».

XI. IL GIUDICATO CIVILE

La circostanza che la sentenza del giudice abbia avuto ad oggetto una controversia *antitrust* potrebbe avere effetti anche sul giudicato che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 323 c.p.c. e 2909 c.c., l'ordinamento riconosce alla sentenza non più soggetta ai mezzi di impugnazioni.

E ciò sebbene in una fondamentale pronuncia la Corte di Giustizia (*Eco Swiss*) abbia affermato che «il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità di cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche nel caso in cui un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo ai sensi dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE), poiché il termine d'impugnazione fissato non rende eccessivamente

⁴⁵ Esclude espressamente un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento amministrativo e

il giudizio civile, sia sotto l'aspetto processuale che sostanziale, App. Roma, 16 gennaio 2001.

difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario»⁴⁶.

Ed infatti, recentemente, la Corte di Giustizia, pur muovendo il proprio ragionamento sempre dall'importanza del giudicato come principio fondamentale in quanto funzionale ad esigenze di certezza, ha avuto modo di porre alcuni importanti principi in materia. Principi che, seppur espressi con riferimento alla materia degli aiuti di Stato e al principio dell'abuso del diritto all'imposta sul valore aggiunto, potrebbero essere destinati ad avere un ruolo decisivo con riferimento ai processi civili aventi ad oggetto controversie *antitrust* e che in questa sede ci si limita a ricordare consapevole che l'argomento richiede un approfondimento non possibile in questa sede.

Ed infatti, quanto alla sentenza *Lucchini* in essa è affermato il principio in base al quale «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva»⁴⁷.

Quanto, poi, alla sentenza *Fallimento Olimpclub* essa ha affermato che «il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta»⁴⁸.

Dall'esame delle sentenze lo scrivente autore trae l'ipotesi che il giudicato civile emesso in contrasto con un provvedi-

mento della Commissione europea che ha esercitato una sua competenza (esclusiva o no) dovrebbe poter essere comunque rimesso in discussione eventualmente tramite un'impugnazione straordinaria. In ogni caso, poi, dovrebbe essere preferita, *in subiecta materia*, un'interpretazione dei limiti oggettivi del giudicato civile tale per cui il giudicato non potrebbe mai coprire l'antecedente logico necessario relativo alla questione *antitrust* (v. *supra* § IV). E ciò non soltanto nelle ipotesi in cui il giudice non si sia espressamente pronunciato sul punto, ma anche nei casi di mera cognizione incidentale.

In questo modo è possibile garantire maggiore efficacia alle norme *antitrust* in quanto il giudice di un eventuale secondo processo ove la medesima questione della violazione, o no, del diritto *antitrust* dovesse venire in rilievo, non sarebbe vincolato alla precedente sentenza e potrebbe riesaminare la questione di validità *antitrust* anche, eventualmente, alla luce di successive emergenze, quali, ad esempio, un provvedimento amministrativo adottato sulla specifica posizione.

FABIO VALERINI

Bibliografia

J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Le contentieux français et anglais*, Bruylant Bruxelles, 1995; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; G. CUMMING - B. SPITZ - R. JANAL, *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, Kluwer, 2007; C.S. KERSE - N. KAHN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005; R. NAZZINI, *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford, 2004; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition procedure*, Oxford, 2006; F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIMBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; A. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, 2008; F. VALERINI, *Il rapporto tra la Commissione europea e i giudici nazionali nel sistema del diritto processuale della concorrenza*, Tesi di dottorato, Università di Roma Tor Vergata, 2010.

⁴⁶ C. giust. CE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*.

⁴⁷ C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05 *Lucchini - Repubblica Italiana*.

⁴⁸ C. Giust. C.E., 3 settembre 2009, C-2/08 *Fallimento Olimpclub*.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La tutela cautelare nell'azione *antitrust*

Sommario: I. CENNI ALL'EVOLUZIONE DELLA COMPETENZA CAUTELARE IN MATERIA *ANTITRUST*. – II. LA COMPETENZA CAUTELARE DOPO IL D.L. 1/2012: LE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA. – III. (*Segue*) IL RITO APPLICABILE E I PROBLEMI ANCORA APERTI. – IV. TUTELA CAUTELARE E PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI. – V. I REQUISITI PER LA CONCESSIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI. – VI. IL CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI.

I. CENNI ALL'EVOLUZIONE DELLA COMPETENZA CAUTELARE IN MATERIA *ANTITRUST*

Il legislatore del 1990, nel delineare la prima disciplina in materia *antitrust*, aveva originariamente devoluto alla Corte di Appello le controversie tra privati aventi ad oggetto la violazione delle norme interne in materia di concorrenza. La Corte decideva in unico grado, con conseguente deroga al principio del doppio grado di giurisdizione di merito, stante la ritenuta assenza di copertura costituzionale di tale principio. Come espressamente precisato dall'art. 33 della legge *antitrust*, ad essa era ovviamente devoluta anche la giurisdizione cautelare relativa alle medesime controversie.

Proprio con specifico riferimento alla normativa *antitrust*, la Consulta aveva dichiarato manifestamente inammissibili sia la questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., avente ad oggetto l'asserita irragionevolezza della scelta di eliminare il doppio grado di giurisdizione di merito, sia la questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., avente ad oggetto l'asserita disparità di trattamento, soprattutto nei confronti dei cittadini meno abbienti, nel prevedere la competenza della Corte di Appello anche per cause di modesta entità¹.

Tale opzione legislativa confermava, inoltre, l'impronta marcatamente amministrativista del sistema di tutele *antitrust*

delineato dalla l. 287/1990. La predetta legge, infatti, ripartiva in modo chiaro i ruoli e le competenze spettanti all'AGCM e all'a.g.o., la prima destinataria di una funzione prettamente preventiva e deterrente, la seconda incaricata di intervenire nella fase risarcitoria. Nei fatti, tuttavia, una simile distinzione ha progressivamente perso di importanza. Anche a livello comunitario, del resto, la distinzione tra la funzione deterrente e sanzionatoria (attribuita alla Commissione) e la funzione compensativa (attribuita all'a.g.o.) non è così netta come potrebbe apparire. Secondo la stessa Corte di Cassazione, del resto, le controversie in materia *antitrust*, pur se tra privati, assumono comunque rilevanza pubblicistica².

La scelta del legislatore trovava la propria *ratio* nell'esigenza di garantire una celere definizione della controversia, di evitare un'eccessiva dispersione dei contenziosi tra i vari uffici giudiziari e di assicurare un maggiore livello di specializzazione e, quindi, di preparazione dei giudici incaricati dell'applicazione delle norme *antitrust*.

Progressivamente, però, le originarie intenzioni sono state frustrate dalla frammentazione della competenza, sia di merito che cautelare, in materia.

Fino all'istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa (su cui cfr. *infra* par. II), infatti, la competenza è stata progressivamente suddivisa fra la Corte di Appello (per le controversie concernenti la violazione della normativa italiana, ai sensi dell'art. 33 l.at.), le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale (per le controversie concernenti la normativa sia italiana che comunitaria interferenti con i diritti di proprietà industriale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 134 c.p.i.) e gli ordinari uffici giudiziari, giudici di pace e tribunali (per le contro-

¹ C. cost., 26 ottobre 2007, n. 351, in *Foro it.*, 2008, I, c. 713.

² Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207,

in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 e Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di PARDOLESI.

versie aventi ad oggetto la violazione della normativa *antitrust* comunitaria).

II. LA COMPETENZA CAUTELARE DOPO IL D.L. 1/2012: LE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA

Il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (intitolato “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, detto più gergalmente “decreto liberalizzazioni”), convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, l. 24 marzo 2012, n. 27, recuperando parzialmente un’idea già ipotizzata prima della riforma del diritto societario del 2003, ha trasformato le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale in sezioni specializzate in materia di imprese (la definizione “tribunale delle imprese”, contenuta nella rubrica dell’art. 2, non trova, infatti, successivo riscontro nel testo della norma).

Alla novella del 2012 (e precisamente alla legge di conversione) va certamente ascritto il merito di aver razionalizzato, una volta per tutte, le regole in tema di competenza per le controversie *antitrust*, devolvendo espressamente alle sezioni specializzate sia le controversie di cui all’art. 33, comma 2, l. 287/1990, come previsto dalla lett. c) del nuovo art. 2 d.lgs. 168/2003, sia quelle fondate sulla violazione della normativa *antitrust* comunitaria. Semmai, il legislatore può essere criticato per non aver avuto il coraggio di devolvere alle sezioni specializzate tutte le controversie in materia di concorrenza, ivi comprese quelle in materia di concorrenza sleale c.d. pura, le quali, nonostante l’affinità con la materia *antitrust* rimangono tuttora di competenza del giudice ordinario.

L’opera di razionalizzazione compiuta dal legislatore del 2012 presenta, tuttavia, una ulteriore e più grave lacuna. La versione iniziale del d.l. 1/12 devolveva alle sezioni specializzate anche le azioni di classe ai sensi dell’art. 140-*bis* d.lgs. 206/05. La legge di conversione, tuttavia, pur avendo esteso la competenza delle sezioni alle controversie in materia *antitrust*, ha inspiegabilmente eliminato la

predetta previsione in materia di azioni di classe.

Ciò solleva evidenti perplessità ermeneutiche. Se non vi sono dubbi per le azioni di classe individuate dalle lettere a) e c) dell’art. 140-*bis*, le quali saranno certamente devolute ai tribunali ordinari secondo le regole di competenza territoriale individuate dal quarto comma di tale norma, le perplessità sorgono invece con riferimento alle azioni di classe in materia *antitrust*, vale a dire quelle individuate dalla lett. b) di cui sempre al predetto art. 140-*bis*. Non è chiaro, infatti, se tali azioni siano comunque devolute alle sezioni specializzate in considerazione della generale attribuzione delle controversie in materia *antitrust* oppure se, invece, tale criterio non operi per le azioni di classe, alle quali, quindi, continuano ad applicarsi i criteri di competenza individuati dall’art. 140-*bis* c.p.c. La *ratio* della novella (volta ad individuare un unico giudice competente per le violazioni alla normativa in tema di concorrenza) porterebbe certamente a ritenere che anche le azioni di classe in materia *antitrust* siano comunque devolute alle sezioni specializzate. Stando ad un’interpretazione più rigorosa e più coerente con il dato normativo, tuttavia, dovrebbe optarsi per la soluzione opposta.

Al pari della disciplina previgente, posta la competenza delle sezioni specializzate, il riparto territoriale tra le varie sezioni è determinato secondo le ordinarie regole di competenza per territorio contenute nel codice di rito, come prevede ora espressamente il nuovo art. 4, il quale, di fatto, prevede una competenza su base regionale (come già si è accennato in precedenza), salvo stabilire, per le sezioni specializzate istituite in sedi che non siano capoluoghi di regione (di fatto la sola sezione specializzata di Brescia), la competenza relativamente alle controversie che, secondo gli ordinari criteri, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari del rispettivo distretto di corte di appello. Anche per quanto riguarda la materia cautelare, si applicheranno gli ordinari criteri di competenza per territorio di cui agli artt. 669-*ter* e seguenti c.p.c.

III. (*Segue*) IL RITO APPLICABILE E I PROBLEMI ANCORA APERTI

La novella del 2012 non ha risolto i dubbi sorti già con riferimento alla disciplina originaria in relazione alla natura delle sezioni specializzate. Il legislatore ancora una volta non ha chiarito se le sezioni specializzate in materia di impresa siano da ricondursi a mere suddivisioni interne al medesimo ufficio giudiziario, al pari delle sezioni lavoro, oppure se, invece, debbano essere qualificate come uffici giudiziari separati, al pari delle sezioni specializzate agrarie. La questione ha importanza non solo teorica, visto che, nel primo caso, il riparto tra le sezioni integrerebbe una mera questione di ripartizione degli affari interna all'ufficio giudiziario, mentre nel secondo caso ci si troverebbe di fronte ad una vera e propria questione di competenza. Sul punto, la stessa giurisprudenza di legittimità è incerta. Da un lato vi sono pronunce che optano per quest'ultima soluzione rilevando che *i*) da un punto di vista strettamente letterale, gli artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. 168/2003 parlerebbero espressamente di competenza, *ii*) le sezioni specializzate sarebbero istituite solo presso alcuni distretti di Corte d'Appello e la relativa competenza sarebbe ultradistrettuale, *iii*) infine, la *ratio* ispiratrice sarebbe diversa rispetto a quella sottesa all'istituzione delle sezioni lavoro³. Dall'altro vi sono pronunce in senso esattamente opposto, in cui le sezioni specializzate vengono equiparate alle sezioni lavoro e alle sezioni fallimentari, stante la differenza, di disciplina e di criteri di composizione, rispetto alle sezioni specializzate in materia agraria⁴.

L'importanza pratica di tale questione è (probabilmente) destinata a diminuire, visto che, in seguito alla riforma del codice di rito operata dalla legge 69 del

2009, le decisioni in tema di competenza devono assumere la più snella forma dell'ordinanza, senza necessità di ricorrere al più complesso procedimento di cui agli artt. 189 e seguenti c.p.c. Rimane tuttora, però, una significativa differenza; se si ritenesse che si verta in tema di competenza, l'ordinanza emessa sul punto potrebbe essere impugnata solo con il regolamento necessario di competenza. Qualora, invece, si trattasse di una mera questione di riparto di lavoro degli affari interni all'ufficio, la violazione andrebbe fatta valere o ai sensi dell'art. 83-ter disp. att. c.p.c. o come motivo di nullità della sentenza stessa laddove sia violato anche l'art. 50-bis c.p.c.

Per quanto riguarda gli aspetti più specificamente processuali trova certamente applicazione, pur in assenza di espresso riferimento, la disciplina generale dei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669-bis e seguenti c.p.c., ferma restando, ovviamente, la deroga alla competenza del tribunale ordinario a favore delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Sotto la vigenza dell'originaria versione dell'art. 33 della legge *antitrust*, invece, si discuteva circa la composizione dell'organo giudicante in fase cautelare. Secondo una prima opinione, anche avanti alla Corte di Appello, in assenza di specifica previsione normativa che prevedesse la necessaria collegialità, i provvedimenti cautelari potevano essere validamente adottati dal Consigliere Istruttore nominato per la trattazione del procedimento cautelare⁵. Secondo un'altra opinione, invece, la trattazione necessariamente collegiale del procedimento avanti alla Corte di Appello avrebbe dovuto imporre analogo soluzione anche in sede cautelare⁶. Tale questione aveva significativi risvolti pratici, soprattutto in tema di competenza per la fase di reclamo, devo-

³ Cass., 25 settembre 2009, n. 20690, in *Giur. it.*, 2010, p. 1365 e in *Dir. ind.*, 2010, p. 50, con nota di CASABURI.

⁴ Cass., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, c. 95.

⁵ Cfr. App. Milano 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3497, App. Milano 10 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1187 e App. Milano 20

luglio 2005, in *Dir. ind.* 2005, p. 192, con nota di CRISCUOLI.

⁶ Cfr., App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261, con nota di PORTINCASA, App. Roma 16 gennaio 2001, in *Danno e resp.*, 2001, 284, con nota di BASTIANON, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *Foro it.* 1999, I, c. 2359 e *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 29, con nota di GENOVESE.

luta, nel primo caso, alla medesima sezione di Corte di appello in composizione collegiale, mentre, nel secondo caso, alla competenza di altra sezione della medesima Corte oppure ad altra Corte.

La devoluzione delle controversie in materia *antitrust* alle sezioni specializzate pare aver risolto la questione. Stante il generale principio di coincidenza del giudice del cautelare con il giudice del merito, considerando inoltre che la riserva di collegialità delle sezioni specializzate è prevista solo per la fase di decisione (cfr. art. 50-*bis* c.p.c.), il procedimento cautelare, così come l'istruzione della controversia, è affidato al giudice monocratico.

IV. TUTELA CAUTELARE E PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

L'assetto delineato dalla legge *antitrust* ha indotto alcuni interpreti, soprattutto nei periodi immediatamente successivi all'emanazione della medesima legge a ritenere che AGCM e a.g.o. non solo avessero ruoli e compiti distinti, ma che l'a.g.o. fosse in qualche misura subordinata alla prima. Secondo tale opinione, rimasta peraltro minoritaria, i poteri del giudice ordinario sarebbero meramente integrativi rispetto a quelli dell'AGCM. L'opinione prevalente (e, ormai, consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza) ritiene, tuttavia, che la competenza del giudice ordinario (pur nella differenza dei ruoli svolti) sia concorrente e autonoma rispetto a quella dell'AGCM, soprattutto in considerazione della differenza di funzioni e di compiti tra organi amministrativi e giudice ordinario⁷.

Da ciò deriva, conseguentemente, che il procedimento pendente avanti all'Autorità non è pregiudiziale nei confronti dei

giudizi avanti all'a.g.o. tra privati, non essendo neppure configurabile, del resto, l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. in tema di sospensione necessaria in caso di pendenza di procedimento (considerato oltre tutto che il procedimento avanti all'AGCM non ha natura giurisdizionale)⁸.

In proposito, tuttavia, va segnalato come, in tema di azione di classe, l'art. 140-*bis*, comma 6, cod. cons. (peraltro in modo analogo a quanto disposto dall'art. 16 Reg. 1/2003 per i procedimenti di rilevanza comunitaria) preveda che il tribunale possa disporre la sospensione qualora sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria dell'AGCM. Il carattere facoltativo della sospensione (unito alla specialità di tale previsione) non può che confermare, tuttavia, il summenzionato orientamento volto ad escludere un rapporto di automatica pregiudizialità della causa ordinaria rispetto al procedimento avanti all'autorità.

Indipendentemente da questo, con specifico riferimento alla materia cautelare, deve certamente escludersi che l'a.g.o. possa adottare provvedimenti cautelari intesi ad anticipare gli effetti di provvedimenti emessi dall'AGCM⁹. La misura cautelare disposta in sede civile, infatti, dovrà sempre essere strumentale e quindi funzionale ad una successiva (per quanto eventuale) pronuncia giurisdizionale di merito.

Più complicato, invece, è il rapporto tra il giudizio civile e le eventuali misure cautelari emesse a tutela della concorrenza proprio dall'AGCM, secondo quanto previsto dall'art. 14-*bis* della legge *antitrust*. Analogo problema si potrebbe porre con riferimento alle misure cautelari emesse dalla Commissione Europea in applicazione dell'art. 8 del Reg. 1/2003.

⁷ Cfr. Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901 (la quale, comunque, parla di "prova privilegiata"), Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, p. 1675, con nota di CANALE, App. Napoli 24 novembre 2008, App. Catania 21 settembre 2006, App. Milano 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338, App. Milano 18 luglio 1995 e App. Milano 8 ottobre 1994, entrambe editate in *Foro it.*, 1995, I, p. 276, con nota di BARONE.

⁸ In giurisprudenza cfr. App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261, con nota di POR-

TINCASA, secondo cui è da escludersi la sussistenza dei presupposti della sospensione, sia con riferimento alla pendenza del procedimento avanti all'AGCM sia in relazione alla pendenza del procedimento di impugnazione del provvedimento emesso dall'Autorità avanti al giudice amministrativo; secondo App. Roma 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 362, invece, la sospensione potrebbe essere richiesta solo in pendenza del procedimento amministrativo avanti al TAR.

⁹ Cfr. App. Roma 14 gennaio 1993, *Foro it.*, 1993, I, c. 3377, con nota di VALDINA.

Si tratta, tuttavia, di poteri cautelari certamente distinti e connotati da una differente funzione (tutela dei diritti soggettivi dei soggetti privati nel caso dell'a.g.o., tutela generale della concorrenza nel caso dell'AGCM e della Commissione). Ciò presenta significative differenze sia sotto l'aspetto strettamente processuale sia sotto il profilo dei possibili contenuti del provvedimento. Innanzi tutto, differente è il potere di impulso, rimesso esclusivamente alla volontà della parte istante, avanti all'a.g.o., di carattere necessariamente officioso, invece, senza alcuna possibilità di istanza ad opera dei privati, nel caso di misure urgenti da parte di AGCM e Commissione. Fermo restando il dovere di sentire la parte destinataria dei provvedimenti, infatti, il potere di iniziativa, anche in presenza di segnalazioni o di richieste ad opera di parti private, è rimesso esclusivamente alla scelta discrezionale dell'AGCM o della Commissione. Analogamente, la diversità di funzioni incide sui presupposti per l'emissione di provvedimenti cautelari; in particolare, l'emissione di misure urgenti da parte dell'AGCM o della Commissione può essere fondata sul rischio di un danno alla concorrenza ma non sul possibile pregiudizio in capo ad un privato. Anche per quanto riguarda il possibile contenuto dei provvedimenti al giudice civile è consentito esclusivamente adottare misure volte a tutelare la specifica posizione della parte che le ha richieste, senza possibilità, invece, di imporre misure di portata generale.

Rimane fermo, comunque, il dovere del giudice italiano di conformarsi ai provvedimenti adottati in sede comunitaria (anche in via cautelare ai sensi dell'art. 8 Reg. 1/2003), come previsto dall'art. 16 del medesimo regolamento.

¹⁰ In proposito, la Corte di Cassazione, in una delle più importanti pronunce in materia antitrust, ha ritenuto sufficiente, ai fini della dimostrazione della condotta illecita, la produzione di copia del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM (cfr. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901; in senso conforme cfr. Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, Cass., 21 marzo 2011, n. 6347, entrambe in *Foro it.*, 2011, 6, 1, c. 1724.

¹¹ Cfr., sostanzialmente in questi termini Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011,

V. I REQUISITI PER LA CONCESSIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

I presupposti per la concessione di una misura cautelare sono gli stessi previsti per le ordinarie misure cautelari, vale a dire il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Ovviamente, al pari delle azioni ordinarie, per quanto riguarda la dimostrazione del primo requisito e, quindi, la verosimiglianza della sussistenza di una condotta anticoncorrenziale illecita, occorre distinguere a seconda che l'azione risarcitoria segua (c.d. azioni "follow-on") o meno (c.d. azioni "stand-alone") un preventivo accertamento della violazione delle norme *antitrust* da parte dell'AGCM. I provvedimenti dell'Autorità, infatti, per quanto non siano pregiudiziali nei confronti dell'azione risarcitoria e non esplicino efficacia di giudicato su quest'ultima, agevolano inevitabilmente la prova della condotta illecita anche, o forse soprattutto, in sede cautelare. Può discutersi se, nel giudizio di merito, per provare l'illecito sia sufficiente la produzione del provvedimento *antitrust*, come ritenuto in giurisprudenza¹⁰, seppure un po' impropriamente (visto che la Suprema Corte qualifica come "prova privilegiata" il provvedimento emesso dall'AGCM, o la decisione confermativa di tale provvedimento emessa dal giudice amministrativo, ma non specifica se ciò implichi una presunzione¹¹, una inversione dell'onere della prova¹² o un mero onere rafforzato a carico dell'impresa¹³). Certamente, invece, in sede cautelare il provvedimento emesso dall'AGCM potrà fondare l'emissione di un provvedimento cautelare. Ovviamente, l'a.g.o. non potrà valersi, ai fini civilistici, né in sede cautelare né nel giudizio di merito di un provvedimento del-

10, 1, c. 2674 con nota di PALMIERI, secondo cui non solo vi sarebbe un'inversione dell'onere della prova, ma l'impresa non potrebbe neppure contestare la sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattese dall'AGCM.

¹² Cfr. Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, 6, 1, c. 1724.

¹³ Cfr. Cass., 31 agosto 2011, n. 17891, in *Resp. civ. on line*, 2011, 10 e Cass., 26 maggio 2011, n. 11610.

l'AGCM la cui efficacia sia stata sospesa dal giudice amministrativo¹⁴.

Diversamente, invece, avviene qualora le azioni *follow on* siano basate su provvedimenti emessi dalla Commissione in applicazione del diritto comunitario. In tal caso, infatti, in considerazione di quanto previsto dal Reg. 1/2003, il giudice nazionale non può discostarsi dal provvedimento emesso, con conseguente incontestabilità delle violazioni ivi accertate, sia in sede di merito sia, a maggior ragione, in sede cautelare.

Per contro, nel caso di azioni promosse in assenza di provvedimenti dell'autorità (c.d. azioni "*stand-alone*"), l'attore dovrà farsi carico di un compito certamente più complesso, dovendo allegare e provare in termini di verosimiglianza i fatti costitutivi della pretesa cautelare e, quindi, l'illiceità della condotta e la potenziale lesività della stessa.

Sono doverose alcune brevi precisazioni soprattutto con riferimento alle domande cautelari strumentali ad azioni risarcitorie, in cui la sussistenza del *fumus boni iuris* presuppone la prova, in termini di verosimiglianza, della sussistenza di un danno.

Un primo problema si ha in caso di c.d. danno traslato (c.d. "*passing-on*"), il quale si realizza allorché un operatore posto in posizione intermedia nella catena economica trasferisca il danno subito da comportamenti anticoncorrenziali di un fornitore sui propri clienti. È discussa, infatti, la risarcibilità di tale forma di danno e, conseguentemente, la stessa legittimazione ad agire dei danneggiati finali. Ovviamente, qualora difetti la legittimazione in sede di merito analogo carenza si avrà anche in sede cautelare. A questo proposito, giova ricordare come la giurisprudenza, sia comunitaria che italiana, pur con specifico riferimento alle azioni di nullità, abbia riconosciuto la legittimazione ad agire dei consumatori (in definitiva, quindi, di chiunque abbia subito un

pregiudizio dalla condotta anticoncorrenziale) e, pertanto, paia aver dato risposta positiva alla stessa risarcibilità del danno traslato¹⁵.

Ulteriori problemi si hanno nel caso in cui si chieda una misura cautelare inibitoria in funzione di una successiva azione risarcitoria (come, ad esempio, nel caso di richiesta di cessazione di un comportamento anticoncorrenziale potenzialmente produttivo di un danno per il privato). Come si dirà meglio nel prossimo paragrafo, la giurisprudenza, pur negando la configurabilità di una tutela inibitoria di merito, ammette la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio strumentale ad un'azione risarcitoria o, ma è più discusso, ad un'azione di nullità. Nessun problema, ovviamente, si ha qualora si sia già prodotto un danno; in tal caso il provvedimento, finalizzato a contenere l'entità del danno, avrà contenuto conservativo rispetto alla pronuncia risarcitoria che sarà emessa nel giudizio di merito. Più problematico, invece, è il caso in cui il danno non si sia ancora verificato e il provvedimento inibitorio sia richiesto proprio per evitarne la causazione. In tal caso, infatti, il provvedimento inibitorio difetta di qualsiasi strumentalità (sia in funzione conservativa sia in funzione anticipatoria) rispetto alla futura sentenza di merito (evitando il danno, infatti, non vi potrà essere alcuna sentenza risarcitoria). Il dibattito sul punto non può certo dirsi concluso e assestato, molto dipendendo, infatti, dalla risoluzione delle ancora controverse questioni concernenti l'ammissibilità dell'azione inibitoria di merito e l'esatta definizione della nozione di strumentalità delle misure cautelare rispetto al giudizio di merito.

Il secondo presupposto per la concessione di una misura cautelare è il c.d. *periculum in mora*, vale a dire la dimostrazione, sempre in termini di verosimiglianza, del rischio di incorrere in un pregiudizio grave e irreparabile nel tempo

¹⁴ Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Arch. civ.*, 2004, p. 210.

¹⁵ Cfr. C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295 e - 298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico assicuraz.*, in *Danno e resp.*, 2007, 19 e Cass., sez.

un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014, con note di PALMIERI, PARDOLESI e SCODITTI. Cfr. anche App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 46, con note di BASTIANON e ROSSIONI.

necessario per ottenere la tutela in via ordinaria. Sul punto, tuttavia, la materia *antitrust* non presenta significative peculiarità rispetto alla disciplina ordinaria dei procedimenti cautelari.

VI. IL CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

Nel vigore della versione originaria della legge *antitrust* si discuteva se la Corte di Appello avesse una generale competenza in materia cautelare (tale cioè da poter anticipare anche gli effetti di eventuali provvedimenti inibitori da parte dell'AGCM) o se, invece, tale competenza fosse necessariamente strumentale alle controversie di merito (azione di nullità e azione risarcitoria) ad essa devolute. Dottrina e giurisprudenza erano orientate proprio in quest'ultimo senso, sulla base della necessaria strumentalità fra il provvedimento cautelare e il giudizio di merito¹⁶. Simile conclusione merita conferma anche dopo l'introduzione della c.d. strumentalità attenuata delle (o meglio di alcune) misure cautelari, frutto della riforma del codice di rito operata dalla l. 80/2005. Analogamente deve ritenersi ora per le sezioni specializzate in materia di impresa, le quali hanno competenza cautelare solo in relazione alle controversie *antitrust* ad esse devolute. In caso contrario, del resto, vi sarebbe il rischio di conflitti e sovrapposizioni, soprattutto con le funzioni attribuite all'AGCM, in quanto l'a.g.o. potrebbe emettere provvedimenti in grado di interferire con quelli emessi dalla medesima Autorità.

Altro problema è quello relativo al possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza. L'originaria versione dell'art. 33 della legge *antitrust* attribuiva specificamente alla Corte di Appello la competenza ad emettere "provvedimenti d'urgenza" in relazione alle violazioni di cui ai titoli da I a IV della legge *antitrust*. Pur non essendo richiamata direttamente la norma, l'espressione utilizzata (provvedimenti d'urgenza) rimandava chiaramente ai provve-

dimenti di cui all'art. 700 c.p.c. (misura di frequente utilizzo, del resto, in questa materia). Già nel vigore di tale norma, tuttavia, si riteneva che la competenza cautelare della Corte di Appello si estendesse a qualsiasi provvedimento cautelare, purché ovviamente strumentale ad una domanda di merito azionabile avanti alla medesima Corte ai sensi dell'art. 33 legge *antitrust*¹⁷. Analoga soluzione deve ritenersi ora, stante la riproposizione della medesima formula normativa.

Si discute, inoltre, sul possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza adottabili. Analogamente all'art. 700 c.p.c., infatti, l'art. 33, nella sua versione originaria, non specificava (né avrebbe potuto specificare) quali fossero i provvedimenti concretamente adottabili dalla Corte di Appello.

Il problema è rimasto sostanzialmente immutato anche a seguito della devoluzione alle sezioni specializzate della competenza in materia *antitrust*.

Le maggiori incertezze si sono riscontrate in relazione ai provvedimenti di tipo inibitorio. Si tratta di una questione connessa alla configurabilità di provvedimenti inibitori definitivi; qualora, infatti, fosse possibile richiedere anche nel giudizio di merito un'inibitoria, allora inevitabilmente tale possibilità dovrebbe essere ammessa anche in sede cautelare, in quanto anticipatoria alla tutela di merito.

In realtà, a dire il vero dopo numerose incertezze, la giurisprudenza, pur escludendo la configurabilità di un'inibitoria di merito definitiva (vale a dire un'azione di merito avente un contenuto esclusivamente inibitorio), ritiene comunque ammissibile una tutela cautelare inibitoria purché strumentale ad una successiva azione di nullità o risarcitoria; la strumentalità della misura cautelare, infatti, si osserva sempre in giurisprudenza, non implica necessariamente anche l'identità del contenuto della misura cautelare con il possibile contenuto del successivo provvedimento di merito¹⁸.

¹⁶ Cfr. App. Catanzaro, 3 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2359 e App. Roma 14 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3377.

¹⁷ Cfr., in giurisprudenza, App. Napoli 9 feb-

braio 1998, in *Gius.*, 1998, p. 3077 e App. Torino 17 febbraio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 288.

¹⁸ Cfr., in questo senso, App. Milano 5 febbraio 1996; in senso conforme a tale orientamento, pur

Ancor più discussa è l'ammissibilità di provvedimenti cautelari inibitori a contenuto positivo, vale a dire provvedimenti che incidano sull'autonomia negoziale delle parti imponendo la conclusione di contratti o l'esecuzione di specifiche prestazioni. Sono ammesse misure cautelari positive in relazione a contratti già in essere¹⁹.

Per converso, la giurisprudenza prevalente esclude l'ammissibilità di provvedimenti che impongano, in via d'urgenza, obblighi di contrarre in quanto, in assenza di una preventiva manifestazione di volontà delle parti, il giudice finirebbe per sovrapporsi indebitamente all'autonomia negoziale delle parti²⁰. Nella sostanza, in tali casi difetterebbe il necessario requisito della strumentalità della misura cautelare rispetto alla possibile sentenza di merito (non essendo configurabile, salvi i pochi ed eccezionali casi previsti per legge, la possibilità di ottenere in via giudiziale una sentenza di merito che faccia luogo di un contratto non concluso)²¹.

PAOLO COMOGLIO

Bibliografia

L. ARNAUDO, «Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale», in

Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2006, p. 983, F. CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari», in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 109, M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, C. GARILLI, «Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia antitrust», in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 855, GU. OLIVIERI, «I nuovi poteri cautelari dell'autorità garante della concorrenza e del mercato tra diritto comunitario e diritto interno», in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, 51, G. OPPO, «Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza», in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 543, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente - Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005, M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale - Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale*, Milano, 2009, Id., «Le sezioni specializzate in funzione di «giudice unico» della concorrenza», in *Dir. ind.*, 2011, p. 271, L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, M.S. SPOLIDORO, «Provvedimenti provvisori del diritto industriale», in *Riv. dir. ind.*, 1994, I, p. 359, M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, G.L. TOSATO - L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

se con differenti sfumature, si vedano App. Milano 16 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 919, con nota di GUIZZARDI, App. Milano 23 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1187, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2359 e in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 29, con nota di GENOVESE, e App. Roma 21 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3518.

¹⁹ App. Milano 19 aprile 2005.

²⁰ Cfr., in questo senso, App. Torino 29 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 371, con nota di PAGNI e App. Milano, 15 luglio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3393, con nota di MATRORILLI.

²¹ In questo senso si veda App. Milano 23 luglio 2005, in *Rass. dir. farm.*, 2006, p. 15.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'azione di classe per violazione del diritto *antitrust*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. LEGITTIMAZIONE ATTIVA E PASSIVA. – III. INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO E TRATTAZIONE DELLA CAUSA. – IV. GIUDIZIO DI AMMISSIBILITÀ. – 1. Non manifesta infondatezza. – 2. Omogeneità dei diritti. – 3. Conflitto di interessi. – 4. Adeguatezza del proponente. – V. DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE. – VI. SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO. – VII. ADESIONE ALL'AZIONE. – VIII. SENTENZA DI CONDANNA. – IX. RINUNCE E TRANSAZIONI.

I. INTRODUZIONE

L'azione di classe è entrata in vigore il 1° gennaio 2010. Essa è disciplinata dall'art. 140-bis cod. cons. Tra i diritti tipici che possono essere tutelati mediante l'azione di classe è previsto anche il diritto al risarcimento del danno causato da una violazione del diritto *antitrust* (art. 140 bis comma 2, lett. c, cod. cons.). La legge prevede che l'azione di classe possa essere promossa per le sole violazioni compiute dopo il 15 agosto 2009 (art. 49 comma 2, l. n. 99/2009). Nel caso in cui la violazione sia iniziata prima di questa data, ma sia continuata anche successivamente, l'azione di classe può essere promossa al solo fine di ottenere il risarcimento del danno causato dopo il 15 agosto 2009¹.

Le caratteristiche fondamentali dell'azione di classe sono le seguenti. Essa può essere promossa solo da consumatori o utenti e non invece da altri soggetti, quali le imprese o i professionisti in genere. L'azione deve essere promossa oltre che nell'interesse dei proponenti anche nell'interesse di tutti gli altri consumatori o utenti che fanno parte della stessa classe, e cioè che si trovano in una posizione omogenea rispetto a quella dei proponenti, per essere stati vittime della stessa violazione *antitrust*. I membri della classe che non promuovano l'azione hanno l'onere di aderire all'azione (c.d. *opt-in*). La sentenza che definisce il giudizio fa stato, oltre che nei confronti dei proponenti, an-

che nei confronti di tutti i membri della classe che abbiano aderito all'azione. I consumatori o utenti che non hanno aderito rimangono liberi di promuovere azioni individuali. Tutte le azioni di classe promosse per una stessa violazione devono essere riunite, anche d'ufficio. Dopo che è scaduto il termine per aderire all'azione non possono essere promosse nuove azioni di classe per la stessa violazione (c.d. consumazione dell'azione di classe).

L'azione di classe svolge diverse funzioni collegate tra loro. In primo luogo, essa favorisce l'accesso alla giustizia delle vittime di danni di scarsa entità. In secondo luogo, essa consente alla responsabilità civile di svolgere la propria funzione deterrente. Infine, l'azione di classe svolge una funzione di economia processuale, dal momento che consente di risolvere nell'ambito di un unico processo una molteplicità di pretese che diversamente avrebbero richiesto (se fatte valere in giudizio) un numero altrettanto elevato di giudizi individuali. A questo proposito, molto istruttivo è il caso dell'intesa restrittiva tra compagnie di assicurazioni sul mercato dell'assicurazione RC Auto. Secondo alcune testimonianze, in seguito all'accertamento di questa intesa da parte dell'AGCM², sono state promosse centinaia di migliaia di azioni individuali nei confronti delle compagnie di assicurazione per il risarcimento del danno.

II. LEGITTIMAZIONE ATTIVA E PASSIVA

Come detto, l'azione di classe può essere promossa solamente dai consumatori o dagli utenti (in seguito, per brevità, si parlerà solo di consumatori). In particolare, per quanto riguarda le violazioni *antitrust*, ci si domanda se l'azione di classe possa essere promossa esclusivamente dai consumatori che hanno acquistato direttamente dalle imprese che hanno parteci-

¹ Per la disciplina transitoria cfr. App. Napoli (ord.) 29 giugno 2012, *Assoconsum c. Banca della*

Campania; Trib. Roma (ord.) 25 marzo 2011, *Codacons c. Unicredit*.

² Delib. AGCM del 28 luglio 2000, n. 8546.

pato alla violazione, oppure possa essere promossa anche dai consumatori che non hanno acquistato direttamente da queste imprese, ma sui quali il danno è stato traslato lungo la catena produttiva o distributiva mediante un aumento del prezzo (c.d. traslazione del danno o *passing-on*). La questione non è mai stata affrontata frontalmente, né dalla giurisprudenza italiana, né da quella comunitaria. Qui basti osservare che qualora si dovesse ritenere che i consumatori acquirenti indiretti sono legittimati ad agire in giudizio per il risarcimento del danno, non dovrebbero esserci dubbi sul fatto che essi sarebbero ugualmente legittimati a promuovere un'azione di classe. Infatti, nel caso di una violazione *antitrust*, la legge attribuisce la legittimazione attiva a promuovere un'azione di classe indipendentemente dal fatto che il danno si sia verificato nell'ambito di un rapporto contrattuale. Peraltro, almeno in Europa, sembra destinata a prevalere la tesi secondo la quale la legittimazione attiva ad agire in giudizio per il risarcimento del danno spetta anche ai consumatori acquirenti indiretti.

I consumatori possono esercitare l'azione sia direttamente che indirettamente mediante mandato a un'associazione di consumatori o a un comitato appositamente costituito. Sino a oggi quasi tutte le azioni di classe promosse (di cui una sola in materia *antitrust*) sono state proposte mediante mandato a un'associazione di consumatori³. A questo proposito, si è discusso della natura sostanziale o meramente processuale del mandato dal consumatore all'associazione *ex art. 140-bis* comma 1, cod. cons. In un primo momento si era affermata la tesi che il mandato dovesse avere natura anche sostanziale secondo quanto previsto dall'art. 77 c.p.c.⁴. In un secondo momento, con interpretazione verosimilmente destinata a imporsi, si è ammesso invece che il meccanismo di sostituzione processuale previsto in materia di azione di classe è speciale e

che di conseguenza non è necessario un mandato sostanziale, ma è sufficiente un mandato meramente processuale⁵. Questa impostazione è preferibile perché consente la semplificazione della procedura e il contenimento dei costi per i proponenti (non essendo necessari la registrazione del mandato e il pagamento della relativa imposta).

La legge prevede che l'azione di classe debba essere promossa davanti al Trib. del capoluogo della Regione dove l'impresa ha la propria sede (art. 140-*bis* comma 4, cod. cons.). Questa disposizione ha fatto dubitare che l'azione possa essere promossa esclusivamente nei confronti delle imprese e non invece nei confronti di altri soggetti che agiscono per scopi professionali, quali i professionisti diversi dalle imprese, gli enti pubblici e le associazioni professionali. Tuttavia, prevale la tesi che ammette che possa essere promossa un'azione di classe anche nei confronti dei professionisti diversi dalle imprese, sulla base della considerazione che anche questi soggetti sono assoggettati alle discipline per le quali è ammessa l'azione di classe (e cioè, ad esempio, la disciplina delle clausole vessatorie, la disciplina *antitrust* e quella sulle pratiche commerciali scorrette). Non si comprenderebbe allora perché essi debbano essere sottratti alla possibilità di essere convenuti in giudizio mediante un'azione di classe⁶.

La disposizione che introduce la competenza speciale esclusiva del Trib. del capoluogo della Regione dove ha sede l'impresa convenuta, comporta che non possa essere promossa un'azione di classe esclusivamente nei confronti di un'impresa con sede all'estero. Un'impresa estera potrà essere convenuta solamente insieme con una o più imprese con sede in Italia presso uno qualsiasi dei Trib. dei capoluoghi delle Regioni dove queste imprese abbiano la propria sede (*ex art. 33 c.p.c.*).

Infatti, un'azione di classe per violazione del diritto *antitrust* può essere pro-

³ Vedi il Contatore azioni di classe dell'Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza (www.osservatorioantitrust.eu).

⁴ Trib. Torino (ord.) 28 aprile 2011, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*; Trib. Torino, 7 aprile 2011, *Adoc. Banca Popolare di Novara*.

⁵ App. Torino (ord.) 23 settembre 2011, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*.

⁶ Cfr. Trib. Roma (ord.) 20 aprile 2012, *Codacons c. Policlinico Gemelli*.

mossa nei confronti di ciascuna delle imprese che hanno partecipato alla violazione, dal momento che sussiste tra loro la responsabilità solidale per tutto il danno causato dalla violazione. Il proponente non ha l'onere di convenire tutte le imprese che hanno partecipato alla violazione, non sussistendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Egli può ottenere la condanna delle sole imprese convenute al risarcimento di tutto il danno causato dalla violazione *antitrust*. Per quanto riguarda in particolare l'azione di classe, si deve ritenere sulla base dei principi generali in materia di responsabilità solidale che il proponente possa chiedere che la classe sia definita in modo tale da ricomprendere tutti i consumatori che hanno acquistato direttamente o indirettamente da una delle imprese che hanno partecipato alla violazione, anche se alcune di queste imprese non sono state convenute in giudizio.

L'impresa che abbia risarcito il danno subito da tutti i consumatori che hanno promosso o aderito all'azione ha diritto di regresso nei confronti delle altre imprese secondo le disposizioni comuni. In sede di regresso si dovrà tenere conto della gravità della rispettiva colpa e delle conseguenze che ne sono derivate (art. 2055 c.c.). A questo proposito, ci si domanda se il giudice del regresso possa tenere conto anche del ruolo svolto dall'impresa che esercita o subisce la domanda di regresso nel consentire la scoperta della violazione *antitrust* denunciando la sua esistenza alla Commissione europea o all'AGCM nell'ambito di un programma di clemenza. In ogni caso, l'azione di regresso potrà essere esercitata in via riconvenzionale nell'ambito dello stesso processo di classe, sia mediante la chiamata in causa del corresponsabile, sia mediante l'estensione della relativa domanda agli altri convenuti⁷.

III. INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO E TRATTAZIONE DELLA CAUSA

Come detto, l'azione di classe si promuove con atto di citazione in giudizio

⁷ La chiamata in causa del terzo nell'ambito di un'azione di classe è stata ammessa da Trib. Milano (ord.) 20 ottobre 2011, *Aduc c. Microsoft*;

davanti al Trib. del capoluogo della Regione in cui ha sede l'impresa convenuta o una delle imprese convenute. La legge prevede alcune eccezioni per le Regioni più piccole. Più precisamente, per la Valle d'Aosta è competente il Trib. di Torino, per il Trentino Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il Trib. di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il Trib. di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il Trib. di Napoli (art. 140-*bis* comma 4, cod. cons.). Nei Trib. dei capoluoghi di Regione dove è stata istituita la sezione specializzata in materia di impresa (c.d. Trib. delle imprese), l'azione di classe *antitrust* deve essere assegnata a questa sezione. Invece, nel Trib. di Cagliari (unico Trib. di capoluogo di Regione che abbia competenza per le azioni di classe, ma presso il quale non è stata istituita una sezione specializzata in materia di impresa) la causa verrà assegnata secondo gli usuali criteri per materia.

Il Trib. tratta la causa in composizione collegiale (art. 140-*bis* comma 4, cod. cons.). Inoltre, è previsto l'intervento facoltativo del pubblico ministero, limitatamente all'udienza di ammissibilità dell'azione. A questo fine, il proponente ha l'onere di notificare l'atto introduttivo del giudizio anche a questo ufficio (art. 140-*bis* comma 5, cod. cons.).

L'azione di classe deve avere per oggetto l'accertamento della violazione *antitrust* e la condanna del convenuto al risarcimento del danno a favore del proponente e degli aderenti all'azione. È fatto salvo il caso in cui la violazione *antitrust* sia già stata accertata dalla Commissione europea, nel qual caso il relativo accertamento è vincolante per il giudice nazionale e quindi non necessita un accertamento ulteriore (art. 16 § 1 Reg. 1/2003). Nella giurisprudenza immediatamente successiva alla sua entrata in vigore, era discusso se il proponente potesse promuovere un'azione di classe al solo fine di ottenere l'accertamento della violazione, riservandosi di chiedere la condanna del convenuto al risarcimento del danno in

Trib. Napoli (ord.) 1° ottobre 2011, *Unione Nazionale Consumatori c. Wecantour*.

un separato giudizio (c.d. biforcazione dell'azione di classe)⁸. La recente riforma dell'azione di classe, attuata con d.l. 1/2012, convertito con modificazioni in l. 27/2012, sembra avere chiarito – con una poco elegante ma efficace ripetizione – che l'azione di classe deve avere per oggetto, sia l'accertamento della responsabilità, che la condanna al risarcimento del danno (cfr. art. 140-*bis* comma 2, § 1, cod. cons.).

Il divieto di biforcazione è posto principalmente a tutela dei consumatori che promuovono o aderiscono all'azione. In sua assenza, il consumatore che avesse promosso o aderito a un'azione di classe di mero accertamento della responsabilità del convenuto non avrebbe modo in seguito di ottenere una sentenza di condanna dello stesso convenuto al risarcimento del danno. Infatti, come si è detto, l'adesione a un'azione di classe comporta la rinuncia a far valere lo stesso diritto mediante un'azione individuale. La promozione o l'adesione a un'azione di classe di mero accertamento diventerebbe così una trappola senza via d'uscita. Inoltre, il divieto di biforcazione è perfettamente coerente con la funzione di economia processuale dell'azione di classe. Infatti, anche ipotizzando che la promozione o l'adesione a un'azione di classe di mero accertamento della responsabilità non comporti la rinuncia a promuovere un'azione individuale per la condanna dello stesso convenuto al risarcimento del danno, l'azione di classe di mero accertamento dovrebbe essere seguita da una miriade di azioni individuali per la condanna al risarcimento. Come efficacemente scritto, l'azione di classe diventerebbe così un mostro dalle mille teste paragonabile all'Idra di Lerno.

Tutte le azioni di classe promosse per la stessa violazione *antitrust* e nei confronti delle stesse imprese devono essere riunite tra loro (art. 140-*bis* comma 14, cod. cons.). Più precisamente, se le diverse azioni sono state promosse davanti allo stesso Trib., queste vengono riunite d'ufficio. Se invece sono state promosse

davanti a Trib. diversi, il Trib. che è stato adito successivamente deve ordinare la cancellazione della causa dal ruolo. Peraltro, è prevedibile che normalmente le imprese convenute abbiano interesse a far rilevare la pendenza di un'altra azione di classe promossa nei loro confronti per la stessa violazione davanti a un altro Trib. Infatti, più alto è il numero di azioni di classe pendenti e più alta è la probabilità che una di esse venga dichiarata ammissibile.

Nel caso in cui il Trib. successivamente adito abbia ordinato la cancellazione della causa dal ruolo, il proponente può promuovere una nuova azione di classe davanti al Trib. adito per primo, oppure può limitarsi ad aderire a quella già promossa. Se sceglie di promuovere una nuova azione di classe, questa verrà riunita a quella promossa per prima. Tuttavia, il consumatore proponente sarà parte del processo e potrà compiere tutti i relativi atti processuali. Diversamente, se sceglie di aderire all'azione già promossa, egli non sarà parte del processo e non potrà compiere autonomamente alcun atto processuale.

La legge precisa che non possono essere promosse nuove azioni di classe per la stessa violazione nei confronti delle stesse imprese dopo la scadenza del termine fissato dal Trib. per aderire all'azione. Se la nuova azione di classe è riunita a quella già promossa prima dell'udienza di ammissibilità, il Trib. può decidere sulla sua ammissibilità con riferimento a tutte le domande ed eccezioni proposte da proponenti e convenuti nell'ambito dei rispettivi atti giudiziari. La questione si complica se l'azione di classe è riunita a quella già promossa dopo l'udienza di ammissibilità. In questo caso, non si può escludere che il consumatore che ha promosso la nuova azione di classe abbia formulato domande nuove o sia soggetto a eccezioni nuove che non siano state oggetto del giudizio di ammissibilità. Si prenda il caso in cui sia stata ammessa un'azione di classe promossa da un consumatore acquirente diretto, ad esem-

⁸ A favore: Trib. Roma (ord.) 25 marzo 2011,

Codacons c. Unicredit. Contro: App. Torino (ord.) 27 ottobre 2010, *Codacons c. Intesa Sanpaolo*.

pio un passeggero che ha acquistato il biglietto direttamente dalla compagnia aerea accusata di avere partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza. Supponiamo che dopo l'ammissione di questa azione venga promossa una nuova azione di classe entro il termine di legge da parte di un consumatore acquirente indiretto, ad esempio un passeggero che abbia acquistato il biglietto aereo da un *tour operator* nell'ambito di un pacchetto turistico. In un caso di questo tipo, non si può escludere a priori che l'azione promossa dal consumatore acquirente indiretto sia inammissibile, ad esempio perché manifestamente infondata (ad esempio, perché il prezzo dei biglietti venduti ai *tour operator* era stato fissato prima che l'intesa cominciasse a produrre i suoi effetti), oppure perché il diritto dei consumatori acquirenti indiretti non è omogeneo rispetto al diritto dei consumatori acquirenti diretti (ad esempio, perché i *tour operator* acquistano grandi quantità di biglietti e quindi negoziano individualmente il prezzo). Non è chiaro allora se in un caso di questo tipo il Trib. debba sottoporre la nuova azione al giudizio di ammissibilità prima di riunirla a quella promossa per prima, oppure più semplicemente debba ritenere che le due azioni di classe si riferiscono a fatti diversi e quindi lasciare che esse procedano separatamente.

IV. GIUDIZIO DI AMMISSIBILITÀ

Prima della trattazione vera e propria, la legge prevede che il Trib. debba pronunciarsi con ordinanza sull'ammissibilità dell'azione di classe. L'azione è inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi tra il proponente e il convenuto o tra i diversi membri della classe, quando i diritti dei diversi membri della classe non sono omogenei tra loro e infine quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe.

La mancanza di qualunque condizione di ammissibilità della domanda può essere rilevata d'ufficio dal Trib. Infatti,

tutte queste condizioni sono poste a tutela di interessi pubblici o di terzi estranei al processo, quali la corretta amministrazione della giustizia e la tutela dei consumatori interessati ad aderire all'azione. Proprio per questa ragione, come si è detto, la legge prevede l'obbligo di notificare l'atto introduttivo del giudizio al pubblico ministero presso il Trib. adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità (art. 140-*bis* comma 5, cod. cons.).

1. *Non manifesta infondatezza*. – Il requisito della non manifesta infondatezza svolge una duplice funzione. Da una parte, si vuole evitare che l'impresa convenuta sia esposta al discredito che può derivare dalla promozione di un'azione di classe quando essa è manifestamente infondata. Dall'altra parte, si vuole evitare che i consumatori che hanno subito un danno ingiusto rinuncino al diritto di agire su base individuale per aderire a un'azione di classe che non ha alcuna possibilità di portare a un risultato utile. Il Trib. si pronuncia sulla non manifesta infondatezza all'esito di un giudizio sommario sulla base degli atti difensivi delle parti (atto di citazione, comparsa di costituzione e risposta ed eventuali memorie autorizzate) e della documentazione da queste prodotta in giudizio. Il proponente non ha l'onere di dimostrare la veridicità dei fatti allegati, salvo che questi siano manifestamente falsi. Il giudizio è quindi fondamentalmente ispirato al principio *si vera sint exposita*⁹. Tuttavia, esso ha l'onere di allegare un insieme di fatti che – se provati nel corso del giudizio – siano sufficienti a condurre all'accertamento della violazione e alla condanna del convenuto al risarcimento del danno. Diversamente, il giudizio successivo all'ammissione dell'azione di classe non potrebbe portare ad alcun risultato utile, né per il proponente, né per gli aderenti all'azione. Ad esempio, sarebbe manifestamente infondata l'azione in cui il proponente si fosse limitato ad allegare il solo fatto di un contemporaneo e rilevante aumento

⁹ App. Roma (ord.) 27 gennaio 2012, *Codacons c. BAT*.

dei prezzi praticati dalle imprese convenute. Infatti, come è noto, il solo aumento dei prezzi – per quanto rilevante – non è di per sé un fatto sufficiente a dimostrare l'esistenza di una violazione *antitrust*¹⁰.

2. *Omogeneità dei diritti.* – Il requisito dell'omogeneità dei diritti svolge la funzione di consentire al Trib. di verificare che sussistano i presupposti affinché tutte le pretese dei proponenti e dei potenziali aderenti all'azione possano essere decise nell'ambito di un'unica istruttoria comune a tutti i membri della classe¹¹. Questo è il presupposto fondamentale affinché l'azione di classe possa svolgere la propria funzione di economia processuale¹². Diversamente, l'azione di classe si ridurrebbe a una somma di azioni individuali di difficile se non impossibile gestione. A questo fine, il Trib. deve verificare che il proponente sia in grado di dimostrare (nel corso del giudizio) mediante mezzi di prova comuni a tutti i membri della classe tutti i presupposti dell'accertamento della responsabilità del convenuto e della sua condanna al risarcimento del danno. Correlativamente, il Trib. deve anche verificare che il convenuto sia in grado di dimostrare mediante mezzi di prova comuni a tutti i membri della classe tutte le eccezioni e i fatti contrari all'accertamento della propria responsabilità e alla conseguente condanna al risarcimento del danno.

Nelle azioni di classe *antitrust* il proponente dovrà dimostrare la possibilità di una prova comune della violazione, del nesso di causalità (e cioè del fatto che la violazione abbia causato un danno a tutti i membri della classe) e, infine, del *quantum* del danno risarcibile.

Per quanto riguarda la possibilità della prova comune del danno risarcibile, non è necessario che il proponente dimostri che tutti i membri della classe hanno subito un danno identico¹³. Piuttosto il pro-

ponente dovrà dimostrare l'esistenza di un criterio omogeneo per il calcolo del danno subito da ciascun membro della classe, come previsto dall'art. 104-*bis*, comma 12, cod. cons.

Se la classe è stata definita in modo adeguato, la prova della violazione sarà di norma comune a tutti i suoi membri. Pertanto, l'onere del proponente sarà per lo più limitato alla dimostrazione della possibilità di una prova comune del nesso di causalità e dell'esistenza di un criterio omogeneo per il calcolo del danno. Inoltre, almeno per le violazioni *antitrust* più gravi (quale ad esempio un cartello per la fissazione del prezzo), il proponente potrà avvalersi della presunzione che la violazione abbia causato un aumento del prezzo pagato da tutti i consumatori¹⁴. Rimane ferma la possibilità che il convenuto dimostri che per una qualche ragione la violazione – pur essendo diretta a determinare un aumento illecito del prezzo – eccezionalmente non abbia causato alcun danno ai consumatori (nel qual caso l'azione potrebbe essere dichiarata inammissibile perché manifestamente infondata), oppure che abbia causato un danno ad alcuni consumatori e non ad altri (nel quale caso l'azione potrebbe essere dichiarata inammissibile per difetto del requisito dell'omogeneità dei diritti). Ad esempio, il convenuto potrà cercare di dimostrare già nella fase preliminare del giudizio che l'intesa restrittiva della concorrenza non ha mai avuto esecuzione, oppure che alcuni consumatori non sono stati interessati dagli effetti negativi dell'intesa, perché ad esempio godono di un regime tariffario "bloccato" in base alla legge o per contratto. In questo secondo caso, nulla vieta che il proponente, precisando e modificando le proprie domande e conclusioni *ex art.* 183 comma 5, c.p.c., chieda che la classe sia definita in modo tale da escludere i consumatori i quali non si trovino in una posizione omogenea

¹⁰ Cfr. negli USA con specifico riferimento a un'azione di classe *antitrust*, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 127 S.Ct 1955 (2007).

¹¹ Cfr. Trib. Roma (ord.) 11 aprile 2011, *Codacons c. BAT*.

¹² Cfr. App. Roma (ord.) 27 gennaio 2012, *Codacons c. BAT*.

¹³ In questo senso App. Roma (ord.) 27 gennaio 2012, *Codacons c. BAT*; Trib. Roma (ord.), *Codacons. c. Policlinico Gemelli*; App. Torino (ord.) 23 settembre 2011, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*; Trib. Firenze (ord.) 15 luglio 2011, *De Zordo c. Quadrifoglio*.

¹⁴ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305.

rispetto al proponente e agli altri membri della classe¹⁵.

Per le ragioni esposte si deve ritenere che il requisito dell'omogeneità dei diritti non dovrebbe porre eccessive difficoltà al consumatore soprattutto quando questo si possa avvalere di una precedente decisione della Commissione europea o dell'AGCM che accerti in via definitiva l'esistenza della violazione. Questa relativa facilità si spiega anche sulla base della considerazione che l'azione di classe può essere promossa solo nell'interesse di classi di consumatori, i quali nella normalità dei casi si trovano in una posizione omogenea tra loro per la semplice ragione che le imprese hanno interesse a imporre a tutti i propri clienti consumatori condizioni contrattuali e politiche commerciali comuni.

È prevedibile invece che il requisito dell'omogeneità dei diritti sia più problematico per le azioni di classe proposte nell'interesse di consumatori acquirenti indiretti (nei limiti in cui la giurisprudenza riterrà che anche questi soggetti siano legittimati ad agire per il risarcimento del danno). Infatti, in questi casi, il prodotto o servizio oggetto della violazione *antitrust* è interessato da diversi passaggi, tra l'impresa che ha partecipato alla violazione e il consumatore finale, i quali possono amplificare le differenze esistenti tra i diversi consumatori e quindi far sì che non sia possibile ritenere che nella specie i diritti di tutti i membri della classe siano omogenei tra loro.

In ogni caso, si deve ritenere che il requisito dell'omogeneità dei diritti non debba essere interpretato in modo così rigoroso da rendere l'ammissione di un'azione di classe eccessivamente difficile o praticamente impossibile. Ciò si deduce agevolmente dalla scelta del legislatore italiano di sostituire il requisito dell'identità dei diritti con il requisito meno restrittivo dell'omogeneità dei diritti. Inoltre, un approccio non eccessivamente rigoroso è suggerito dalla considerazione

che il legislatore italiano ha adottato una serie di cautele (onere di adesione, valutazione preliminare nel merito, condanna alle spese per la parte soccombente, etc.) tali da far ritenere che il rischio di abusi da parte dei proponenti sia praticamente inesistente. Si dovrebbe poter parlare quindi di un *favor* per l'ammissione dell'azione di classe *antitrust*.

3. *Conflitto di interessi*. – L'azione è inammissibile quando sussiste un conflitto di interessi tra il proponente e il convenuto oppure tra i diversi membri della classe¹⁶. Quanto al primo caso, viene in mente l'esempio quasi di scuola del comitato organizzato dal convenuto al fine di promuovere un'azione di classe destinata a non andare a buon fine. Quanto al secondo caso, invece, viene in mente l'esempio del proponente che proponga un'azione di classe nell'interesse sia di consumatori acquirenti diretti che di consumatori acquirenti indiretti. In questo caso, i consumatori del primo tipo potrebbero aver interesse a far valere il difetto di legittimazione attiva dei consumatori del secondo tipo, ad esempio perché il patrimonio del convenuto non è sufficiente a garantire la soddisfazione delle pretese di tutti i membri della classe. Tuttavia, in un caso di questo tipo, c'è da dubitare che l'azione sia inammissibile, non tanto per il conflitto di interessi, quanto ancor prima per la mancanza del requisito dell'omogeneità dei diritti.

4. *Adeguatezza del proponente*. – Infine, l'azione è inammissibile quando il proponente non appare in grado di curare in modo adeguato l'interesse della classe. Sino a oggi la giurisprudenza ha valutato la sussistenza di questo presupposto esclusivamente sotto il profilo dell'adeguatezza finanziaria e organizzativa del proponente. Ad esempio, ha ritenuto adeguate le associazioni iscritte all'elenco delle associazioni di consumatori e utenti rappresentative a livello nazionale isti-

¹⁵ In via generale su questa possibilità v. Trib. Milano (ord.) 20 dicembre 2010, *Codacons c. Voden Medical Instruments*.

¹⁶ La rilevanza del conflitto di interessi tra i membri della classe è stata ammessa come *obiter dictum* da Trib. Roma (ord.) 11 aprile 2011, *Codacons c. BAT*.

tuito *ex art.* 137 cod. cons.¹⁷. Invece, non ha ritenuto adeguati alcuni consumatori che avevano promosso un'azione di classe nei confronti di alcune banche per l'illecita applicazione di commissioni di massimo scoperto, dal momento che gli stessi consumatori avevano allegato che i propri conti corrente bancari avevano un saldo negativo¹⁸.

Tuttavia, il presupposto dell'adeguatezza può rilevare anche sotto altri profili. Ad esempio, potrebbe essere dichiarata inammissibile per inadeguatezza l'azione mediante la quale il proponente chieda la condanna del convenuto al risarcimento di solo una parte del danno causato dalla violazione *antitrust*. In questo caso, la mancata ammissione dell'azione di classe servirebbe a impedire che gli aderenti all'azione siano privati del diritto di agire individualmente per ottenere il risarcimento di quella parte di danno arbitrariamente lasciato fuori dall'azione di classe. Infatti, in base al principio della c.d. infrazionabilità della domanda di risarcimento del danno, i consumatori che hanno aderito all'azione non possono proporre nuove azioni individuali neppure per chiedere il risarcimento di quella parte del danno non richiesta nell'ambito dell'azione di classe. Rimane ferma la possibilità che il proponente formuli espressa riserva di chiedere il risarcimento del danno ulteriore in un separato giudizio¹⁹. Si deve ritenere, infatti, che la riserva gioverebbe anche agli eventuali aderenti all'azione di classe. Tuttavia, non si vede come una simile riserva possa svolgere una qualche utile funzione dell'ambito di azione di classe *antitrust* e non si riduca invece a una lesione del diritto del convenuto a che tutte le pretese di controparte nascenti da uno stesso rapporto siano concentrate in un unico processo²⁰. A questo si aggiunga che, anche nel caso in cui il proponente abbia formu-

lato la riserva, ogni eventuale nuova iniziativa giudiziale dovrebbe essere preclusa ai consumatori che abbiano aderito all'azione, dal momento che l'adesione, come si è visto più volte, comporta la rinuncia a ogni azione risarcitoria individuale (art. 140-*bis* comma 3, cod. cons.).

V. DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE

Il Trib. decide sull'ammissibilità dell'azione con ordinanza all'esito della prima udienza (art. 140-*bis* comma 6, cod. cons.). La giurisprudenza ha precisato che come nel giudizio ordinario la trattazione non deve essere necessariamente orale, ma le parti possono chiedere termini per il deposito di memorie scritte²¹. Nel caso in cui l'azione sia dichiarata inammissibile, il Trib. dispone in merito alle spese del giudizio e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente. Inoltre, può condannare il proponente al risarcimento del danno per lite temeraria *ex art.* 96 c.p.c. (art. 140-*bis* comma 8, cod. cons.). Peraltro, è degno di nota il fatto che, almeno sino a oggi, i Trib. che hanno dichiarato inammissibile l'azione hanno per lo più compensato le spese tra le parti.

Nel caso in cui l'azione sia dichiarata ammissibile, il Trib. definisce la classe (e cioè individua i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione), fissa il termine della pubblicità e ne stabilisce le modalità più opportune, al fine di consentire l'adesione all'azione da parte dei membri della classe e, infine, fissa un termine ulteriore per il deposito in cancelleria delle adesioni. Il termine per il deposito delle adesioni non può essere successivo di oltre centoventi giorni dalla scadenza del termine per l'esecuzione della pubblicità (art. 140-*bis*, comma 9, cod.

¹⁷ Trib. Napoli (ord.) 9 dicembre 2011, *Assoconsum c. Banca della Campania*, confermata sul punto da App. Napoli (ord.) 29 giugno 2012.

¹⁸ Trib. Torino (ord.) 28 aprile 2011, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*; Trib. Torino (ord.) 7 aprile 2011, *Adoc c. Banca Popolare di Novara*.

¹⁹ Cfr. tra le tante Cass., sez. III, 6 dicembre

2005, n. 26687; Cass., sez. III, 6 agosto 1997, n. 7275; Cass., sez. II, 8 luglio 1981, n. 4488.

²⁰ Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726.

²¹ Trib. Milano (ord.) 20 dicembre 2010, *Codacons c. Voden Medical Instruments*, confermata sul punto da App. Milano (ord.) 3 maggio 2011.

cons.). Con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione, il Trib. determina anche il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo (art. 140-*bis* comma 11, cod. cons.).

Per quanto riguarda la pubblicità ai fini dell'adesione, la legge dispone espressamente che la sua esecuzione è condizione di procedibilità della domanda. Pertanto, il proponente ha l'onere di sostenere i relativi costi (che possono essere anche ingenti per le azioni di classe nazionali, quali saranno di norma le azioni *antitrust*) se vuole che l'azione possa procedere nella fase successiva del processo. La giurisprudenza ha precisato che il Trib. non ha il potere di imporre i costi della pubblicità sul convenuto, neppure quando la fondatezza del diritto del proponente sia evidente (ad esempio, perché la violazione *antitrust* è già stata accertata da una decisione della Commissione europea o dell'AGCM)²². A questo proposito, si è osservato, da una parte, che il convenuto non avrebbe interesse a eseguire spontaneamente la pubblicità e, dall'altra parte, che il Trib. non avrebbe gli strumenti per indurre il convenuto ad adempiere all'ordine di esecuzione anche contro la propria volontà²³.

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione è reclamabile davanti alla Corte d'Appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la Corte decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Nel caso in cui il Trib. abbia ammesso l'azione, il reclamo non sospende il procedimento davanti al Trib. (art. 140-*bis* comma 7, cod. cons.). Non è ammissibile il ricorso per la cassazione dell'ordinanza della Corte d'Appello che abbia dichiarato inammissibile l'azione. A questo proposito, la Corte di Cassazione ha osservato che la decisione della Corte d'Appello non preclude la possibilità per il proponente di far valere nuovamente il proprio diritto propo-

nendo un'azione individuale o una nuova azione di classe, avendo cura, in questo secondo caso, di rimediare alla causa di inammissibilità²⁴.

VI. SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO

Nel caso in cui sulla stessa violazione *antitrust* oggetto dell'azione di classe sia in corso un'istruttoria della Commissione europea o dell'AGCM, oppure sia pendente un processo davanti al TAR Lazio o al Consiglio di Stato, il Trib. investito dell'azione ha la facoltà di sospendere il giudizio (art. 140-*bis* comma 6, cod. cons.; art. 16 § 1 Reg. Ue 1/03). Questa eventualità potrebbe verificarsi spesso nelle azioni di classe *antitrust*, dal momento che è prevedibile che la stragrande maggioranza di esse verrà promossa dopo la pubblicazione della decisione della Commissione europea o dell'AGCM di aprire un'istruttoria nei confronti della convenute per una sospetta violazione *antitrust*, oppure dopo la decisione delle stesse autorità che accerti la sussistenza della violazione, ma comunque prima che le relative decisioni siano passate in giudicato. Infatti, i soggetti legittimati a promuovere un'azione di classe, da una parte, non hanno gli strumenti per scoprire autonomamente una violazione *antitrust* (che per lo più sarà tenuta segreta dai partecipanti) e, dall'altra parte, possono avere interesse in certe circostanze ad agire subito dopo l'apertura dell'istruttoria, ad esempio al fine di raccogliere il maggior numero possibile di adesioni.

Nel valutare l'opportunità di una sospensione del giudizio il Trib. dovrà tenere conto degli interessi contrapposti alla tempestività e alla correttezza del giudizio. A questo proposito, si può osservare che le decisioni della Commissione europea, così come le sentenze dei giudici dell'Unione europea, sono vincolanti per il giudice nazionale. Invece, le decisioni dell'AGCM, così come le sentenze dei giudici amministrativi italiani, non sono vincolanti per il giudice ordinario. Tuttavia, è pacifico in giurisprudenza che il giudice

²² Cfr. Trib. Torino (ord.) 15 giugno 2012, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cass., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, *Codacons c. Intesa Sanpaolo*.

ordinario debba presumere la sussistenza di una violazione *antitrust* che sia stata accertata dall'AGCM²⁵. È prevedibile quindi che in tutti questi casi il Trib. sospenda il giudizio, salvo che l'esito del giudizio pendente davanti a una di queste autorità non sia praticamente certo o la relativa decisione non sia irrilevante ai fini dell'azione di classe (ad esempio, perché la decisione dalla Commissione europea o dall'AGCM che accerta la violazione è stata impugnata sotto il solo profilo dell'entità della sanzione, oppure solamente da parte di un'impresa che non è stata convenuta nell'azione di classe).

VII. ADESIONE ALL'AZIONE

Come detto, la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti dei consumatori membri della classe che abbiano aderito all'azione. Quindi, i consumatori che facendo parte della classe, così come definita nell'ordinanza di ammissione dell'azione, vogliono potersi avvalere degli eventuali effetti favorevoli della sentenza hanno l'onere di aderire all'azione (c.d. *opt-in*). Non è ammesso invece l'intervento nel giudizio ai sensi dell'art. 105 c.p.c. (art. 140-*bis* comma 10, cod. cons.). L'adesione comporta la rinuncia a promuovere azioni individuali per il risarcimento del danno causato dalla stessa violazione *antitrust*.

Il consumatore che aderisce all'azione di classe non diventa parte del processo²⁶. Egli non può compiere atti processuali. In particolare, non può impugnare la sentenza che respinga una domanda formulata dal proponente. Di contro, l'aderente non essendo parte del processo non può essere condannato alle spese processuali o al risarcimento del danno per lite temeraria. Desta perplessità quindi una recente sentenza del Trib. di Milano che ha condannato un consumatore che ha aderito a un'azione di classe alle spese e al risarcimento del danno per lite temeraria in solido con il proponente²⁷. Ugualmente errata sembra una successiva sentenza

del Trib. di Napoli nella parte in cui dichiara compensate le spese giudiziali nei rapporti tra convenuto soccombente e consumatori che hanno aderito all'azione pur non facendo parte della classe²⁸.

L'atto di adesione deve essere depositato in cancelleria entro il termine fissato dal giudice nell'ordinanza che ammette l'azione. Esso deve contenere l'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere e la relativa documentazione probatoria (art. 140-*bis* comma 3, cod. cons.). Ad esempio, se l'azione di classe è stata promossa nei confronti di una compagnia di assicurazione, l'aderente dovrà indicare nell'atto di adesione gli estremi della polizza sottoscritta, allegando copia del relativo contratto. Tuttavia, non è chiaro se per promuovere o aderire a un'azione di classe il consumatore che allega di essere stato vittima di una violazione *antitrust* sia tenuto a dare la prova scritta del proprio acquisto. La tesi più restrittiva avrebbe l'effetto indesiderabile di impedire di fatto l'esercizio di un'azione di classe nei confronti di imprese responsabili di gravi violazioni *antitrust*. Ad esempio, difficilmente sarebbero proponibili azioni di classe in caso di violazioni *antitrust* che hanno per oggetto generi alimentari o più in generale prodotti di largo consumo, dal momento che i consumatori non sono solito conservare la prova scritta di questo tipo di acquisti (ad esempio, gli scontrini della spesa). La tesi meno restrittiva invece consentirebbe al giudice di ritenere provato il fatto dell'acquisto mediante il ricorso a presunzioni semplici (ad esempio, è statisticamente provato che ogni italiano consuma in media una certa quantità di un certo prodotto alimentare).

L'atto di adesione può essere depositato nella cancelleria del Trib. da ogni consumatore personalmente oppure mediante il proponente. La riforma del 2012 ha precisato che l'atto di adesione può anche essere trasmesso (in cancelleria o al proponente) mediante posta elettronica certificata o fax. La giurisprudenza ha in-

²⁵ Cfr. Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640.

²⁶ Trib. Torino (ord.) 15 giugno 2012, *Altro-consumo c. Intesa Sanpaolo*.

²⁷ Trib. Milano (sent.) 13 marzo 2012, *Codacons c. Voden Medical Instruments*.

²⁸ Trib. Napoli (sent.) 18 febbraio 2013, *Maggi c. Wecan Tour di Goa*.

vece precisato che la firma dell'aderente deve essere autenticata e che la relativa autenticazione non può essere fatta dal difensore, dal momento che l'adesione avviene senza il suo ministero²⁹. Va da sé che questo obbligo di autenticazione, se confermato dalla giurisprudenza successiva, renderà ancora più difficoltosa l'adesione a un'azione di classe. Ci si può chiedere quindi se non sia sufficiente che all'atto di adesione sia allegata copia del documento di identità dell'aderente, secondo quanto comunemente accettato per la partecipazione a concorsi pubblici.

VIII. LA SENTENZA DI CONDANNA

In caso di condanna del convenuto il Trib. può liquidare il danno risarcibile al proponente e ai membri della classe in via equitativa secondo quanto previsto dall'art. 1226 c.c. La legge prevede il caso in cui il Trib. non possa liquidare una somma uguale per tutti i consumatori che hanno proposto o aderito all'azione di classe. In questo caso, il Trib. deve fissare un criterio omogeneo per la liquidazione del danno subito da ciascun consumatore o sottoclasse di consumatori (gruppi di consumatori aventi certe caratteristiche in comune). Ad esempio, secondo quanto ammesso dalla giurisprudenza in caso di azioni individuali, il Trib. potrà liquidare una somma pari a una percentuale del prezzo pagato da ciascun consumatore, senza dover specificare con riferimento a ogni singolo consumatore la somma esatta di cui egli è creditore³⁰. Oppure, nel caso in cui la violazione abbia causato danni di differente entità a diversi gruppi di consumatori, il Trib. potrà stabilire per ciascuna sottoclasse percentuali diverse del prezzo pagato dai consumatori per il prodotto o servizio interessato dalla violazione.

La riforma del 2012 ha precisato che, nel caso in cui stabilisca un criterio omo-

geneo per la liquidazione del danno, il Trib. assegna alle parti un termine non superiore a novanta giorni per raggiungere un accordo sulla liquidazione del danno dovuto a ciascun consumatore. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il Trib. su istanza di anche una sola delle parti liquida le somme dovute ai singoli aderenti.

La sentenza di condanna diviene esecutiva dopo che sono decorsi centoottanta giorni dalla sua pubblicazione. Sulle somme pagate dal convenuto entro questo termine non sono dovuti interessi o altri accessori o diritti³¹. Questa disposizione eccezionale svolge la funzione di contemperare l'interesse dei consumatori a ottenere il pagamento immediato di quanto loro dovuto e l'interesse contrapposto del convenuto soccombente a predisporre la provvista per i pagamenti. Entro questi limiti, essa può essere ritenuta compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea che impone che le vittime delle violazioni *antitrust* possano pretendere anche il pagamento degli interessi sulle somme dovute a titolo di risarcimento³².

In caso di impugnazione di una sentenza di condanna, la Corte d'Appello cui sia stata richiesta la sospensione della provvisoria esecutività della sentenza ai sensi dell'art. 283 c.p.c., deve tenere conto anche dell'entità complessiva della somma dovuta dal convenuto soccombente, del numero dei creditori (*i.e.* dei consumatori che avendo proposto o aderito all'azione abbiano ottenuto una condanna a loro favore), nonché delle connesse difficoltà di recupero di quanto pagato in esecuzione della sentenza di primo grado in caso di accoglimento dell'appello. La Corte può disporre che la somma complessivamente dovuta sia depositata e resti vincolata nelle forme più opportune sino al passaggio in giudicato della sentenza (art. 140-*bis* comma 13, cod. cons.).

²⁹ Trib. Torino (ord.) 15 giugno 2012, *Altro-consumo c. Intesa Sanpaolo*.

³⁰ Cfr. Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305.

³¹ Errata sul punto è quindi Trib. Napoli (sent.), 18 febbraio 2013, *Maggi c. Wecan Tour di Goa*, la quale prevede una condanna al paga-

mento degli interessi dal giorno della pubblicazione della sentenza.

³² C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 - 298/04, *Manfredi*, in *Racc.* 2006, p. I-6619, punto 97, dove si precisa che il pagamento degli interessi costituisce una "componente essenziale dell'indennizzo".

IX. RINUNCE E TRANSAZIONI

La legge dispone che le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti (*i.e.* proponenti e convenuti) non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi in caso di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo (art. 140-*bis* comma 15, cod. cons.). L'effetto di questa disposizione sulla probabilità che l'azione di classe si chiuda con una transazione dipenderà dalle circostanze del caso. Da una parte, il convenuto potrebbe non avere interesse a chiudere una controversia se non può confidare sul fatto che l'eventuale transazione sarà vincolante per tutti gli aderenti. In un caso di questo tipo, il convenuto potrebbe anche avere difficoltà a valutare la convenienza della transazione e quindi a stabilire le condizioni dell'offerta. D'altra parte, nei casi in cui i consumatori non avrebbero interesse a promuovere azioni individuali, il convenuto può confidare sul fatto che, una volta definita l'azione di classe, non potrà essere promossa nei suoi confronti, né una nuova azione di classe per la stessa violazione, a causa della consumazione dell'azione, né un numero significativo di azioni individuali, a causa dei costi eccessivi di questo tipo di azione rispetto all'interesse del singolo consumatore.

GIORGIO AFFERNI

Bibliografia

AFFERNI, «Azione di classe e danno *antitrust*», in *Mercato concorrenza regole*, 2010, p. 491 ss.; Id., «*Class action* e danno *antitrust*: il caso Traghetti», in *Consumatori, diritti e mercato*, 2012, p. 118 ss.; BRUZZONE - SAIJA, «La *class action* da danno *antitrust*: prime considerazioni», in *Assonime note e studi*, n. 6/09; BUCCIROSSI - CARPAGNANO, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in *antitrust* (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 3 ss.; CAIAZZO, «Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e *class action*: una nuova era per il *private enforcement* in Italia?», in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto della Unione Europea*, (a cura di) E.A. RAFFAELLI, Milano, 2011, p. 183 ss.; CAMILLERI, «Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità e velleità di un tentativo di *trade-off*», in *AIDA*, 2010, p. 415 ss.; C. CONSOLO - B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.: lineamenti processuali*, Padova, 2012; GIUSSANI, «Azione di classe e tutela *antitrust*: profili processuali», in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, p. 371 ss.; L. PROSPERETTI - E. PANI - I. TOMASI, *Il danno antitrust: una prospettiva economica*, Bologna, 2009; SANTA MARIA, «L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra Libro bianco e legge italiana», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* (a cura di) F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, Milano, 2009, p. 75 ss.; SCUFFI, «Tutela *antitrust* del consumatore e azioni di classe», in *Diritto industriale*, 2009, p. 341 ss.; M. TAVASSI, «Tutela *antitrust* e azione di classe: il modello italiano, prime esperienze», in *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali* (a cura di) G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO, Milano, 2012, p. 69 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione *antitrust*

Sommario: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. LE FONTI NORMATIVE. – II. IL GIUDICE COMPETENTE IN MATERIA DI ATTI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA. – III. LA LEGGE APPLICABILE AGLI ATTI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA. – IV. IL GIUDICE COMPETENTE E LA LEGGE APPLICABILE ALLE CONTROVERSIE DERIVANTI DA RAPPORTI CONTRATTUALI.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. LE FONTI NORMATIVE

Con l'attribuzione ai giudici di tutti gli Stati membri del potere di applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE nella loro totalità, l'art. 2 Reg. n. 1/2003 ha aperto la strada all'avvio di procedimenti giudiziari relativi a controversie tra le parti a un contratto vertenti sulla nullità di questo per contrasto con norme sulla concorrenza e a controversie sul risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale tra concorrenti o tra imprese e consumatori, fino ad allora piuttosto rare. Tali controversie sono destinate ad aumentare, sia per effetto della previsione di disposizioni che permettono azioni collettive in vari Stati membri, sia più in generale per la maggiore conoscenza e diffusione del diritto *antitrust* e la conseguente maggiore consapevolezza delle conseguenze della sua violazione, sia infine per l'impulso che a essa sarà dato dalla ormai prossima presentazione di norme comuni europee sul *private enforcement* da parte della Commissione¹.

Le norme del Trattato, le relative regole di applicazione contenute negli atti di diritto derivato e la prassi di riferimento disciplinano solo alcuni tra gli aspetti della fattispecie che rilevano per il giudizio davanti al giudice nazionale². Invero, esse permettono di valutare se un accordo è re-

strittivo (e dunque illecito), e di conseguenza se è colpito da nullità o se merita un'esenzione in deroga, e di determinare anche il momento della commissione dell'illecito e i soggetti responsabili. Le conseguenze dell'illiceità e della nullità sono invece lasciate al diritto nazionale, che deve essere individuato attraverso una norma di conflitto. Difficoltà possono poi nascere nella determinazione del luogo del comportamento illecito, che rileva anche per l'individuazione del giudice competente, soprattutto ove si tratti di cartelli, che vedano coinvolte numerose imprese stabilite in più Stati e/o che violino anche il diritto di Stati terzi. Non è dunque scontato che una controversia tra privati relativa alle conseguenze di un comportamento anticoncorrenziale sul mercato italiano sia soggetta alla competenza del giudice italiano, né che la legge regolatrice di tali conseguenze sia la legge italiana.

Le regole sulla giurisdizione e il diritto applicabile in materia di comportamenti anticoncorrenziali devono ricercarsi in alcuni strumenti normativi, anch'essi di fonte comunitaria, fondati sull'art. 81 TFUE, in particolare il Regolamento (CE) n. 44/2001 sulla giurisdizione e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (c.d. Bruxelles I)³, il Regolamento (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali (c.d. Roma II) e il Regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I)⁴. I documenti sul *private enforcement* predisposti dalla Commissione hanno finora trascurato gli aspetti transfrontalieri delle controversie. Indicazioni di carattere generale alquanto suc-

¹ V. i documenti predisposti dalla Commissione al seguente sito: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

² Si ricorda che le norme dell'Unione sulla concorrenza costituiscono il parametro di riferimento per l'interpretazione del diritto della concorrenza italiano per effetto del richiamo a esse operato dalla l. 10 ottobre 1990 n. 287.

³ La nuova versione Reg., adottata il 12 dicembre 2012 e recante il numero 1215/2012, è stata pubblicata in G.U.U.E., L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss., e si applicherà dal 10 gennaio 2015.

⁴ Si ricorda che la Convenzione di Roma è ancora in vigore per i contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore del Regolamento Roma I, cioè prima del 17 dicembre 2009.

cinte sono ora contenute nel più recente studio presentato al Parlamento europeo sulle azioni collettive in materia *antitrust*⁵.

II. IL GIUDICE COMPETENTE IN MATERIA DI ATTI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al Regolamento n. 44/2001⁶, una controversia nella quale si discuta della violazione di obblighi disposti dalla legge quale è un illecito anticoncorrenziale è certamente una controversia in materia civile e commerciale, e in particolare in materia di obbligazioni non contrattuali. Su di essa è competente in primo luogo il giudice naturale del convenuto, cioè il giudice dello Stato del suo domicilio ai sensi dell'art. 2 Reg. Al domicilio delle persone fisiche è equiparata la sede delle persone giuridiche, intesa sia come sede statutaria, sia come sede dell'amministrazione centrale, sia infine come centro dell'attività principale (artt. 2 e 60). Dato che l'art. 2 Reg. disciplina solo la giurisdizione, le norme processuali interne indicheranno poi quale tra i giudici italiani è fornito della competenza territoriale a pronunciarsi.

In caso di pluralità di convenuti domiciliati anche in altri Stati membri, ai sensi dell'art. 6 punto 1 questi potranno essere attratti davanti al giudice del domicilio o della sede di uno di essi qualora tra le domande sussista un nesso – presente fin dall'avvio della causa – così stretto da rendere opportune una trattazione unica e una decisione unica per evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili⁷. La presenza di un tale collegamento tra le domande proposte nei confronti dei diversi convenuti, tuttavia, è condizione sufficiente per l'applicazione dell'art. 6 punto 1: come affermato dalla Corte di giustizia

nel caso *Freeport*, non è necessario che le domande proposte nei confronti dei vari convenuti abbiano identico fondamento normativo e, una volta accertata la concessione tra le domande, non è neppure necessario “verificare ulteriormente che dette domande non siano state presentate esclusivamente allo scopo di sottrarre uno di tali convenuti ai giudici dello Stato membro in cui egli ha il suo domicilio”⁸.

Di conseguenza, il giudice italiano avrà giurisdizione sia nei confronti di convenuti con domicilio o sede in Italia, ovunque si siano manifestate le conseguenze dell'illecito, sia nei confronti di soggetti che, pur domiciliati o con sede all'estero, abbiano partecipato alla commissione di illeciti anticoncorrenziali accanto a convenuti domiciliati o con sede in Italia e quivi convenuti.

E invero, l'art. 6 punto 1 Reg. Bruxelles I è stato ritenuto idoneo a fondare la giurisdizione del giudice italiano sulla domanda di accertamento negativo dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale e della sua incidenza sui prezzi proposta nei confronti di una pluralità di convenuti, potenzialmente lesi dall'eventuale intesa, alcuni dei quali aventi sede all'estero. Secondo il giudice, tra le domande proposte nei confronti dei vari convenuti sussisteva l'esigenza di una trattazione unica nei termini indicati dalla Corte di giustizia poiché esse miravano a far accertare l'insussistenza di un illecito sostanzialmente unico⁹.

Accanto al giudice del convenuto, la giurisdizione e la competenza territoriale spettano al giudice del luogo dell'illecito ai sensi dell'art. 5 punto 3 Reg. Bruxelles I, che è stato interpretato dalla Corte di giustizia come idoneo a indicare sia il luogo dell'azione, sia quello dell'evento dannoso¹⁰. Nessuna indicazione è stata

⁵ *Collective Redress in Antitrust*, a cura di P. Buccirossi e altri, IP/A/ECON/ST/2011-19, PE 475.120 del giugno 2012, disponibile al sito www.europarl.europa.eu/studies.

⁶ Si ricorda che i criteri di giurisdizione contenuti nel Regolamento si applicano anche nei confronti di convenuti domiciliati in Stati terzi rispetto alla Comunità per effetto del richiamo dell'art. 3, comma 2, prima frase della l. 218/1995.

⁷ C. giust. CE, 27 settembre 1988, causa 189/87, *Kalfelis*, in *Racc.* 1990, p. 5565.

⁸ C. giust. CE, 11 ottobre 2007, causa C-98/06, in *Racc.* 2009, p. I-8319 ss., punto 54.

⁹ Trib. Milano, 8 maggio 2009, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2011, p. 404 ss. Il cartello in questione, nel settore della gomma sintetica, era stato accertato e sanzionato dalla Commissione con Dec. del 29 novembre 2006 (COMP/F/38.6838).

¹⁰ C. giust. CE, 30 novembre 1976, causa 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, in *Racc.* 1977, p. 1735. In questo caso la norma europea individuava direttamente il giudice territorialmente compe-

ancora fornita sull'interpretazione di questo criterio di giurisdizione in relazione a illeciti anticoncorrenziali, sebbene nelle note pronunce *Courage* e *Manfredi* la Corte abbia affermato la necessità che l'ordinamento interno preveda adeguati procedimenti per il ristoro del danno¹¹.

Nel caso di atti limitativi della concorrenza sarebbe opportuno che la norma venisse interpretata nel senso della coincidenza tra i due luoghi o che venisse comunque valorizzato il luogo dell'attuazione dell'intesa in adesione alla teoria degli effetti, come sembra potersi dedurre dalle sentenze *Pasta di legno* della Corte di giustizia¹², relegando in secondo piano il luogo della condotta¹³. Di conseguenza, il giudice italiano sarebbe competente quando la restrizione alla concorrenza si produca in Italia. Per quanto poi concerne il danno, è noto l'orientamento restrittivo della Corte che esclude qualsiasi rilievo al luogo in cui si manifestano le conseguenze patrimoniali ulteriori dell'illecito nella sfera dell'attore¹⁴. Nel caso di una controversia tra imprese concorrenti, la sentenza *Marinari* sembrerebbe indicare lo Stato in cui esse competono per il mercato, dove, ad esempio, l'attore lamenta una riduzione delle vendite, piuttosto che quello in cui egli ha la propria sede e subisce il depauperamento economico indiretto. Nel caso, invece, di una controversia proposta da un consumatore, il luogo del danno tenderà a coincidere con il domicilio dell'attore¹⁵.

Il Trib. di Milano, nella cit. sentenza dell'8 maggio 2009, ha ritenuto che l'art. 5 punto 3 e l'art. 6 punto 1 Reg. Bruxelles I non valgano ad attribuire la giurisdizione italiana in relazione a una domanda volta

ad accertare che un'intesa anticoncorrenziale non ha causato danni a determinati soggetti convenuti, domiciliati in altri Stati membri, poiché si configurano più condotte illecite ed effetti dannosi differenziati per ciascuno di essi, che si sarebbero prodotti all'estero. Il giudice, tuttavia, non ha dichiarato la carenza di giurisdizione nei confronti dei soli convenuti domiciliati negli altri Stati membri, ma ha dichiarato la nullità della domanda di accertamento negativo, ritenendo che nel caso di illeciti "riverberantesi su una molteplicità di rapporti contrattuali e di mercato, ciascuno potenzialmente con caratteristiche diverse" l'attore deve provare non solo "la mancanza di un titolo giuridico di eventuali pretese risarcitorie dei convenuti", ma anche e preliminarmente deve identificare e allegare i "fatti e condotte da cui desumere tale mancanza, non necessariamente comuni per ciascuno dei convenuti (o dei gruppi internazionali cui fanno capo)", in modo da permettere il regolare svolgimento del contraddittorio¹⁶.

Il medesimo cartello ha dato luogo anche un'azione in Inghilterra proposta dalle parti lese dal comportamento anticoncorrenziale per ottenere il risarcimento del danno¹⁷. In primo grado il giudice inglese ha rifiutato di sospendere il giudizio per litispendenza rispetto al giudizio pendente in Italia, avviato per primo, almeno per la maggior parte dei convenuti. Secondo il giudice inglese, l'art. 27 Reg. Bruxelles I obbliga il giudice adito per secondo a sospendere il giudizio prevenuto solo quando vi sia identità di parti, mentre nel giudizio inglese Eni – attrice in Italia – non era stata convenuta. Quan-

tente a pronunciarsi proprio per la prossimità all'illecito. Si segnala che la C. giust. UE ha recentemente stabilito che l'art. 5 punto 3 si applica anche a una domanda di accertamento negativo, diretta a far dichiarare l'assenza di responsabilità da illecito civile (25 ottobre 2012, causa C-133/11, *Folien Fischer*, inedita).

¹¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, in *Racc.* 2003, p. I-6297 ss., e 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, *ivi*, p. I-6619 ss.

¹² C. giust. CE, 27 settembre 1988 e 31 marzo 1993, cause riunite C-89/95 e altre, *Ahlstroem Osakeyhtiö e a.*, in *Racc.* 1995, p. I-1307 ss.

¹³ In questo senso si è espresso il giudice in-

glese nel caso *Cooper Tire & Rubber Company & ors v. Shell Chemicals UK Ltd & ors* [2009] EWHC 2609 (Comm).

¹⁴ C. giust. CE, 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari*, in *Racc.* 1997, p. I-2719 ss.

¹⁵ In materia di atti illeciti non è previsto un foro speciale a favore del consumatore come avviene invece per i contratti di consumo.

¹⁶ Si segnala che il giudice ha correttamente ammesso l'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo dei danni.

¹⁷ *Cooper Tire & Rubber Company & ors v. Shell Chemicals UK Ltd & ors* [2009] EWHC 2609 (Comm).

to alla richiesta di sospensione per connessione tra i due procedimenti, il giudice inglese ha ritenuto di non poterla accogliere – sebbene riconoscesse il legame tra di essi e la maggiore vicinanza del giudice italiano alla controversia – a motivo del rigetto della domanda in Italia e della prevedibile lunghezza del procedimento di appello.

Il giudice inglese ha invece accertato la propria giurisdizione sulla base dell'art. 6 punto 1 Reg. Bruxelles I in considerazione della sede in Inghilterra di alcuni convenuti (c.d. *anchor defendants*), sebbene non fossero destinatari della Dec. della Commissione e apparentemente non avessero partecipato al cartello. Le società inglesi erano tuttavia parti degli stessi gruppi ai quali appartenevano alcuni dei partecipanti al cartello, destinatari della Dec. della Commissione, e avevano attuato il cartello vendendo alcuni dei prodotti in questione¹⁸. Il giudice inglese, invece, non ha ritenuto di poter affermare la giurisdizione sulla base dell'art. 5 punto 3 poiché, nel caso di un cartello di ampiezza europea realizzatosi attraverso incontri in più Stati membri, non era possibile localizzare l'evento dannoso in Inghilterra unicamente perché il primo incontro era ivi avvenuto. Sebbene alcuni danni si fossero prodotti in Inghilterra, il giudice ha ritenuto di non fondare comunque la propria giurisdizione sull'art. 5 punto 3 poiché – seguendo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia – avrebbe potuto valutare solamente questi danni, che costituivano una parte molto limitata dell'illecito nel suo complesso.

In un caso più recente, relativo anch'esso a un cartello accertato e sanzionato dalla Commissione, il giudice inglese, adito per il risarcimento dei danni nei confronti di più convenuti, ha re-

spinto l'eccezione da questi proposta che gli attori non potessero richiedere il risarcimento di pretesi danni subiti nel Regno Unito poiché la Dec. della Commissione non aveva accertato gli effetti del cartello in tale Stato¹⁹.

Non pare condivisibile, invece, la sentenza del Trib. di Arnhem del 26 ottobre 2011, che ha utilizzato l'art. 6 punto 1 per affermare la giurisdizione sebbene tutti i convenuti fossero domiciliati in un altro Stato membro, ritenendo che per attirarli tutti nel foro fosse sufficiente che la giurisdizione sussistesse nei confronti di uno di essi (appartenente allo stesso gruppo di imprese degli altri convenuti) in quanto il danno da esso causato si era verificato nei Paesi Bassi ai sensi dell'art. 5 punto 3. Questa soluzione contrasta con la chiara giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale l'art. 6 punto 1 “si applica solo se la causa di cui trattasi è proposta dinanzi ai giudici nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno dei convenuti”²⁰.

È opportuno ricordare anche il foro della succursale, agenzia o filiale, stabilito dall'art. 5 punto 5 per le controversie relative all'esercizio della loro attività, e il foro prorogato dalle parti, ai sensi dell'art. 23 dello stesso Regolamento, che prescinde da qualsiasi collegamento tra il giudice e la controversia²¹. Infine, la competenza può risultare da una proroga tacita ai sensi dell'art. 24, quando il convenuto compare in giudizio senza eccepire l'incompetenza del giudice adito.

III. LA LEGGE APPLICABILE AGLI ATTI LIMITATIVI DELLA CONCORRENZA

Il secondo problema riguarda l'individuazione del diritto che il giudice nazionale – come sopra individuato – dovrà ap-

¹⁸ In questo senso si erano già pronunciati in *Roche Products Ltd & ors v. Provimi Ltd* [2003] EWHC 961 (Comm), e ora più recentemente in *Toshiba Carrier UK Ltd & ors v. KME Yorkshire Ltd & ors* [2011] EWHC 2665 (Ch), nonché *Nokia Corporation v. AU Optronics Corporation & ors* [2012] EWHC 731 (Ch).

¹⁹ *Bord Na Mona Horticulture Limited & Bord Na Mona PLC v. British Polythene Industries PLC & ors* [2012] EWHC 3346 (Comm). Nello stesso senso Trib. Arnhem, 26 ottobre 2011, *TenneT e a. c.*

ABB e a., disponibile al sito <http://jure.nl/bu3546>, che nei confronti di uno dei convenuti con sede in Svizzera ha applicato le corrispondenti disposizioni della Convenzione di Lugano del 2007.

²⁰ C. giust. CE, 27 ottobre 1998, causa C-51/97, *Réunion européenne*, in *Racc.* 2000, p. 6511. La sentenza del Trib. Arnhem, *TenneT e a. c. Alsthom e a.*, è disponibile al sito <http://jure.nl/bu3548>.

²¹ C. giust. CE, 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Castelletti*, in *Racc.* 1999, p. I-1597.

plicare agli atti limitativi della concorrenza e alle loro conseguenze, che trova ora soluzioni specifiche, e del tutto inedite in questo settore, nel Regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali (c.d. Roma II).

Il Regolamento Roma II contiene una regola generale, che stabilisce in primo luogo l'applicazione della legge dello Stato ove si verifica il danno diretto (art. 4 § 1) o, in secondo luogo, quella dello Stato della residenza abituale del presunto responsabile e della vittima, se comune (art. 4 § 2), e una disposizione ancora più generale che a determinate condizioni permette alle parti di scegliere la legge applicabile all'illecito e alle sue conseguenze (art. 14). Queste disposizioni però non si applicano nel caso di alcuni illeciti specifici, tra i quali rientrano proprio gli atti limitativi della concorrenza²², che sono invece soggetti esclusivamente alle disposizioni dell'art. 6. Questo prevede in via generale l'applicazione del diritto dello Stato sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto (art. 6, § 3, lett. a)²³. Il considerando n. 22 precisa inoltre che l'art. 6 riguarda le violazioni della legislazione sulla concorrenza a livello sia nazionale che comunitario.

Il legislatore europeo ha però voluto indicare una soluzione nei casi in cui l'atto limitativo della concorrenza produca effetti in più Stati (*multijurisdiction violations*), che, sulla base dell'art. 6, § 3, lett. a, sarebbero soggetti al diritto di ciascuno di essi. In questi casi, ai sensi della lett. b, se l'azione di risarcimento del danno sia stata proposta dinanzi al giudice del domicilio del convenuto, l'attore può scegliere di fondare tutte le proprie pretese su una sola legge, quella del giudice adito, "purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restri-

zione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa". Inoltre, se il giudice sia stato adito in quanto giudice del domicilio di uno dei convenuti, l'attore può scegliere di fondare le proprie pretese esclusivamente sulla *lex fori* "qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice". Sembra doversi ritenere che per l'applicazione di questa disposizione debbano sussistere entrambe le condizioni – una restrizione della concorrenza che produca effetti in più Stati e una pluralità di convenuti.

Per gli illeciti che ostacolano la concorrenza in più Stati, quindi, l'attore avrà una pur limitata possibilità di scegliere la legge applicabile alla controversia, tra la *lex fori* e il diritto di ciascuno Stato le cui norme *antitrust* sono state violate. Il convenuto o i convenuti si troveranno così esposti a un diritto unico, anche se i comportamenti abbiano violato normative di Stati diversi. Non si tratta però di un diritto non prevedibile per i convenuti dato che la *lex fori* può applicarsi alla generalità dei comportamenti solo se il mercato di questo Stato sia direttamente e sostanzialmente interessato dal comportamento.

Il giudice si troverà quindi ad applicare una legge diversa dalla *lex fori* quando la giurisdizione si fonda sul domicilio del convenuto e la concorrenza sul mercato di questo Stato non è ostacolata dal comportamento, oppure quando, in caso di *multijurisdiction violations* che interessino anche questo paese, l'attore non abbia chiesto che venga applicata in via esclusiva questa legge. Ancora, il diritto applicabile potrà essere un diritto straniero quando la giurisdizione sia de-

²² Il Regolamento Roma II definisce la restrizione della concorrenza al considerando n. 23 come comprendente "divieti di accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza in uno Stato membro o nel mercato interno, nonché il divieto di abusare di una posizione dominante nell'ambito di uno

Stato membro o del mercato interno, quando tali accordi, decisioni, pratiche concordate e abusi di posizione dominante siano vietati dagli articoli [101] e [102] del Trattato o dalla legge di uno Stato membro".

²³ Si ricorda che tutte le norme di conflitto del Regolamento hanno carattere universale, possono cioè richiamare sia la legge di uno Stato membro della Comunità, sia la legge di Stati terzi.

terminata dalla localizzazione di una filiale o succursale o dalla scelta delle parti.

L'art. 15 Reg. Roma II fornisce poi un elenco non esaustivo delle questioni che rientrano nell'ambito della legge applicabile. Tuttavia, alcune di esse vengono risolte dal diritto dell'Unione quando si lamenti la violazione delle disposizioni di questo. Ove si tratti di un'intesa di dimensione europea, invero, le norme di riferimento sulla base e la portata della responsabilità, compresa la determinazione dei soggetti responsabili del comportamento (art. 15 lett. a Reg.), sono contenute nel Trattato e soprattutto nel diritto derivato, comprensivo della prassi applicativa della Commissione e delle sentenze della Corte di giustizia, che forniranno una nozione unitaria dei comportamenti vietati e permetteranno di accertare l'esistenza di deroghe (art. 15 lett. b), che escludano l'illiceità e quindi qualsiasi risarcimento. Divergenze potranno aversi sul diritto al risarcimento del danno a causa dell'esistenza di notevoli differenze nelle legislazioni nazionali dal punto di vista del diritto sostanziale e processuale. Difficoltà potranno presentarsi, ad esempio, in relazione alla prescrizione, che è disciplinata dall'art. 25 § 2 Reg. n. 1/2003 con riferimento all'attività di controllo della Commissione (e delle autorità nazionali quando applichino in via diretta le norme comunitarie di concorrenza). È possibile anche che la durata del termine per la proposizione dell'azione privata differisca nei diversi Stati o che decorra da momenti diversi. Nella sentenza *Manfredi* la Corte di giustizia ha affermato che "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica concordata vietata dall'art. [101 TFUE], purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività", ma che il giudice deve garantire la piena efficacia delle norme comunitarie e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (§§ 81, 89).

Quando, invece, si tratti della violazione di norme nazionali – seppur ormai rara nella prassi, almeno italiana – tutti gli elementi dell'illecito, elencati all'art. 15

Reg. Roma II, saranno regolati dalla legge nazionale individuata ai sensi dell'art. 6. Se l'illecito produce effetti in uno o più Stati diversi da quello del foro, il giudice dovrà applicare le norme nazionali di tali Stati, tenendo in considerazione anche la loro concreta applicazione da parte delle autorità nazionali. Il giudice in questo caso non potrà però richiedere o ricevere aiuto dalle autorità degli altri Stati membri sulla base della Comunicazione del 2004 poiché l'art. 15 § 3 Reg. n. 1/2003 prevede che le autorità nazionali possano presentare osservazioni scritte solo ai giudici del proprio Stato. Inoltre, data la diversità delle norme nazionali in materia di illecito e delle sue conseguenze, le soluzioni potranno divergere quanto all'esistenza del danno, all'ammontare del risarcimento, e così via.

IV. IL GIUDICE COMPETENTE E LA LEGGE APPLICABILE ALLE CONTROVERSIE DERIVANTI DA RAPPORTI CONTRATTUALI

È poi possibile – sebbene si ritenga che avvenga con minore frequenza – che il giudice nazionale si trovi a conoscere di controversie nascenti da un contratto nelle quali vengano in considerazione le norme *antitrust*, ove, per esempio, gli venga chiesto di dichiarare che un contratto non produce restrizioni alla concorrenza, oppure una parte opponga la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 101 § 2 TFUE o delle corrispondenti norme nazionali, alla domanda della controparte di adempimento o di risarcimento del danno per inadempimento del contratto stesso.

Analizzando le disposizioni rilevanti in modo molto sommario, in questi casi il foro competente è diverso secondo la qualità dell'attore. Ai sensi dell'art. 16 Reg. Bruxelles I, infatti, il consumatore può promuovere l'azione sia davanti ai giudici dello Stato del domicilio o della sede del convenuto, sia al giudice del proprio domicilio. Il primo è criterio di giurisdizione, e deve essere integrato dalle norme nazionali processuali, il secondo è anche criterio di competenza territoriale. Questa disposizione, che mira a proteggere la parte debole del contratto, si applica nel caso di contratti di vendita a rate di beni

mobili materiali, di prestito con rimborso rateizzato o altra operazione di credito connessa con una tale vendita, o per qualsiasi altro contratto di consumo se l'attività del professionista si svolge nello Stato del consumatore o è rivolta a tale Stato. È dubbio, peraltro, che essa si applichi ad azioni collettive in cui i consumatori agiscono attraverso un'associazione poiché la disposizione in parola sembra volta a tutelare la parte debole singolarmente considerata.

Per gli altri contratti di consumo e per la generalità dei contratti si applicherà invece l'art. 5 punto 1 Reg., che prevede la competenza del giudice del luogo della consegna della merce o della prestazione del servizio per le controversie fondate, rispettivamente, su un contratto di compravendita o di prestazione di servizi, o del giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio negli altri casi²⁴. Potranno venire in considerazione, se del caso, anche il giudice del domicilio di uno dei convenuti ai sensi dell'art. 6 punto 1, il giudice della filiale ai sensi dell'art. 5 punto 5, o il giudice prorogato esplicitamente o implicitamente ai sensi, rispettivamente, degli articoli 23 e 24 Reg. n. 44/2001.

Quanto alla legge applicabile, è noto che ai sensi Reg. Roma I le parti possono scegliere la legge regolatrice del contratto (art. 3), e che, in mancanza di scelta, sono previsti criteri di collegamento specifici per alcuni tipi contrattuali più frequenti. Negli altri casi si applica la legge dello Stato della residenza o della sede del prestatore caratteristico (art. 4). Regole speciali volte a proteggere la parte debole sono poste all'art. 6 a tutela dei consumatori, che – a differenza di quanto avviene per la giurisdizione, come detto poc'anzi – si applicano anche quando l'azione venga avviata da associazioni. La “sostituzione” del soggetto legittimato ad agire non pare debba influire sulla determinazione della legge applicabile al contratto, che ve-

rebbe altrimenti modificata la propria legge regolatrice secondo l'identità dell'attore.

L'art. 9 Reg., poi, introduce alcune modifiche al trattamento delle norme di applicazione necessaria rispetto all'art. 7 della Convenzione, che, come si accennato, continua ad applicarsi ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore Reg. Roma I. L'art. 7 della Convenzione permette l'applicazione delle norme di applicazione necessarie della *lex fori* (§ 2) e la considerazione delle norme di applicazione necessaria della legge di un altro paese con il quale il contratto presenti uno stretto legame (§ 1). Le norme *antitrust* nazionali, quindi, possono applicarsi o venire in considerazione, secondo i casi, attraverso queste disposizioni. Quando, invece, il contratto violi il divieto di intese dell'art. 101 TFUE, il § 2 dell'art. 7 si applicherà direttamente sancendo la nullità del contratto per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, che nella sentenza *Ecoswiss*, ha qualificato le norme *antitrust* del diritto dell'Unione come regole di ordine pubblico dell'Unione²⁵.

L'art. 9 Reg. Roma I, invece, contiene una definizione delle leggi di polizia come le disposizioni “il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto” secondo lo stesso Regolamento. Viene confermata l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del foro (§ 2), mentre viene limitato il ricorso alle norme di applicazione necessaria di Stati terzi ove si prevede che possa essere dato effetto alle leggi di polizia “del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali leggi di polizia rendono illegale l'adempimento del contratto” (§ 3). Questa

²⁴ Si ricorda che questa competenza, per costante orientamento della Corte di giustizia, sussiste anche quando viene contestata la nullità del contratto.

²⁵ C. giust. CE, 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Ecoswiss*, in *Racc.* 2001, p. I-3055 ss. Cfr. sul punto F. MUNARI, *L'incidenza delle norme comunitarie antitrust sull'autonomia delle imprese*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 593 ss.

disposizione permette dunque di mantenere il rispetto delle regole di concorrenza europee e nazionali nella misura in cui, ad esempio, si discuta di un obbligo di non concorrenza, di una clausola di fissazione dei prezzi o di ripartizione dei mercati, che debbano trovare esecuzione in uno o più Stati.

STEFANIA BARIATTI

Bibliografia

J. ADOLPHSEN, «The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the Effects Doctrine», in *J. Priv. Int. Law*, 2005, p. 151 ss.; S. BARIATTI, «Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli», in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2008, p. 349 ss.; J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, Tübingen, 1998; ID., «Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law», in J. BASEDOW (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Dordrecht, 2007, p. 229 ss.; J. BASEDOW - S. FRANCO - L. IDOT, *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, Oxford, 2012; M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, 2010; L. DI GIAMBATTISTA, «Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green Paper», in *Dir. UE*, 2006, p. 729 ss.; J. FITCHEN, «Allocating Jurisdiction in Private Competition Law Claims within the EU», in *Maastricht J. Eur. and Comp. Law*, 2006, p. 381 ss.; L. IDOT, «Les conflits de

lois en droit de la concurrence», in *J. dr. intern.*, 1995 p. 321 ss.; L. IDOT, «Droit de la concurrence», in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. FUCHS - H. MUIR WATT - E. PATAUT (dir.), Paris, 2004, p. 255 ss.; M. HELLNER, «Private International Enforcement of Competition Law. The Application of Foreign Competition Law», in *Yb. Priv. Int. Law*, 2002, p. 257 ss.; C. KESSEDIAN, «Competition», in *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, 1996, p. 173 ss.; G. MASCH, «Vitamine für Kartellpöffer - Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht», in *IPRax*, 2005, p. 509 ss.; A. MATON - S. LATHAM - M. KUIJPER - T. ANGERBAUER, «Update on the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation», in *Journ. Eur. Competition Law & Practice*, 2012, p. 586 ss.; F. MUNARI, «L'entrata in vigore del Regolamento Roma II e i suoi effetti sul private antitrust enforcement», in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 757 ss.; M. NEGRI, «Il "cartello delle vitamine" e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust», in *Int'l Lis*, n. 3-4, autunno 2007, p. 143 ss.; P. BUCCIROSSI e a. (eds.), *Collective Redress in Antitrust*, IP/A/ECON/ ST/2011-19, PE 475.120 del giugno 2012, disponibile al sito www.europarl.europa.eu/studies. C. RYNGAERT, «Foreign-To-Foreign Claims. The US Supreme Court's Decision (2004) v. The English High Court's Decision (2003) in The Vitamins Case», in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 611 ss.; C. WITHERS, «Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims», in *Journ. Bus. Law*, 2002, p. 250 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il giudice competente nel processo *antitrust*

Sommario: I. LA TRADIZIONALE RIPARTIZIONE DI COMPETENZA TRA CORTE DI APPELLO E TRIBUNALE. – II. LA SEZIONE SPECIALIZZATA PER LA PROPRIETÀ INDUSTRIALE E INTELLETTUALE. – III. IL PASSAGGIO AL TRIBUNALE DELLE IMPRESE. – IV. LA COESISTENZA DI DIFFERENTI REGIMI PROCESUALI. LA *CLASS ACTION*. – V. I POSSIBILI MODELLI ORGANIZZATIVI DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE.

I. LA TRADIZIONALE RIPARTIZIONE DI COMPETENZA TRA UFFICI GIUDIZIARI TRA CORTE DI APPELLO E TRIBUNALE

Sino all'entrata in vigore della normativa che ha istituito il Tribunale delle imprese, operata con l'art. 2 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, modificato nella legge 24 marzo 2012, n. 27, e con effetto a decorrere dal 22 settembre 2012, la tutela dei diritti dei singoli soggetti avverso le violazioni della normativa in materia di *antitrust* è stata affidata, relativamente alle azioni civili, a distinti uffici giudiziari

Tale articolazione della tutela civilistica era determinata non solo dalla necessità di assicurare un diffuso presidio giudiziario su tutto il territorio nazionale, ma anche della esigenza di individuare un determinato ufficio giudiziario in funzione della natura delle violazioni denunciate, del valore dell'importo risarcitorio richiesto, dell'esistenza di una relazione di interferenza con la tutela di determinati diritti ovvero dello strumento processuale utilizzato.

Questo frastagliato sistema di competenze costituiva il risultato della stratifi-

¹ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 – superando il precedente rappresentato da Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, *ivi*, 2003, I, 1121 – ha affidato alla competenza della Corte di appello, ai sensi dell'art. 33, l. 287/1990, anche la cognizione delle domande proposte dal consumatore finale danneggiato da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione “a monte”, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, aventi ad oggetto l'accertamento della nullità dell'intesa e la condanna al risarcimento del danno.

Secondo Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n.

cazione di una serie di interventi normativi che, negli anni, hanno interessato – direttamente o indirettamente – la materia e non già il frutto di un disegno unitario rispondente a criteri di efficienza e razionalità.

L'art. 33, comma 2, della legge n. 287/90, assegnava alle Corti di appello competenti per territorio la cognizione sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché sui ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d'urgenza, in conseguenza della violazione della normativa *antitrust* nazionale¹.

L'individuazione di uno specifico organo competente a decidere in unico grado era espressione della volontà del legislatore di devolvere la cognizione di tali controversie a giudici ritenuti particolarmente qualificati, avuto riguardo alla complessità dei giudizi, di pervenire alla creazione in tempi rapidi di criteri giurisprudenziali certi e omogenei, nonché di favorire la formazione di un giudice specializzato, in relazione all'elevato tecnicismo della materia, funzionale anche ad una risposta giudiziaria particolarmente celere.

La cognizione della Corte di appello era, dunque, circoscritta a quelle condotte i cui effetti anticoncorrenziali si esaurivano all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante, senza pregiudicare il commercio fra Stati membri².

La devoluzione di tale contenzioso al giudizio in unico grado delle Corti di appello è stata ritenuta coerente con l'art. 24

30175, la competenza della corte d'appello a giudicare sulle azioni risarcitorie non richiede che sia individuabile uno specifico atto del quale debba predicarsi la nullità e del quale chi agisce per il risarcimento debba essere destinatario attuale o potenziale, essendo sufficiente che l'attore deduca e dimostri, ai fini dell'accoglimento nel merito della domanda, di essere un operatore del mercato in cui si è consumato l'illecito e di averne perciò risentito un pregiudizio economico.

² Vedi, in proposito, Cass., sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882, in *Corr. giur.*, 2006, 368, la quale sottolinea che l'ambito di applicazione della l. 287/1990 è circoscritto alla repressione di

Cost., in considerazione dell'inesistenza nel nostro ordinamento del principio del doppio grado di giurisdizione al quale il legislatore ordinario fosse tenuto a conformarsi³.

In relazione al carattere eccezionale dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287/90, in quanto introduttiva di un criterio di competenza funzionale, è stato evidenziato che la cognizione della Corte di appello dovesse considerarsi "chiusa", ovvero circoscritta unicamente alla tutela di quelle situazioni giuridiche soggettive indicate espressamente dalla norma, con conseguenze non esperibilità dinanzi a quell'organo giudiziario di azioni ulteriori, sia pure relative a domande accessorie o connesse, siano esse proposte dall'attore o, in via riconvenzionale, dal convenuto⁴.

Inoltre, per le medesime ragioni, i rimedi azionabili dinanzi alle corti di appello sono stati giudicati tassativi, con il risultato di trovarsi in presenza – nella materia in oggetto – di un giudice a cognizione parziale.

In particolare, è stata evidenziata la preclusione delle corti di appello rispetto alle domande restitutorie o di arricchimento senza causa, che potevano accedere ad un accertamento di un'intesa illecita, ovvero all'emanazione di provvedimenti cautelari con effetti costitutivi ovvero privi del carattere di strumentalità rispetto ad azioni di nullità e di risarcimento del danno⁵.

In relazione alle domande aventi per oggetto la tutela avverso condotte asseritamente violative della normativa *antitrust* comunitaria, nonché della normativa *antitrust* nazionale, ma non proponibili dinanzi alle Corti di appello, in ragione della riferita limitatezza della loro

cognizione, risultava essere competente, in applicazione dei principi generali, il Tribunale ordinario ovvero il Giudice di pace, qualora il valore della causa rientrasse nella competenza di quest'ultimo.

La competenza del Tribunale, priva dei limiti che caratterizzavano quella della Corte di appello, è stata estesa per effetto del Reg. n. 1/2003, il quale, oltre a confermare il ruolo dell'autorità giudiziaria in ordine all'applicazione degli artt. 101 § 1 e 102 TFUE, in materia di intese e abusi di posizioni dominanti, ha attribuito alla stessa autorità giudiziaria anche il potere di valutare la sussistenza dei requisiti per l'esenzione individuale di cui all'art. 101 § 3 TFUE, potere originariamente riservato in via esclusiva alla Commissione⁶.

Siffatto sistema di articolazione delle competenze ha palesato evidenti inefficienze imponendo non di rado alla vittima di un illecito *antitrust* nazionale che intendesse ottenere una piena tutela delle proprie ragioni di adire sia la Corte di appello che il Tribunale, con instaurazione di giudizi paralleli o consecutivi.

Le conseguenze negative di un tale quadro normativo consistevano, essenzialmente, in un incremento dei costi e della difficoltà di accesso alla giustizia a carico dell'attore, oltre che dei costi dell'amministrazione della giustizia, costretta ad impiegare più uffici giudiziari in merito alla valutazione della medesima condotta.

Inoltre, veniva sottolineato anche il rischio della dilatazione dei tempi processuali, in relazione a possibili proposizioni di eccezioni di incompetenza che avrebbero potuto richiedere decisioni interlocutorie e/o l'instaurazione di nuovi giu-

quegli illeciti *antitrust* rilevanti nel solo mercato nazionale, quand'anche la relativa condotta rientri nella previsione di un regolamento comunitario.

³ Cfr. App. Milano, ord., 5 febbraio 1992, in M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 505.

⁴ Cass., 21 dicembre 2010, n. 25880, in *Giur. it.*, 2011, 2359, ha escluso la cognizione della Corte di appello, attesa la natura eccezionale della competenza a questa attribuita, a quelle domande che trovano un mero antecedente storico e logico nella declaratoria di nullità (totale o parziale) di un precedente contratto per violazione di

alcuna delle disposizioni dettate dalla citata l. 287/1990.

⁵ Vedi, Cass., ord. 23 febbraio 2012, n. 2777, con riferimento ad una domanda di ripetizione di indebito.

⁶ Evidenzia la possibilità di un'applicazione più coerente delle regole di concorrenza da parte dei giudizi nazionali aditi per risolvere liti interindividuali a seguito dell'entrata in vigore del Reg. 1/2003, che ha introdotto «una integrazione maggiore fra i sistemi giudiziari nazionali e la competenza della Commissione, nel quadro della modernizzazione del diritto della concorrenza», Cass., 10 agosto 2012, n. 14394.

dizi, con conseguente ripetizione delle attività processuali svolte, essendo di dubbia praticabilità il ricorso ai principi della *traslatio iudicii* in caso di uffici giudiziari che non appartengono allo stesso grado.

II. LA SEZIONE SPECIALIZZATA PER LA PROPRIETÀ INDUSTRIALE E INTELLETTUALE

Il codice della proprietà industriale, approvato con d.lgs. n. 30/05, ha attribuito alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, istituite poco prima con il d.lgs. n. 168/03, le controversie in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della l. n. 287/90 e degli artt. 101 e 102 TFUE, la cui cognizione spetta al giudice ordinario (art. 134, lett. a), ampliandone in tal modo la competenza loro originariamente riconosciuta dal decreto istitutivo⁷.

Siffatta previsione – sostanzialmente rimasta inalterata dalla l. n. 99/09 e dal successivo d.lgs. n. 131/10 – ha creato rilevanti problemi interpretativi in ordine all'individuazione della relazione di afferenza che deve sussistere, affinché operi la competenza della sezione specializzata, tra la condotta illecita e il diritto di proprietà industriale che si assume essere leso⁸.

Infatti, secondo una tesi restrittiva, tale relazione presupponeva che l'illecito *antitrust* costituiva la ragione fondante della domanda dell'attore, rappresentando l'elemento costitutivo della *causa petendi* della domanda medesima⁹.

Secondo altra tesi, sarebbe stata preferibile un'interpretazione estensiva della norma, tale da riconoscere la competenza delle sezioni specializzate in tutti quei

casi in cui veniva in gioco, anche in via di fatto e per effetto di un legame economico, l'esercizio di un diritto di proprietà industriale che, dunque, avrebbe rappresentato un mero elemento di contesto in occasione del quale viene realizzato l'illecito *antitrust*.

In relazione alla possibilità che la norma avesse ricevuto, in applicazione di tale ultima opzione ermeneutica, un ambito di applicazione particolarmente esteso, era stato ipotizzato che uno dei suoi effetti sarebbe stato quello di un'abrogazione tacita della competenza funzionale della Corte di appello prevista dalla l. n. 287/90.

In ogni caso, appare evidente che l'introduzione delle sezioni specializzate, lungi dal semplificare e rendere omogeneo il quadro normativo relativo all'individuazione del giudice competente per la tutela civile degli illeciti *antitrust*, ha introdotto un ulteriore elemento di complicazione e frammentazione, prevenendo una nuova deroga agli ordinari principi in materia di competenza civile e rimettendo ad un concetto di non univoca interpretazione, quale quello di "afferenza", l'operatività di siffatta deroga.

Con riferimento al primo aspetto, infatti, va evidenziato che le sezioni specializzate erano state istituite presso dodici Tribunali e Corti di appello, all'evidente fine, da un lato, di favorire la formazione di giudizi specializzati in materie caratterizzate da un particolare tecnicismo e, dall'altro lato, di consentire la formazione di orientamenti giurisprudenziali omogenei.

La loro competenza è stata estesa, per espressa previsione del richiamato art. 134, lett. a), anche a quelle materie "che presentano ragioni di connessione, anche

⁷ L'istituzione delle sezioni specializzate non determina, comunque, l'insorgenza di questioni di competenza tra tali sezioni e quelle ordinarie, trattandosi di una ripartizione normativa delle funzioni tra sezioni del medesimo tribunale e, dunque, attenendo alla distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno dello stesso ufficio: così Cass., ord., 22 novembre 2011, n. 24656, in *AIDA*, 2011, II, 569.

⁸ In ordine all'affine, ma distinto, concetto di interferenza utilizzato nella medesima disposizione normativa con riferimento agli illeciti per concorrenza sleale, la giurisprudenza ha ritenuto

tale situazione ricorra sia nelle ipotesi in cui la domanda di concorrenza sleale si presenta come accessoria a quella di tutela della proprietà industriale e intellettuale, sia in tutte le ipotesi in cui, ai fini della decisione sulla domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni, debba verificarsi se i comportamenti asseritamente di concorrenza sleale interferiscano con un diritto di esclusiva: così, Cass., ord., 18 maggio 2010, n. 12153.

⁹ App. Milano, 26 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1885.

impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate”.

Il codice della proprietà industriale presenta alcune varianti rispetto all'ordinario processo di cognizione disciplinato dal libro II del codice di procedura civile e prevede specifici strumenti processuali, in relazione alle peculiarità dei diritti che vengono fatti valere.

Può evidenziarsi in proposito, con riferimento alla fase istruttoria, il potere del giudice, in attuazione della c.d. *discovery* sollecitata da una parte (e pur in assenza dei presupposti richiesti dagli artt. 210 e ss. c.p.c.), di disporre l'esibizione di documenti o elementi che confermino gli indizi della fondatezza della domanda della parte istante o di richiedere informazioni alla controparte, anche sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci e prestazioni di servizi che violano un diritto contemplato dal codice (artt. 121 e 122 c.p.i.).

Inoltre, qualora venga disposta una consulenza tecnica d'ufficio, il consulente può ricevere documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice anche se non prodotti in causa e ciascuna parte può nominare più di un consulente (art. 120, comma 5 c.p.i.).

In merito alla fase decisoria, va sottolineato, oltre alla riserva di collegialità *ex art. 50-bis c.p.c.*, il più ampio spettro di misure correttive e di sanzioni civili a disposizione del giudice e, in particolare, il suo potere di disporre, anche nei confronti di terzi, l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, l'ordine del ritiro dal commercio e la distruzione delle stesse, con fissazione di penali per il caso di violazione o inosservanza esecuzione dei provvedimenti e di ritardo nell'esecuzione (art. 124 c.p.i.).

Sono, altresì, previsti specifici criteri per la liquidazione del risarcimento del danno, prevedendo, quale facoltà della vittima, di chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione (art. 125 c.p.i.).

Da ultimo, può menzionarsi il potere dell'autorità giudiziaria di ordinare che il provvedimento decisorio, sia espresso in sede cautelare, sia al termine di un giudizio di merito, sia pubblicato in uno o più

giornali a spese del soccombente (art. 126 c.p.i.).

III. IL PASSAGGIO AL TRIBUNALE DELLE IMPRESE

La complessità della disciplina processuale, sotto il profilo dell'individuazione del giudice competente e delle regole applicabili, ha costituito, unitamente ad altri fattori (tra cui, in particolare, le asimmetrie informative tra gli attori del mercato e i consumatori, la difficoltà per i soggetti che si assumono lesi da condotte anticoncorrenziali di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra la condotta e il danno medesimo, nonché i costi e i tempi necessari per ottenere una decisione giudiziaria), un elemento di ostacolo per la crescita del *private enforcement*.

Ciò ha determinato una svalutazione delle azioni civili quale strumento finalizzato ad assicurare una piena tutela della concorrenza nello spazio europeo, relegandole ad un ruolo secondario ed ancillare rispetto all'attività delle autorità nazionali amministrative (*public enforcement*), che, invece, ha registrato negli ultimi anni un notevole sviluppo sia in termini assoluti, che in confronto con il *private enforcement*.

Al fine di semplificare e razionalizzare l'assetto normativo relativo alla competenza degli uffici giudiziari nelle cause civili aventi per oggetto gli illeciti *antitrust*, nonché di riservare la trattazione di tale contenzioso ad un giudice specializzato, il legislatore, recependo le indicazioni provenienti sia dalla dottrina, sia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha provveduto a modificare il riferito sistema di competenze con l'approvazione dell'art. 2, d.l. n. 1/12, conv. nella l. n. 27/12, le cui disposizioni si applicano ai giudizi instaurati dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto e, dunque, il 21 settembre 2012.

Operando una modifica del d.lgs. n. 168/03, tale norma procede, in primo luogo, ad una nuova denominazione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, modificata in sezioni specializzate in materia di

impresa e, quindi, alla istituzione di nuove sezioni specializzate in materia di impresa in quei Tribunali aventi sede nei capoluoghi di regione (escluso Aosta ed incluso Brescia) sprovvisti di una sezione specializzata per la proprietà industriale.

Può, sul punto, evidenziarsi che, nell'originario progetto governativo, così come trasfuso nel decreto legge, le sezioni specializzate in materia di impresa erano previste nel numero di dodici e coincidevano con quelle già esistenti in materia di proprietà industriale e intellettuale, che vedevano la loro denominazione modificata.

Il Parlamento ha, poi, preferito, una più intensa articolazione territoriale delle sezioni, incrementando a venti il numero dei tribunali destinati ad ospitare le sezioni specializzate in materia di impresa.

A tali sezioni viene riconosciuta la competenza in materia di proprietà industriale e concorrenza sleale, nei limiti di quanto previsto dall'art. 134, d.lgs. n. 30/05, diritto di autore e violazioni della normativa *antitrust*, sia italiana, sia europea, accentrando, in tal modo, presso tali uffici giudiziari la competenza in ordine agli illeciti antitrust e provvedendo contestualmente alla corrispondente modifica dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/90, che aveva previsto la competenza delle Corti di appello.

Alle stesse vengono, inoltre, attribuite competenze ulteriori in materia di controversie societarie che vedono interessate società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, cooperative, europee e cooperative europee, nonché di contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture rilevanza comunitaria in cui sia parte (o partecipi al consorzio o al raggruppamento temporaneo affidatari) una delle predette società.

La competenza delle sezioni specializzate, così come indicata, è espressamente estesa alle cause e ai procedimenti che presentano ragioni di connessione.

Tale intervento legislativo è finalizzato alla rimozione del principale fattore di criticità derivante dalla pluralità di uffici giudiziari competenti a giudicare in materia e, quindi, del principale fattore procedurale ostativo ad una piena ed efficiente tutela privatistica dei soggetti lesi da con-

dotte poste in essere in violazione della normativa *antitrust*.

Viene, inoltre, riconosciuto lo stretto collegamento tra la materia della proprietà industriale e intellettuale con quella, apparentemente antitetica, della concorrenza, rappresentando, in realtà, due facce della stessa medaglia.

Anche sotto il profilo dell'efficienza, la scelta appare condivisibile, atteso che le sezioni specializzate per la proprietà industriale hanno maturato, nel corso degli ultimi anni, una specifica *expertise* in materie economiche-commerciali ed *antitrust*, soprattutto per quanto riguarda la liquidazione del danno derivante da condotte lesive della libertà di impresa.

Inoltre, l'utilizzo di uno strumento organizzativo già esistente e operativo – quanto meno nelle realtà giudiziarie investite dal maggior numero di controversie in materia – dovrebbe consentire un'attuazione della riforma e una transizione al nuovo modello organizzativo più celere e con minori difficoltà, attraverso l'impiego di strutture e risorse già esistenti, rispetto all'alternativa della creazione *ex novo* di nuove sezioni su tutto il territorio nazionale.

IV. LA COESISTENZA DI DIFFERENTI REGIMI PROCESSUALI. LA CLASS ACTION

La riforma operata con il d.l. n. 1/12 ha sicuramente semplificato il quadro normativo in esame, nel tentativo di individuare un unico ufficio giudiziario competente (sia pure non esclusivamente) nella materia degli illeciti civili *antitrust* e di ridurre l'articolazione territoriale del presidio giudiziario di prima istanza a venti Tribunali.

Il legislatore del 2012 non si è, tuttavia, preoccupato di coordinare il nuovo assetto di competenze con la normativa in tema di azione di classe o *class action* (peraltro interessata da alcune modifiche), introdotta dapprima con l'art. 2, comma 446, legge 24 dicembre 2007, n. 447 (legge finanziaria per il 2008), e, quindi, con l'art. 49, legge 23 luglio 2009, n. 99, che hanno introdotto l'art. 140-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).

In realtà, il Governo aveva affidato alle sezioni specializzate in materia di impresa anche la competenza a giudicare sulla azioni di classe, ma, in sede conversione del decreto legge, il Parlamento ha deciso di sopprimere la relativa disposizione, preferendo lasciare inalterata il vigente assetto di competenze.

L'azione di classe, nella sua ultima e vigente formulazione – modificata, come già evidenziato, dallo stesso d.l. n. 1/12 –, mira a consentire una tutela processuale dei diritti individuali omogenei e collettivi dei consumatori e degli utenti mediante lo strumento che consente e facilita la proposizione congiunta delle relative domande giudiziarie e la loro trattazione unitaria nell'ambito dello stesso giudizio¹⁰.

Tra le situazioni giuridiche soggettive tutelabili mediante il nuovo strumento compaiono, accanto ai diritti contrattuali spettanti a consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 c.c., e ai diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore – anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale – anche i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Deve ritenersi che gli illeciti *antitrust*, in quanto rientranti nel più ampio *genus* dei comportamenti anticoncorrenziali, possono essere tutelati anche con il ricorso alla *class action*, laddove si preferisca la tutela associata dei propri diritti in luogo di quella individuale.

L'alternatività degli strumenti processuali a disposizione delle vittime degli illeciti *antitrust* – ciascuno caratterizzato da una propria peculiare disciplina – evidenzia che l'auspicata uniformità della disciplina processuale applicabile al tipo di contenzioso in esame non può considerarsi completamente raggiunta, residuando ancora problemi di coordinamento tra i diversi istituti.

Occorre premettere che, secondo la tesi più accreditata, l'azione di classe si atteggia a strumento alternativo al litisconsorzio facoltativo, con la funzione di superare l'apatia razionale degli interessati, e quale veicolo processuale diretto a facilitare la proposizione di azioni seriali e, al tempo stesso, a restituire efficienza alla macchina della giustizia.

Il carattere prettamente processuale dell'istituto, sia pure contraddistinto dalla funzione di deterrenza ad esso attribuita, è reso palese anche dall'adesione al sistema del c.d. "*opt in*", in cui l'adesione all'azione di classe è rimesso ad una espressa dichiarazione di volontà del singolo soggetto, rispetto a quello opposto del c.d. "*opt out*", in forza del quale la partecipazione all'azione per è automatica per ciascuno dei soggetti rientranti nella categoria di soggetti pregiudicati dallo specifico comportamento (c.d. classe) senza la necessità di una apposita manifestazione di volontà in tal senso, richiesta, invece, per conseguire l'effetto di rimanere estranei all'azione medesima.

Le principali differenze tra la tutela degli illeciti *antitrust* affidata allo strumento della *class action* e quella rimessa all'iniziativa individuale del danneggiato risiedono, per quanto più strettamente non conseguenti alla struttura delle azioni, oltre alla partecipazione necessaria del p.m., prevista per la fase di ammissibilità dell'azione di classe, nella diversa articolazione sul territorio nazionale degli uffici giudiziari competenti in primo grado e nel diverso atteggiarsi dei poteri affidati al giudice.

Sotto il primo aspetto, l'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 206/05, sulla falsariga di quanto all'epoca previsto dalla normativa istitutiva delle sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale, prevede la concentrazione delle azioni solo in alcuni tribunali specificamente indicati quali competenti in modo da evitare dispersione, aggravio nel carico di lavoro per i giudici e maggiore specializzazione per le sezioni individuate e da agevolare la formazione di orientamenti giurisprudenziali uniformi, funzionale a maggiori

¹⁰ Per una prima sentenza di accoglimento di

una *class action*, sia pure in tema di "vacanza rovinata", v. Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, n. 2195.

vantaggi in termini di prevedibilità e qualità delle decisioni.

I Tribunali competenti sono individuati secondo criteri diversi da quelli utilizzati dal d.lgs. n. 168/03, per cui risultano essere 11, mentre le originarie sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale erano 12; anche gli ambiti di competenza territoriale si presentano diversi e non coincidenti.

In ordine al secondo aspetto, si sottolinea che si è ritenuto opportuno affidare importanti poteri discrezionali al giudice nella gestione del processo – tali da richiamare alla mente l'esperienza anglosassone del “*case management*” –, nella consapevolezza, evidentemente, che il recupero dell'efficienza del processo non può che passare anche attraverso l'abbandono della tendenza a proceduralizzare nei singoli dettagli ogni aspetto dell'iter processuale.

In particolare, l'autonomia del giudice nella gestione del processo si palesa soprattutto nell'ampia discrezionalità riconosciutagli nella determinazione del contenuto dell'ordinanza con la quale ammette l'azione di classe.

Può, conclusivamente, ritenersi che il legislatore del 2012 ha perso un'occasione per semplificare ulteriormente e rendere più efficiente la disciplina processuale apprestata a tutela delle vittime di illeciti *antitrust*.

Un coordinamento tra le due normative esaminate, oltre a rispondere ad esigenze di coerenza logica e giuridica, avrebbe consentito, da un lato, una tutela più efficace e celere delle situazioni soggettive, avuto riguardo ai poteri direttivi del processo riservati al giudice della *class action*, e di accesso più facile e intuitivo, dall'altro, una maggiore specializzazione dei giudici, con conseguente beneficio in termini di qualità e celerità delle decisioni e formazione di orientamenti giurisprudenziali omogenei.

V. I POSSIBILI MODELLI ORGANIZZATIVI DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE

La scelta del Governo, prima, e del legislatore, poi, di sviluppare la disciplina per le sezioni specializzate in materia di impresa sul modello preesistente delle se-

zioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale è stata improntata, oltre che dai soddisfacenti risultati che tale strumento aveva dato, anche dalla considerazione che l'innesto di un nuovo sistema di articolazione delle competenze su un modello organizzativo preesistente avrebbe consentito un'attuazione della riforma celere e senza rilevanti problemi di natura organizzativa all'interno dei singoli uffici giudiziari interessati.

Nella realtà, l'implementazione della riforma ha dato luogo ad alcune criticità riconducibili, da un lato, a differenti interpretazioni del dato legislativo, dall'altro, alla non omogeneità, soprattutto sotto il profilo quantitativo, del contenzioso devoluto alle singole sezioni specializzate.

Per quanto attiene al primo aspetto, l'interpretazione letterale del dato legislativo sembra chiara nel prevedere che le “vecchie” sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale, presenti nei dodici Tribunali, vengono ridenominate in sezione specializzata in materia di imprese, mentre in quei Tribunali sprovvisti di una sezione specializzata per la proprietà industriale vengono istituite nuove sezioni.

La volontà del legislatore di ridenominare le sezioni per la proprietà industriale, istituendone di nuove solo nei Tribunali che ne sono sprovviste, risponde, infatti, all'esigenza di facilitare e accelerare l'avvio delle sezioni, attraverso l'impiego di strutture e risorse già esistenti.

Inoltre, sempre dalla lettura del dato legislativo si evince che il nucleo principale delle competenze è quello della proprietà industriale e della concorrenza e che le ulteriori competenze sono aggiuntive e neanche integrali rispetto alla materia di riferimento (societaria o contratti pubblici), venendo in rilievo una limitazione soggettiva (in relazione al tipo di società) ed oggettiva (in relazione ad alcuni solo dei contenziosi derivanti dall'applicazione del diritto societario o del codice dei contratti pubblici).

Altra tesi interpretativa, facendo leva sulla previsione normativa che richiede la destinazione alla sezione specializzata di magistrati dotati di specifiche competenze, sull'incremento delle materie devolute alla sezione, nonché sull'istituzione

di nuove sezioni nei tribunali che erano sprovvisti delle sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale, ha ritenuto che si fosse sempre in presenza di una nuova sezione.

In merito al prevedibile carico di lavoro destinato alle sezioni, l'analisi degli attuali flussi e pendenze induce a ritenere – secondo una valutazione effettuata in via prognostica – rilevanti diversità sotto il profilo quantitativo, a causa delle non omogeneità, sotto il profilo economico, dei territori in cui operano gli uffici giudiziari interessati dalla riforma.

In relazione alla difficoltà insorte, il Consiglio Superiore della Magistratura ha ritenuto opportuno intervenire con una delibera con la quale, disattendendo la tesi interpretativa fondata sull'interpretazione letterale della legge, ha espresso l'avviso che le sezioni specializzate in materia di impresa fossero in tutti i casi nuove sezioni, ritenute “non sono automaticamente sovrapponibili alle sezioni in materia di proprietà industriale ed intellettuale”¹¹.

La riferita diversità tra le varie situazioni esistenti si porrebbe, secondo il Consiglio, in senso contrario all'indicazione di un modello organizzativo unico che comporterebbe, per la sua applicazione in tutti gli uffici, stravolgimenti della composizione delle sezioni esistenti ed il rischio di creare strutture scarsamente specializzate, almeno nella prima fase di operatività della riforma.

Per tale ordine di ragioni, la delibera ha suggerito la possibilità di ricorrere, elaborando una disciplina secondaria improntata alla massima elasticità e flessibilità, a diversi modelli organizzativi.

Il primo modello prevede un'unica sezione con collegi *specializzati*, formati da giudici che si occupino della “materia dell'impresa”, in via esclusiva o concorrente con altre materie, in relazione a quegli uffici che, già in passato, vedevano l'attribuzione dell'intera materia societaria e della materia della proprietà industriale alla stessa sezione ovvero, pur non avendo una sezione specializzata in materia di diritto di proprietà industriale ed intellettuale,

avevano solo una sezione competente per il contenzioso in materia societaria.

Il secondo modello, particolarmente indicato per gli uffici di dimensioni più grandi, prevede l'istituzione di una sola sezione mediante l'accorpamento delle originarie sezioni esistenti che si occupavano in prevalenza delle materie attribuite alla competenza delle sezioni specializzate in un'unica sezione, con possibilità di prevedere una ripartizione dei giudici in due collegi, ciascuno dei quali presieduto da un Presidente di sezione.

Infine, l'ultimo modello, previsto per gli uffici in cui vi sono già due sezioni che si occupano prevalentemente delle materie attribuite alla competenza delle nuove sezioni specializzate – con attribuzione netta della materia societaria e di quella di proprietà industriale – consiste nel mantenimento delle due sezioni con due Presidenti di sezione, uno dei quali con funzione di coordinatore (con eventuale competenza specifica di una in materia societaria) dell'altra in materia industriale.

Tale ultimo modulo organizzativo risulterebbe coerente con il dettato legislativo, il quale non esclude che le sezioni specializzate in materia di impresa possa articolarsi, al loro interno, in una o più sezioni, come avviene per le sezioni lavoro dei Tribunali di dimensioni più grandi.

PAOLO CATALLOZZI

Bibliografia

AA.VV., *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, (a cura di) GAMBINO e FALCE, Roma, 2010; G. CASABURI, «La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese», in *Dir. ind.*, 2012, 526 ss.; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Milano, 2009; M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998; M. TAVASSI, «Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa», in *Corr. giur.*, 2012, 1115 ss.; M. TAVASSI, «Tutela antitrust e azione di classe: il modello italiano, prime esperienze», in *I rimedi civilistici agli illeciti anticorrenziali. Private enforcement of competition law*, Milano, 2012; C. TESAURO, «Recenti sviluppo del private antitrust enforcement», in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011; A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012.

¹¹ Si tratta della risoluzione adottata con delibera dell'11 luglio 2012.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La legittimazione attiva e passiva all'azione *antitrust*

Sommario: I. LA LEGITTIMAZIONE GIUDIZIALE *ANTITRUST*. – II. (*Segue*) LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA. – III. (*Segue*) LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE. – IV. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA.

I. LA LEGITTIMAZIONE GIUDIZIALE *ANTITRUST*

È ben noto che gli articoli 101 e 102 TFUE, così come gli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990 (Legge *antitrust*) – in materia rispettivamente di intese restrittive della concorrenza e di abusi di posizione dominante – costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti fra i privati, in quanto tali idonee a far sorgere in capo ad essi situazioni giuridiche soggettive direttamente invocabili davanti al giudice ordinario (*private antitrust enforcement*)¹.

In questa prospettiva, complementare a quella dell'*enforcement* pubblicistico ad opera delle autorità di concorrenza, si pone il tema della legittimazione ad agire, tipicamente annoverata fra le condizioni dell'azione, con cui ci si riferisce alla titolarità del potere (legittimazione attiva) e del dovere (legittimazione passiva) di promuovere o subire un giudizio rispetto al rapporto dedotto in causa.

Se tuttavia in linea generale la *legitimitas ad causam* si appunta in capo al soggetto al quale – ovvero nei cui confronti – è attribuita la titolarità del rapporto giuridico controverso, l'individuazione dell'attore e del convenuto nell'ambito di un'azione giudiziale *antitrust* dipende da una serie di variabili connesse sia alle peculiarità della normativa in materia di concorrenza – le cui categorie (si pensi alla nozione di "impresa" e di "intesa") si connotano in chiave di marcata specialità rispetto alle tradizionali fatti-

specie civilistiche – sia agli stessi obiettivi perseguiti dalla legislazione a tutela della concorrenza.

Nel nostro ordinamento, il tema della legittimazione all'azione nell'ambito del contenzioso *antitrust* – ed in particolare l'individuazione dei soggetti dotati di legittimazione attiva – è stato oggetto di un laborioso percorso giurisprudenziale, largamente tributario della giurisprudenza comunitaria ed in particolare di quelle pronunce della Corte di Giustizia, che, come vedremo, hanno stabilito una soglia di tutela minima per tutti i soggetti operanti nel mercato comune (sia imprese che consumatori).

In tal modo, per successivi approdi caratterizzati da una sempre maggiore consapevolezza delle specificità della legislazione *antitrust* e della sua applicazione da parte del giudice civile, operante sul piano della tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, ma comunque volta, in chiave complementare al *public enforcement*, ad assicurare una maggiore efficacia complessiva alla normativa e ad accrescerne la deterrenza preventiva, la questione della legittimazione è venuta affrancandosi dalle elaborazioni condotte sul piano della applicazione della disciplina codicistica della concorrenza sleale.

Si tratta, d'altro canto, di risultati coerenti con i contenuti dell'ampio dibattito sviluppatosi a livello comunitario dai primi anni 2000 (in parte ancora in corso), incentrato essenzialmente sull'effettività dei rimedi giudiziari nelle controversie *antitrust* e sulla opportunità di un eventuale intervento normativo comunitario al riguardo². Nel corso di tale dibattito, le isti-

¹ C. giust. CE, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT c. SV Sabam e NV Fonior*. Nel nostro ordinamento assume rilievo l'art. 33, comma 2, l. 287/1990, come modificato dall'art. 2, comma 2, d.l. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*» secondo il quale «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi

intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

² Cfr. Libro Verde della Comm. UE, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle nor-

tuzioni comunitarie (ed *in primis* la Commissione ed il Parlamento) hanno chiaramente riconosciuto l'importanza del *private enforcement* come strumento della politica di concorrenza, auspicandone la diffusione e l'affermazione come effettivo rimedio giudiziale azionabile presso le corti nazionali degli Stati membri, riconoscendo, appunto, a "chiunque" sia stato lesa da una condotta anticompetitiva illecita avvenuta nel mercato comune la legittimazione ad agire per invocare il ristoro del pregiudizio subito³.

Sul piano strettamente processuale, in attesa di un possibile intervento normativo comunitario volto a stabilire norme uniformi in materia di tutela giudiziale *antitrust*, la questione della legittimazione attiva e passiva – e dunque del perimetro della tutela assicurata dall'AGO a fronte di violazioni della normativa *antitrust* – continua ad essere disciplinata dalle regole interne degli Stati membri.

II. (Segue) LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I contorni della legittimazione attiva ad invocare in giudizio la normativa *antitrust* sono stati compiutamente delineati dalla giurisprudenza comunitaria – in chiave di garanzia della effettività della tutela giudiziale – dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Courage c. Crehan*⁴, vero e proprio *leading case* in materia.

In tale pronuncia, in linea con l'approccio seguito in materia di effetto diretto delle disposizioni del Trattato, la

Corte ha affermato che l'effetto utile del divieto di cui all'art. 101 § 1 TFUE potrebbe subire una seria limitazione qualora non fosse pienamente garantita ai soggetti danneggiati la possibilità di agire in sede di risarcimento dei danni derivanti da condotte anticoncorrenziali.

Il giudice comunitario, in particolare, chiamato a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto comunitario della regola giurisprudenziale inglese che nega il diritto al risarcimento del danno al soggetto che fonda la sua domanda su un atto illecito di cui condivide la responsabilità, la c.d. *in pari delicto doctrine*⁵, ha precisato che qualunque soggetto è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 101 TFUE e chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune⁶.

Secondo la Corte di Giustizia, l'esercizio di tale diritto rafforza, attraverso la tutela giudiziale nel caso specifico, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è in grado di disincentivare le imprese dall'adottare comportamenti anticoncorrenziali svolgendo una funzione deterrente e di prevenzione generale. In questo senso, secondo la Corte, le azioni di risarcimento proposte davanti alle giurisdizioni nazionali possono contribuire in misura sostanziale al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità⁷.

Questo orientamento è stato successivamente consolidato nel caso *Manfre-*

me *antitrust* comunitarie, COM/2005/0672 def.; Libro Bianco della Comm. UE in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def.

³ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 sulla relazione annuale sulla politica di concorrenza dell'Unione europea, §§ 25-27.

⁴ C. giust. CE, 20 settembre 1999, *Courage and Crehan*, C-453/99, *Racc.* 2001, p. I-6297.

⁵ Al fine di una migliore comprensione della portata della pronuncia è utile ricordare che il caso sottoposto all'esame della Corte di Giustizia ha avuto ad oggetto le seguenti questioni pregiudiziali: *i*) se una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 81 [ora 101 TFUE] possa dedurre la violazione di tale disposizione dinanzi ad un giu-

dice nazionale, al fine di ottenere dalla controparte il risarcimento dei danni subiti a causa dell'assoggettamento della parte stessa ad una clausola contrattuale in contrasto con l'art. 81 [ora 101 TFUE] e *ii*) se, di conseguenza, il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che non riconosca ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni. Nel caso in cui il diritto comunitario osti ad una norma nazionale di tale natura, il giudice nazionale richiedeva di conoscere quali circostanze dovessero essere prese in considerazione per valutare la fondatezza della domanda di risarcimento danni.

⁶ C. giust. CE, 20 settembre 1999, "*Courage*", cit., punti 23-26.

⁷ C. giust. CE, 20 settembre 1999, "*Courage*", cit., punto. 27.

di⁸, in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata in via pregiudiziale sul rinvio da parte del Giudice di Pace di Bitonto adito in una controversia originata dalle vicende di una intesa restrittiva della concorrenza nel settore assicurativo⁹.

La Corte, sulla base dei principi di equivalenza e di effettività del diritto comunitario, ha risolto alcune specifiche questioni procedurali relative alle azioni giudiziali fondate su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza (quali la legittimazione ad agire, il nesso di causalità, il computo del termine di prescrizione delle azioni, nonché le voci del danno risarcibile). Con particolare riferimento alla legittimazione, ha poi affermato che, al fine di garantire l'effetto utile delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza «chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. [101 TFUE]»¹⁰.

Con riferimento alle modalità concrete di esercizio di tale diritto nei singoli ordinamenti nazionali la Corte, in ossequio al principio di autonomia procedurale, ha precisato che «In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario»¹¹.

In particolare, la Corte ha stabilito che, in assenza di una normativa comunitaria in materia, le disposizioni nazionali in tema di legittimazione attiva non devono risultare meno favorevoli di quelle relative alle azioni di risarcimento del danno fondate su una violazione delle re-

gole nazionali (principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto a chiedere il risarcimento del danno subito a seguito di una violazione delle regole comunitarie di concorrenza (principio di effettività).

III. (Segue) LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

A livello nazionale, il riconoscimento della legittimazione attiva delle imprese vittime di un illecito anticoncorrenziale (vuoi in quanto contraenti diretti e/o indiretti di un operatore dominante o vittime di intese restrittive della concorrenza) non ha mai avuto risvolti particolarmente problematici, essendo pacifico che i soggetti del mercato a cui la normativa *antitrust* si rivolge ed a cui presta tutela comprendono necessariamente le imprese.

Maggiori difficoltà, ed anzi vere e proprie resistenze, sono invece sorte in relazione all'individuazione della legittimazione attiva in capo ai consumatori finali che, per definizione, nell'ambito di transazioni di carattere economico, si pongono ad un livello della catena diverso rispetto a quello in cui si è concretamente realizzata la fattispecie restrittiva della concorrenza.

Il tema è stato affrontato in una serie piuttosto ravvicinata di pronunce, riconducibili al richiamato caso RC Auto, in cui la Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimersi rispetto alla controversa questione della legittimazione dei consumatori finali danneggiati da un illecito *antitrust* concretatosi in una fattispecie collusiva a promuovere azioni risarcitorie ex art. 33 c. 2 l. n. 287/90.

Attraverso un processo di approfondimento ed elaborazione della *ratio* e degli

⁸ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, cause riunite C-295-298/04, in *Racc.* 2006, p. I-6619.

⁹ L'intesa illecita era stata accertata e sanzionata dall'AGCM con Provvedimento del 28 luglio 2000, n. 8546, I377, caso "RC Auto". La decisione è stata oggetto di impugnazione davanti ai giudici amministrativi: il TAR Lazio, con sentenza n. 6139 del 5 luglio 2001 ha respinto i ricorsi delle compagnie assicurative confermando per l'effetto

la sanzione di 700 miliardi di lire ad esse irrogata; il Consiglio di Stato con sentenza n. 2199 del 23 aprile 2002, ha parzialmente riformato la pronuncia del TAR Lazio, confermando però i capi della decisione relativi all'illiceità dello scambio di informazioni sensibili.

¹⁰ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit., punto 61.

¹¹ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit., § 62 ss.

obbiettivi della disciplina, la posizione della Cassazione si è attestata, a partire dal 2005, nell'affermare espressamente la legittimazione attiva ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale anche dei consumatori finali, intesi quali "soggetti del mercato" al pari delle imprese, riallineando finalmente il proprio orientamento con la giurisprudenza comunitaria nel ricordato caso *Courage*¹².

Questa posizione, ormai consolidata dalla Suprema Corte, ha rappresentato un radicale "ripensamento" di quella originariamente espressa in precedenti pronunce dove era stata invece negata la legittimazione ad agire ai sensi della normativa nazionale di concorrenza dei consumatori finali che si ritenevano danneggiati da un illecito *antitrust*.

Il precedente orientamento della Cassazione, come anticipato, si fondava su una concezione delle regole di concorrenza ampiamente ispirata all'impostazione codicistica della disciplina della concorrenza sleale e, dunque, sulla tutela dell'imprenditore dalla attività scorretta del concorrente. In questa prospettiva, le regole di concorrenza avrebbero tipicamente esaurito i loro effetti tra gli imprenditori, unici soggetti legittimati ad avvalersi della tutela speciale apprestata dall'ordinamento al rapporto concorrenziale.

Sulla scorta di questa impostazione, dunque, la Corte aveva recisamente negato la possibilità per i consumatori finali danneggiati da un illecito *antitrust* di avvalersi degli strumenti di tutela previsti l. n. 287/90.

In particolare, già nel 1999, in relazione all'applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza in una controversia relativa ad un rapporto contrattuale tra un consumatore ed un istituto bancario (le disposizioni nazionali *antitrust* pure invocate dall'attore nel caso di specie furono ritenute dalla Corte inapplicabili perché entrate in vigore in un momento successivo alla stipulazione del

rapporto contrattuale tra le parti) il giudice aveva fornito un'interpretazione assai restrittiva della tutela apprestata ai singoli dalle regole di concorrenza. Secondo la Cassazione, infatti, «le norme degli art. [101 e 102 TFUE] sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese [...] destinatari diretti di tali norme sono pertanto gli imprenditori commerciali, legittimati ad avvalersene per ottenere l'effettiva libertà di concorrenza: l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa ed indiretta dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese»¹³.

Questa impostazione venne successivamente confermata dalla Cassazione, anche per le disposizioni nazionali, nella sentenza *Axa* del 2002¹⁴. Secondo la Corte, l'azione proposta dal consumatore finale per chiedere il risarcimento del danno derivato da un'intesa restrittiva della concorrenza non sarebbe rientrata nella cognizione esclusiva della Corte d'Appello in unico grado di merito, ai sensi dell'art. 33 c. 2, della citata l. n. 287/90, in quanto riveste «i caratteri di un'ordinaria azione di responsabilità, assoggettata agli ordinari criteri di competenza»¹⁵.

Una simile interpretazione, pur non negando astrattamente la possibilità per il consumatore finale di chiedere il risarcimento del danno *antitrust* in giudizio per il tramite delle ordinarie regole di responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 c.c., ritagliava tuttavia per tale soggetto un ruolo marginale rispetto all'applicazione giudiziale delle regole di concorrenza fondate sulla legge nazionale *antitrust* (essenzialmente limitato alla attività di impulso e segnalazione all'AGCM).

Di lì a poco, tuttavia, questi esiti interpretativi furono messi in discussione, all'insegna di una maggiore consapevolezza

¹² Cfr. sentenza Cass., sez. un. del 4 febbraio 2005, n. 2207 (caso *Unipol*). Tale orientamento è stato successivamente consolidato con la sentenza n. 2305 del 2007 e ribadito nella successiva pronuncia del 26 maggio 2011, n. 11610.

¹³ Cass., sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811.

¹⁴ Cass., sez. I, del 9 dicembre 2002, n. 17475.

¹⁵ Cass., n. 17475, cit.

del ruolo e della funzione della legislazione *antitrust* nell'ordinamento.

Nel 2003, in particolare, in occasione di un ulteriore esame della questione originato da un'azione risarcitoria proposta da un assicurato nei confronti di una impresa anch'essa parte dell'intesa RC Auto, la terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, con una ordinanza interlocutoria¹⁶, mise in discussione quanto statuito nella richiamata pronuncia *Axa*. Con una interpretazione attenta alle tesi ed ai suggerimenti della dottrina, la Corte rilevava come anche il consumatore finale possa subire un danno da una condotta anti-competitiva e come la sua azione in sede giudiziale possa assumere un ruolo rilevante nell'ottica di una maggiore efficienza nella repressione delle pratiche concorrenziali rimettendo la questione, ritenuta di particolare importanza, alle Sezioni Unite della Corte.

A seguito dell'ordinanza di rimessione, con sentenza resa a Sezioni Unite¹⁷, la Suprema Corte ha preliminarmente riconosciuto la diversità dell'ambito e di funzione tra la tutela codicistica dalla concorrenza sleale a cui, come detto, il precedente orientamento era ampiamente ispirato e quelli propri della legge *antitrust*, escludendo l'esistenza di valide ragioni per negare la legittimazione davanti alla giurisdizione ordinaria, ai sensi dell'art. 33 c. 2 l. n. 287/1990, al consumatore finale.

In particolare, secondo la Cassazione a Sezioni Unite, contrariamente alla richiamata sentenza n. 17475 del 2002, «la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, [...], alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»¹⁸.

Secondo la Corte, la legge italiana *antitrust* così come le norme del Trattato che la hanno ispirata, sono poste a tutela della struttura e della logica competitiva del

mercato inteso come «luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa, [e che] è perciò stesso luogo della competizione»¹⁹.

Di conseguenza, è da considerarsi illecito ogni fatto che riduce tale autonomia, assimilando o avvicinando i comportamenti di mercato all'esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conformandoli oggettivamente ad un certo grado di collaborazione che sostituisce o riduce la competizione. Secondo la Corte, la tutela accordata dalla legge *antitrust* non ignora la plurioffensività del comportamento illecito, di modo che un'intesa vietata è suscettibile di ledere «anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori della intesa»²⁰.

Sulla base di tali considerazioni la Corte, ritenendo che la violazione di interessi riconosciuti come rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto *ex art.* 2043 c.c., ha affermato che colui che subisce un danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui al citato art. 33 c. 2.

Nel 2007, con la sentenza n. 2305, anch'essa resa nell'alveo delle azioni di danno promosse dai consumatori finali danneggiati dal cartello RC Auto, la terza Sezione della Corte di Cassazione ha ulteriormente consolidato quest'orientamento, ribadendo che la legge *antitrust* «non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato» e che «il consumatore, quale acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicché la funzione illecita di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza»²¹.

Attraverso il riconoscimento della legittimazione ad agire dei soggetti danneg-

¹⁶ Cass., sez. III, ordinanza n. 15538 del 17 ottobre 2003.

¹⁷ Cass., sez. un., caso *Unipol*, cit.

¹⁸ Cass., sez. un., caso *Unipol*, cit.

¹⁹ Cass., sez. un., caso *Unipol*, cit.

²⁰ Cass., sez. un., caso *Unipol*, cit.

²¹ Cass., sez. III, del 2 febbraio 2007, n. 2305.

giati da un illecito *antitrust*, siano essi consumatori finali o imprese, la giurisprudenza interna si è dunque uniformata alle indicazioni delle corti comunitarie, per cui qualunque danneggiato in presenza di determinate condizioni procedurali deve poter adire i giudici nazionali per ottenere il risarcimento del danno subito, in nome dell'effettività delle regole di concorrenza nel mercato comune²².

Da ultimo, la legittimazione ad agire dei consumatori finali nell'ambito del contenzioso *antitrust* è stata espressamente riconosciuta anche dal legislatore italiano. L'azione di classe, infatti, introdotta nel 2009 quale nuovo strumento di tutela processuale a favore dei consumatori, ricomprende espressamente nel novero dei diritti tutelabili «anche» tramite l'azione di classe «i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio» derivante ai consumatori «da comportamenti anticoncorrenziali»²³. L'azione di classe, dunque, è intesa come uno strumento che completa e rafforza la tutela individuale del consumatore nei confronti degli illeciti *antitrust*, riconosciuta, come visto, solo a seguito di una complessa evoluzione giurisprudenziale.

IV. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA

Nell'ambito del contenzioso giudiziale *antitrust*, la questione della legittimazione passiva non presenta profili di particolare

problematicità, almeno sul piano sistematico della individuazione dell'oggetto della tutela, ed è governata dalla regola generale per cui spetta all'attore individuare correttamente il debitore dell'obbligazione dedotta in giudizio²⁴.

Qualche difficoltà interpretativa ed applicativa rispetto alla definizione del soggetto convenuto è suscettibile semmai di derivare dal fatto che legittimati passivi nel contenzioso *antitrust* sono tipicamente le imprese, intese nella ampia eccezione sostanzialistica stabilita dalla Corte di Giustizia come ogni entità che esercita un'attività economica sul mercato comune a prescindere dalla sua qualificazione giuridica e dalle sue modalità di finanziamento²⁵.

La giurisprudenza nazionale, in fedele applicazione dei principi comunitari, ha fatto applicazione di tale nozione, riconoscendo la legittimazione passiva anche ad enti *non-profit*²⁶, ordini professionali²⁷, società che gestiscono le infrastrutture come, ad esempio gli aeroporti²⁸, nonché alla Agenzia del Territorio²⁹.

Per converso, va esclusa la legittimazione passiva dell'ente o della persona fisica che non svolge attività imprenditoriale e non può dunque commettere una violazione delle regole della disciplina *antitrust*.

Ciò premesso in linea generale, di particolare rilievo, anche pratico, per il contenzioso in materia di concorrenza è in-

²² Per completezza, può essere opportuno segnalare, con riferimento al tema della effettività della tutela *antitrust* a vantaggio dei consumatori finali, la recente modifica legislativa con cui sono state semplificate le regole in materia di competenza del giudice civile per le controversie fondate su una violazione delle regole di concorrenza nazionali e/o comunitarie. La l. 27/2012 ha, infatti, attribuito alle «Sezioni Specializzate in materia di Impresa» la competenza relativamente alle «controversie di cui all'art. 33, co. 2°, della l. n. 287/1990» e la cognizione sulle «controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea». Con tale disposizione è stato dunque superato il precedente sistema di tutela *antitrust*, basato sulla competenza in primo ed unico grado della Corte d'Appello competente per territorio per le controversie basate sulla violazione della l. 287/1990. Tale sistema, ispirato da pur comprensibili esigenze di specializzazione del giudice e concentrazione del contenzioso ha però generato notevoli complessità applicative nella in-

dividuazione del giudice competente e, specie nei casi caratterizzati della modesta entità del pregiudizio economico, ha comportato nei fatti un onere che è spesso apparso sproporzionato rispetto alla reale entità del danno subito dai consumatori finali.

²³ Cfr. art. 140-bis del 6 settembre 2005, n. 206 – c.d. Codice del consumo –, come modificato dal dall'art. 6, comma 1, lett. e), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

²⁴ Ai sensi dell'art. 163, comma 3, c.p.c.

²⁵ Cfr. *ex multis*, C. giust. CE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*.

²⁶ App. Milano, ordinanza del 5 febbraio 1996.

²⁷ App. Milano, ordinanza del 29 settembre 1999.

²⁸ App. Bologna, 17 aprile 2012.

²⁹ In una fattispecie di abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di informazione commerciale sugli operatori economici, cfr. App. Torino, 11 febbraio 2010.

vece la questione della solidarietà passiva delle parti di un'intesa restrittiva, che sussiste ogni qualvolta (come tipicamente accade nei casi di fattispecie collusive, quali accordi o pratiche concordate) più soggetti concorrono a realizzare l'illecito e ad occasionare il danno³⁰.

Nonostante tale questione non sia stata puntualmente affrontata dalla giurisprudenza nazionale, autorevole dottrina ha rilevato come in tal caso trovi applicazione l'art. 2055 c.c., ai sensi del quale nel caso in cui il fatto dannoso sia imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.

Da ciò consegue non solo che il danneggiato potrà esperire l'azione nei confronti di uno più partecipanti al cartello, ma che l'impresa che ha risarcito il danno ha diritto di regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali³¹.

PIERO FATTORI

Bibliografia

G. AFFERNI, «Il risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione», in *Danno e responsabilità*, 2007, pp. 26-33; A. BARLETTA, «Le domande dei consumatori nei confronti dei responsabili di comportamenti anticoncorrenziali: questioni di competenza, legittimazione ed interesse ad agire», in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1, p. 380; S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milano, 2012; S. BASTIANON, «Antitrust e tutela civilistica: anno zero», pp. 393-398; in *Dir. ind.*, 2003, 2, p. 172; G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, 46 ss.; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, pp. 491-496; M. LIBERTINI, «Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazione di norme antitrust», in *Danno resp.*, 2004, p. 933; C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, 2010; M. SCUFFI, «La tutela giurisdizionale della concorrenza», in *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato* (a cura di), A. Catricalà - P. Troiano, Torino, 2010, pp. 1387-1417; C. TESAURO, «Recenti sviluppi del private antitrust enforcement», in *Mercato Concorrenza e regole*, 2011, n. 3, pp. 427-462.

³⁰ A livello comunitario il principio della responsabilità solidale dei soggetti che hanno partecipato ad un cartello è stato espressamente riconosciuto dalla Comm. EU come principio generale comune a livello UE nel *Commission Staff Working Paper* che ha accompagnato il Libro Bianco sulle azioni di danno *antitrust* (2008).

³¹ Tale principio, pur sotto il diverso profilo della presunzione dell'apporto causale di ciascun danneggiante, è stato espressamente ritenuto applicabile dalla Corte di Cassazione nel contenzioso giudiziale *antitrust*. Cfr. Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*

Sommario: I. LA NULLITÀ COME SANZIONE ESPRESSA PER LA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI ACCORDI. – II. LA NULLITÀ DELLE INTESI NELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287. – III. RIPERCUSSIONI A CARICO DEI CONTRATTI C.D. “A VALLE” DI INTESA ILLECITA. – IV. IL TRATTAMENTO CIVILISTICO DELLE IPOTESI DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

I. LA NULLITÀ COME SANZIONE ESPRESSA PER VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI ACCORDI RESTRITTIVI

L'illecito *antitrust* – con ciò dovendosi intendere tanto l'atto negoziale o amministrativo, quanto l'atto giuridico in senso stretto, integranti violazione della disciplina antimonopolistica europea e/o nazionale – non sempre mette capo a conseguenze civilistiche univoche.

Ricadute dirette, dal punto di vista considerato, è dato invero rintracciare unicamente in relazione agli illeciti sussumibili nel genere degli accordi restrittivi della concorrenza, vietati dall'articolo 101, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di qui in poi anche TFEU), come dall'articolo 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Laddove, infatti, la prima norma richiamata prevede, al comma 2, essere “*nulli di pieno diritto*” gli accordi o le decisioni, vietati ai sensi del comma 1, la omologa disposizione della legge antimonopolistica nazionale recita che “*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*” (art. 2, comma 3, legge n. 287/1990).

Nessuna analoga previsione risulta, per contro, espressamente riconnessa all'abuso di posizione dominante (artt. 102, TFEU e 3, legge 287/1990), alla violazione del divieto sugli aiuti di stato (artt. 107 e ss. TFEU) ovvero ancora a quella del divieto di concentrazioni restrittive (Reg. CE 139/2004 ed art. 6, legge 287/1990).

E d'altra parte, alquanto generica appare la formulazione dell'articolo 33 della legge 287/1990, il cui comma 2 contempla sì “*azioni di nullità o di risarcimento del danno*” quali tipici rimedi sostanziali cui attingere in relazione alle violazioni “*di cui ai titoli da I a IV*” della medesima legge, giustapponendoli a tecniche di tutela cautelare; ma senza anche precisare l'indole (contrattuale o aquiliana) del rimedio riparatorio evocato, così lasciando aperto l'interrogativo se si tratti di una forma rimediale ad uso dei soli soggetti danneggiati, epperò terzi all'atto compiuto, ovvero a tutela delle posizioni di quanti all'atto stesso abbiano concorso ma da posizione di debolezza significativa rispetto all'altrui maggior potere negoziale¹. Ed ancora, rispetto a questa seconda ipotesi, se vi vada scorta una misura risarcitoria destinata ad affiancarsi alla nullità del contratto (e quindi da ricondurre all'art. 1338 c.c.), ovvero un risarcimento del danno da accordare pure in presenza di contratto valido (ad esempio ex art. 1440 c.c.).

Le comminatorie di nullità per gli accordi restrittivi della concorrenza, contenute, come detto, nel Trattato sul funzionamento dell'UE e nella legge antimonopolistica nazionale, sono ritenute norme di ordine pubblico economico², essendo funzionali – seppur a livelli diversi – a garantire la strutturazione concorrenziale del mercato interno³. Da qui il loro operare *ipso iure*, indipendentemente cioè da qualsivoglia statuizione giudiziale – dotata, infatti, di mera valenza dichiarativa – nonché a prescindere da previ provvedimenti di accertamento delle infrazioni da parte di Autorità nazionali⁴ o Commissione europea.

Va però subito aggiunto che non tutte le fattispecie riconducibili al *genus* delle

¹ V., in tal senso, alcune indicazioni in C. giust. UE., 20 settembre 2001, C-452/99, *Courage Ltd v. Crehan*.

² Cfr. C. giust. CE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International Nv*.

³ Cfr. art. 3 TFEU e protocollo n. 27 allegato al TFEU, nonché art. 1, comma 4, l. 287/1990

⁴ Cfr. Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 1999; più di recente si veda l'*obiter dictum* contenuto in App. Napoli, 9 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 1133 e ss.

intese restrittive della concorrenza e dunque assoggettate al divieto di legge soggiacciono alla sanzione civilistica in esame, dovendosi ad esempio escludere quelle, come le pratiche concordate, sfornite dei tratti della negoziabilità o alle quali non siano comunque riferibili la categorie di validità ed invalidità.

Mancando una specifica disciplina europea in tema di nullità del contratto, lo statuto della invalidità che fulmina le intese vietate ricade sotto il governo degli ordinamenti nazionali⁵. Troveranno, quindi, piena applicazione le regole generali dettate dal codice civile agli artt. 1418 e ss. c.c., quali quelle sulla legittimazione attiva assoluta, sulla rilevanza *ex officio*, sulla insanabilità del vizio e la imprescrittibilità dell'azione.

Nondimeno, i vincoli di omogeneità delle tutele nell'ambito dell'Unione europea, legati al principio di effettività⁶, in una con l'efficacia diretta orizzontale delle disposizioni del Trattato a presidio della concorrenza⁷ e con il riconoscimento, oggi esplicito, della competenza dei giudici nazionali⁸ nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFEU, propiziano il delinearsi di talune direttive di convergenza "forzata" tra sistema e sistema, per lo più ad opera di indirizzi espressi dalla Corte di Giustizia.

Così è, ad esempio, per l'ampiezza dell'effetto caducatorio spiegato dalla sanzione civilistica di cui all'art. 101, comma 2, TFEU.

Come chiarito dalla Corte del Lussemburgo fin da una ormai risalente pronunzia, solo le clausole che immediatamente confliggano con il divieto di cartelli vengono fulminate da nullità, mentre non anche l'intero accordo (contratto) che le contenga, a meno che non si tratti di clau-

sole oggettivamente non separabili dal resto del regolamento negoziale⁹.

La formula della "oggettiva separabilità", impiegata dalla Corte di Giustizia, ha invero indotto qualche commentatore a sottolineare la diversità di presupposti sui quali riposerebbe la "regola" della nullità parziale *ex art.* 101, comma 2, TFEU, rispetto a quelli (essenzialità) prefigurati dall'articolo 1419 c.c.

Si tratta, tuttavia, di una sfumatura terminologica cui non pare possa attribuirsi un peso così rilevante. Al contrario, spettando alle legislazioni nazionali, come detto, la definizione delle regole sostanziali applicabili, sembra preferibile una interpretazione che nella "oggettiva separabilità" scorga nulla più che una semplice indicazione di principio, destinata ad una successiva declinazione concreta giusto alla stregua delle regole specifiche dettate da ciascun ordinamento¹⁰.

Altro "indirizzo" della Corte di Giustizia in tema di nullità *ex art.* 101, comma 2, TFEU è poi quello concernente l'operatività *ex tunc* della stessa sanzione¹¹. La fattispecie negoziale colpita da invalidità ai sensi della norma citata non è atta a spiegare alcun effetto sin a far data dal tempo della sua venuta ad esistenza; per conseguenza, gli effetti eventualmente già prodottisi al momento in cui venga resa la sentenza dichiarativa possono venire neutralizzati attraverso azioni restitutorie, quali, nel nostro ordinamento, quella di ripetizione dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.).

II. LA NULLITÀ DELLE INTESSE NELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

Benché in larga misura sovrapponibile a quella contenuta nel Trattato sul funzio-

⁵ Cfr. C. giust. CE, 30 giugno 1966, C-56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*; C. giust. CE., 10 luglio 1997, *Palmisani v. Istituto nazionale della previdenza sociale*, 261/95.

⁶ Cfr. C. giust. CE, 16 dicembre 1973, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*; più recentemente C. giust. CE, 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern (Unibet)*.

⁷ Chiaro in tal senso l'indirizzo della Corte di Giustizia sin dal caso *BRT/Sabam*: cfr. C. giust.

CE, 30 gennaio 1974, C-127/73, *BRT v. Sabam e Nv Fonior*.

⁸ Cfr. art. 6, Reg. CE, 1/2003 del 16 dicembre 2002.

⁹ Cfr. già C. giust. CE., 13 luglio 1966, *Joined Cases 56 -58/64, Consten SaRL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commissione*.

¹⁰ Cfr. C. giust. UE, 14 dicembre 1983, C-319/82, *Société de Vente de Cimets et Bétons de l'Est v. Kerpen & Kerpen*.

¹¹ C. giust. CE, 6 febbraio 1973, C-48/72, *Braserie de Haecht v. Wilkin - Janssens (Haecht II)*.

namento della UE, la disciplina antimonopolistica interna (legge 287 del 1990) presenta, invero, alcuni tratti di “singolarità” giusto in tema di nullità delle intese restrittive.

Una prima (apparente) deviazione concerne la insanabilità del vizio e la pienezza dell’operare *ex tunc* della relativa sanzione (invalidativa); una seconda riguarda, per così dire, i presupposti della comminatoria di nullità, con ricadute sulla sua esatta fisionomia, nell’alternativa tra nullità strutturale da illiceità della causa (*ex art. 1418, comma 2, c.c.*) e nullità testuale o da divieto (*art. 1418, comma 3, c.c.*).

È, invece, formalmente venuto meno l’ulteriore e non meno rilevante elemento differenziale, costituito dalla devoluzione alla Corte di Appello competente per territorio delle cause scaturenti da violazioni della legge 287/1990, a fronte della ordinaria competenza del Tribunale, in merito alle violazioni degli artt. 101 e 102, TFEU.

L’articolo 2, comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27 ha, infatti, modificato il testo previgente dell’articolo 33 della legge antimonopolistica interna e devoluto al Tribunale delle imprese competente per territorio la cognizione delle azioni dipendenti da violazione delle disposizioni concorrenziali sia europee che nazionali.

Tornando ai tratti che parrebbero veder divergere la disciplina interna da quella comunitaria in tema di nullità delle intese restrittive, deve dirsi, innanzitutto, come la legge 287 del 1990 preveda, all’art. 4, comma 1, che “L’Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell’art. 2” le quali rispondano a requisiti di fatto largamente sovrapponibili a quelli che presiedono alle esenzioni individuali *ex art. 101, comma 3, TFEU*.

Mentre, quindi, il principio della esenzione automatica, delineato dal regolamento CE n. 1 del 2003, fa sì che le intese di rilevanza comunitaria le quali soddisfino i requisiti di cui alla citata norma del Trattato (*art. 101, comma 3, TFEU*), risultino pienamente valide e produttive

di effetti, senza la necessaria mediazione di provvedimenti autorizzativi o statuzioni giudiziali (*art. 1, comma 2, Reg. CE 1/2003*); così non parrebbe potersi dire per le fattispecie “esentate” di rilievo meramente nazionale, bisognose di una specifica autorizzazione da parte della Autorità garante.

In altri termini, l’autorizzazione dell’AGCM fungerebbe, per esse, non solo da medio necessario ai fini della messa al riparo dalla nullità, altrimenti automatica; ma, in un’ottica tutta interna alla sanzione civilistica, ammonterebbe a (“singolare”) provvedimento sanante con valenza costitutiva, i cui effetti potrebbero viepiù retrodatare quantomeno fino alla richiesta formulata dagli stessi privati coinvolti.

Passando, poi, al secondo dei profili, prima segnalati, non può non farsi riferimento al fatto che l’enfasi, posta dal comma 2 dell’art. 2 della legge 287/1990, sulla misura dell’effetto distorsivo della concorrenza, spiegato dalle intese vietate (“impedire, restringere o falsare *in maniera consistente*”), rende tale parametro quantitativo parte integrante del divieto dettato dalla norma e, per conseguenza, ne fa un presupposto della comminatoria (di nullità) ivi prescritta.

Ne esce ulteriormente corroborata la tesi – già riferibile, peraltro, alle stesse intese di rilevanza comunitaria – per cui di nullità c.d. testuale, *ex art. 1418, comma 3, c.c.*, deve propriamente parlarsi, piuttosto che di nullità strutturale (*art. 1418, comma 2, c.c.*) da illiceità della causa, atteso che questa ultima, se per l’appunto illecita, tale dovrebbe rimanere a prescindere da qualsivoglia dato quantitativo, qui viceversa discriminante.

Di più, però, vi è che descrivere quella in esame come una nullità che non solo si collochi a ridosso del divieto, ma che rimanga inscindibilmente legata alla lettera della norma che lo pone, vale quanto dire di una nullità che, in tanto si profila, in quanto tutti gli elementi costitutivi del divieto stesso risultino integrati dalla fattispecie concreta. Ebbene, rientrando fra questi ultimi anche l’apprezzamento circa la misura dell’effetto distorsivo (“in misura consistente”), effettuabile compiutamente solo da parte della AGCM, sembra-

rebbe uscirne corroborata la tesi della pregiudizialità necessaria di una statuizione sanzionatoria della stessa Autorità.

Senonché, in merito ad entrambi i profili segnalati, vale a dire tanto in merito alla sopravvivenza del meccanismo autorizzatorio previsto dall'art. 4 della legge 287/1990, quanto alla pregiudizialità amministrativa che sembrerebbe desumersi dalla lettera dell'articolo 2 della medesima legge, il mutato quadro di riferimento comunitario, e segnatamente l'entrata in vigore del regolamento n. 1 del 2003, rende a ben vedere le richiamate disposizioni interne ormai apertamente confliggenti con i principi che ispirano il nuovo ordito normativo, tra i quali spiccano giusto la esplicita esclusione di qualsivoglia pregiudizialità amministrativa ai fini della dell'esperimento dei c.d. *private remedies*, da un canto, e l'automatismo del meccanismo di esenzione individuale, dall'altro.

Da qui la tesi di una *interpretatio abrogans* delle due norme citate della disciplina interna, sostenuta da parte della dottrina ed implicitamente accolta anche dalla giurisprudenza allorché, ad esempio, richiede unicamente che sia il giudice a motivare congruamente l'accertamento di una restrizione consistente, quale premessa di una comminatoria di nullità a carico di un'intesa¹², anziché dover essere l'Autorità garante a pronunciarsi pregiudizialmente sul punto.

Resta, tuttavia, difficilmente superabile l'argomento formale che, per le violazioni di esclusiva rilevanza nazionale, rimanda alla singola disciplina interna; disciplina in relazione alla quale, per altro verso, non può neppure postularsi un "parametro comunitario" di interpretazione, se ed in quanto questo si pretenda si pretenda di attingere da una fonte secondaria quale in definitiva rimane il Regolamento 1/03.

III. RIPERCUSSIONI A CARICO DEI CONTRATTI C.D. "A VALLE" DI INTESA ILLECITA

Strettamente collegato al tema della nullità che investe le intese vietate è poi quello della sorte dei contratti che vi si situano, per così dire, a valle. Tema non oggetto di alcuna previsione esplicita né da parte del TFEU, né della disciplina antimonopolistica interna, epperò di notevole rilevanza pratica, come testimoniato dal crescente interesse prestatovi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, specie all'indomani dell'entrata in vigore del Reg. 1/2003.

Se è scontato infatti che il trattamento dei c.d. contratti a valle ricada sotto il governo dei singoli ordinamenti nazionali¹³; non v'è dubbio, tuttavia, che la tutela – contrattuale o aquiliana che sia – del contraente a valle, terzo rispetto all'intesa e per lo più consumatore finale, assuma uno specifico rilievo nell'ottica di garanzia dell'effetto utile della norma sul divieto di cartelli, nonché nel quadro del nuovo modello di *antitrust enforcement* europeo, oggi orientato anche in direzione di rimedi d'indole privatistica¹⁴.

Nel panorama continentale, il contributo forse di maggior rigore concettuale nell'approccio al tema in esame proviene dalla letteratura tedesca, presso la quale invale la distinzione tra contratti attuativi dell'intesa – i c.d. *Ausführungsverträge* o *ancillary contracts*, tra i singoli cartellisti e terzi complici – e contratti a valle in senso stretto, i c.d. *Folgeverträge*, intercorrenti tra i singoli cartellisti e terzi del tutto estranei all'intesa, ignari della sua stessa esistenza.

Senonché, mentre i primi, in quanto funzionali al completamento del quadro regolamentare, prima ancora che alla traduzione in pratica, del disegno cospiratorio, sono senz'altro leggibili come un tutt'uno con l'intesa vietata e dunque

¹² Cfr. *l'obiter dictum* contenuto in Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305. Si veda anche Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640.

¹³ Ciò implicitamente si coglie già da C. giust. UE, 14 dicembre 1983, C-319/82, *Société de Vente de Cimets et Bétons de l'Est v. Kerpen & Kerpen*.

¹⁴ In questa prospettiva si colloca esplicita-

mente la Corte di Giustizia con la pronuncia *Courage* (C. giust. UE., 20 settembre 2001, C-452/99, *Courage Ltd v. Crehan*) laddove ribadisce che solo una legittimazione attiva al risarcimento del danno (da illecito *antitrust*) estesa a chiunque possa garantire piena efficacia dell'articolo 101 TFEU ed effetto utile del divieto in esso sancito.

esposti alla medesima sua sanzione; i secondi sono viceversa considerati immuni al dispositivo invalidativo, in ragione dei presupposti innanzitutto teorici che vi attendono, a partire dalle cause che vi danno luogo.

In Italia, la sorte dei contratti che, per lo meno nella determinazione di uno dei contraenti (già parte di un accordo di cartello), diano corso in tutto o in parte a quanto abusivamente concertato a monte, si è imposta all'attenzione della giurisprudenza in almeno due occasioni: la qualificazione – da parte di Banca d'Italia ed AGCM – delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) alla stregua di decisioni di un'associazione di imprese (l'ABI) potenzialmente in grado di condizionare la dinamica negoziale dei rapporti intrattenuti dalle singole banche con la clientela finale¹⁵; e l'accertamento – da parte della AGCM – di un cartello tra le principali compagnie assicurative nel ramo RCA, consistente nello scambio di informazioni sensibili, preordinato al controllo artificiale della dinamica tariffaria¹⁶.

Il contenzioso che ne è scaturito si è, invero, principalmente imperniato su una questione pregiudiziale, concernente la stessa legittimazione attiva dei consumatori finali – ove contraenti a valle – ad attivare rimedi civilistici (azioni di nullità e di risarcimento del danno) a fronte di illeciti *antitrust*, ai sensi dell'articolo 33 della legge 287/1990.

Nel merito, tuttavia, le azioni spiegate hanno oscillato tra domande risarcitorie e restitutorie – queste ultime accompagnate da domande tendenti alla declaratoria di nullità del contratto o di singole sue clausole – avanzate dai contraenti a valle contro banche o assicurazioni, rispettivamente in quanto aderenti all'ABI e ree di avere riversato nei contratti con la clientela clausole che compongono le NBU; o perché coinvolte nel cartello orizzontale

diretto allo scambio di informazioni nel ramo RCA.

Senonché, mentre l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione ha risolto affermativamente l'interrogativo circa la legittimazione attiva dei consumatori finali ad agire ai sensi dell'articolo 33 della legge antimonopolistica nazionale¹⁷, dubbio rimane il tipo di ripercussione che la illiceità (/nullità) dell'intesa a monte possa avere sulla sorte del contratto a valle.

Rinviando ad altra voce di questo Dizionario per la disamina della tutela risarcitoria collegata all'illecito *antitrust*, giova qui soffermarsi sull'alternativa invalidativa, la quale funge comunque da presupposto per pretese restitutorie relative ad eventuali prezzi sovracompetitivi versati o più in generale a prestazioni eseguite indebitamente.

Un primo orientamento, che è parso implicitamente avallato dalle stesse Sezioni Unite nel 2005¹⁸, identifica nel contratto a valle lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti distorsivi e pertanto colpito esso stesso dalla medesima comminatoria di nullità che fulmina il cartello vietato. Quella del contratto a valle sarebbe, in altri termini, una ipotesi di nullità derivata, frutto del collegamento negoziale intercorrente tra il cartello ed il contratto che darebbe attuazione compiuta al disegno cospirativo.

Ad avviso di altra parte della giurisprudenza e della dottrina, quella che colpirebbe il contratto a valle di intesa vietata sarebbe piuttosto una nullità diretta ancorché virtuale (*ex* articolo 1418, comma 1, c.c.), dipendente cioè da un conflitto con una norma imperativa quale l'articolo 2 della legge 287/1990, da cui, al di là della nullità di tipo testuale che vi è contenuta, dovrebbe ricavarsi di una direttiva imperativa di ordine pubblico economico¹⁹.

Privo di riscontri giurisprudenziali è,

¹⁵ Cfr. decisione Banca d'Italia 3 dicembre 1994, n. 12; parere AGCM 6 ottobre 1994, I105B.

¹⁶ Cfr. provvedimento AGCM 28 luglio 2000, n. 8456.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹⁸ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit. Più chiaramente già Trib. Roma 24 febbraio 1997.

Pone il contratto a valle in stretta continuità

con l'intesa illecita che si sta a monte Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, che tuttavia vi trae argomento a sostegno piuttosto della sussistenza del nesso di causalità ai fini del perfezionamento della fattispecie di responsabilità aquiliana.

¹⁹ Cfr. App. Brescia 29 gennaio 2000. In senso contrario v. tuttavia Cass., 11 giugno 2003, n. 9384.

invece, l'indirizzo che qualifica quella dei contratti a valle come una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) da illiceità parziale dell'oggetto (ad esempio prezzo per la sua parte sovracompetitiva): se ed in quanto il contratto a valle sia riproduttivo delle determinazioni di un'intesa (a monte) confliggenti con l'articolo 2 della legge 287/1990 (segnatamente le cartellizzazioni del prezzo) esso risulta nullo, per lo meno limitatamente alle clausole già oggetto della convenzione vietata.

Invero, ciascuna delle ipotesi considerate presenta limiti in punto di teoria generale del contratto prima ancora che di praticabilità concreta.

La tesi della nullità derivata postula un collegamento che nondimeno tecnicamente difetta tra intesa e contratto a valle. Ancorché unilaterale, infatti, il collegamento negoziale suppone che il negozio dipendente, seppur autonomo sotto il profilo causale, sia comunque funzionalizzato, nella comune rappresentazione e volontà delle parti, alla realizzazione degli scopi divisiati con il contratto principale; senonché, è giusto siffatta funzionalizzazione che deve qui dirsi mancante, a tacer d'altro per l'essere il terzo contraente a valle ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione.

Venendo poi alla ipotesi ricostruttiva della nullità diretta, derivante cioè da illiceità della causa per contrasto con norma imperativa, può ben dirsi come l'articolo 2 della legge 287/1990, nel vietare le intese restrittive, tenda in realtà ad assicurare una certa strutturazione concorrenziale del mercato. Di talché, quand'anche vi si voglia attribuire una qualche ultrattività rispetto al solo divieto delle intese ed includervi anche quello di dare loro corso, deve aggiungersi come non il singolo contratto attuativo di cartello sia in grado di per sé di generare gli effetti distorsivi che la norma intende contrastare, bensì la serie di contratti che inveri il disegno distorsivo divisiato con l'intesa.

In merito, infine, alla tesi della nullità parziale del contratto a valle, derivante da nullità (parziale) del suo oggetto (art. 1418, comma 2 e 1346 c.c.), deve rilevarsi come essa risulti innanzitutto riferibile solo a parte delle tipologie di cartello, vale a dire unicamente gli accordi i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi alla concertazione illecita (tipicamente, per non dire unicamente, i cartelli di prezzo). Inoltre, vi è che anche in relazione al genere di cartelli che possano dirsi rispondere al modello siffatto, ciò cui i cartellisti reciprocamente si impegnano, e che costituisce dunque oggetto dell'accordo illecito, è a ben vedere l'uniformazione delle condotte contrattuali, non già i singoli termini convenuti: l'allineamento del prezzo piuttosto che un determinato prezzo.

Ciascuna delle tesi sulla invalidità del contratto a valle, vuoi come nullità diretta, vuoi come nullità derivata, si scontra con ostacoli teorici difficilmente sormontabili che attengono, come detto, innanzitutto ai presupposti della nullità. Maggiormente plausibile parrebbe, viceversa, la via risarcitoria, avendo però cura di precisare come la esistenza di un valido contratto non consenta qui di discorrere di responsabilità aquiliana bensì di una forma di responsabilità contrattuale, legata ad una genesi della fattispecie negoziale che, seppur senza attingere alla soglia patologia qualificata dei vizi del volere, risulti comunque perturbata dall'esistenza di uno squilibrio nei rapporti di forza tra le parti contraenti – l'uno cartellista, l'altro terzo ignaro – ed ulteriormente aggravata dalla tenuta di comportamenti che presentino una indoneità decettiva da parte del contraente più forte: in altri termini una classica vicenda riconducibile entro il paradigma del dolo incidente, ai sensi dell'articolo 1440 c.c.²⁰

²⁰ Di responsabilità contrattuale quale rimedio "correttivo" disponibile quante volte una convenzione negoziale presenti condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una parte non

avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede nella fase delle trattative parla ormai esplicitamente la giurisprudenza: cfr. Cass., 25 luglio 2006, n. 16937; Cass., 5 febbraio 2007 n. 2479.

IV. IL TRATTAMENTO CIVILISTICO DELLE IPOTESI DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Se è vero che il divieto di abuso di posizione dominante costituisce il secondo pilastro – unitamente a quello sui cartelli – del diritto comunitario della concorrenza e, di riflesso, delle legislazioni anti-monopolistiche nazionali, è pur vero che per l'illecito in cui si risolve la sua violazione non è dato rinvenire alcuna previsione normativa concernente le conseguenze civilistiche prodotte.

Com'è noto, il genus dell'abuso di posizione dominante si divarica nelle due specie dell'abuso da sfruttamento e da impedimento o escludente; al di là delle differenze significative che corrono tra le due ipotesi e del costante aggiornamento dei criteri in base ai quali esse vengono diagnosticate²¹ – profili su cui l'economia di queste pagine non consente di soffermarsi – non v'è dubbio come il contratto assuma pur sempre un ruolo cruciale, ora perché siano alcuni suoi contenuti (imposti), ora perché sia il rifiuto stesso della sua conclusione ad inverare un abuso perpetrato dall'impresa detentrica di posizione dominante.

In relazione all'abuso consistente in un rifiuto di contrarre, la giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, le stesse autorità nazionali hanno da tempo aperto alla dottrina nordamericana delle *essential facilities*, così da ritenere che in presenza di una infrastruttura qualificabile come essenziale per l'accesso ad un determinato mercato, il rifiuto, non obiettivamente giustificato, alla conclusione di contratti diretti a consentirne e regolarne l'uso, ovvero la proposizione di clausole eccessivamente onerose, da parte dell'*incumbent*

che quella infrastruttura detenga o controlli, risultino illegittimi²².

Del pari, sulla base di orientamenti persino più risalenti e consolidati, vengono reputati illegittimi, in presenza di determinate circostanze a corredo della esistenza di una posizione dominante, l'interruzione di fornitura a vecchi clienti²³, il rifiuto di rifornire imprese non concorrenti²⁴ nonché i rifiuti di concedere licenze per lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale²⁵.

Dal punto di vista che ci occupa, quello cioè delle conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*, non v'è dubbio che fattispecie come quelle considerate rilevino principalmente come scaturigine di pretese risarcitorie; è tuttavia particolarmente interessante notare come, per lo più mediante provvedimenti di natura cautelare, in presenza di illegittimi rifiuti di contrarre, tanto la Commissione europea quanto il giudice nazionale si siano trovati ad emanare vere e proprie ingiunzioni di concludere un contratto. Così è stato ad esempio, ad opera della Commissione, nel caso *BBI/Boosey & Hawkes*, del 1987²⁶, ed altrettanto è accaduto ad opera della Corte di Appello di Milano nei casi *Novamont* e *Blevacanze*²⁷.

Passando alla disamina delle possibili conseguenze civilistiche da riconnettere a quelle ipotesi di abuso di posizione dominante ove siano, invece, il contratto ed i suoi termini regolamentari il medio della perpetrazione dell'illecito stesso deve dirsi come, nel silenzio della legge, si affaccino anche in tal caso due distinte opzioni interpretative. L'una tendente a postulare la nullità c.d. virtuale del contratto per contrarietà con norma imperativa

²¹ Scontato, qui, far riferimento, oltre che alla giurisprudenza comunitaria, alla Comunicazione della Commissione 2009/C 45/02 intitolata «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*».

²² Cfr. Per tutte C. giust. CE, 26 novembre 1998, C-7/97, *Bronner v. Mediaprint*; C. giust. UE, 29 aprile 2004, C-418/01, *Ims Health GmbH v. NDC Health GmbH*.

²³ Cfr. C. giust. CE, 6 marzo 1974, C-6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission*.

²⁴ Cfr. C. giust. UE, 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands v. Commission*.

²⁵ C. giust. UE, 29 aprile 2004, C-418/01, *Ims Health GmbH v. NDC Health GmbH*, cit.

²⁶ Si osservi, al riguardo, che talora la Commissione ha ingiunto di ottemperare all'obbligo di contrarre attraverso propri provvedimenti di natura cautelare: cfr. la decisione della Commissione 87/500/CEE del 27 luglio 1987 nel caso *BBI/Boosey & Hawkes*.

²⁷ Cfr. App. Milano, ord., 12 aprile 1995, *CEIT/Novamont-Ciuffo Gatto*; App. Milano 19 giugno 2001, *Bluevacanze S.p.A. c. I Viaggi del Ventaglio S.p.A., Turisanda S.p.A. e Hotelplan Italia S.p.A.*

(artt. 102 TFEU o 3, legge 287/1990)²⁸; l'altra, viceversa, propensa a scorgere nella condotta abusiva la sola scaturigine di una responsabilità contrattuale a carico dell'impresa dominante.

Risulta, invero, d'ostacolo alla tesi della nullità virtuale (ex art. 1418, comma 1, c.c.) la distinzione concettuale tra regole di validità e regole di responsabilità²⁹; distinzione alla cui stregua la violazione di una norma di condotta, qual è certamente quella che fa divieto all'impresa in posizione dominante di tenere condotte abusive, non può che metter capo a risvolti risarcitori, a meno del ricorrere di previsioni normative espresse³⁰.

Per altro verso, poi, in punto di politica del diritto, può bene aggiungersi come l'opzione invalidativa riferita al contratto con cui si abusi della posizione dominante, non potrebbe che essere radicale e travolgere cioè l'intero regolamento d'interessi³¹. Da qui, dunque, il profilarsi di un rimedio contro l'abuso perpetrato che rischierebbe di risultare persino peggiore

per la controparte abusata e che si intenderebbe, viceversa tutelare.

È in ragione di questi elementi che risulta quindi maggiormente plausibile l'alternativa risarcitoria, dovendosi tuttavia aggiungere, quanto all'indole della postulata responsabilità, che si dovrebbe intendere quella in esame come una responsabilità di natura contrattuale, ad *instar* dell'articolo 1440 c.c.

ENRICO CAMILLERI

Bibliografia

LIBERTINI, «L'applicazione delle norme antitrust europee», in *Manuale di Diritto Privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, vol. III, 367 e ss.; LIBERTINI, «Le intese illecite», in *I Contratti della Concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ e E. GABRIELLI, Torino, 2011, 82 ss.; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 91 ss.; Van Bael & Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, 92-92; PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005.

²⁸ Cfr. Trib. Roma, ord. 7 agosto 2000; Trib. Milano 13 marzo 1985. In senso critico v., tuttavia, Trib. Alba 12 gennaio 1995.

²⁹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

³⁰ Non a caso, infatti, autorevole dottrina reputa che in tanto possa considerarsi nullo in contratto che inveri un abuso di posizione dominante, in quanto se ne riconduca la fattispecie

nell'alveo dell'articolo 9, comma 3 l. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica.

³¹ Si noti, per inciso, che la tesi proposta da una dottrina minoritaria, tendente a postulare, nel caso di specie, una nullità del contratto con sostituzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c., non risulterebbe praticabile, se non altro per il difetto di una fonte sostitutivo-integrativa, preesistente alla decisione giudiziale sulla invalidità.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le difese dell'impresa convenuta ed il *passing-on*

Sommario: I. LE DIFESE DELL'IMPRESA CONVENUTA NELLA GIURISPRUDENZA ANTITRUST ITALIANA. – 1. Competenza. – 2. Legittimazione. – 3. Assolvimento dell'onere probatorio. – II. IL *PASSING-ON*: IMPLICAZIONI GIURIDICHE DI UN FENOMENO ECONOMICO COMPLESSO. – III. IL RILIEVO DEL *PASSING-ON* NEL CONTENZIOSO GIUDIZIALE ANTITRUST. – IV. LA DIFESA *PASSING-ON* NELLA GIURISPRUDENZA. – 1. La giurisprudenza nord-americana. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. La giurisprudenza degli Stati membri UE (cenni). – 4. La giurisprudenza italiana.

I. LE DIFESE DELL'IMPRESA CONVENUTA NELLA GIURISPRUDENZA ANTITRUST ITALIANA

Non è possibile ipotizzare in astratto tutte le difese che una impresa convenuta può proporre in un contenzioso giudiziale *antitrust*. È fin troppo evidente che ogni contenzioso si caratterizza per specificità tali da rendere ogni processo profondamente diverso dagli altri.

Tale diversità è ancora più accentuata nel contenzioso *antitrust* caratterizzato, come noto, da varietà fattuali complesse e qualificazioni giuridiche spesso commiste ad analisi economiche.

Uno sguardo retrospettivo alla giurisprudenza *antitrust* nazionale degli ultimi vent'anni, tuttavia, consente di rilevare alcuni elementi difensivi ricorrenti. Di seguito tali elementi saranno solo sinteticamente illustrati per lasciare spazio alla questione della difesa *passing-on*, principale oggetto della presente analisi.

1. *Competenza*. – L'argomento difensivo indubbiamente più ricorrente nei

contenziosi *antitrust* nazionali è stato quello del difetto di competenza del giudice adito.

Come noto, nell'originaria formulazione delle norme sulla competenza giudiziale in materia *antitrust* il legislatore nazionale aveva riservato alla competenza esclusiva della corte di appello competente per territorio la cognizione in primo ed unico grado delle azioni civili *antitrust* di dimensione nazionale¹. La mancanza di un'espressa previsione da parte del legislatore per le violazioni comunitarie aveva creato un'anomalia (sanata solo di recente) per cui mentre le controversie *antitrust* nazionali dovevano essere conosciute in primo (ed unico) grado dalla corte di appello competente per territorio, quelle comunitarie, a seconda del loro valore, ricadevano in primo grado nella cognizione del giudice di pace o del tribunale.

Questo *unicum*, anche a causa della non sempre evidente linea di demarcazione nelle fattispecie *antitrust* tra applicazione delle regole nazionali e comunitarie, ha creato una notevole incertezza nell'individuazione *in concreto* del giudice competente e ha consentito alle parti di utilizzare con particolare successo l'eccezione di incompetenza del giudice, di volta in volta adito dall'attore².

Tale *unicum*, risulta ormai espunto dall'ordinamento, posto che con l'istituzione delle "Sezioni Specializzate in materia di Impresa", la l. 27/2012³ nel tentativo di razionalizzare il complesso del contenzioso legato alle "attività economi-

¹ La formulazione dell'art. 33, comma 2, l. 287/1990 nella versione precedente a quella modificata dal d.lgs. 1/2012 convertito in l. 27/2012, stabiliva infatti che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio».

² Cfr. *ex multis*, App. Milano, 7 febbraio 2011, *Brennercom Spa c. Telecom Italia Spa* in cui la

corte adita ha dichiarato la propria incompetenza (a favore del Tribunale di Milano) a conoscere la controversia ritenendo le condotte oggetto di causa rientranti nel novero del diritto comunitario della concorrenza e ciò nonostante la medesima fattispecie sostanziale fosse stata valutata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi della l. 287/1990 ed in particolare dell'art. 3 (cfr. Delib. AGCM, 16 novembre 2004, n. 13752, in *Boll.* 47/2004).

³ Legge di conversione del d.l. 1/2012.

che, produttive e commerciali” ha disposto che le corti di appello cedano il passo alle neonate sezioni, investendo queste ultime anche delle “controversie di cui all’art. 33, comma 2, della l. 287/1990” (oltre a devolvere loro pure la cognizione sulle parallele “controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell’Unione europea”). Appaiono così superati, almeno *pro futuro* i ricordati problemi legati al precedente sistema di tutela “frazionata” nelle controversie *antitrust*⁴.

2. *Legittimazione*. – Un altro argomento difensivo ampiamente utilizzato, specie nelle azioni promosse dai consumatori finali, è stato quello volto a rilevare il difetto di legittimazione attiva ad invocare la tutela della legge *antitrust* nazionale. Nell’ordinamento giuridico interno, infatti, la legittimazione attiva del consumatore finale danneggiato da una pratica anticompetitiva nazionale è una conquista relativamente recente, essendo stata espressamente riconosciuta, sulla base dell’art. 33, comma 2, l. 287/1990, soltanto nel 2005 con la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite, 4 febbraio 2005, n. 2207 (caso Unipol)⁵. Prima d’allora, l’orientamento della Corte di Cassazione è significativamente rappresentato dalla sentenza nel caso *Montanari*: «le norme degli art. [101 TFUE] e [102 TFUE] sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese [...] ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l’utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta»⁶. Un simile orientamento fortemente restrittivo, come si intuisce, era suscettibile di essere utilizzato dai convenuti al fine di schermare le azioni di danno *antitrust* promosse dai consumatori finali nei loro confronti.

3. *Assolvimento dell’onere probatorio*. – Altrettanto utilizzate sono le argomentazioni difensive volte a rilevare il mancato assolvimento dell’onere probatorio gravante sull’attore. L’azione di danno *antitrust*, a differenza delle ordinarie azioni di danno extracontrattuale, può contare su rilevanti presunzioni semplici poste a favore del danneggiato in merito alla sussistenza del nesso causale e del danno derivato da un illecito anticompetitivo già accertato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (o dalla Commissione europea)⁷.

Nonostante l’operare di tali presunzioni semplici, l’onere probatorio resta molto difficile da assolvere per l’attore e non sono affatto infrequenti pronunce in cui il giudice ha rilevato sia nel contenzioso tra imprese che tra consumatori e imprese l’insufficienza dell’apparato probatorio proposto dall’attore.

II. IL *PASSING-ON*: IMPLICAZIONI GIURIDICHE DI UN FENOMENO ECONOMICO COMPLESSO

Strettamente connessa alla complessità probatoria è la difesa *passing-on*, probabilmente la più controversa argomentazione difensiva proponibile in un contenzioso giudiziale *antitrust*, oggetto di analisi nei paragrafi successivi.

Il fenomeno del *passing-on*, che in italiano può essere tradotto come fenomeno della *traslazione*, è direttamente imputabile alla struttura del mercato concorrenziale.

Si tratta di un fenomeno di tipo economico, riconducibile alle relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo, per cui ciò che avviene in un determinato stadio della catena del valore tende a ripercuotersi sul livello successivo. E ciò con un’intensità variabile in funzione della struttura dei mercati interessati e della pressione con-

⁴ Cfr. sul punto App. Bologna, sez. III, 17 aprile 2012.

⁵ Il nuovo orientamento, ormai consolidato, è stato ribadito costantemente dalla Corte di cassazione, cfr. da ultimo Cass., sez. III, 26 maggio 2011, n. 1160.

⁶ Cass., sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811.

⁷ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 ed anche sez. III, 26 maggio 2011, n. 11610 in cui è stato precisato che «la prova dell’interruzione del nesso causale [...] non può consistere nel rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento è già contenuto nel provvedimento sanzionatorio».

correnziale attuale (o potenziale) riscontrabile in ciascuno di essi.

È proprio per il verificarsi di questo fenomeno, rilevante anche in altre branche del diritto come il diritto tributario e quello ambientale, che un mercato concorrenziale trasmette gli effetti benefici alla società ed ai consumatori finali: i prezzi minori, le migliori qualità dei beni/servizi ed il maggiore tasso di innovazione di un mercato specifico, beneficiano i consumatori (e la società in termini di efficienza) perché tali effetti sono determinati dalla concorrenza ai livelli superiori, riversandosi, successivamente, nel mercato finale.

Allo stesso modo, anche gli effetti dannosi, le illecite distorsioni della concorrenza e, dunque, i sovrapprezzi, le minori produzioni, le inefficienze e così via, transitano lungo la “catena del valore”, dall’alto verso il basso: dal livello produttivo, fino al consumatore finale⁸.

Il *passing-on* deve intendersi, pertanto, come un fenomeno neutro che, *nel bene e nel male*, si verifica in tutte le economie di mercato.

Nell’ambito del contenzioso giudiziale *antitrust*, il *passing-on* rileva in quanto determina la traslazione di un danno (o di una sua parte) da uno stadio all’altro della “catena del valore”.

Se, in linea teorica, il funzionamento di tale meccanismo traslativo appare intuitivo (e di comune esperienza), la precisa definizione e dimostrazione nell’ambito di un contenzioso civile dell’effettivo impatto del *passing-on* nelle singole posizioni giuridiche è spesso sfuggente. Nella realtà, infatti, non tutti i soggetti che si avvicindano lungo la “catena del valore” trasferiscono integralmente il danno al livello successivo; alcuni riescono a trasferirlo solo in parte assorbendone il re-

stante, altri ancora, invece, riescono a neutralizzarne gli effetti o a differirne la propagazione nel tempo.

La possibilità di trasferire un danno patrimoniale al livello successivo della catena del valore dipende, infatti, da una serie di fattori riconducibili alla struttura ed alle caratteristiche dei mercati interessati. Tale possibilità dipenderà, ad esempio, dall’elasticità della domanda e dell’offerta, dal lasso di tempo durante il quale il sovrapprezzo illecito viene praticato, dalla effettiva sostituibilità del bene intermedio a cui il sovrapprezzo (o la infraproduzione) si riferisce. L’eventuale traslazione del danno dipenderà anche dalla tipologia di contratti in essere nei vari stadi della filiera: in numerosi settori, ad esempio, è frequente l’utilizzo di contratti di approvvigionamento medio - lungo - lunghissimo periodo in cui il prezzo delle materie prime è convenuto tra le parti in modo da risultare insensibile ad eventuali successive variazioni transitorie di prezzo⁹.

Si consideri, inoltre, che in un mercato concorrenziale la reazione tipica degli operatori economici a fronte di un incremento del prezzo di un bene intermedio (ad. esempio di una materia prima) consiste nel cercare immediatamente un prodotto sostitutivo (il cui prezzo non è nel frattempo aumentato) del bene impiegato nella produzione. Il produttore, infatti, temendo che i propri clienti orientino la propria domanda verso concorrenti più efficienti, cerca in primo luogo di evitare il maggior costo semplicemente non sostenendolo e ricorrendo ad un sostitutivo *low cost*. Se la sostituzione di quel bene intermedio è possibile in tempi rapidi, il sovrapprezzo trasmesso ai consumatori sarà inesistente o, tutt’al più, impercettibile¹⁰. Se invece il bene si rivela difficilmente sostituibile, il sovrapprezzo

⁸ In altre parole: «Il consumatore, che è l’acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di un’intesa si realizza per l’appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza effettiva con una scelta apparente»; cfr. Cass., sez. un., 20 gennaio 2005, n. 2207.

⁹ Ad esempio recenti studi nella filiera agrolimentare hanno rilevato che in virtù dell’attuale assetto dei contratti cd *forward buying*, l’eventuale

traslazione sul consumatore finale dell’aumento del costo connesso ad un incremento del costo delle materie prime avviene, normalmente, a distanza di circa sei mesi dall’incremento di prezzo registrato nel mercato della singola materia prima. Cfr. sul punto i dati raccolti e pubblicati da *The Economist*, 20 gennaio 2011.

¹⁰ Il che ovviamente, non intacca il valore giuridico e la fondatezza (qualora sussista un nesso di causalità) delle pretese risarcitorie del danneggiato.

illecito si materializzerà in buona parte nei costi di produzione del prodotto finale e, pertanto, sarà (in tutto o in gran parte) trasmesso, in linea di principio, ai consumatori finali.

In un mercato monopolistico, invece, l'incremento del prezzo non sarà mai uguale all'incremento del costo, per la semplice ragione che il monopolista non è, per definizione, un *price taker* ma tende a fissare il prezzo e la quantità di produzione esattamente dove la sua curva di costo marginale intercetta i suoi ricavi marginali. Con la conseguenza che in un mercato monopolistico i consumatori finali, in linea di principio, non sopporteranno integralmente il sovrapprezzo illecito ma solo una parte.

III. IL RILIEVO DEL *PASSING-ON* NEL CONTENZIOSO GIUDIZIALE ANTITRUST

Nell'ambito di un'azione giudiziale *antitrust*, la corretta comprensione dell'impatto del fenomeno del *passing-on* nell'ambito dei mercati interessati (e la sua puntuale dimostrazione) può risultare determinante per il successo della parte attrice o di quella convenuta.

Il *passing-on*, infatti, ha un importante rilievo sia sotto un profilo processuale (i.e. per la corretta identificazione dei soggetti legittimati attivi e passivi) che da quello sostanziale (i.e. per l'esatta individuazione e quantificazione del danno risarcibile).

La *passing-on defence* può essere utilizzata dalle imprese convenute in un'azione di risarcimento del danno *antitrust* per contrastare la tesi dell'attore ogniqualvolta questi abbia realmente traslato il danno *antitrust* ai propri clienti. Se il convenuto, infatti, riesce a dimostrare che il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato in realtà interamente trasferito al livello sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno. Se, invece, si riesce a dimostrare che il danno è stato traslato solo in parte, la *passing-on defence* consentirà al convenuto di ridurre l'entità del danno risarcibile all'attore e ciò, essenzialmente, a

causa della funzione compensativa del risarcimento del danno.

Va da sé che in caso di traslazione integrale o parziale del danno al livello successivo, si aprirà la strada della legittimazione attiva ai danneggiati del livello sottostante.

I vantaggi per l'originario convenuto di una simile evoluzione dello scenario processuale devono essere attentamente valutati in funzione delle caratteristiche del caso di specie. Infatti, non è da escludere che tale evoluzione possa avere delle conseguenze negative per il convenuto, il quale a fronte del vantaggio consistente nella riduzione (se non eliminazione) dell'esposizione al rischio *antitrust* nei confronti del danneggiato diretto (ad es. il distributore che ha acquistato per rivendere i beni/servizi cartellizzati), potrà veder espandere la propria esposizione al rischio *antitrust* ad una platea potenzialmente più ampia di danneggiati (gli acquirenti indiretti), ovvero coloro i quali hanno acquistato i beni/servizi da intermediari (ad es. i clienti del distributore). Tale rischio appare ancora più rilevante qualora gli acquirenti indiretti siano consumatori finali, i quali come noto, dal 2010 dispongono, in Italia, di un efficace strumento di aggregazione processuale quale l'azione di classe disciplinata dall'art. 140-bis del Codice del Consumo¹¹.

L'utilizzo strategico della traslazione del danno può avere anche una connotazione non difensiva e servire all'attore danneggiato (ad es. il consumatore finale) per chiedere in giudizio al soggetto che ha posto in essere una violazione delle regole di concorrenza il risarcimento dei danni patrimoniali traslati dall'operatore intermedio (ad es. il distributore) (*offensive passing-on*).

IV. LA DIFESA *PASSING-ON* NELLA GIURISPRUDENZA

L'utilizzo della difesa *passing-on* nell'ambito del contenzioso *antitrust* è stata oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza nordamericana già sul finire degli anni sessanta del secolo

¹¹ D.lgs. 206/2005.

scorso. Il tema dell'ammissibilità della difesa *passing on*, come illustrato nel paragrafo successivo, ha assunto un importante rilievo specie per le sue implicazioni di *competition policy*, intrecciandosi con il tema della legittimazione attiva e passiva, della tutela effettiva offerta dal *private antitrust enforcement* nei confronti delle vittime degli illeciti indipendentemente dalla loro posizione lungo la "catena del valore" ed alla stessa efficacia di deterrenza (generale e specifica) connessa ai rimedi civilistici nel contenzioso *antitrust*. E non poteva essere altrimenti posto che la corte suprema statunitense, al fine di ridurre le notevoli difficoltà pratiche connesse all'esatta ricostruzione in giudizio dell'entità del danno *traslato*, ha negato all'*indirect purchaser* la legittimazione attiva ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, limitando al *direct purchaser* la legittimazione a richiedere il risarcimento – *in triplum*¹² – del danno sofferto. E ciò nonostante questi lo avesse interamente trasferito al livello sottostante. Tali regole, come descritto nel paragrafo successivo, sono state elaborate nei casi *Hanover Shoe Co.* del 1968 e *Illinois Brick Co.* del 1977¹³.

Anche in Europa, dove la questione si è posta molto più recentemente, il dibattito in merito alla possibilità di utilizzare la difesa *passing-on* nel contenzioso giudiziale ha assunto un'ampiezza molto simile a quella nordamericana, coinvolgendo considerazioni di *competition policy*. Giova precisare fin da subito che in Europa la regola vigente (anch'essa di derivazione giurisprudenziale) è di senso diametralmente opposto a quella nordamericana: essendo riconosciuta la legittimazione ad agire a "chiunque" abbia subito un danno come conseguenza di un illecito *antitrust* e ciò indipendentemente dalla propria posizione lungo la "catena del valore".

1. *La giurisprudenza nordamericana.* – La difesa *passing-on* nel contenzioso *anti-*

trust è stata affrontata per la prima volta dalla corte suprema nordamericana nel caso *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corporation*.

La corte suprema, stabilendo una controversa *rule of law* valida ancora oggi, rigettò le argomentazioni dell'impresa convenuta fondate sulla *passing-on defence*. E ciò indipendentemente dalla circostanza che, nel caso di specie, l'attore acquirente intermedio non avesse in realtà sofferto alcun danno patrimoniale in quanto aveva traslato i maggiori costi ai propri clienti.

Secondo la corte, riconoscere la validità della difesa *passing-on* avrebbe consentito agli autori di un illecito *antitrust* di conservare più facilmente i profitti derivanti dalla condotta anticompetitiva. E ciò in quanto, tale difesa complicherebbe notevolmente la quantificazione del danno, finendo per disincentivare la proposizione delle azioni di risarcimento.

Qualche anno più tardi, nella pronuncia *Illinois Brick v. Illinois*¹⁴, la Corte Suprema confermò la regola dell'inammissibilità della difesa *passing-on* esplicitandone il corollario secondo cui agli acquirenti indiretti, sui quali, come illustrato nel paragrafo precedente, vengono tipicamente traslati gli effetti dannosi della pratica anticoncorrenziale, non poteva essere accordata legittimazione ad agire in giudizio per far valere una violazione del diritto *antitrust* (c.d. *offensive passing-on*). E ciò in quanto l'eventuale azione di risarcimento proposta da tali soggetti, avrebbe comportato una problematica duplicazione – o moltiplicazione a seconda della lunghezza della "catena del valore" su cui il danno viene di volta in volta traslato – delle azioni nei confronti del soggetto che ha commesso l'illecito, con il rischio di una duplicazione/moltiplicazione della esposizione alla responsabilità risarcitoria. Ciò avrebbe inoltre determinato insuperabili ostacoli per l'esatta individuazione delle responsabilità (disperse lungo la catena del valore) e per

¹² Cfr. Sect. 4, *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, ai sensi del quale il danneggiato da un illecito *antitrust* può ottenere in giudizio un "risarcimento" pari a tre volte l'entità del danno patrimoniale subito.

¹³ *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977).

¹⁴ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

la precisa individuazione e quantificazione dei danni subiti.

A seguito di tale importante sentenza si è sviluppato nella comunità *antitrust* nordamericana un vivace dibattito¹⁵ in cui sono stati anche proposti richiami di attenzione in merito alla necessità di riconsiderare la validità della *Illinois Brick rule*¹⁶. È stato perfino sostenuto in dottrina che tale regola incentivi comportamenti collusivi tra l'acquirente diretto (unico soggetto legittimato a citare in causa il cartellista o il monopolizzatore), e lo stesso cartellista/monopolizzatore. Questi, infatti, potrebbe avrebbe l'interesse a "comprare" il silenzio dell'unico legittimato all'azione attraverso una spartizione delle rendite illecite derivanti dalla violazione *antitrust*¹⁷.

Ad oggi, a livello federale, la Corte Suprema non ha ancora avuto l'occasione di tornare sul tema. L'azione civile di risarcimento del danno, che in base al *Clayton Act* deve peraltro essere triplicato in nome della funzione sanzionatoria e deterrente accordata al *private antitrust enforcement*¹⁸, viene quindi riconosciuta soltanto all'acquirente diretto, in quanto soggetto che più probabilmente ha interesse a proporre tale azione (vuoi perché, a causa della sua posizione lungo la "catena del valore", è destinato a subire un danno patrimoniale tutt'altro che trascurabile e perché non può essergli eccepita la difesa *passing on*) e che più fruttuosamente può farlo, avendo maggiori informazioni utilizzabili in giudizio rispetto ai meno "informati" acquirenti indiretti.

In sintesi, dunque, si può affermare che, a livello federale, l'ordinamento statunitense si caratterizza per: *i*) non ammettere la difesa *passing on* e *ii*) non am-

mettere la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

Per completezza, si rileva che le perplessità emerse nel dibattito appena accennato hanno trovato un notevole accoglimento a livello statale: in ben trentasei Stati americani e nel distretto di Columbia sono, infatti, stati adottati provvedimenti legislativi, c.d. *Illinois Brick repealer statutes*, che hanno espressamente riconosciuto la legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti nel contenzioso *antitrust*¹⁹.

A livello statale la questione dell'ammissibilità della *passing-on defence* è stata recentemente analizzata dalla corte suprema della California che, pur negando l'ammissibilità di tale difesa, ha comunque riconosciuto la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti (caso *Clayworth v. Pfizer*²⁰). Sebbene in linea con la pronuncia di *Hanover Shoe*, quindi, l'ordinamento statale californiano rappresenta un modello differente da quello federale, in quanto: *i*) non ammette la difesa *passing-on*, ma *ii*) ammette la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

2. *La giurisprudenza della corte di giustizia ed il dibattito comunitario.* – In ambito comunitario l'ammissibilità della *passing-on defence* è stata implicitamente affrontata dalla Corte di giustizia nella pronuncia pregiudiziale nel caso *Courage v. Crehan* del 2001²¹ in cui, come noto, è stato sancito il diritto di "chiunque" abbia subito un danno come conseguenza di un illecito *antitrust* ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento. Tale statuizione costituisce un chiaro riconoscimento all'ammissibilità della difesa *passing-on*, posto che, sotto il profilo della legittima-

¹⁵ Nell'ambito del quale le più note espressioni sono quelle favorevoli al *passing-on* di Landes e Posner, esponenti della Scuola di Chicago improntata ai criteri di efficienza economica, e quelle critiche di Harris e Sullivan, volte a difendere la necessità di tutelare ogni posizione giuridica soggettiva danneggiata da un illecito concorrenziale, e quindi anche gli acquirenti indiretti.

¹⁶ Cfr. Antitrust Modernization Common Report and Recommendations (2007).

¹⁷ Si parla a tal proposito dell'*Illinois Wall*, facendo riferimento agli incentivi alla collusione

che la regola del caso *Illinois Brick* crea tra il cartellista e l'*indirect purchaser*.

¹⁸ Cfr., *supra*, nota 12.

¹⁹ Tra questi, si può annoverare anche il *California Cartwright Act.*, CAL. BUS. & PROF. CODE § 16720.

²⁰ *Clayworth v. Pfizer, Inc.*, 49 Cal.4th 758, 233 P.3d 1066 (Cal. 2010).

²¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, in *Racc.* 2001, p. I-6297.

zione ad agire, non tollera alcun limite alle azioni di risarcimento del danno incardinate dagli acquirenti indiretti.

Il principio statuito dalla Corte di giustizia ha assunto particolare rilevanza nell'ambito del dibattito scaturito a livello comunitario in merito all'effettività della tutela giudiziale *antitrust* in Europa a seguito della pubblicazione, nel 2005, del libro verde della Commissione europea sulle "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"²². Tale documento ha ufficialmente aperto la consultazione pubblica sull'opportunità di ammettere nell'ordinamento comunitario la "eccezione di trasferimento del danno"²³.

La Corte di giustizia è tornata sul tema della necessità di favorire ed incentivare le azioni civili come strumento di *enforcement* della normativa *antitrust* nel 2006 con la pronuncia pregiudiziale nel caso *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*²⁴. A distanza di poco più di cinque anni dalla precedente pronuncia, la corte ha compiuto il definitivo passo in avanti verso il pieno riconoscimento della legittimazione ad agire anche a favore degli acquirenti indiretti, affermando che «chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. [101 TFUE]»²⁵.

Nell'ambito del dibattito sviluppatosi a livello comunitario, la Commissione europea ha elaborato una posizione più avanzata in merito alla ammissibilità della difesa *passing-on*. In particolare, nel libro bianco del 2008²⁶, la Commissione ha proposto di ammettere la difesa *passing on* solo quando il convenuto è in grado di dimostrare con certezza che l'attore ha ef-

fettivamente traslato il danno su terzi soggetti (e ciò al fine di evitare problemi di duplicazione del risarcimento e di arricchimento senza causa) e dall'altro di favorire la proposizione delle azioni da parte degli acquirenti indiretti attraverso l'introduzione di una "presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale sia stato loro trasferito nella sua interezza"²⁷.

In attesa di una proposta di direttiva comunitaria in materia di *private antitrust enforcement* più volte annunciata negli ultimi anni, il tema della traslazione del danno è stato ulteriormente discusso nell'ambito alla "consultazione in materia di quantificazione del danno nei casi antitrust" del 2011²⁸ ed in relazione all'avanzamento dei lavori di proposta legislativa comunitaria in materia di *class action antitrust* del 2012²⁹.

Nel frattempo, sembra essere ormai acquisito a livello di politica legislativa UE il principio, condiviso dal parlamento europeo e dalla Commissione, secondo cui l'obiettivo primario delle azioni di risarcimento del danno per violazioni della disciplina *antitrust* è quello di assicurare un "risarcimento completo" ai danneggiati. Ciò significa da un lato escludere le ipotesi (tipiche del sistema di *common law*) di danno esemplare e punitivo e, dall'altro, ammettere nel contenzioso giudiziale l'ammissibilità dell'argomentazione *passing-on*.

Distanziandosi nettamente dall'approccio federale nordamericano³⁰, dunque, il modello comunitario *i)* ammette la difesa *passing-on* e *ii)* la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

3. La giurisprudenza negli stati membri dell'ue (cenni). – Con riferimento all'am-

²² Cfr. Libro verde: Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, COM (2005) 672 final, p. 3.

²³ *Ibidem*, p. 8.

²⁴ C. giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 - C-298/04, Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico c. Assitalia SpA, and Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA - "Manfredi", in *Racc.* 2006, p. I-6619.

²⁵ C. giust. UE, 13 luglio 2006, Manfredi, cit., § 61.

²⁶ Libro bianco in materia di Azioni di risarci-

mento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, COM (2008) 165 final, § 2.1.

²⁷ Commissione europea, libro bianco, § 8.

²⁸ Cfr. Bozza di documento di orientamento. Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 e 102 TFUE.

²⁹ Cfr. European Parliament Resolution of 2 February 2012 on «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress» (2001/2089(INI)).

³⁰ Nonché dal modello vigente nello Stato della California.

missibilità della difesa *passing-on*, le soluzioni giurisprudenziali affermatesi negli Stati membri dell'Unione europea si collocano lungo la linea, come visto molto sottile, tracciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nei richiamati casi *Courage* e *Manfredi*.

Pronunce volte a riconoscere l'ammissibilità della difesa *passing-on* si riscontrano in Inghilterra³¹, Germania, Francia³², Danimarca³³, oltre che in Italia³⁴ (su cui si ritornerà più diffusamente nel prossimo paragrafo). In tali Stati membri, nonostante i tribunali abbiano fin ora avuto poche occasioni di affrontare direttamente tale questione (nei pochi casi disponibili la difesa *passing-on* ha assunto rilievo incidentale o è stata sviluppata nell'ambito di *obiter dicta*) è comunque prevalsa l'interpretazione volta ad ammettere la difesa *passing-on* nel contenzioso *antitrust*. E ciò sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico in tema di legittimazione attiva e di compensazione del danno.

Si segnala che il governo del Regno Unito, all'esito di una ampia consultazione pubblica avente ad oggetto il *private antitrust enforcement*, ha reso pubblica la propria posizione in materia di *passing-on defence* precisando la propria contrarietà alla introduzione nell'ordinamento giuridico inglese di presunzioni semplici relative alla avvenuta traslazione del danno al livello successivo della catena del valore³⁵.

4. *La giurisprudenza italiana.* – In Italia non esiste un'espressa presa di posizione del legislatore in merito all'ammissibilità della *passing on defence* nei casi di diritto *antitrust nazionale*, né vi è un chiaro *leading case* in materia.

Giova precisare che in perfetta aderenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata nei paragrafi prece-

deni, la Corte di cassazione ha costantemente riconosciuto a partire dal 2007 la legittimazione attiva di ogni soggetto del mercato leso da una condotta anti-competitività illecita a proporre una azione giudiziale *antitrust*, indipendentemente dalla sua posizione lungo la catena del valore, purché il danno lamentato sia eziologicamente collegato all'illecito *antitrust*. Tale impostazione, da ultimo confermata dalla Corte di cassazione nella richiamata sentenza n. 1160/2011³⁶, neutralizza qualunque limitazione alla legittimazione attiva di stampo nordamericano.

La questione della ammissibilità della difesa *passing-on* è stata oggetto di specifica analisi per la prima volta in un contenzioso *antitrust* dalla corte di appello di Torino nel caso *Juventus FC SpA* del 2000⁷. In tale caso, la società *Indaba Incentive co.*, attiva nel mercato della fornitura di servizi di turismo e specializzata in eventi sportivi, convenne in giudizio ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/90, la *Società Juventus F.C. SpA*. La società attrice lamentava di essere vittima di un abuso di posizione dominante della società convenuta nel mercato della vendita dei biglietti per la finale della *Champions League* del 28 maggio 1997.

La corte si era trovata a decidere una situazione *antitrust* complessa dal punto di vista della legittimazione attiva. Secondo la corte: «[...] il problema delicato è costituito dalla concorrenza in capo allo stesso soggetto sia della qualità di partecipante all'intesa vietata [...] sia di eventuale vittima della posizione dominante [...]». La corte, superata tale questione preliminare (ed anticipando la giurisprudenza *Courage*) rilevò che anche all'interno di una intesa anticompetitiva «i partners possono essere in posizione economica equiordinata o subordinata», ribadendo «la natura soltanto compensa-

³¹ *Emerald Supplies v. British Airways* [2010] EWCA Civ 1284; ed anche *Devenish Nutrition Limited v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors* [2008] EWCA Civ 1086.

³² Tribunal de Commerce de Nanterre, 11 maggio 2006, R.G. 2004FO2643, *Arkopharma v. Rochel/Hoffmann La Roche*; Tribunal de Commerce de Paris, 26 gennaio 2007, R.G. 2003/04804, *Laboratoires Juva v. Rochel/Hoffman La Roche*.

³³ Corte Suprema, 20 aprile 2005, *GT Linien A/S (in insolvency) v. DSB and Sandlines*.

³⁴ App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. S.p.a.*, in *Danno e resp.* 2001, 46; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 346.

³⁵ Cfr. UK Government, *Private Actions in competition law: a consultation on options for reform*, 29 gennaio 2013.

³⁶ Cass., sez. III, 26 maggio 2011, cit.

tiva» dell'azione risarcitoria riconobbe la legittimazione attiva esclusivamente al «soggetto che [ha] concretamente subito un danno». La corte ha ritenuto «privo di legittimazione attiva il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali. Infatti, poiché la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era latente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva di una traslazione del danno [...]», tale elemento fu ritenuto sufficiente ad «escludere» l'incolpevolezza in capo a parte attrice che versava in una situazione di dolo» e ad escludere di conseguenza il diritto al risarcimento del danno.

Più recentemente, la Corte di cassazione, nel documento sottoposto alla Commissione europea nell'ambito della consultazione pubblica sul Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno *antitrust*³⁷, ha assunto una posizione particolarmente favorevole in merito alla ammissibilità del *passing-on* nell'ordinamento nazionale, ritenendo «del tutto ragionevole» la proposta di stabilire sia a favore dell'attore che del convenuto, a seconda dei casi, «una presunzione di trasferimento del maggior prezzo a valle della catena commerciale fino al consumatore finale»³⁹.

MICHELE CARPAGNANO

Bibliografia

AFFERNI, «La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario», in *Concorrenza e mercato*, n. 16/2008, a cura di GHIDINI - LIBONATI - MARCHETTI, Giuffrè, 2009, 494-521; BENACCHIO - CARPAGNANO, «L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza», in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento*, Trento, 2007; REALEY - GREEN - GEORGE (cur.), *Competition Litigation, UK Practice and Procedure*, Oxford, 2010, pp. 459-464; BUCCIROSSI - CARPAGNANO, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, 2012; CARPAGNANO, «Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010», in G. GHIDINI (cur.), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, pp. 284-304; CARPAGNANO, «Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell'Unione Europea», in R. SACCO (cur.), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2012, pp. 846-865; R. COOTER, «Passing On The Monopoly Overcharge: A Further Comment On Economic Theory», in *U. Pa. L. Rev.*, 1981, p. 1531; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; HARRIS - SULLIVAN, «Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», in *U. PA. L. Rev.*, 1979, p. 269; LANDES - POSNER, «Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick», in *U. CHI. L. Rev.*, 1979, p. 602; L. PROSPERETTI - E. PANI - I. TOMASI, *Il danno Antitrust*, Mulino, 2009.

³⁷ App.Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. c. Juventus F.C. S.p.A.*, in *Danno e resp.*, 2001, 46.

³⁸ Documento della Corte di cassazione di

data 11 luglio 2008, disponibile nella pagina web della Commissione Europea.

³⁹ Documento della Corte di cassazione, cit., p. 12.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La prescrizione del diritto al risarcimento danni

Sommario: I. LAZIONE RISARCITORIA PER DANNO ANTITRUST NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO. – II. INQUADRAMENTO NELL'AMBITO DEI DANNI LUNGOLATENTI NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ NAZIONALE. – III. LE INIZIATIVE DELLA COMMISSIONE EUROPEA.

I. LAZIONE RISARCITORIA PER DANNO ANTITRUST NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Nell'ordinamento italiano vengono in rilievo due disposizioni in tema di prescrizione delle azioni di risarcimento del danno *antitrust*. In particolare, l'art. 2935 c.c. stabilisce il *dies a quo* da cui deve farsi decorrere la prescrizione, quale che sia la sua durata, individuando nel «giorno in cui il diritto può farsi valere il momento di decorrenza dei termini». A tale riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che la possibilità di far valere il diritto si riferisce esclusivamente ad una possibilità legale, dando rilievo alle sole cause giuridiche impeditive dell'esercizio di tale diritto, quale ad esempio una condizione sospensiva non ancora verificatasi o un termine non scaduto¹. Di conseguenza, impedimenti di fatto, come ad es. l'ignoranza del danneggiato, non sono idonei a impedire il decorso della prescrizione². Gli impedimenti soggettivi e gli ostacoli di fatto che sono causa di sospensione della prescrizione, difatti, sono espressamente disciplinati dall'art. 2941 c.c., che, come osservato dalla Cass., non contempla tra le sue ipotesi tassative «l'ignoranza da parte del titolare del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sulla esistenza di tale diritto ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento»³.

Quanto alla durata del periodo prescrizione, l'art. 2947 c.c. stabilisce un termine breve quinquennale per la prescrizione delle azioni risarcitorie di cui trattasi, in deroga al termine di prescrizione ordinario di 10 anni. Tale disposizione prevede che «il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato». Nell'individuare il momento di realizzazione dell'evento di cui all'art. 2947 c.c. la giurisprudenza fa riferimento alla produzione del danno e non alla realizzazione dell'atto illecito, laddove l'evento non sia stato immediatamente conseguente a quest'ultimo⁴. Più nello specifico la Cass. ha chiarito che, qualora la percezione del danno non sia evidente, il termine di prescrizione dovrà farsi decorrere dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e conoscibile, non potendo invece rilevare il momento in cui il fatto del terzo determina la modificazione produttiva di conseguenze dannose per l'altrui diritto⁵.

Sul rapporto tra l'art. 2947 c.c. e l'art. 2935 c.c. è ugualmente intervenuta la Suprema Corte, indicando che mentre la prima disposizione fissa un termine breve quinquennale per il diritto al risarcimento del danno per fatto illecito, l'art. 2935 c.c. stabilisce che la prescrizione comincia concretamente a decorrere solo dal momento in cui il danneggiato può far valere il proprio diritto⁶. Tali norme riguardano, quindi, profili differenti attinenti al medesimo istituto giuridico e, in quanto operanti su piani giuridici diversi, non possono considerarsi legate da un rapporto di *species a genus*⁷.

¹ Cass., civ., 12 marzo 1994, n. 2429, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 12.

² Cass., civ., sez. III, 10 febbraio 1995, n. 1490, in *Mass. Foro it.*, 1995.

³ Cass., civ., sez. III, 7 novembre 2005, n. 21495 in *Giust. civ.*, 2006 p. 1223.

⁴ Cass., civ., 15 marzo 1989, n. 1306.

⁵ Cass., civ., 12 agosto 1995, n. 8845.

⁶ Sul punto cfr. *infra* § II.

⁷ Cass., civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, n. 5, p. 648.

II. INQUADRAMENTO NELL'AMBITO DEI DANNI LUNGOLATENTI NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ NAZIONALE

L'interazione tra le summenzionate disposizioni è stata successivamente affrontata e specificata dalla Cass. nella sentenza resa dalle sez. un. nel 2007⁸. Con tale pronuncia la Suprema Corte tenta di dare una risposta alle perplessità sollevate dalla Corte giust. UE nel caso Manfredi, esaminando la conformità del quadro normativo italiano in materia di prescrizione delle azioni risarcitorie da illecito *antitrust* con i principi di equivalenza ed effettività¹⁰⁵². Nelle conclusioni cui giunge, la Corte non sembra tuttavia optare per una soluzione particolarmente garantista del principio di certezza del diritto.

La controversia alla base delle questioni portate all'attenzione dei giudici di legittimità non differiscono sostanzialmente dai fatti di causa della sentenza Manfredi della Corte UE e della fattispecie da cui ha tratto origine un'ulteriore precedente pronuncia della Cass. in tema di legittimazione ad agire¹⁰. Trattavasi nel caso in esame di un'azione risarcitoria ex art. 33 della l. n. 287/90¹¹ per il danno subito da un assicurato per effetto dell'intesa accertata nel 2000 dall'AGCM, danno consistente nella maggiorazione del premio assicurativo¹². L'impresa assicurativa convenuta aveva eccepito l'avvenuta prescrizione del diritto al risarcimento, la cui decorrenza doveva computarsi secondo la stessa dal momento della stipulazione della polizza. La Corte d'App. di Napoli disattendendo tale tesi aveva fatto risalire il decorso della prescrizione alla data di accertamento definitivo dell'illecito, ossia dalla pronuncia con cui il Cons. St. aveva sostanzialmente confermato l'accertamento effettuato dall'AGCM nel provvedimento *de quo*. La Cass. non ha condiviso nessuna delle due tesi citate, ritenendo

che non potesse rilevare quale *dies a quo* né l'accertamento definitivo in sede giudiziaria dell'illecito anticoncorrenziale, né tantomeno il momento di produzione del danno, coincidente nel caso di specie con la sottoscrizione della polizza e il conseguente versamento del premio. In particolare, secondo il giudice di legittimità la prima ipotesi confliggerebbe con la necessità di garantire l'autonomia procedurale della tutela privatistica ex art. 33 l. n. 287/90 dai procedimenti di natura amministrativa che si svolgono dinanzi all'AGCM. Ad avviso della Corte, in nessun caso può considerarsi «la definitività dell'accertamento amministrativo dell'illiceità dell'intesa come una sorta di pregiudiziale amministrativa all'azione di risarcimento del danno aquiliano»¹³. Difatti, l'illiceità di una condotta per contrarietà alle norme concorrenziali può essere accertata per la prima volta in sede di civile di risarcimento dei danni o dichiarazione di nullità, pur con le inevitabili difficoltà di allegazione probatoria da parte dei singoli nell'ambito di tali tipi di giudizi.

Allo stesso modo la Corte non condivide la tesi sostenuta dall'impresa assicurativa alla luce del rapporto tra gli artt. 2947 e 2935 c.c., i quali operano secondo la Corte su piani giuridici distinti e non può, quindi, ritenersi che una disposizione prevalga sull'altra in forza di un rapporto di specialità. L'art. 2947 c.c., osserva la Cass., si limita a fissare una durata breve per la prescrizione dell'azione risarcitoria di una delle ipotesi di illecito, escludendone il periodo durante il quale non sia possibile far valere il diritto. Pertanto, «il verificarsi del fatto» cui tale disposizione fa riferimento per la decorrenza della prescrizione va interpretato in base all'art. 2935 c.c., che disciplina specificamente tale aspetto, e anche alla luce del criterio di fondo su cui si impernia la

⁸ *Ibidem*.

⁹ Corte giust. UE, *Manfredi*, 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, in *Racc.* 2007, I-6619.

¹⁰ Cass., civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014.

¹¹ L. 287, 10 ottobre 1990, G.U. 13 ottobre 1990, n. 240.

¹² Provvedimento AGCM del 28 luglio 2000, n. 8546, pubblicato in *Boll.* n. 30 del 14 agosto 2000, sostanzialmente confermato dalla giurisprudenza; TAR Lazio, 5 luglio 2001, n. 6193, in *Foro amm.*, 2001, 2117; Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Corr. giur.*, 2003, 4, 491.

¹³ Cass., civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 cit.

disciplina della prescrizione «secondo il quale l'inerzia del titolare del diritto acquista significato solo di fronte alla possibilità di esercizio del diritto stesso, quando cioè l'atto di esercizio vale a soddisfare l'interesse tutelato»¹⁴. Richiamando la propria precedente giurisprudenza interpretativa dell'art. 2947 c.c., la Corte evidenzia che l'evento cui tale disposizione fa riferimento per il decorso dei termini non può essere fatto risalire né al momento in cui l'agente realizza l'illecito, né al momento in cui la condotta del terzo determina «ontologicamente il danno all'altrui diritto», dovendolo invece riferire all'esteriorizzazione del danno, ossia quando quest'ultimo diviene oggettivamente percepibile e riconoscibile. Di conseguenza, l'evento di cui all'art. 2947 c.c. non viene inteso come comprensivo della sola condotta illecita alla cui cessazione far risalire il *dies a quo*, ma come includente anche il danno ingiusto cagionato, attribuendogli, quindi, centralità conformemente alla più recente interpretazione data dalla giurisprudenza dell'art. 2043 c.c., secondo cui l'ingiustizia non deve attribuirsi alla condotta bensì al danno. Nell'individuare l'istante di esteriorizzazione del danno dal quale l'inerzia del titolare del diritto assume rilievo, la Cass. fa riferimento al momento in cui il grado di informazioni di cui dispone il soggetto leso sul danno ingiusto subito è oggettivamente tale da consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio. Vi può, quindi, essere uno «scollamento» temporale tra il momento in cui il danno viene inferito e il momento della sua percezione da parte del danneggiato, a partire dal quale quest'ultimo può ritenersi in stato di inerzia (c.d. lungolatenza del danno). Con riferimento alla specifica ipotesi in esame nel giudizio *de quo*, la Corte individua l'esteriorizzazione del danno nel momento in cui il danneggiato è stato adeguatamente e ragionevolmente informato circa il fatto che la maggiorazione di premio pagata era conseguenza di un'intesa illecita tra imprese assicurative. Secondo la Corte nel caso di specie la lungolatenza

del danno si giustifica per due ragioni. Da un lato viene dato rilievo alla natura stessa dell'illecito che, in quanto configurante un'intesa vietata dall'art. 2 l. n. 287/90, si caratterizza per la sua segretezza. Dall'altro lato la Corte prende in considerazione le caratteristiche del danneggiato, il quale, in quanto consumatore, rappresenta l'ultimo anello nella filiera del mercato e non può, quindi, assumersi che abbia una conoscenza approfondita delle dinamiche concorrenziali e delle eventuali distorsioni delle stesse.

La Corte rimette alla competenza del giudice di merito l'individuazione caso per caso del momento in cui il danneggiato abbia avuto adeguata e ragionevole conoscenza del danno subito e della sua ingiustizia usando l'ordinaria diligenza e a partire dal quale la sua inerzia potrà ritenersi colpevole.

Tuttavia, rispetto a tale profilo la Cass. precisa che la conoscenza del danno ingiusto che una vittima può acquisire per effetto di proprie indagini o di idonea pubblicizzazione di stampa e mezzi di comunicazione non necessariamente coincide con la pubblicazione del provvedimento di avvio delle indagini o di accertamento dell'illecito da parte dell'AGCM. Ciò in forza dell'autonomia tra accertamento amministrativo delle condotte vietate e tutela civilistica di risarcimento del danno e dichiarazione di nullità degli accordi vietati.

Se è indubitabile che la soluzione cui giunge la Cass. risponde alle perplessità sollevate dai giudici lussemburghesi nella sentenza Manfredi citata, tuttavia la scelta operata sembra privilegiare l'esigenza di effettività della tutela offerta rispetto alla certezza del diritto. Difatti, di certo non agevole appare l'accertamento demandato ai giudici di merito, i quali dovranno stabilire secondo le circostanze di ciascun caso concreto il momento in cui può ritenersi che il danneggiato usando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto avere oggettivamente sufficiente coscienza del danno patito, dell'ingiustizia dello stesso e della sua riconducibilità a un dato agente.

¹⁴ *Ibidem*.

III. LE INIZIATIVE DELLA COMMISSIONE EUROPEA

A soluzioni parzialmente diverse dalla giurisprudenza italiana di legittimità esaminata giunge la Comm. europea nel Libro Bianco sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie¹⁵.

La necessità di un intervento nell'ambito del *private enforcement* era stato evidenziato dalla Comm. già nel 2004, quando fu realizzato uno studio che metteva in evidenza le profonde differenze a livello nazionale delle forme di tutela approntate per il risarcimento dei danni conseguenti ad una violazione della normativa a tutela della concorrenza. Alla pubblicazione dei risultati di tale studio ha fatto seguito la predisposizione del Libro Verde del 2005, nel quale la Comm. rilevava un'inefficacia delle azioni di risarcimento e l'assenza di una tutela effettiva, ascrivibile in gran parte a vari ostacoli giuridici e procedurali presenti a livello nazionale¹⁶.

In tale contesto la Comm. ha cercato di indicare soluzioni tese a facilitare l'accesso alla giustizia per i singoli che facciano valere i diritti che possono trarre dagli effetti diretti degli artt. 101 e 102 TFUE. Il dibattito sul risarcimento del danno *antitrust* si era sviluppato in Europa fin dagli anni '90 e da più parti era stata ravvisata l'esigenza di delineare i tratti essenziali del contesto giuridico sostanziale e procedurale delle azioni di ristoro dei danni *antitrust*.

Con il successivo Libro Bianco la Comm. ha inteso rilanciare le proposte già contenute nel Libro Verde recependo, inoltre, la giurisprudenza *medio tempore* sviluppatasi, con particolare riferimento al *leading case* Manfredi. In particolare, nel Libro Bianco la Commissione individua «una serie di regole minime che ga-

rantiscono un sistema efficace di azioni di risarcimento del danno *antitrust*» allo scopo di «creare un quadro giuridico che consenta azioni più efficaci». In tale contesto la Comm. prende posizione anche rispetto al problema del decorso del termine di prescrizione con delle soluzioni tese a garantire un'effettiva tutela minima del diritto delle vittime al risarcimento del danno da illecito concorrenziale nonché condizioni di maggiore parità e certezza del diritto in tutta l'Unione.

Tenuto conto delle difficoltà dei singoli di far valere le proprie pretese risarcitorie, la Comm. propone di far decorrere il termine di prescrizione dal momento in cui ragionevolmente si possa ritenere che gli individui danneggiati siano venuti a conoscenza dell'illecito e non prima che l'infrazione sia cessata. Mentre la giurisprudenza italiana richiede la prova dell'oggettiva possibilità per il danneggiato di avere un *set* di informazioni tale da consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio, la Comm. fa riferimento al momento in cui si può ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia stata a conoscenza della stessa e del pregiudizio che le ha causato. Soluzione quest'ultima che appare non poco sbilanciata a favore del danneggiato, con l'imposizione di un onere probatorio probabilmente eccessivo a carico dell'autore dell'illecito per superare tale presunzione.

Inoltre, pur condividendo la separazione tra tutela privatistica e accertamento in sede amministrativa dell'illecito *antitrust*, la Comm. giunge a una soluzione di compromesso che tiene comunque conto delle necessarie interazioni tra i due tipi di tutela. La soluzione proposta nel Libro Bianco prevede, difatti, il decorso di un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni in attesa della definizione amministrativa o giurisdizionale dell'accertamento dell'infrazione alle

¹⁵ Libro Bianco della Commissione in «materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie» adottato il 2 aprile 2008 COM (2008) 165 def.

¹⁶ I risultati dello studio commissionato all'ufficio Ashursts sono stati resi noti il 31 agosto 2004 con un rapporto intitolato «*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement*

of EC competition rules», disponibile sul sito internet della Commissione. Al rapporto Ashurst ha fatto seguito la pubblicazione del Libro Verde, intitolato «*Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*», COM (2005)672 def., accompagnato dal relativo documento di lavoro dei servizi della Commissione [SEC(2005)1732].

norme di concorrenza¹⁷. Laddove sia pendente un procedimento di accertamento dell'illecito, il termine di prescrizione non potrà scadere definitivamente nelle more di quest'ultimo, a prescindere dall'effettiva conoscenza da parte della vittima del pregiudizio *contra iure* subito. Per la Commissione è necessario in tali ipotesi fissare un nuovo termine di prescrizione che inizi a decorrere dall'accertamento definitivo effettuato dall'autorità o giudice nazionale. Si evita in tal modo che al danneggiato sia preclusa qualunque azione risarcitoria prima che sia concluso in maniera definitiva l'accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte delle competenti autorità.

La Comm. privilegia tale soluzione rispetto ad una sospensione dei termini in pendenza di un procedimento di accertamento, in quanto la sospensione potrebbe intervenire in una fase avanzata del decorso del termine e residuerebbe un tempo limitato per approntare un'azione risarcitoria e perché, in assenza di un'adeguata pubblicità dei provvedimenti di avvio e chiusura dei procedimenti di accertamento, risulterebbe difficile per i danneggiati stimare il tempo residuo per esercitare i propri diritti.

Infine, con riferimento alle infrazioni ripetute e continuate la Comm. ritiene che il termine di prescrizione possa decorrere solo dopo che l'infrazione sia cessata.

Le soluzioni proposte dalla Comm. tendono a privilegiare un trattamento indubbiamente favorevole per i consumatori, assicurando in tal modo l'effettività della tutela dei loro diritti, senza tuttavia trascurare le esigenze di certezza del diritto, che devono reputarsi imprescindibili nel processo di integrazione del di-

ritto comunitario negli ordinamenti nazionali.

MARLÈNE MELPIGNANO

Bibliografia

G. AFFERNI, «Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione», in *Danno e resp.* n. 1, 2007, p. 19; S. BASTIANON, «Tutela risarcitoria *antitrust*, nesso causale e danni "lungolattenti"», in *Corr. giur.* n. 5, 2007, p. 648; G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali* Private enforcement of competition law, *Atti del III Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011*, Padova 2012; R. CAIAZZO, *Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e class action: una nuova era per il private enforcement in Italia?*, *Atti del IX Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Treviso, 20-21 maggio 2010; M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.* n. 1, 2007, p. 34; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 481; M.R. MAUGERI, «Violazione della disciplina *antitrust* e la tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza», in *Nuova giurisprudenza civile*, 2008, p. 175; B. NASCIMBENE - F. ROSSI DAL POZZO, «La prescrizione delle azioni risarcitorie *antitrust* alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 123; L.F. PACE, «L'applicazione del diritto *antitrust* da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'armonizzazione negativa della Corte di giustizia e l'esperienza italiana», in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3 2011, p. 483; M.R. TUFARELLI, «La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito *antitrust*: un'occasione persa!», commento alla sentenza della Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475», in *Giust. civ.*, 2003, p. 2144.

¹⁷ Punto 2.7 del Libro Bianco, cit.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 3 Reg. 1/2003 anche con riferimento all'art. 101 § 3 TFUE

Sommario: I. LA PROVA DELL'ILLECITO *ANTITRUST*. LE INTESE *EX ART.* 101 TFUE. – 1. La prova degli elementi costitutivi di un'intesa: l'art. 101 § 1 TFUE. – 2. Restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto e il caso della pratica concordata. – 3. La prova degli effetti pro-competitivi: l'art. 101 § 3 TFUE. – II. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: L'OBIETTIVA GIUSTIFICAZIONE. CENNI.

I. LA PROVA DELL'ILLECITO *ANTITRUST*. LE INTESE *EX ART.* 101 TFUE

L'analisi di un qualsiasi comportamento – accordo o pratica concertata – alla luce dell'art. 101 TFUE è necessariamente composta da due fasi in cui si deve valutare: (i) se quel dato comportamento ha per oggetto ovvero per effetto (attuale o potenziale) una restrizione della concorrenza; e, in caso di risposta positiva alla prima parte del *test*, (ii) se tale comportamento produce effetti pro-competitivi in grado di bilanciare gli effetti anticompetitivi alla luce dell'art. 101 § 3 TFUE¹. Solo qualora un comportamento soddisfi la prima parte della valutazione ma non la seconda sarà possibile qualificarlo come un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE². La particolarità della struttura di questa norma è che le due parti del *test* ivi previsto implicano l'assolvimento di due distinti oneri probatori ricadenti su soggetti diversi. L'articolo 2, Reg. 1/2003 prevede al riguardo che «...[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli [101/102 TFUE], l'o-

nera della prova di un'infrazione dell'articolo [101 § 1 TFUE], o dell'articolo [102 TFUE] incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo [101 § 3 TFUE] l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte...». Il principio generale in materia di onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ. trova pertanto applicazione anche in relazione alla violazione dei divieti *antitrust*, italiani ed europei, con la conseguenza che spetterà all'Autorità di concorrenza (in un contesto di *public enforcement*) ovvero all'attore (in un giudizio civile) fornire le prove circa l'esistenza di un'intesa anticompetitiva (e quindi dimostrare il soddisfacimento della prima parte del *test ex art.* 101 § 1 TFUE), mentre spetterà all'impresa sotto accusa dimostrare che l'intesa produce effetti pro-competitivi (e quindi il soddisfacimento della seconda parte del *test ex art.* 101 § 3 TFUE)³.

1. *La prova degli elementi costitutivi di un'intesa: l'art. 101 § 1 TFUE.* – Il concetto di "intesa", da un punto di vista letterale, non appartiene al diritto comunitario, essendo invece previsto dall'art. 2, comma 1, legge n. 287/1990 quale sintesi delle tre tipologie di comportamenti plurisoggettivi collusivi rilevanti per il diritto della concorrenza nazionale e comunitario. Invero, l'art. 101 TFUE (e il citato art. 2, legge n. 287/1990) prevedono che questi comportamenti possano assumere essen-

¹ Per una completa comprensione delle fattispecie *ex art.* 101 TFUE si vedano le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, G.U.U.E. del 14 gennaio 2011, C-11, pp. 1-72 e gli Orientamenti sulle restrizioni verticali G.U.U.E. 19 maggio 2010, C-130, pp. 1-46.

² L'art. 1, commi 1 e 2, Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.U.E. L 1, 4 gennaio 2003, prevede che «...[g]li accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo

81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso [e gli] accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso (...)».

³ Da ultima, C. giust. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires - "CB" c. Commissione* non ancora pubblicata, punto 74.

zialmente la forma dell'accordo, quella di pratica concordata ovvero di decisione di un'associazione di imprese, ognuna delle quali è caratterizzata da elementi costitutivi differenti oggetto dell'onere probatorio di chi intende dimostrare una violazione dell'art. 101 TFUE.

a. *L'accordo*. – La prova circa la conclusione di un *accordo* esige la dimostrazione della comunanza di intenti tra le parti del medesimo, ovvero l'intenzione reciproca di restringere la concorrenza in un determinato modo attraverso la convergenza espressa o tacita su un meccanismo collusivo determinato⁴. Una volta dimostrata la partecipazione di un'impresa a riunioni in relazione alle quali è stata fornita la prova della sussistenza di un accordo, ossia del fatto che nell'ambito della quale almeno altre due imprese hanno raggiunto un consenso su un meccanismo collusivo determinato, la partecipazione della prima impresa all'illecito è presunta, salvo che quest'ultima sia in grado di dimostrare in maniera obiettiva di essersi "dissociata", ossia di averne preso pubblicamente le distanze, opponendosi al piano collusivo e dichiarando agli altri partecipanti di aver preso parte agli incontri in un'ottica diversa, interrompendo qualsiasi contatto, diretto e indiretto⁵. La giurisprudenza delle corti europee appare meno chiara, invece, circa la rilevanza *ex art. 101 § 1 TFUE* di quelle condotte prodromiche al raggiungimento di un vero e proprio accordo, quali ad esempio il tentativo di accordo ovvero le

discussioni che inevitabilmente precedono il raggiungimento di un vero e proprio accordo, spesso accompagnati da comportamenti di per sé incompatibili con un atteggiamento collusivo (ad esempio, l'avvio di una guerra di prezzi). La Commissione ha nel tempo cercato di estendere la portata della nozione di "accordo" (essenzialmente, al fine di estendere la durata dell'illecito) fino ad includervi anche le fasi preparatorie basandosi sull'assunto che sia sufficiente la convergenza di intenti sul solo generico interesse di limitare la concorrenza reciproca per integrare un'infrazione *ex art. 101 TFUE* e la giurisprudenza di merito ha, quantomeno in qualche occasione, seguito la Commissione su questa strada⁶. La questione, a quanto ci consta, non è allo stato ancora stata oggetto di un pronunciamento chiaro della Corte di Giustizia. Invero, la giurisprudenza della suprema corte comunitaria ha sempre richiesto, al fine di dimostrare la sussistenza di un accordo, la prova della comune volontà di due o più imprese di comportarsi sul mercato in un determinato modo⁷, ovvero che vi sia una convergenza espressa o tacita su un meccanismo collusivo non generico o di principio ma determinato e specifico nei suoi tratti essenziali⁸, anche se non delineato in tutti i suoi dettagli. Il generico obiettivo di restringere la concorrenza, senza che vi sia un livello minimo di condivisione almeno su un piano di massima per attuare tale restrizione sul mercato non dovrebbe pertanto essere sufficiente per dimostrare la

⁴ Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-1487, punto 199; Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. II-1711, punto 256.

⁵ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-123, punto 81; Trib. CE, 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Trefilurope Sales Sarl c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 85; Trib. CE, 10 marzo 1992, causa T-12/89, *Solvay c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. II-907, punti 98-100; Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, cit., punto 232.

⁶ Trib. UE, 16 giugno 2011, causa T-195/06, *Solvay Solexis c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p.

II-178, punto 56; Trib. CE, 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-01333, punto 178; Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99 *HFB Holding e altri c. Commissione*, cit., punti 151-157 e 206; Trib. CE, 6 aprile 1995, causa T-148/89, *Trefilunion c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-1063, punto 82.

⁷ C. giust. UE, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic*, in *Racc.* 1999, p. I-4125, punto 130; C. giust. UE, 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, in *Racc.* 1970, p. 661, punto 112.

⁸ Trib. CE, 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-3383, punto 173; C. giust. UE, 29 ottobre 1980, cause riunite 209-215, 218/78, *Heintz Van Landewyck Sarl e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 3125, punto 86.

prova di un accordo ai sensi dell'art. 101 TFUE.

b. La pratica concertata. – La *pratica concertata* è l'altra modalità attraverso cui la collusione rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE può manifestarsi. Essa invero oggi rappresenta la nozione chiave nella c.d. lotta ai cartelli, rappresentando lo strumento con cui, nella larga maggioranza dei casi, la Commissione cerca di dimostrare la sussistenza di fenomeni collusivi orizzontali. La differenza tra le due fattispecie è, pertanto, non di carattere qualitativo – si tratta di due fattispecie che cercano di cogliere il medesimo fenomeno collusivo – bensì nell'intensità della prova che deve essere fornita. La pratica concertata è in buona sostanza un'altra modalità attraverso cui la collusione rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE può essere qualificata sotto il profilo giuridico. Più precisamente, nella definizione che la consolidata giurisprudenza ha fornito, la pratica concordata individua una forma di coordinamento tra imprese che, pur non raggiungendo il livello di un vero e proprio accordo, costituisce una consapevole collaborazione tra le imprese stesse e, di conseguenza, elimina o riduce la concorrenza sul mercato⁹. La distinzione risiede proprio nella necessità di comprendere nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE forme di coordinamento lesive della concorrenza aventi diverse caratteristiche. Ciò al fine di evitare che il divieto espresso dall'art. 101 TFUE possa

essere aggirato mediante l'adozione di mezzi più informali rispetto ad un accordo vero e proprio. Ne consegue che l'unica differenza tra tali modalità di collusione risiede nel diverso onere probatorio che deve essere soddisfatto¹⁰. Gli elementi costitutivi di una pratica concertata *ex art.* 101 TFUE sono i seguenti: (i) l'esistenza di una concertazione tra imprese idonea, in concreto, a ridurre l'incertezza sulla loro condotta commerciale futura; (ii) l'esistenza di un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione; nonché (iii) un nesso causale tra i primi due elementi¹¹. Come vedremo, questi tre elementi si atteggiavano in maniera diversa a seconda che intervengano nell'ambito di una pratica concertata per l'effetto ovvero per l'oggetto.

c. Le decisioni delle associazioni di categoria. – Infine, la terza categoria di "intese" rilevanti ai sensi dell'art. 101 TFUE è rappresentata dalle decisioni delle associazioni di categoria. Si tratta della categoria giuridicamente più semplice e, relativamente alle altre due, di minor rilievo pratico. In relazione a questa fattispecie, la casistica che si è venuta a formare sul punto è chiara nell'indicare che nessuna particolare formalità nella formazione della volontà dell'ente esponenziale è richiesta per la sua prova, essendo sufficiente che quest'ultima sia manifestata, ad esempio, anche mediante raccomandazioni, regolamenti, codici di condotta, comunicati stampa ovvero circolari¹².

⁹ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-4529, punto 26; C. giust. UE, 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1975, p. 1663, punto 26; C. giust. UE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemicals c. Commissione*, in *Racc.* 1972, p. 619, punto 64.

¹⁰ A conferma della sostanziale equivalenza tra le due forme di collusione, la casistica della Commissione, come confermata dalla giurisprudenza, ha sviluppato il concetto di infrazione unica e continuata stante la difficoltà, nella pratica, di individuare una linea di demarcazione netta tra le due nozioni nell'ambito di comportamenti collusivi complessi e articolati nel tempo. In questo modo, la Commissione utilizza il concetto di infrazione unica e continuata per sanzionare forme di collusione che potrebbero racchiu-

dere sia gli elementi di un accordo, sia di una pratica concordata. Naturalmente, tale nozione non esime la Commissione dalla necessità di provare che ciascuna tipologia di condotta collusiva rientra nella fattispecie *ex art.* 101 TFUE (v. Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding c. Commissione*, cit., punto 191) e che, quantomeno nel momento iniziale e in quello finale, la condotta infrattiva si qualificava per essere un accordo ovvero una pratica concertata.

¹¹ C. giust. UE, l'8 luglio 1999, causa C-49/92 *P, Anic partecipazioni*, cit., punto 118.

¹² Trib. CE, 15 settembre 2005, causa T-325-1, *DaimlerChrysler AG c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-3319, punto 210; Trib. CE, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-209, punto 75; C. giust. UE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, in *Racc.* 2002, p. I-1577, punto 64; Trib. CE, 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Istituto dei manda-*

d. *Gli elementi di prova.* – Per quanto riguarda in generale la qualità e consistenza degli elementi probatori per corroborare l'accertamento di una violazione della concorrenza, la giurisprudenza richiede che questi siano gravi, precisi e concordanti tra loro¹³. In considerazione della complessità delle infrazioni anti-trust e del loro essere tipicamente articolate nel tempo, non tutti gli elementi devono necessariamente rispondere a tali criteri con riferimento ad ogni elemento dell'infrazione. È, infatti, sufficiente che il complesso degli indizi invocato, globalmente valutato, soddisfi tali requisiti¹⁴. Essi da un lato devono essere quindi considerati nel loro insieme e non atomisticamente; dall'altro, non tutte le fasi di cui inevitabilmente si compone un illecito continuato quale è una intesa in violazione dell'art. 101 TFUE richiedono la stessa intensità probatoria¹⁵. La confessione fa piena prova dei fatti ammessi nei confronti di chi vi ha proceduto. Dichiarazioni confessorie hanno trovato ampia adozione nell'ambito dei programmi di clemenza che la Commissione ha sviluppato negli ultimi 15 anni. Al riguardo, si rileva che tali dichiarazioni fanno prova anche nei confronti delle altre imprese coinvolte se viene fornito almeno un altro elemento di prova (ad esempio, dichiara-

zioni confessorie concordanti di altri soggetti) che possa corroborarne il contenuto.

2. *Restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto ed il caso della pratica concordata.* – a. *Le restrizioni per oggetto e per effetto.* – Una volta dimostrata l'esistenza di un'intesa, nelle diverse forme viste in precedenza che questa può assumere, al fine di provare la violazione dell'art. 101 TFUE deve essere dimostrato che quella stessa intesa ha per oggetto o per effetto di restringere il gioco della concorrenza. Si tratta di requisiti alternativi e pertanto una volta dimostrato che un'intesa ha un oggetto anticoncorrenziale non sarà necessario procedere ad un'analisi dei suoi effetti¹⁶ per dimostrare la sua esistenza¹⁷. Questi, infatti, assumono rilevanza solo al fine di determinare la gravità della condotta e, quindi, sono idonei ad influire sulla determinazione della sanzione. La distinzione tra restrizione per l'oggetto e restrizione per l'effetto produce, pertanto, immediate conseguenze sull'onere probatorio che deve essere assolto per la relativa dimostrazione. Per questo motivo, le Corti comunitarie sin dalle prime applicazioni del diritto della concorrenza hanno cercato di tracciare i confini distintivi tra i due concetti¹⁸. Con riferimento alle re-

tari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti c. Commissione, in *Racc.* 2001, p. I-3541; C. giust. UE, 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer e.V. c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 405; C. giust. UE, 8 novembre 1983, cause riunite 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, *N.V. IAZ International Belgium e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 3369; Dec. Comm. UE, 9 luglio 1980, IV/27.958 - *National Sulphuric Acid Association*, G.U.C.E. L 190, 5 luglio 1989. Con riferimento alla possibilità che le decisioni di associazioni di imprese possano assumere anche la forma di comunicati stampa. V. la recente decisione del 25 febbraio 2009 adottata dall'AGCM con il provvedimento n. 19562, caso *Listino prezzi della pasta*, pubblicata sul *Boll.* n. 8/2009.

¹³ Trib. CE, 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-2707, punto 43.

¹⁴ Trib. CE, 8 luglio 2004, cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-2501, punto 180.

¹⁵ Trib. CE, 27 settembre 2006, cause riunite T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP e T-60/02 OP,

Dresdner Bank AG e altri c. Commissione, in *Racc.* 2006, p. II-3567, punti 59-67; C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, cit., punti 5557.

¹⁶ Trib. CE, 28 febbraio 2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-875, punto 76 e C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65 *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, in *Racc.* ed. italiana, p. 262.

¹⁷ Naturalmente, la valutazione circa gli effetti di una intesa è rilevante ai fini della determinazione della gravità dell'infrazione nell'ambito della quantificazione dell'eventuale sanzione. Si rileva inoltre, come meglio spiegato nel prosieguo, che la valutazione degli effetti gioca anche un ruolo cruciale nell'ambito della prova contraria la quale, per giurisprudenza costante, può essere fornita nell'ambito delle pratiche concertate per l'oggetto.

¹⁸ Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-2969, punto. 111; Trib. CE, 28 febbraio

strizioni per oggetto, ovvero quelle condotte che *per loro natura obiettiva* restringono la concorrenza, la giurisprudenza più risalente ha spesso fatto riferimento, in maniera non sistematica, alla mera "idoneità" dell'intesa a restringere la concorrenza. L'idoneità di una intesa a determinare effetti anticoncorrenziali sarebbe quindi sufficiente per qualificarla quale restrizione per l'oggetto prescindendo da una analisi dei suoi effetti (concreti o anche potenziali). Per restrizione per oggetto normalmente ci si riferisce alle c.d. *hard core restrictions*, ossia quelle restrizioni che, per *tabulas*, rappresentano le più gravi violazioni dell'art. 101 TFUE: queste includono sicuramente le intese di prezzo, l'allocazione della clientela, la ripartizione dei mercati e la limitazione della produzione (sotto il profilo orizzontale) nonché la fissazione dei prezzi di rivendita (RPM) e le clausole di protezione territoriale assoluta (sotto il profilo verticale). La categoria delle restrizioni per l'oggetto non è limitata alle sole restrizioni *hard core* anche se, all'atto pratico, queste ne riflettono i casi largamente prevalenti. Per valutare se si è in presenza di una restrizione per l'oggetto è sempre necessario valutare sia il contenuto delle previsioni dell'intesa, sia gli obiettivi perseguiti dalle parti sia, infine, il contesto

economico e giuridico di cui la restrizione fa parte, il tutto nell'ambito di una analisi c.d. "controfattuale". Per poter compiere tale analisi occorre considerare come la concorrenza si svolgerebbe in mancanza dell'intesa¹⁹. Inoltre, anche se l'intenzione delle parti non è un elemento determinante a tali fini, dello stesso se ne può tuttavia tenere conto²⁰. Replicando nella sostanza le motivazioni alla base della suddivisione esistente nel diritto statunitense tra pratiche restrittive "*per se*" e quelle invece soggette alla c.d. "*rule of reason*" (analisi degli effetti), la *ratio* della distinzione tra pratiche restrittive per l'oggetto e pratiche restrittive per l'effetto ai sensi dell'art. 101 TFUE risiede nel grado di probabilità che la pratica in questione possa effettivamente determinare effetti anticoncorrenziali. Una pratica con oggetto restrittivo, dunque, avrebbe sempre associato un elevato grado di probabilità che la stessa possa determinare effetti restrittivi, tanto elevato che il legislatore comunitario ha ritenuto sufficiente la prova del suo oggetto per sanzionarla²¹. L'esempio paradigmatico sono i cartelli di prezzo ai quali sono normalmente associati solo effetti negativi, sia in termini allocativi, sia redistributivi. Più che di mera idoneità, pertanto, l'elemento distintivo dovrebbe invero essere rintracciato nell'e-

2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-0875, punto 76; C. giust. UE, 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferrière Nord c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. I-4411, punti 14-15; C. giust. UE, 8 novembre 1983, causa 96/82, *Nv Iaz International Belgium c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 3369, punto 25.

¹⁹ C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*, in *Racc.* 2006, p. I-11125, punto 49; C. giust. UE, 2 maggio 2006, causa 328/03, *O2 GmbH & Co. OHG c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1231, punti 66-69 e 116; C. giust. UE, 28 maggio 1998, causa 7/95 P, *John Deere Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-3111, punto 76; C. giust. UE, 11 dicembre 1980, causa 31/80, *L'Oréal*, in *Racc.* 1980, p. 3775, punto 19; C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière*, cit.

²⁰ Comunicazione della Commissione relativa a linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale Testo rilevante ai fini del SEE, in G.U.U.E. C-11 del 14.1.2011 p. 1-72, §§ 24 e 25.

²¹ Ciò è ben chiarito al para. 21 della Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sul-

l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, in G.U.U.E. C-101 del 27.4.2004 p. 97-118, laddove è chiarito che «...[l]e restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie. Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione...».

levato grado di probabilità che, *in concreto*²², tenendo sempre presente il contesto economico e giuridico in rilievo, una determinata intesa produca effetti anti-concorrenziali²³. In buona sostanza, scatterà la presunzione (assoluta) di restrizione per l'oggetto tutte le volte in cui si è in presenza di un'intesa che, per la sua natura, caratteristiche specifiche e per l'ambito in cui viene posta in essere, reca di *per se* un'elevata probabilità di determinare effetti restrittivi. Questo è, come detto, il caso per quelle intese orizzontali c.d. *hard core* quali i cartelli di prezzo, di allocazione dei mercati e della clientela etc., le quali, se badi bene, sono un sottoinsieme della più ampia categoria delle intese restrittive per l'oggetto. Fuori dai casi di restrizioni per l'oggetto, affinché un'intesa possa essere considerata anti-competitiva dovrà essere fornita la prova che dalla medesima siano derivati ovvero possano derivare effetti anti-competitivi. La prova dunque può riguardare non solo gli effetti attuali, e quindi già verificatesi, ma anche gli effetti meramente potenziali²⁴ e, pertanto, l'illiceità di una intesa può invero derivare anche solo dimostrando la probabile verifica di effetti restrittivi nel caso specifico.

b. Il caso delle pratiche concordate. – Con specifico riferimento alle pratiche concertate – come verrà illustrato in seguito – la distinzione tra restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto assume particolare rilevanza. Nel fornire la prova di una pratica concordata per l'oggetto, è necessario dimostrare che le imprese hanno partecipato ad una concertazione avente ad oggetto lo scambio di informazioni commercialmente sensibili e che le stesse sono rimaste attive sul mercato.

Una volta fornita questa prova, la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia ritiene che sia possibile presumere che tali imprese non abbiano potuto tenere conto della concertazione nel determinare il proprio comportamento sul mercato²⁵. La medesima giurisprudenza fa salva la possibilità di fornire la prova contraria da parte dell'impresa volta a dimostrare di non aver tenuto conto dei contatti intercorsi con i concorrenti nel determinare la propria condotta sul mercato. Si tratta, pertanto, di una presunzione semplice (*iuris tantum*) e la cui funzione è semplicemente di invertire l'onere probatorio. La casistica della Commissione europea e la successiva giurisprudenza comunitaria hanno però sino ad ora applicato tale presunzione come fosse una presunzione (di fatto) assoluta, non ritenendo sostanzialmente mai soddisfatta la dimostrazione della prova contraria, attraverso la richiesta di una *probatio diabolica*. Ciò che dovrebbe essere richiesto all'impresa che vuole ribaltare la presunzione è la dimostrazione che i contatti intercorsi con i concorrenti (i.e. la concertazione) non hanno in alcun modo influito sul suo comportamento sul mercato. In altre parole, per superare la presunzione *iuris tantum*, dovrebbe essere sufficiente prendere in considerazione il comportamento sul mercato delle imprese coinvolte e valutare se questo sia compatibile con la concertazione. Qualora l'impresa riesca a dimostrare che la concertazione non ha influito sul suo comportamento in quanto il comportamento è oggettivamente incompatibile ovvero trova la sua oggettiva spiegazione in altre ragioni, la presunzione semplice dovrebbe ritenersi confutata²⁶. Diversa è invece la prova richiesta

²² Concl. Trstenjak, 30 giugno 2009, causa C-501/06 P, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-9291, punto 91.

²³ Una formulazione in questo senso sembra scaturire dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (C. giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit., punto 31), la quale ha indicato che l'essenza delle restrizioni per oggetto debba essere rappresentata dalla loro "idoneità in concreto" di restringere la concorrenza.

²⁴ C. giust. CE, 28 maggio 1998, causa 7/95 P, *John Deere Ltd c. Commissione*, cit., punto 77; C. giust. UE, 17 novembre 1987, cause riunite

142/84 e 156/84, *BAT e Reynolds c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 4487, punto 54; C. giust. CE, 10 dicembre 1985, causa 31/85, *SA ETA Fabriques d'Ébauches c. SA DK Investment ed altri*, in *Racc.* 1985, p. 3933, punto 12.

²⁵ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit. punti 51-53; C. giust. UE, 18 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Anic partecipazioni*, cit., punti 121-126; Trib. CE, 24 ottobre 1991, causa T-1/89, *Rhône-Poulenc SA c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. II-867, punti 121-123.

²⁶ La giurisprudenza non ha ritenuto che tale *standard* fosse sufficiente: Trib. CE, 16 giugno

in relazione alle pratiche concordate per l'effetto. Invero, si ricorre a tale fattispecie proprio laddove non sia possibile fornire la prova della concertazione (ovvero possano essere al più provati contatti ma non che nell'ambito degli stessi vi siano stati comportamenti collusivi) ma, diversamente dall'ipotesi precedente, sia possibile osservare comportamenti sul mercato da parte di imprese che risultino *prima facie* incompatibili con una condotta concorrenziale in quanto paralleli o apparentemente coordinati. La giurisprudenza comunitaria prevede che qualora non sia possibile fornire la prova di contatti «...[i]l parallelismo di comportamenti [possa] essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile...»²⁷. Tuttavia, una volta provata l'esistenza di contatti, i comportanti paralleli e/o coordinati osservati sul mercato si considerano causalmente imputabili alla collusione. In tale evenienza, spetterà peraltro alle imprese di dimostrare che tali comportamenti sul mercato hanno una diversa origine ovvero siano spiegabili altrimenti (ad esempio, per dinamiche oligopolistiche derivanti dalla struttura concentrata del mercato rilevante)²⁸.

3. *La prova degli effetti pro-competitivi: l'art. 101 § 3 TFUE.* – L'accertamento circa l'esistenza di un'intesa restrittiva non esige solo la dimostrazione della sussistenza

di un oggetto ovvero di effetti anti-competitivi ma richiede altresì la valutazione degli eventuali effetti pro-competitivi generati dall'intesa stessa alla luce dell'art. 101 § 3 TFUE²⁹. L'art. 101 § 1 TFUE è, infatti, inapplicabile qualora le condizioni previste dal terzo paragrafo dello stesso articolo siano soddisfatte e siano tali da almeno compensare gli effetti restrittivi associati all'intesa ai sensi del primo comma del medesimo articolo³⁰. Dal punto di vista della struttura della norma, ciò vale sia per le intese restrittive per l'oggetto, sia per le intese restrittive per l'effetto. Se entrambe le tipologie di intese possono, in astratto, dar luogo a guadagni di efficienza *ex art.* 101 § 3 TFUE, l'applicazione di tale eccezione appare tuttavia più complessa in relazione a restrizioni per l'oggetto³¹. Come chiarito in precedenza, poiché nell'ambito di queste sono ricomprese le intese che, per loro natura e caratteristiche specifiche si presume che producano effetti anti-competitivi, è evidente che la dimostrazione che questi effetti anticoncorrenziali sono più che compensati dai guadagni di efficienza che l'intesa può generare risulta "ardua". Se da un punto di vista economico, l'analisi degli effetti positivi e negativi di una intesa non può essere disgiunta in due momenti differenti, entrambi "collassandosi" nell'ambito della medesima valutazione³², dal punto di vista giuridico,

2011, causa T-195/06, *Solvay Solexis c. Commissione*, cit., punti 117-118; C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-189/02, *Dansk Rørindustri A/S e altri c. Commissione* in *Racc.* 2005, p. I-5425, punti 132 e ss.; C. giust. UE, 8 luglio 1999, causa C-199/92, *Hüls AG c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-4287, punti 163-168.

²⁷ Sentenze riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 to C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. (Woodpulp II)*, in *Racc.* 1994, p. I-99, punto 71.

²⁸ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit., punto 28.; C. giust. UE, 2 maggio 2006, causa 328/03, *O2 GmbH & Co. OHG c. Commissione*, cit., punti 77-79 e 114.

²⁹ Per una completa disamina dell'art. 101.3 TFUE, e della giurisprudenza ad esso relativa, nonché del ruolo che l'analisi economica svolge nell'analisi delle efficienze si veda la Comunicazione della Commissione relativa a Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato, G.U. del 27 aprile 2004, C-101, p. 97-118.

³⁰ Dec. Comm. UE, 29 dicembre 2003, caso COMP/C2/ 38.287, *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, punto 197; C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in *Racc.* edizione italiana, p. 575.

³¹ Trib. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires "CB" c. Commissione*, cit., punto 274; Trib. CE, 15 luglio 1993, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-00595, punto 85 e C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, cit.

³² Una separazione netta delle due fasi appare artificiosa, e potrebbe costituire un limite nell'applicazione dell'art. 101 TFUE. A favore dell'individuabilità del primo e terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE: C. giust. UE, 14 dicembre 1977, causa 59/77, *Établissements A. De Bloos SPRL c. société en commandite par actions Bouyer*, in *Racc.* 1977, p. 2359, punto 11; C. giust. UE, 6 aprile 1962, causa 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. la società di diritto tedesco Robert Bosch GmbH*, in *Racc.* 1963, p. 89.

l'art. 101 TFUE contempla due momenti distinti: da un lato, l'analisi degli aspetti anti-competitivi (inefficienza allocativa); dall'altro, l'analisi degli effetti pro-competitivi (efficienza produttiva)³³. Tale distinzione produce immediate conseguenze giuridiche nella diversa ripartizione del relativo onere probatorio. Tuttavia, una sintesi tra effetti anticompetitivi e pro-competitivi connessi ad un'intesa è comunque inevitabile, essendo necessario fare un vero e proprio bilanciamento che tenga conto delle implicazioni complessive che discenderebbero dall'intesa, positive e negative. Questa valutazione sembra avvicinarsi a quanto richiesto dalla giurisprudenza la quale, sin dalle sue prime applicazioni, ha sottolineato la necessità di analizzare un'intesa nell'ambito del suo contesto di riferimento³⁴, e quindi di effettuare un'analisi di tipo economico (v. *supra*)³⁵. La distinzione tra i due paragrafi dell'art. 101 TFUE risulta, quindi, più sfumata. Con riferimento all'onere della prova, incombe all'impresa che chiede l'applicazione dell'art. 101 § 3 TFUE l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte (v. l'art. 2, Reg. 1/2003 citato *supra*)³⁶. L'impresa che intende avvalersi dell'art. 101 § 3 TFUE deve quindi dimostrare, con argomenti ed elementi di prova convincenti, che tutte le quattro condizioni previste da tale disposizione sono cumulativamente soddi-

sfatte³⁷. Così come già ricordato, l'autorità che intende contestare tali argomenti ed elementi di prova deve fornire una spiegazione o giustificazione a fondamento del loro rigetto, in mancanza della quale si deve ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto e che, quindi, le condizioni previste dall'art. 101 § 3 TFUE trovino applicazione³⁸. Si tratta di condizioni cumulative, due di carattere positivo e due negativo. Il terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE richiede, in particolare, che l'intesa (i) contribuisca a migliorare la produzione e distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico (efficienze produttive/distributive); (ii) riservi una parte dei benefici ottenuti ai consumatori (c.d. *passing-on*); (iii) non imponga delle restrizioni non strettamente necessarie/indispensabili per raggiungere tali obiettivi (proporzionalità/indispensabilità); e (iv) non dia alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione (non eliminazione della concorrenza). Si tratta, quindi, di una valutazione delle efficienze che un'intesa restrittiva può essere idonea a generare e la probabilità che le stesse si materializzino, del fatto che sia necessario che una parte equa di queste vada a diretto beneficio dei clienti nonché, infine, che il carattere restrittivo di tale intesa sia strettamente necessario

³³ Trib. CE, 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-2459 punto 74.

³⁴ C. giust. UE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, cit. punto 97; C. giust. UE, 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.* 1991, p. I-935, punto 23.

³⁵ Trib. CE, 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-3141, punto 136-137; C. giust. UE, 12 dicembre 1995, causa C-399/93, *Oude Luttikhuis e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. I-4515, punti 10-20; C. giust. UE, 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *DLG c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. I-5641, punti 31-35; C. giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia c. Commissione*, in *Racc.* 1986, p. 353; C. giust. UE, 6 ottobre 1982, causa 262/81, *Coditel e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1982, p. 3381; C. giust. UE, 8 giugno 1982, causa 258/78, *Nungesser e Eisele c.*

Commissione, in *Racc.* 1982, p. 2015; C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société technique minière c. Commissione*, cit.

³⁶ Cfr., C. giust. UE, 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82 *VBVB e VVVB c. Commissione*, in *Racc.* 1984, p. 19, punto 52.

³⁷ Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2007, caso COMP/34.579 - *Mastercard*, COMP/36.518 - *Euro-Commerce* e COMP/38.580 - *Commercial cards*, in G.U.U.E. C-264, 6 novembre, 2009, p. 8, punti 680-690; Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-168/2001, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-2969, p. 57, punto 235 (confermata sul punto da C. giust. UE, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, 6 ottobre 2009, in *Racc.* 2009, p. I-9291).

³⁸ Trib. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires - "CB" c. Commissione*, cit., punto 277; C. giust. UE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-515/06 P e C-519/06P, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, cit., punto 83.

per l'ottenimento delle efficienze e che permanga un sufficiente grado di confronto concorrenziale. Con riferimento alla prima condizione, la giurisprudenza ha chiarito che possono essere presi in considerazione solo i benefici oggettivi derivanti dall'intesa e che deve essere poi valutata l'importanza economica degli incrementi di efficienza così prodotti³⁹. Sostanzialmente, l'impresa che volesse sostenere che la prima condizione prevista dall'art. 101 § 3 TFUE è soddisfatta dovrebbe dimostrare che si tratta di un incremento di efficienza obiettivo e che esiste un legame causale diretto sufficiente tra l'accordo restrittivo e gli incrementi di efficienza⁴⁰. Inoltre, deve fornire prove che confermino tali incrementi cosicché questi possano essere verificati. Con particolare riferimento allo *standard* probatorio da soddisfare, per dimostrare che la prima condizione dell'art. 101 § 3 TFUE è soddisfatta occorre effettuare «...un'analisi dettagliata, ampia e vincente basata, sia nelle ipotesi che nelle deduzioni, su dati empirici e fatti concreti...»⁴¹. Per quanto riguarda la seconda condizione, l'impresa deve dimostrare che almeno una congrua parte dei benefici ottenuti grazie all'intesa siano traslati ai consumatori o, quanto meno, che siano trasferiti benefici tali da compensare gli effetti negativi dell'accordo restrittivo. L'analisi da svolgere in tale contesto è di tipo econo-

mico, essendo necessario tenere presenti le caratteristiche e la struttura del mercato; la natura e l'entità degli incrementi di efficienza; l'elasticità della domanda e l'entità della restrizione della concorrenza. La giurisprudenza ha sottolineato che i consumatori ottengono una congrua parte delle efficienze generate dall'intesa solo qualora la concorrenza eserciti una pressione sufficiente ad assicurare che i risparmi di costo siano traslati sui consumatori stessi e tali vantaggi economici non rappresentino semplicemente un beneficio a vantaggio delle parti dell'accordo⁴². La terza condizione richiede, invece, che l'impresa dimostri che grazie all'accordo o alla restrizione si realizzano maggiori incrementi di efficienza di quelli che si avrebbero in loro assenza, ossia che la restrizione sia indispensabile⁴³. L'ultima condizione implica la dimostrazione che l'intesa non sia in grado di eliminare la concorrenza, valutazione che richiede l'analisi delle diverse fonti di approvvigionamento presenti sul mercato per i clienti finali, il livello di pressione concorrenziale che queste esercitano sulle parti dell'intesa e dell'influenza dell'accordo su tali pressioni concorrenziali⁴⁴. L'analisi economica svolge, quindi, un ruolo essenziale nel dimostrare che le quattro condizioni cumulative previste dall'art. 101 § 3 TFUE sono soddisfatte⁴⁵.

³⁹ C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, cit. dove si legge che «...[l]'esistenza di un miglioramento della produzione e della distribuzione dei prodotti di cui trattasi, prescritta per la concessione dell'esenzione dev'essere valutata alla luce dell'articolo 85. In primo luogo, il miglioramento non può consistere nei vantaggi che i contraenti traggono dall'accordo per quanto riguarda la loro attività di produzione o di distribuzione, vantaggi che sarebbero incontestabili e che farebbero apparire l'accordo come indispensabile in ogni suo elemento al miglioramento in tal modo inteso. Un siffatto metodo soggettivo, che fa dipendere il contenuto della nozione di miglioramento dalle particolarità dei rapporti contrattuali di cui trattasi, non corrisponde agli scopi dell'articolo 85. In secondo luogo, il fatto stesso che il Trattato prescriva che la limitazione della concorrenza dev'essere "indispensabile" al miglioramento, indica chiaramente che quest'ultimo dev'essere rilevante. Il miglioramento deve in specie consistere in un rilevante vantaggio obiettivo,

atto a compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della concorrenza (...).

⁴⁰ Dec. Comm. UE, 8 maggio 2001, casi IV/36.957/F3 *Glaxo Wellcome*, IV/36.997/F3 *Aseprofar e Fedifar*, IV/37.121/F3 *Spain Pharma*, IV/37.138/F3, G.U.U.E. L 302, 2001, p. 1-043, punto 169.

⁴¹ Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2007, caso COMP/34.579 - *Mastercard*, COMP/36.518 - *EuroCommerce* e COMP/38.580 - *Commercial cards*, cit., punto 690.

⁴² C. giust. UE, 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*, in *Racc.* 1977, p. 1875, punti 46-48.

⁴³ C. giust. UE, 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole Télévision c. Commissione*, cit., punto 145.

⁴⁴ C. giust. UE, 30 ottobre 1978, causa 209/78, *Van Landewyck c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 3125, punto 187-189.

⁴⁵ Commissione Europea, Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, G.U.C.E. C132

II. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: L'OBIETTIVA GIUSTIFICAZIONE. CENNI

Come più compiutamente spiegato in altra parte del presente lavoro, la prova di un abuso di posizione dominante implica, quale condizione preliminare necessaria, la dimostrazione circa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad una impresa⁴⁶ nonché che tale impresa ha abusato di tale particolare posizione sul mercato, adottando una condotta volta ad escludere un concorrente⁴⁷ ovvero a sfruttare la propria posizione⁴⁸. Diversamente da quanto avviene per le intese, l'art. 102 TFUE non contempla lo svolgimento di un'analisi sugli incrementi di efficienza eventualmente generati dal comportamento ritenuto abusivo. Nell'art. 102 TFUE non vi è, infatti, una eccezione equivalente a quella prevista dall'art. 101 § 3 TFUE. La differenza nel dato testuale dei due articoli ha portato, almeno inizialmente, a dare una lettura ed un'interpretazione più formalistica dell'art. 102 TFUE, volta ad escludere la possibilità di prendere in considerazione eventuali giustificazioni per un comportamento ritenuto abusivo. Tuttavia, soffermandosi

unicamente sul dato testuale dell'art. 102 TFUE, ed assecondandone così un'interpretazione restrittiva e formalistica, si perverrebbe alla conclusione che ogni condotta con effetti escludenti e/o di sfruttamento di una impresa dominante, per sua natura, costituirebbe una restrizione della concorrenza, non lasciando spazio per una comparazione tra effetti anticompetitivi e competitivi che possano legittimare l'adozione di quel dato comportamento sul mercato⁴⁹. Sulla base di tale interpretazione si avallerebbe, tra l'altro, una rilevante discrepanza sostanziale tra l'art. 101 TFUE (ai sensi del quale è possibile giustificare una pratica in considerazione delle efficienze da questa generate) e l'art. 102 TFUE (il quale apparentemente non tiene conto di eventuali incrementi di efficienza generati dalla pratica restrittiva) la quale apparirebbe difficilmente riconciliabile con quanto stabilito dalla giurisprudenza la quale, sulla base di una interpretazione teleologica, ha rilevato che gli art. 101 e 102 TFUE, sebbene su piani diversi, perseguono lo stesso interesse pubblico, ovvero a mantenere un'effettiva concorrenza sul

del 12 maggio 1999, p. 1, punto 57 «...Sarebbe quanto meno paradossale privare della sua sostanza l'articolo 85, paragrafo 3, laddove tale disposizione contiene in realtà tutti gli elementi di un "principio di ragionevolezza" [...] rischierebbe infine di sviare l'articolo 85, paragrafo 3 dal suo stesso oggetto, che è quello di fornire un quadro giuridico alla valutazione economica delle intese e non quello di permettere di evitare l'applicazione delle regole di concorrenza in base a considerazioni politiche».

⁴⁶ Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-2937 punto 139. Per il concetto di posizione dominante, C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, in *Racc.* 1978, p. 207, punto 65. L'art. 102 TFUE si applica alle imprese in posizione dominante, a prescindere dal ruolo svolto sul mercato, venditore o acquirente: Trib. CE, 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-5917, punto 101.

⁴⁷ C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, G.U.U.E. C-103, 2 aprile 2011, p. 3; Trib. UE, 9 settembre 2010, causa T-155/06, *Tomra Systems ASA c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. II-4361; Dec. Comm. UE, 13 maggio 2009, COMP/C-3/37.990 - *Intel*, G.U.U.E. C-227, 22 settembre 2009; C. giust. UE, 2 aprile 2009, causa C-202/07,

France Télécom c. Commissione, in *Racc.* 2009, p. I-2369; Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-3601; C. giust. UE, 16 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways*, in *Racc.* 2007, p. I-2331; Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione (Michelin II)* in *Racc.* 2003, p. II-4071; C. giust. UE, 16 marzo 2000, causa C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-1365; C. giust. UE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, in *Racc.* 1998, p. I-7791; C. giust. UE, 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak International SA c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. I-5951; C. giust. UE, 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo chemie BV c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. I-3359; C. giust. UE, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin c. Commissione (Michelin I)* in *Racc.* 1983, p. 3461; C. giust. UE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman - La Roche*, in *Racc.* 1979, p. 461.

⁴⁸ C. giust. UE, 11 novembre 1986, causa 226/84, *British Leyland*; C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, cit.; C. giust. UE, 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors*, in *Racc.* 1975, p. 1367.

⁴⁹ Concl. Jacobs, 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) c. Glaxosmithkline AEFVE*, in *Racc.* 2005, p. I-4609, punto 72.

mercato⁵⁰. Per cercare di surrogare questo vuoto normativo, la giurisprudenza comunitaria, nel contesto di un approccio sostanziale alla valutazione delle condotte unilaterali e riconoscendo il sempre maggiore ruolo che l'analisi economica gioca, ha via via sviluppato sempre di più il concetto di obiettiva giustificazione. Ciò, anche al fine di permettere ad un'impresa in posizione dominante di avvalersi effettivamente del diritto di tutelare legittimamente i propri interessi commerciali⁵¹, senza necessariamente essere limitata nella sua condotta dalla "speciale responsabilità" che grava su ogni soggetto dotato di potere di mercato dominante. Il concetto di obiettiva giustificazione per la condotta dell'impresa dominante è basato sul principio di proporzionalità ed opera come una eccezione ad una condotta ritenuta, *prima facie*, abusiva. In tale categoria, la giurisprudenza si è soffermata, in particolare, sulla c.d. "*meeting competition defence*" ovvero l'argomento in base al quale l'impresa dominante deve poter far fronte alla concorrenza, con azioni difensive, purché ciò non si rifletta in condotte volte ad intraprendere azioni nei confronti dei concorrenti non basate sulla concorrenza "*on the merits*"⁵². L'onere di dedurre argomenti ed elementi di prova a supporto di un'eventuale giustificazione obiettiva spetta, specularmente rispetto a quanto avviene alla luce dell'art. 101 § 3, all'impresa dominante interessata. Analogamente, spetta poi a chi afferma la sussistenza della violazione dell'art. 102 TFUE

dimostrare che gli argomenti e gli elementi di prova invocati da tale impresa non possono essere accolti e che quindi la giustificazione presentata deve essere respinta⁵³. L'apertura verso la possibilità di sollevare argomenti difensivi di questo genere anche per un abuso di posizione dominante si è riflessa nel graduale e progressivo riconoscimento della necessità di prendere in considerazione tutti gli effetti, attuali o potenziali, generati da una condotta ritenuta abusiva. Se inizialmente la giurisprudenza aveva negato la possibilità di considerare difese di natura economica per giustificare una condotta abusiva⁵⁴, successivamente tale orientamento è stato mitigato e superato con il riconoscimento che gli effetti negativi (restrittivi) possono essere bilanciati da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio dei consumatori, fermo restando che la pratica sotto scrutinio non deve eccedere quanto necessario per conseguirli⁵⁵. Sembra quindi possibile argomentare che la valutazione dei guadagni di efficienza sia entrata, mediante il concetto di "obiettiva giustificazione", a far parte degli elementi da valutare nell'ambito di una analisi completa dell'art. 102 TFUE, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 101 § 3 TFUE.

GIAN LUCA ZAMPA - GIULIA ATTINÀ

Bibliografia

AITKEN, MITCHELL, «Efficiency defences under Art. 81 EC: is the hurdle getting higher?», in *Comp. L.J.*, 2009, VIII (1), p. 55-71; BELLIS,

⁵⁰ C. giust. UE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can c. Commissione*, in *Racc.* 1973, p. 215, punto 25.

⁵¹ C. giust. UE, 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia EE ed altri c. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton*, in *Racc.* 2008, p. I-7139, punto 50.

⁵² C. giust. UE, 16 marzo 2000, causa C395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, cit., punto 119; Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar*, in *Racc.* 1999, p. II-2969, punto 190; comunicato stampa della Commissione del 10 ottobre 1997, IP/97/868 *The Digital Undertaking*; C. giust. UE, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., punto 156; Dec. Comm. UE, 18 luglio 1988, *Napier Brown*, G.U.C.E. L 284, 19 ottobre, 1988, p. 41; Dec. Comm. UE, 5 dicembre 1988, *BPB*, G.U.C.E. L 10, 13 gennaio 1989 punti. 132-133; Dec. Comm. UE, 22 dicembre

1987, *Hilti*, G.U.C.E. L 65, 11 marzo 1988. punto 80.

⁵³ Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., punto 1144.

⁵⁴ Trib. CE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-107, punto 217; Trib. CE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da 212/98 a 214/98, *Atlantic Container c. Commissione*, cit., punto 1112; C. giust. UE, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*, cit., punto 85.

⁵⁵ C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. I-527, punto 76; Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., punti 1091 e ss.; C. giust. UE, 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, cit., punto 86; Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin II*, cit., punto 98.

KASTEN, «Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) ETRO e KOKKORIS, Oxford, 2010, pp. 129-138; ETRO, KOKKORIS, «Toward an economic approach to art. 102 TFEU», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) ETRO e KOKKORIS, Oxford, 2010, p. 1-36; MAHTANI, «Thinking outside the object box: and EU and UK perspective», *Eur. Comp. J.*, VIII (1), aprile 2012, pp. 1-39; ROUSSEVA, «The concept

of “Objective justification” of an Abuse of dominant position: Can it help to modernise the analysis under Art. 82 EC?», in *Comp. L. Rev.*, II (2), marzo 2006, pp. 27-72; VAN BAELE, BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pp. 76-109; ZAMPA, «Efficiency under the EU Merger Regulation», in *E.B.O.R.*, IV, 2003, pp. 573-622; WÄELBROECK, «The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) ETRO e KOKKORIS, Oxford, 2010, pp. 115-128.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano

Sommario: I. PREMESSA: *RATIO* E PARADIGMA NORMATIVO DI RIFERIMENTO. – II. NATURA DELL'AZIONE RISARCITORIA E L'ASSOLVIMENTO DELL'ONERE DELLA PROVA: *L'AN*, L'ELEMENTO SOGGETTIVO, IL NESSO CAUSALE E IL DANNO. – III. L'OSTACOLO DELL'ASIMMETRIA INFORMATIVA E GLI STRUMENTI PROCESSUALI A DISPOSIZIONE DELL'ATTORE. – 1. Artt. 115, comma 2, 116, 210, 213 c.p.c. – 2. La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c.

I. PREMESSA: *RATIO* E PARADIGMA NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Come visto la giurisprudenza comunitaria¹ e nazionale² hanno da tempo riconosciuto a colui che abbia subito un danno a seguito di una violazione della normativa *antitrust* il diritto di ricorrere in sede civilistica dinanzi al giudice nazionale al fine di ottenere il ristoro dei danni subiti. Tale diritto è stato riconosciuto non solo ai soggetti direttamente lesi dalla condotta restrittiva, ma anche ai cosiddetti acquirenti indiretti, ovvero a coloro che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione e che possono tuttavia aver subito un danno perché su di loro è stato ad esempio trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale.

La responsabilità per danni derivanti da illecito *antitrust* è una responsabilità di tipo extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., trovando il proprio fondamento nel fatto illecito altrui (la violazione delle norme a tutela della concorrenza) ed essendo subordinata all'accertamento dei tradizionali requisiti dell'illecito aquiliano: danno ingiusto, nesso di causalità fra condotta e danno, elemento soggettivo dell'autore dell'illecito.

L'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito grava sull'attore.

II. NATURA DELL'AZIONE RISARCITORIA E L'ASSOLVIMENTO DELL'ONERE DELLA PROVA: *L'AN*, L'ELEMENTO SOGGETTIVO, IL NESSO CAUSALE E IL DANNO.

a) Colui che agisce per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di una violazione *antitrust* ha, in primo luogo, l'onere di provare il ricorrere del fatto.

L'onere della prova gravante sull'attore è, con riferimento a tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, particolarmente gravoso. Le parti lese dalla condotta restrittiva si trovano, infatti, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto all'impresa che l'ha posta in essere, soprattutto in ragione del fatto che molto spesso l'esistenza della condotta illecita non è pubblicamente nota (o lo diviene dopo molto tempo) e gli effetti dannosi della condotta sul mercato possono essere in alcuni casi dedotti solo in via presuntiva attraverso un'articolata prova a contenuto prettamente economico.

In tal senso, è opportuno distinguere le azioni *stand alone*, ovvero quelle che non traggono origine da un precedente procedimento *antitrust* accertante l'infrazione, da quelle *follow-on*, fondate su una violazione della normativa *antitrust* già accertata dall'Autorità di concorrenza con provvedimento definitivo.

Nel primo caso, l'onere della prova a carico dell'attore sarà certamente più gravoso, non essendo egli coadiuvato dalle risultanze istruttorie dell'accertamento condotto dall'Autorità di concorrenza. Mentre nel caso di abuso di posizione dominante colui che subisce la condotta abusiva in qualche caso dispone della prova documentale della stessa (ad esempio negli abusi escludenti), nel caso di intesa, invece, l'asimmetria informativa è

¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, punti 24 e 26 e C. giust. CE, 13 luglio 2006, Cause Riunite C-295/298/04, *Manfredi*, punti 59 e 61.

² Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495 e Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

difficilmente superabile. La casistica conferma tale considerazione, contando un numero di gran lunga superiore di azioni *follow-on* rispetto a quelle *stand alone*.

Con riferimento alle azioni *follow-on*, proprio al fine di superare l'asimmetria informativa gravante sull'attore del procedimento civilistico, si è sviluppato un indirizzo normativo e giurisprudenziale che tende a conferire al precedente provvedimento di accertamento dell'infrazione valore di prova privilegiata.

In tal senso il Libro Bianco³ prevede che ogniqualvolta la Commissione europea constati in una decisione l'infrazione dell'art. 101 o dell'art. 102 TFUE, le vittime di tale infrazione possano, in applicazione dell'articolo 16, § 1 Reg. 1/2003⁴, citare tale decisione come prova vincolante in un procedimento civile per danni.

Per quanto riguarda le decisioni delle Autorità nazionali, il Libro Bianco propone che i giudici nazionali che devono statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE sulle quali un'Autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN (*European Competition Network*) abbia già adottato una decisione definitiva constatando una violazione di tali articoli, o in merito alle quali una Corte abbia emesso una sentenza definitiva confermando la decisione dell'Autorità nazionale per la concorrenza o constatando essa stessa una violazione, non

prendano decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere.

Dunque le decisioni definitive della Commissione hanno già valore di prova vincolante circa la sussistenza dell'illecito nei giudizi civilistici in materia di risarcimento del danno che abbiano identità di oggetto e di parti, mentre secondo il Libro Bianco anche le decisioni delle Autorità *antitrust* nazionali dovrebbero avere tale forza, non solo dinanzi ai giudici nazionali, ma anche dinanzi a quelli degli altri Stati Membri.

La giurisprudenza italiana ha mutuato in parte tale approccio. Se da un lato, infatti, le decisioni definitive della Commissione risultano avere il valore di prova vincolante stante l'art. 16 del Reg. 1/2003, alle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) viene riconosciuto, invece, il valore di prova privilegiata. In particolare, la Cassazione ha riconosciuto a queste ultime valore di prova particolarmente pregnante in relazione alla sussistenza dell'illecito (non al nesso di causalità col danno, all'esistenza del danno stesso e al suo ammontare⁵) senza escludere, però, la possibilità per la parte convenuta di offrire prova contraria⁶. In sostanza, in base a questo indirizzo si configura nei fatti un'inversione dell'onere della prova a carico del convenuto.

In conclusione, si prospetta un doppio binario, ove le decisioni definitive della Commissione assumono il valore di prova

³ Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie *antitrust*, 2 aprile 2008.

⁴ Reg. 16, § 1 Reg. 1/2003: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

⁵ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237: la prova privilegiata si riferisce unicamente alla «sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso».

⁶ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237; Cass., sez. III,

14 marzo 2011, n. 5941, in *Dir. e fiscalità assicur.*, 2012, 1, I, p. 190; Cass., sez. III, 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1724; Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2675. In particolare, nella decisione n. 13486 del 20 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2674 la Cassazione ha chiarito che «gli atti del procedimento in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale ed irrogato al professionista una sanzione costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede».

vincolante mentre quelle delle Autorità *antitrust* nazionali il valore di prova privilegiata circa la sussistenza del fatto illecito salvo prova contraria del convenuto.

b) Come noto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza dell'elemento soggettivo è condizione necessaria per configurare un illecito civile e poter richiedere il risarcimento dei danni subiti. Lo stesso approccio è stato adottato anche nell'ambito della responsabilità amministrativa⁷.

Sul punto, il Libro Bianco propone che una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, l'autore dell'infrazione venga ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile. Un errore è scusabile se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il suo comportamento era idoneo a limitare il normale funzionamento concorrenziale del mercato⁸.

La prova dell'elemento soggettivo potrebbe risultare gravosa in quanto ai sensi della normativa *antitrust* l'accertamento di un illecito concorrenziale non è condizionato alla verifica della consapevolezza dell'autore dell'antigiuridicità del suo comportamento⁹. In altre parole, l'elemento soggettivo non è tenuto in considerazione al momento dell'accertamento della condotta illecita, di conseguenza il provvedimento definitivo di condanna dell'autore dell'infrazione difficilmente potrebbe essere utilizzato come prova privilegiata in tal senso. Per superare l'ostacolo probatorio, si potrebbe applicare analogicamente ai casi di illecito *antitrust* l'art. 2600 c.c. che prevede, in materia di concorrenza sleale, una presunzione di colpa a carico degli autori di un atto di

concorrenza sleale accertato. Anche in questo caso si assisterebbe ad un ribaltamento dell'onere della prova, in quanto graverebbe sul convenuto l'onere di fornire prova contraria.

c) Una volta provati il fatto illecito e l'elemento soggettivo, secondo quanto previsto dall'art. 2043 c.c., chi agisce per ottenere il risarcimento del danno ha l'onere di provare lo stesso ed il nesso causale con la condotta illecita.

Applicando tale principio all'azione di danni da illecito *antitrust* emerge la differenza fra il *public enforcement* e, appunto, il *private enforcement*.

Nel primo caso, infatti, è sufficiente la prova dell'esistenza di una violazione *antitrust* affinché l'autore della condotta venga sanzionato. In altre parole, che la condotta vietata abbia o meno prodotto degli effetti pregiudizievoli sul mercato assume un'importanza al momento della quantificazione della sanzione, ma non è elemento costitutivo per l'accertamento della condotta illecita.

Sull'attore di una causa volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* grava, invece, l'onere di offrire la prova dell'effettivo danno subito e del suo collegamento causale con la violazione. L'accertamento della violazione da parte dell'Autorità *antitrust* (ove questo sia avvenuto), infatti, non implica necessariamente che un danno si sia prodotto. In ogni caso, come detto, il provvedimento accertante l'infrazione assumerebbe valore di prova privilegiata in relazione alla sola sussistenza dell'illecito.

Il Libro Bianco non contiene alcuna indicazione in proposito, limitando l'analisi del nesso causale al solo caso di azioni di risarcimento del danno intentate da acquirenti indiretti, ovvero nel caso di co-

⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894, in *Foro amm. C.d.S.*, 2102, 9, p. 2329.

⁸ Libro Bianco, § 2.4. Sull'errore scusabile cfr. TAR Napoli, sez. IV, 6 luglio 2012, n. 3277, in *Foro amm. TAR*, 2012, 7-8, p. 2452.

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 977; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 890; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438 in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, p. 1314.

Nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, il TAR Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva «senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della l. 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa».

loro che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un danno perché su di loro è stato ad esempio trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale. A favore degli stessi il Libro Bianco propone di prevedere l'adozione di una presunzione semplice di traslazione del sovrapprezzo illegale nella sua interezza. In particolare, l'acquirente indiretto non avrebbe l'onere di dimostrare la traslazione del danno (*passing on* offensivo) al fine di ottenere il risarcimento, mentre il convenuto dovrebbe dare la prova della mancata traslazione, al fine di escludere o ridurre il proprio obbligo di risarcire il danno (*passing on* difensivo).

Per ottenere indicazioni circa la portata dell'onere probatorio relativo al nesso causale ci si deve dunque rifare alla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Secondo la Corte di Giustizia, spetta agli Stati membri stabilire le modalità dell'azione di risarcimento, comprese quelle relative all'applicazione del nesso di causalità¹⁰.

Sul punto la giurisprudenza nazionale è in primo luogo unanime nel riconoscere che il contratto a valle è inscindibile dalla volontà anticoncorrenziale dell'impresa in quanto è lo strumento attraverso cui si realizza il vantaggio anticompetitivo¹¹.

Venendo alla portata dell'onere probatorio gravante sull'attore, nel caso *Unipol*¹² la Cassazione ha ritenuto che lo stesso possa dirsi assolto quando l'attore allegghi in giudizio l'accertamento svolto dall'AGCM e la polizza assicurativa sottoscritta¹³.

Altrimenti, il giudice può desumere l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno «attraverso criteri di alta probabi-

lità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale»¹⁴.

Tale presunzione probabilistica non esclude, però, la possibilità per il convenuto di offrire la prova contraria. La giurisprudenza, infatti, esclude in modo unanime l'approccio del "danno *in re ipsa*", secondo cui ad ogni violazione *antitrust* sarebbe riconducibile un danno per i consumatori. Tale approccio è in primo luogo smentito dai fatti, ad esempio nel caso di intesa a cui non sia stata data attuazione. Inoltre, nella sentenza *Manfredi* è stato specificato che «l'art. [101] deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa e, quando esiste un nesso di causalità tra essa ed il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno». L'esistenza, e la prova, del nesso di causalità è dunque elemento imprescindibile ai fini della richiesta risarcitoria. In ragione di quanto sopra, la Cassazione nella sentenza n. 2305/2007¹⁵ nel caso *Unipol* ha definito l'approccio del danno *in re ipsa* «aberrante».

Dunque, l'accertamento della violazione *antitrust* ribalta l'onere della prova circa la (in)sussistenza del nesso di causalità fra violazione e danno lamentato dal singolo sul convenuto, il quale per contrastare le presunzioni deve «dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti causali nella produzione del danno»¹⁶.

La suprema Corte ha chiarito che il convenuto «è sempre ammesso a fornire

¹⁰ C. giust. CE, cause riunite C-295/298/04, *Manfredi*, punto 61.

¹¹ *Ex multis*, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495, in cui si osserva che «il cosiddetto contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».

¹² Azione di *follow-on* ad un procedimento dell'AGCM, in esito al quale l'Autorità ha accertato un'intesa posta in essere da alcune compagnie assicurative che aveva portato ad un au-

mento del 20% circa del prezzo medio delle polizze RC auto.

¹³ In senso conforme Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164 e Cass., sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 163.

¹⁴ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

¹⁵ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495.

¹⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

la prova contraria alla citata presunzione di responsabilità, dimostrando cioè l'interruzione del nesso causale tra la partecipazione al comportamento anticoncorrenziale illecito e l'aumento delle tariffe, ma per fare ciò non può richiamare circostanze che sono già state oggetto di accertamento, nel procedimento sanzionatorio, da parte dell'AGCM, né sono ammissibili prove generiche, riferite alla situazione generale del mercato assicurativo; infatti, la prova dell'insussistenza del nesso causale deve riguardare situazioni specifiche, attinenti alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato, alla singola polizza, tali da dimostrare che l'aumento del premio sia riferibile a circostanze concrete e non, invece, all'intesa illecita posta in essere dalle compagnie»¹⁷.

Il giudice è tenuto a valutare tutte le prove offerte dal convenuto per superare la presunzione di causalità¹⁸.

d) Il danno consiste nella lesione dell'interesse del consumatore a godere dei vantaggi di un mercato competitivo¹⁹.

Come chiarito nella sentenza *Manfredi*²⁰ il danneggiato ha diritto a vedersi riconosciuti il danno emergente ed il lucro cessante, oltre gli interessi, ossia ha diritto a vedere risarcito il valore reale della perdita subita.

Tale approccio risulta condiviso dal Libro Bianco della Commissione oltre che dalla stessa normativa speciale interna²¹.

¹⁷ Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2675. In senso conforme Cass., sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2674; Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, p. 1175; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, p. 857; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 577.

¹⁸ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarìa Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164. Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente il danno quantificandolo in misura pari alla sanzione irrogata alla compagnia assicurativa dall'Autorità Garante, definitivamente confermata dal giudice amministrativo, senza svolgere alcun accertamento, neanche mediante consulenza tecnica, in ordine ai fatti allegati dalla compagnia, al fine di verificare il nesso di causalità tra l'intesa ed il danno e senza detrarre dal premio lordo le somme non incassate dall'assicuratore perché relative ad imposte e oneri.

¹⁹ Esso, in particolare, consiste nell'«interesse

Per danno emergente si intende la perdita patrimoniale subita che, nel caso di procedimento per danni *antitrust*, sarà costituito dalle spese sostenute dall'attore per limitare gli effetti dannosi della condotta accertata (per esempio in caso di cartello sui prezzi da parte di alcuni distributori, il maggior costo dell'approvvigionamento delle materie prime altrove²²), dagli investimenti sopportati dall'impresa danneggiata che non hanno dato i risultati pianificati a causa degli effetti della condotta illecita subita (si pensi agli investimenti sopportati da operatori nuovi entranti nel mercato delle telecomunicazioni resi vani dalle condotte escludenti dell'operatore dominante²³ oltre ad eventuali vendite di beni e servizi in perdita - c.d. prezzo negativo) oltre che da tutte le spese sopportate per l'accertamento del danno (spese giudiziali, ricorso alla consulenza tecnica).

Il lucro cessante sarà invece costituito dal guadagno che il danneggiato avrebbe potuto conseguire in assenza della condotta incriminata. Nel caso di intesa sui prezzi, il mancato guadagno consiste nel minor prezzo che i clienti avrebbero dovuto pagare per acquistare i beni interessati dalla concertazione. Nel caso di abuso escludente, consistente ad esempio nel rifiuto a concedere l'accesso a risorse essenziali o nella conduzione di politiche di "*margin squeeze*" e di prezzi predatori,

ultraindividuale della libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale» Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarìa Sai* in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164. In senso conforme Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495.

²⁰ C. giust. CE, "Manfredi", cit., § 95 e ss.

²¹ Si vedano l'art. 125 Codice Proprietà Intellettuale e l'art. 158 legge sul diritto d'autore.

²² Caso *International Broker*, App. Roma 31 marzo 2008 in *Il merito* 2008, 11, 29.

²³ Nel caso "Telsystem", App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602 è stato chiarito che «il ritardato ingresso sul mercato di un concorrente in grado di offrire un servizio nuovo a causa dell'altrui condotta illecita si configura come danno da lucro cessante. Tale danno deve essere risarcito anche nel caso in cui il concorrente, non essendo potuto entrare sul mercato nel momento prescelto, abbia successivamente deliberato la messa in liquidazione della propria impresa, rinunciando definitivamente ad operare su tale mercato».

così come nel caso di intese fra concorrenti volte al boicottaggio di un soggetto terzo, il lucro cessante è costituito dal mancato profitto. Esso è rappresentato dal valore attuale dei margini di profitto persi in conseguenza del comportamento illecito (sia per mancato o ridotto margine sulle vendite effettive di beni e servizi sia per mancati ricavi aggiuntivi da cui sottrarre i costi fissi e variabili necessari per produrre tali ricavi).

I mancati ricavi aggiuntivi, al netto dei costi fissi e variabili aggiuntivi necessari per produrre tali ricavi, coincidono in determinati casi con il c.d. danno da perdita di *chances* che consiste nel mancato conseguimento, causato dalla condotta illecita, di un bene o di un vantaggio su cui il soggetto danneggiato aveva riposto affidamento²⁴. A differenza del lucro cessante tradizionalmente inteso, il conseguimento di tale vantaggio, in assenza del comportamento restrittivo, non è certo e dunque in questo caso il danno sarà calcolato applicando al valore del guadagno futuro la probabilità percentuale che esso potesse essere conseguito dal soggetto danneggiato. Ad esempio nel caso *Telsystem*, la perdita di *chances* è stata dedotta dalla mancata opportunità per un'impresa di essere il primo operatore a fornire un ser-

vizio innovativo sul mercato²⁵. La perdita di *chances* può però in alcuni casi consistere in un danno emergente da maggior costo ad esempio come nel caso *RC Auto* dove si è ritenuto di farlo coincidere con la perdita di possibilità per i consumatori di concludere polizze assicurative più vantaggiose²⁶.

La quantificazione del lucro cessante e della perdita di *chances* (ma non del danno emergente che, salvo il caso in cui consista in perdita di *chances*, dovrebbe sempre potersi quantificare in modo analitico) presuppone un confronto fra la situazione di fatto determinatasi a seguito dell'illecito *antitrust* e uno scenario ipotetico nel caso in cui lo stesso non avesse avuto luogo (metodo controfattuale o "*but for*"). I principali metodi indicati nella letteratura economica per individuare lo scenario controfattuale sono: a) il metodo "*before and after*"; b) il metodo "*yardstick*"; c) i metodi contabili. Sinteticamente col metodo "*before and after*" la stima del "*counterfactual*" emerge dal confronto tra lo scenario precedente all'infrazione *antitrust* e quello successivo ad essa, prendendo a riferimento lo stesso mercato geografico e del prodotto. Tale metodo è stato utilizzato dal giudice italiano in diverse occasioni²⁷. Il metodo "*yardstick*",

²⁴ Caso *Telsystem*, App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602.

²⁵ Nel caso *Telsystem* (App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602) è stato specificato che «il risarcimento del danno provocato dall'abuso di posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni va determinato tenendo conto, fra l'altro, della perdita dell'opportunità di presentarsi quale prima impresa concorrente sul mercato liberalizzato dei gruppi chiusi di utenza. Tale opportunità deve ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa la cui realtà non è contraddetta dalla difficoltà pratica di una esatta quantificazione cui si può ovviare attraverso una consulenza tecnica d'ufficio».

²⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

²⁷ Si veda, ad esempio, il caso *Albacom*, App. Roma, 20 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2474, avente ad oggetto un abuso escludente di Telecom Italia nel mercato dell'accesso a Internet a banda larga. La condotta di Telecom Italia era stata sanzionata dall'AGCM nel procedimento A285 - *Infostrada/Telecom Italia - Tecnologia ADSL* del 27 aprile 2001. In particolare, era stato accer-

tato che l'operatore monopolista offriva il servizio *broadband* ai concorrenti allo stesso prezzo applicato a livello *retail*, di conseguenza gli altri operatori non erano in grado di replicare le offerte sul mercato a prezzi competitivi. In questo caso il lucro cessante è stato quantificato nel mancato utile determinato dalla perdita di clientela, parametrata alla quota di mercato nei servizi su rete tradizionale (*narrowband*) detenuta dall'impresa attrice anteriormente all'infrazione. Tale percentuale è stata poi applicata alla dimensione complessiva del mercato dei servizi su banda larga nel periodo oggetto dell'abuso, ovvero al fatturato di Telecom Italia, unica impresa operativa sul nuovo mercato nel periodo dell'infrazione. In altre parole la corte ha ipotizzato che in assenza di infrazione, l'operatore nuovo entrante avrebbe acquisito sul mercato dei servizi a banda larga la stessa quota che deteneva sul mercato più maturo dei servizi su rete tradizionale. Sulla stessa fattispecie e con lo stesso esito si veda la decisione App. Roma, 20 gennaio 2003, *Wind*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 548. Un'altra applicazione del metodo "*before and after*" si rinviene nella decisione *BluVacanze* (App. Milano, 11 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 597) dove il danno derivante da una condotta

invece, confronta, in uno stesso periodo temporale, la situazione del mercato geografico o del prodotto nel corso dell'infrazione con quella di un mercato geografico contiguo o di un mercato del prodotto simile. Una delle poche applicazioni di tale metodo si rinviene nella sentenza *Avir c. Eni*, che ha avuto ad oggetto la fornitura di gas da parte dell'operatore dominante ad un cliente industriale a condizioni ingiustificatamente gravose²⁸. Infine, i metodi contabili utilizzano i bilanci dell'impresa per individuare i profitti contabili ottenuti nel passato dalla stessa per proiettarli nel futuro e stabilire il valore dei profitti che l'impresa vittima di un'infrazione avrebbe ottenuto se la condotta illecita non fosse stata attuata.

Il danno può essere anche liquidato dal giudice in via equitativa, come ad esempio è accaduto nel caso *Fondiarìa Sai*²⁹ ove il risarcimento è stato quantificato in una percentuale del premio pagato dagli assicurati assumendo che nel caso l'intesa non fosse avvenuta gli stessi avrebbero pagato un prezzo inferiore.

Il risarcimento può anche estendersi al danno reputazionale o danno all'immagine che si configura nel caso di esclusione di un'impresa da un mercato in cui aveva acquisito un certo grado di popolarità, oppure nell'impossibilità per un'impresa di proporre offerte competitive a differenza dei concorrenti. In questo caso il danno può essere quantificato anche

di boicottaggio è stato parametrato al fatturato realizzato dall'impresa lesa nell'anno precedente la condotta restrittiva rimodulato sulla base della crescita complessiva che il mercato aveva subito. In questo caso, dunque, lo scenario di riferimento ha subito aggiustamenti dovuti a fattori esterni. Altri esempi di applicazione del metodo "before and after" si rinviengono nel caso *Valgrana* (App. Torino, 7 febbraio 2002, confermato da Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 355 in *Foro it.*, 2008, 3, I, 739), *Inaz Paghe* (App. Milano, 10 dicembre 2004, confermata da Cassazione, 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro it.*, 2010, 6, I, p. 1901) e *International Broker* (App. Roma, 31 marzo 2008, in *Il merito*, 2008, 11, p. 29).

²⁸ In questo caso il danno, nella forma del sovrapprezzo versato, è stato calcolato facendo riferimento non alle condizioni di un mercato contiguo, ma a quelle di un mercato ritenuto vicino a condizioni di concorrenza perfetta, ovvero la piazza di Londra. Decisione App. Milano, 16 settembre 2006. Conforme Cassazione n. 7039, 9

sulla base delle spese sostenute dall'impresa per ripristinare la sua immagine danneggiata³⁰.

I danni punitivi, invece, generalmente in Italia non vengono riconosciuti, tenuto conto della funzione compensativa del danno *antitrust* e delle limitazioni poste dal codice civile al danno risarcibile. Isolato caso di riconoscimento dei danni punitivi si rinviene nel procedimento successivo alla pronuncia pregiudiziale relativa al caso *Manfredi* nel quale il giudice ha riconosciuto all'attore non solo il sovrapprezzo pagato in conseguenza dell'intesa fra le compagnie assicurative, ma anche «una somma di danaro tale da aver anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi»³¹. Tale approccio non ha, però, trovato applicazioni ulteriori.

III. L'OSTACOLO DELL'ASIMMETRIA INFORMATIVA E GLI STRUMENTI PROCESSUALI A DISPOSIZIONE DELL'ATTORE

1. *Artt. 115 c. 2, 116, 210, 213 c.p.c.* – Nelle cause di risarcimento del danno *antitrust* un problema spinoso è rappresentato dall'accesso alle prove visto che i consumatori si trovano, come detto, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto alle imprese che hanno adottato la condotta illecita.

Tale asimmetria informativa potrebbe essere superata garantendo nelle azioni

maggio 2012, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 577 (in cui si fa riferimento ai premi assicurativi pagati in Europa).

²⁹ Cass., n. 2305/2007.

³⁰ Nella sentenza *Bluvacanze* (App. Milano, 11 luglio 2003) il giudice ha osservato che «il distributore che, in conseguenza di una campagna stampa costituente parte integrante dell'illegittima strategia escludente attuata da alcuni fornitori, abbia subito un pregiudizio alla propria immagine e reputazione commerciale, ha diritto al risarcimento del danno, quantificabile in via equitativa».

³¹ GdP Bitonto, 21 maggio 2007. In sostanza il giudice ha voluto fare applicazione del metodo inizialmente suggerito dalla stessa Commissione europea nel Libro Verde del 2005 in base al quale il danno avrebbe dovuto essere quantificato in un ammontare doppio di quello effettivo in ossequio al principio di effettività dettato dalla Corte di Giustizia nella propria pronuncia pregiudiziale. Relativamente a tale decisione è pendente l'appello dinanzi la Corte d'Appello di Bari.

follow-on la divulgazione del materiale probatorio acquisito durante l'istruttoria condotta dall'Autorità di concorrenza. Tale divulgazione, ove non circoscritta, potrebbe, però, dar luogo a degli abusi.

Per bilanciare tali opposte esigenze, il Libro Bianco propone di riconoscere in tutta l'UE un livello minimo di divulgazione *inter partes*, sulla falsa riga di quanto previsto dalla Direttiva 2004/48/CE in materia di diritti di proprietà intellettuale – c.d. Direttiva *Enforcement*³² –, volta a garantire che l'accesso alle prove si fondi sull'allegazione dei fatti da parte dell'attore e su un rigoroso controllo giurisdizionale della fondatezza dell'azione e della proporzionalità della richiesta di divulgazione.

Altro punto cruciale affrontato dal Libro Bianco è quello dell'interazione fra accesso alle prove nei procedimenti di *private enforcement* e l'attrattiva dei programmi di clemenza nell'ambito del *public enforcement*.

Infatti, la divulgazione "indiscriminata" delle prove fornite dall'impresa che ha fatto richiesta di trattamento favorevole potrebbe risolversi in un boomerang nei suoi confronti in quanto la stessa potrebbe essere esposta in sede civilistica alle richieste di risarcimento dei danni fondate proprio sulle prove fornite in sede *antitrust*. Tale circostanza potrebbe avere un effetto deterrente sull'efficacia dei programmi di clemenza, strumento di grande efficacia nella scoperta delle intese anticoncorrenziali.

Sul punto, il Libro Bianco propone che sia garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, in particolare che tale tutela si applichi:

– a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti il trattamento favorevole, relativamente ad una violazione dell'articolo 101 TFUE (anche quando la normativa nazionale *antitrust* viene applicata in parallelo);

– indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'Autorità di concorrenza.

La tutela si applica nel caso in cui la divulgazione venga ordinata da un giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'Autorità per la concorrenza.

Altra proposta contenuta nel Libro Bianco e volta a garantire l'attrattiva dei programmi di clemenza è quella di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti. Il beneficiario dell'immunità avrebbe l'onere della prova di dimostrare la misura in cui la sua responsabilità dovrebbe essere limitata.

In materia di accesso alla prova, si registra una notevole apertura da parte della giurisprudenza comunitaria.

Il Tribunale comunitario ha specificato che l'accesso ai documenti di un fascicolo non può essere negato per il solo fatto che tale accesso possa rendere meno efficaci i programmi di clemenza. Un diniego di accesso deve essere, quindi, motivato sulla base di specifiche motivazioni collegate allo scopo dell'investigazione³³.

Allo stesso modo, sempre il Tribunale ha ritenuto che l'interesse di una società, che ha preso parte ad un cartello vietato, a evitare azioni di risarcimento del danno non può essere considerato un interesse commerciale meritevole di tutela tale da limitare l'esercizio del diritto alla raccolta delle prove. In particolare, il Tribunale ha sottolineato che lo scopo del Regolamento 1049/2001 è quello di dare a chiunque il più ampio diritto all'accesso alla documentazione detenuta dalle istituzioni comunitarie, dunque la deroga a tale principio va applicata in modo restrittivo.

Cruciale per la definizione dell'ampiezza della *disclosure* dei documenti raccolti nell'ambito di un procedimento di clemenza è la sentenza *Pfleiderer*³⁴. In essa

³² Dir. 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004. Si veda in particolare l'art. 6.

³³ Trib. UE, 15 dicembre 2011, T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Commissione*.

³⁴ C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*.

la Corte di Giustizia ha dato risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale rimessa dal giudice tedesco³⁵ in merito all'ampiezza del diritto di accesso agli atti di un procedimento istruttorio in materia di intese. In particolare, il Tribunale nazionale chiedeva se tale accesso dovesse essere integrale e potesse essere accordato anche con riferimento ai documenti volontariamente trasmessi dalle imprese partecipanti al cartello e richiedenti il programma di clemenza, ai fini della proposizione di una domanda di risarcimento del danno in sede civile da parte di un'impresa terza danneggiata dall'accertato cartello. A tal proposito, l'Avvocato Generale Mazak nelle sue Conclusioni³⁶ aveva proposto che le dichiarazioni autoincriminanti non fossero rese accessibili a differenza di tutte le informazioni preesistenti presentate dall'impresa nell'ambito della procedura di clemenza.

Nella sentenza, la Corte di Giustizia ha osservato che, in assenza di specifiche disposizioni comunitarie che regolino il diritto di accesso ai documenti relativi ad

un procedimento di clemenza, spetta al giudice nazionale adito stabilire di volta in volta se agli attori debba essere concesso tale accesso³⁷. Il giudice nazionale, inoltre, ha il compito di verificare se le norme applicabili non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano domande simili di natura interna né siano formulate in modo da rendere impossibile o eccessivamente oneroso il conseguimento del risarcimento. Dunque, la portata del diritto di accesso non è stata chiarita, ma è stata rimessa alle valutazioni caso per caso dei giudici nazionali³⁸.

Venendo a quanto previsto dalla normativa interna italiana, i mezzi istruttori di cui possono avvalersi la parte attrice ed il giudice per l'accertamento del danno e per la quantificazione del risarcimento sono:

su iniziativa o istanza di parte: *i*) produzione di documenti; *ii*) prove testimoniali; *iii*) interrogatorio formale della controparte; *iv*) richiesta di consulenza tecnica; *v*) richiesta di ordine di esibizione di documenti *ex art.* 210 c.p.c.;

³⁵ Decisione dell'*Amtsgericht Bonn*, 4 agosto 2009.

³⁶ Presentate il 16 dicembre 2010.

³⁷ La Corte ha chiarito che «le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di intese, ed in particolare il regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione» (*Pfleiderer*, § 32).

³⁸ Nel prosieguo della causa che ha generato la sentenza *Pfleiderer*, il giudice tedesco ha negato l'accesso ai documenti depositati dai *leniency applicants*, ritenendo che le vittime dell'intesa avessero già avuto accesso alla versione non confidenziale della decisione, all'indice dei documenti dell'istruttoria e ad altri documenti non legati al programma di clemenza, e che dunque disponessero già di elementi sufficienti per esercitare il diritto di difesa in sede civile. Dunque, nel caso concreto è stato adottato l'approccio suggerito dall'Avvocato Generale Mazak.

Altra applicazione concreta della sentenza *Pfleiderer* è rappresentata dal caso *National Grid*

(*National Grid Electricity Transmission PLC c. ABB Limited and others*, 12 giugno 2009) azione *follow-on* intentata dalla società inglese di gestione della rete elettrica e gas per il risarcimento dei danni derivanti dal cartello "*Gas Insulated Switchgear*". In particolare, il giudice chiedeva l'intervento della Commissione per stabilire se la sentenza *Pfleiderer* (che riguarda un caso di *disclosure* di documenti raccolti durante un'istruttoria *antitrust* dinanzi al giudice nazionale) potesse essere applicato anche nei confronti della Commissione, ovvero se il giudice nazionale potesse chiedere alla stessa la *disclosure* di documenti raccolti durante un'istruttoria e, nel caso di risposta positiva, come dovesse effettuarsi il *balancing test* fra protezione dei richiedenti l'immunità e diritto alla *disclosure*. La Commissione, dopo aver risposto affermativamente al primo quesito, ha chiarito che le imprese che cooperano volontariamente nell'ambito di un programma di clemenza non dovrebbero essere esposte al rischio di subire conseguenze più dannose rispetto a quelle che non cooperano. Il giudice dovrebbe quindi decidere sull'istanza di accesso valutando di volta in volta se per ogni singolo documento richiesto la *disclosure* esponga o meno l'*immunity applicant* ad una responsabilità maggiore rispetto ai co-cartellisti. Inoltre, il giudice dovrebbe valutare la proporzionalità della richiesta, ovvero stabilire se il documento richiesto sia in effetti rilevante e non esistano mezzi alternativi per ottenere le informazioni in esso contenute.

per ordine del giudice: *i*) consulenza tecnica; *ii*) richiesta di informazioni alla P.A.; *iii*) ispezioni; *iv*) interrogatorio libero delle parti; *v*) giuramento suppletorio o estimativo; *vi*) approfondimento della prova testimoniale.

Prima di esaminare alcuni esempi di uso concreto dei più comuni e rilevanti di tali strumenti, vale la pena rilevare come in determinati casi la giurisprudenza abbia fatto ricorso al c.d. fatto notorio, cioè nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115 c. 2 c.p.c.), ad esempio per la prova della sussistenza del nesso causale³⁹.

Per quanto qui di interesse, ci si soffermerà ora sulla richiesta di ordine di esibizione dei documenti *ex* art. 210 c.p.c., sulla richiesta di informazioni alla P.A. e sulla consulenza tecnica.

Secondo quanto previsto dall'art. 210 c.p.c., su istanza di parte il giudice può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Tale istanza incontra i limiti previsti dall'art. 118 c.p.c. in relazione all'ispezione di cose. L'esibizione non può pertanto essere disposta qualora costringa la parte o il terzo a violare uno dei segreti previsti dagli articoli 351 e 352 del codice di procedura penale (cioè, segreto di stato, segreto professionale o segreto d'ufficio), oppure comporti un grave danno alla parte o al terzo⁴⁰. Quanto al grave danno esso è ravvisabile, ad esempio, nella lesione del diritto alla riservatezza allorché la stessa, prospettabile come conseguenza dell'esibizione, appaia di notevole entità⁴¹. Ai sensi di costante giurisprudenza: *i*) l'ordine di esibizione è

provvedimento discrezionale del giudice⁴²; *ii*) lo stesso deve riguardare non documenti generici, ma documenti che siano stati specificamente indicati dalla parte istante e dei quali sia noto il contenuto⁴³; *iii*) che risultino indispensabili ai fini della prova dei fatti controversi⁴⁴; e *iv*) non siano altrimenti acquisibili dalla parte⁴⁵.

Applicando tali principi alla fattispecie di interesse, pare ragionevole concludere che anche gli atti di un'istruttoria condotta dall'Autorità *antitrust* possano essere oggetto di un'istanza *ex* art. 210 c.p.c., purché siano specificamente individuati dall'attore nella stessa. L'attore potrà, ad esempio, chiedere l'esibizione dei documenti richiamati dalla decisione finale a fondamento delle valutazioni dell'Autorità o di altri indicati nell'elenco dei documenti presenti nel fascicolo istruttorio. Inoltre, considerato il punto *iv*), la parte istante dovrebbe dimostrare di aver richiesto l'accesso all'AGCM e che questo sia stato negato. A tale conclusione si perviene pure considerando il disposto dell'art. 213 c.p.c., ai sensi del quale il giudice, fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211 c.p.c., può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo. La giurisprudenza è unanime nell'affermare che la richiesta di informazioni alla p.a. è provvedimento discrezionale del giudice che non può essere esercitato in sostituzione o in alternativa al mancato adempimento dell'onere probatorio della parte che ometta di chiedere l'esibizione a carico della p.a., qualora ne ricorrano i pre-

³⁹ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

⁴⁰ App. Milano, 22 luglio 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 246.

⁴¹ Cass., sez. VI, 23 agosto 2011, n. 17602, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1246.

⁴² Cass., sez. III, 2 febbraio 2006, n. 2262, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., sez. I, 17 maggio 2005, n. 10357, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5.

⁴³ In particolare, tale mezzo istruttorio «non può essere richiesto ed ammesso al solo scopo di indagare se la prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi, altrimenti lo stesso servirebbe a supplire al mancato assolvimento dell'onere della

prova a carico della parte istante». Cass., sez. lav., 8 agosto 2006, n. 17948, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5. In questo lo strumento processuale differisce dall'ordine di *discovery* tipico della procedura anglosassone che riguarda categorie di documenti anche solo potenzialmente esistenti e nella disponibilità della parte che riceve l'ordine.

⁴⁴ Cass., sez. I, 8 settembre 2003, n. 13072, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9.

⁴⁵ Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 149, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 42; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5.

supposti *ex art.* 210⁴⁶ e relativamente alle prove che essa sia in grado di procurarsi direttamente⁴⁷. Di conseguenza, la richiesta di informazioni non può avere ad oggetto l'esibizione di una prova precostituita in possesso della p.a. Il presupposto della richiesta è, oltre quello della necessità dell'acquisizione, l'impossibilità per la parte di produrre o fornire in giudizio documenti della p.a. e/o informazioni ad essi relativi, il che equivale a dire che l'iniziativa del giudice sarebbe possibile con riguardo a fatti o ad atti della p.a. che non potrebbero provarsi altrimenti⁴⁸.

In ambito *antitrust*, la materia è regolata dalla l. 287/1990 e dal d.P.R. 217/1998.

In particolare, l'art. 14 l. 287/1990 e l'art. 12 del d.P.R. 217/1998 prevedono che tutte le informazioni ed i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni e che gli stessi possono essere utilizzati soltanto per lo scopo per il quale sono stati richiesti.

Nel caso in cui la richiesta di informazioni e dati raccolti durante un'istruttoria venga indirizzata da un giudice, come per esempio nel caso di istanza ai sensi dell'art. 210 c.p.c. o in applicazione dell'art. 213 c.p.c., riteniamo che l'opponibilità del segreto d'ufficio debba essere circoscritta alla sola ipotesi in cui l'ostensione del documento possa arrecare un grave danno al soggetto terzo, e debba in ogni caso essere adeguatamente ed analiticamente motivata dall'Autorità⁴⁹.

Quanto all'ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c. rivolto invece a parte convenuta, se è vero che esso è generalmente ritenuto non suscettibile di esecuzione coattiva in caso di rifiuto in quanto non è prevista una norma che ne disciplini le modalità di attuazione⁵⁰, è anche vero che è pacifico che il giudice possa trarre da tale "contegno processuale", se il rifiuto è ingiustificato, argomenti di prova a danno della parte in diretta applicazione dell'art. 116 c. 2° c.p.c.

Con specifico riguardo al diritto di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti concernenti intese e abusi di posizione dominante, l'art. 13 del d.P.R. 217/1998 prevede che lo stesso «è riconosciuto nel corso dell'istruttoria dei procedimenti stessi ai soggetti direttamente interessati di cui all'articolo 7, comma 1. Qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. I documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi. Nel consentire l'accesso nei casi di cui ai commi 2 e 3 e nel rispetto dei criteri ivi contenuti, gli uffici tengono conto, adottando tutti i ne-

⁴⁶ Cass., sez. lav., 13 marzo 2009, n. 6218 in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 454.

⁴⁷ Cass., sez. Trib., 27 giugno 2003, n. 10219, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6.

⁴⁸ Cass., sez. I, 12 dicembre 1988, n. 6734 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 12.

⁴⁹ Recentemente, l'AGCM si è opposta all'ordine di trasmissione di parte della documentazione acquisita dalla stessa Autorità nell'ambito del procedimento istruttorio A357 (avente ad oggetto l'abuso di posizione dominante perpetrato da Telecom e Wind, accusata delle stesse condotte Vodafone ha evitato la condanna offrendo impegni, sul mercato dei servizi di telefonia mobile), ordine formulato ai sensi dell'art. 213 c.p.c. dal Tribunale di Milano nell'ambito della causa civile intentata dalla società BT Italia contro Vodafone

onde ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'illecito. La richiesta, in particolare, riguardava la versione confidenziale della comunicazione delle risultanze istruttorie ed alcuni documenti utili alla ricostruzione dei costi interni di Vodafone (peraltro piuttosto datati perché risalenti a vari anni prima). In tale circostanza, l'Autorità ha motivato genericamente il suo rifiuto sulla base del vincolo del segreto d'ufficio di cui agli articoli 14 della l. 287/1990 e 12 del d.P.R. n. 217/1998, senza dare motivazioni ulteriori circa il danno che sarebbe derivato alla convenuta a seguito dell'ostensione degli stessi documenti.

⁵⁰ Cass., sez. III, 10 dicembre 2003, n. 18833, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12; Cass., sez. lav., 6 dicembre 1983, n. 7289, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 11.

cessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati».

Dunque il d.P.R. 217/98 tutela l'accesso "procedimentale" o "partecipativo", volto a consentire alle parti in causa l'esercizio del diritto di difesa⁵¹. I soggetti legittimati sono le parti del procedimento e gli intervenienti.

Esso si distingue dall'accesso c.d. "informativo" da parte di terzi che non hanno partecipato al procedimento e che è riconosciuto dagli artt. 22 e ss. della l. 241/1990. In particolare, l'art. 24 c. 7 prevede che «deve essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile». L'art. 23 prevede, inoltre, che «il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti». In questo caso il bene giuridico tutelato è la trasparenza dell'attività amministrativa ed i soggetti legittimati sono i titolari di un interesse diretto, concreto e attuale volto alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti collegata al documento del quale è richiesto l'accesso.

Sulla natura dell'interesse tutelato dall'accesso informativo, il Tar Lazio, nella sentenza n. 24996 del 13 luglio 2010⁵² ha chiarito che «un interesse del tutto etero-

geneo rispetto all'oggetto dell'attività amministrativa posta in essere dall'Autorità non può ritenersi un interesse giuridico ai sensi dell'art. 24 comma 7 l. 241/1990, in quanto totalmente estraneo alle finalità, non solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'Amministrazione⁵³. In definitiva, in ragione della ratio del "corpus" normativo in materia, gli interessi giuridici considerati dall'art. 24 comma 7, l. n. 241 del 1990 devono ritenersi quelli – e solo quelli – coinvolti dall'azione amministrativa in relazione alla quale la richiesta di accesso, ancorché successivamente alla conclusione del procedimento, sia stata avanzata». Applicando tale principio alla fattispecie di nostro interesse, dunque, l'accesso agli atti dell'AGCM è ammissibile purché si dimostri che l'interesse all'accesso sia collegato all'attività amministrativa cui inerisce il documento del quale è chiesta l'ostensione.

L'accesso informativo incontra i limiti previsti per l'accesso procedimentale, cioè lo stesso non può estendersi alle informazioni riservate di carattere commerciale.

Il punto è stato trattato dalla sentenza *Alitalia*⁵⁴, in cui il Tar ha specificato che anche nel caso di accesso *ex art. 24 comma 7 l. 241/1990* trovano applicazione le garanzie «di riservatezza delle informazioni di carattere commerciale, industriale e finanziario, e di inaccessibilità degli atti contenenti i segreti commerciali,

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 6, p. 1868.

⁵² Causa intentata dal Codacons a seguito del diniego di accesso da parte dell'AGCM a tutta la documentazione raccolta dalla stessa Autorità nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle commissioni di massimo scoperto bancario.

⁵³ La decisione puntualizza che «diversamente opinando, d'altra parte, si porrebbe alla paradossale conclusione che ogni p.a. potrebbe essere destinataria di richieste di accesso indiscriminate, per il solo fatto di formare – o detenere – stabilmente documenti, anche da parte di soggetti che perseguono un interesse completamente estraneo agli interessi, siano essi pubblici o privati, coinvolti dall'azione amministrativa e, quindi, per fini totalmente diversi da quelli per i quali l'accesso agli atti è stato legislativamente previsto».

⁵⁴ TAR Lazio, 10 febbraio 2012, n. 1344, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, p. 452. *Alitalia*, in particolare, ha presentato ricorso al TAR Lazio per ottenere l'annullamento del provvedimento con cui l'AGCM le negava l'accesso ad alcuni atti del procedimento sanzionatorio *I/641* (conclusosi con il provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006) che aveva accertato il ricorrere di un'intesa fra alcune compagnie petrolifere nel mercato del *jet fuel*, accesso richiesto da Alitalia ai fini di valutare l'esplorabilità di un'azione di risarcimento danni in sede civile. In particolare, l'AGCM ha consentito alla ricorrente accesso a tutta la documentazione non riservata e l'indice di tutti i documenti contenuti nel fascicolo, negando l'accesso ai documenti interni, predisposti dalle parti del procedimento, contenenti informazioni sensibili in tema di vendite, costi e strategie commerciali. Tale approccio è stato condiviso dal TAR.

recate dal ridetto art. 13 del d.P.R. 217/1998, che possono essere superate solo alle condizioni previste dalla stessa disposizione, ovvero specificamente laddove tali atti risultino essenziali per la difesa». Il Tar ha anche specificato che «il c.d. principio di parità delle armi non comporta, neanche per il diritto comunitario, che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica, più limitatamente, ma comunque incisivamente, che sia consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo in possesso della pubblica amministrazione, anche con l'indicazione degli atti eventualmente secretati e del relativo contenuto, e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento».

2. (Segue) *La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c.* – Altro mezzo istruttorio di cui può avvalersi il giudice, e la stessa parte nel contraddittorio (artt. 191 e 201 c.p.c.), del procedimento volto al risarcimento del danno *antitrust* è quello della consulenza tecnica. La consulenza tecnica non rappresenta un mezzo di prova, ma piuttosto un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni di scienza specialistica. In altre parole, la consulenza tecnica non può sopperire all'inerzia delle parti del procedimento, non potendo essere disposta per ovviare alle carenze probatorie imputabili alle parti stesse⁵⁵. In alcuni casi, però, la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, quando in particolare si risolve in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica, anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate co-

gnizioni tecniche, quando cioè i dati costituenti l'oggetto della prova invocata non siano percepibili, per la loro intrinseca natura, dall'uomo di normale diligenza e debbano essere perciò rilevati dal consulente tecnico, che dunque in questo caso adempie la duplice funzione di individuare e valutare l'oggetto della prova⁵⁶. In questo caso (in cui la consulenza costituisce fonte di prova) è necessario e sufficiente che la parte interessata deduca il fatto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche⁵⁷.

Per quanto fin qui detto, emerge con evidenza la funzione e l'utilità di tale mezzo di prova specie in relazione alla quantificazione del danno subito in conseguenza di un illecito *antitrust* che spesso implica l'utilizzo di nozioni tecniche ed in generale il ricorso a prove economiche di particolare complessità⁵⁸. Sul punto, la Cassazione ha osservato, con riferimento ad un'azione di risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva, che «una volta accertata l'intesa e dimostrato che nel periodo di durata della stessa il consumatore ha contrattato con un partecipante all'intesa, nel determinare l'ammontare del danno, il giudice può fare ricorso a criteri probabilistici. Il partecipante all'intesa può dare la prova contraria. Ove intenda farlo chiedendo la predisposizione di una consulenza tecnica di ufficio, deve indicare specificamente quali momenti o fasi vadano verificati e su quali atti ritualmente acquisiti al processo»⁹.

Le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il giudice che, in applicazione del principio della libera valutazione delle prove *ex art.* 116 c.p.c., può legittimamente disattendere attraverso una valutazione critica che sia ancorata alle risultanze processuali⁶⁰ o ad altre argomentazioni tratte da proprie personali cognizioni tecniche⁶¹ e che risulti con-

⁵⁵ Cass., sez. lav., 5 ottobre 2006, n. 21412, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. I, 5 luglio 2007, n. 15219, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

⁵⁶ Cass., sez. III, 19 gennaio 2006, n. 1020, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1.

⁵⁷ Cass., sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27002, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12.

⁵⁸ Cass., sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 898.

⁵⁹ Cass., sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1723.

⁶⁰ Cass., 14 gennaio 1998, n. 333.

⁶¹ Cassazione, sez. II, 26 febbraio 1998, n. 2145 in *Foro it.* 1998, I, 2197.

gruamente e logicamente motivata. Allo stesso modo, come detto, la consulenza può costituire fonte oggettiva di prova, ovvero il giudice può trarre dalla stessa elementi di giudizio determinanti ai fini della decisione della controversia, anche nel caso in cui tali dati siano difformi o in contrasto con altre risultanze istruttorie⁶².

RINO CAIAZZO

Bibliografia

S. BARIATTI - L. PERFETTI, «Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust” della Commissione e del Codice del consumo», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, (a cura di) F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, 2009, p. 3 ss.; R. CAIAZZO, «Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e *class action*: una nuova era per il *private enforcement* in Ita-

lia?», in *IX edizione della conferenza “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 20-21 maggio 2010; A. FRIGNANI, «L’onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust», in *Dir. ed econ. dell’ass.*, 2011, IV, p. 1332 ss.; V. MOSCA, «*Private enforcement antitrust*: accertamento e quantificazione del danno», in *Il dir. ind.*, 2010, V, p. 457 ss.; G. MUSCOLO, «Il danno da illecito *antitrust*», in *X edizione della conferenza: “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 17-18 maggio 2012; M. TAVASSI, «Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, (a cura di) F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE, 2009, p. 41 ss.; M. TODINO - E. BOTTI, «Azioni risarcitorie per illecito *antitrust*. Recenti sviluppi e interazione con il *public enforcement*», in *X edizione della conferenza: “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 17-18 maggio 2012, p. 9 e ss.; L. VASQUES, «*Private enforcement* della disciplina *antitrust* in Italia: si può fare?», in *Danno e responsabilità*, 2012, VIII-IX, p. 824 ss.

⁶² Cassazione, 19 aprile 1988, n. 3064.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La quantificazione del danno nel processo *antitrust*

Sommario: I. LE FUNZIONI DEL PROCESSO *ANTITRUST* E LA FASE ISTRUTTORIA. – II. I TIPI DI PROVA NEL PROCESSO *ANTITRUST*. – 1. L'uso della consulenza tecnico-economica. – III. LA SELEZIONE DEGLI ESPERTI DA PARTE DELLE CORTI. – IV. LA GESTIONE DELLA PROVA DA PARTE DEL GIUDICE SPECIALIZZATO E IL RUOLO DEGLI ECONOMISTI. – IV. LA VALUTAZIONE DELLA PROVA E IL SUO *STANDARD*. – 1. Il valore probatorio delle decisioni della Commissione e dell'Agcm. – 2. La liquidazione equitativa del danno. – VI. IL MODELLO DI GIUDICE *ANTITRUST*.

I. LE FUNZIONI DEL PROCESSO *ANTITRUST* E LA FASE ISTRUTTORIA

Il discorso sul *private enforcement* del diritto *antitrust*, quale attuazione delle regole del diritto della concorrenza davanti alle corti, è anche un discorso sul processo, e non può che iniziare dalla identificazione della funzione del processo stesso.

Nel dibattito generale a proposito, al processo sono state attribuite diverse funzioni: tra queste quella epistemica, quella economica e quella di mera soluzione di conflitti.

La premessa al mio discorso è la identificazione, per il processo *antitrust*, un processo *fact intensive* per eccellenza, di una preminente funzione di ricerca della verità dei fatti, ancorché come mera verità processuale.

In questo contesto la prova costituisce il mezzo privilegiato di acquisizione delle informazioni utili per l'accertamento di detta verità e in esso si situano le teorie inglesi e nordamericane sulla *law of evidence*.

L'accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso attraverso la valutazione delle prove raccolte è uno dei criteri di giustizia e razionalità della decisione, che non si esaurisce nella corretta interpretazione delle disposizioni rilevanti per il caso, ma si estende all'accertamento veritiero dei fatti controversi.

Da ciò discende il ruolo del giudice della concorrenza come giudice del caso,

finder of the fact, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria.

La voce esamina alcune questioni poste dalla prova nel processo di concorrenza ed in particolare nelle azioni di *private enforcement* di condanna al risarcimento del danno da illecito *antitrust*:

Ancorché la stessa applicazione della regola generale dell'onere della prova in questo processo presenti alcune criticità, le norme di diritto sostanziale a proposito esulano dalla mia disamina.

Esulano da questa altresì le norme, di diritto processuale, relative alla gestione della prova nella fase della sua raccolta, cioè istruttoria, con particolare riferimento all'accesso delle parti alla prova.

Sono invece oggetto di esame i tipi di prova più utilizzati nella prassi del processo di concorrenza e, in particolare, la prova tecnico-economica, e dunque le norme sulla consulenza tecnica applicati ai casi *antitrust*.

Speciale attenzione è prestata alle regole sulla valutazione della prova raccolta da parte del giudice nella fase di *decision making*, e allo *standard* di evidenza dei fatti richiesto per la condanna al risarcimento del danno e la sua liquidazione.

Conclude la voce una proposta di modello di giurisdizione e di giudice ottimale per la *private litigation antitrust*, e la sua importanza per trasformare il nostro sistema in materia da sistema tradizionalmente caratterizzato dal *public enforcement* in sistema effettivamente a due pilastri, in cui il *private enforcement* giochi un ruolo essenziale nella tutela dei diritti.

II. I TIPI DI PROVA NEL PROCESSO *ANTITRUST*

La attribuzione al processo di concorrenza di una precipua funzione epistemologica ha effetti anche sulla selezione del tipo di prove utilizzate nella prassi dell'accertamento della verità dei fatti.

In particolare la scelta legislativa di prove legali e la tesi favorevole alla gerarchia delle prove costituiscono dei limiti controepistemici, che come tali non appaiono particolarmente adatti alla applicazione nei casi di azioni di risarcimento del danno *antitrust*.

Ad esempio, la fattispecie della confessione, prova legale per eccellenza, è declinata nel diritto della concorrenza in modo speciale nel contesto del *public enforcement* all'interno dell'istituto dei programmi di clemenza, ma nel *private enforcement* di un litigio tra privati è difficilmente ipotizzabile.

Inoltre, le prove dirette e tipiche, e soprattutto quelle documentali, ancorché acquisite con la *disclosure*, non esauriscono i mezzi per raggiungere l'evidenza dei fatti.

In questa materia grande rilevanza assume l'uso della prova indiretta e atipica¹; un esempio è offerto nel collegato settore della proprietà industriale: in attuazione della Dir. CE 48/04 (*enforcement*), l'art. 121 c. 4 c.p.i. prevede che dalle risposte delle parti e dal rifiuto di ottemperare gli ordini di divulgazione, la corte possa trarre argomenti di prova, ribadendo la regola generale dell'art. 116 c.p.c. sulla rilevanza del comportamento processuale.

Un discorso particolare poi meriterebbe poi l'uso della massima di esperienza nel contesto probatorio del processo *antitrust*, proprio per la natura prevalentemente economica dell'ambiente rispetto a cui debbono verificarsi *topoi* e *standards* utilizzati.

1. *L'uso della consulenza tecnico-economica*. – Gran parte dei fatti rilevanti nei

processi di concorrenza sono fatti economici: sono fatti economico-contabili anche quelli rilevanti per il risarcimento del danno causato dalle modalità anticoncorrenziali della attività di impresa. Pertanto, al centro del dibattito sulla prova nei processi di concorrenza sta certamente l'uso della prova economica.

Se il processo *antitrust* ha una funzione prevalentemente di ricerca della verità dei fatti ed è nel contempo denso di fatti economici vien da chiedersi come si atteggi nel suo contesto il rapporto tra il diritto della concorrenza intellettuale e la scienza economica, dal momento che la ricerca scientifica è stata ritenuta il modello ideale di attività epistemica.

Il ricorso alla prova tecnica nel processo e in specie alla prova economica nel processo di concorrenza origina da una apparente situazione di asimmetria epistemica tra il giudice e l'esperto, a cui fa seguito una deferenza epistemica

Nel sistema nordamericano le *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* prevedono la nomina di un *technical advisor* nominato dalla Corte e sono stati gli studiosi nordamericani ad aprire il dibattito sull'uso dei saperi scientifici ed economici da parte delle Corti e sull'emersione della *Economic Science for Litigation*² e anche i *leading cases* in argomento appartengono alla giurisprudenza delle corti americane, ancorché alcuni attengano a fattispecie di diritto brevettuale³.

Parlare di prova economica nel processo *antitrust* italiano significa parlare di consulenza tecnica, e quindi di applicazione degli artt. 61 ss. e 191 ss. c.p.c.⁴;

nel sistema italiano la *ratio* della previsione dell'ausilio di un esperto è identifi-

¹ Vedi a proposito CGE, 2006, CT-44/02 OP *Dresdener Bank and ors vs Commission*, sull'uso di "coincidenze e indizi", Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, *Inaz Paghe v. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro e App.* Milano, 11 luglio 2003, *Bluvacanze vs Viaggi del Ventaglio*.

² La definizione di «*forensic economics*» data dalla National Association of Forensic Economics negli US è la seguente: «*Forensic economics is the discipline that applies economic theory to the issue of pecuniary damages*», definizione coerente con il contesto di preminenza del private enforcement; nel dibattito europeo la definizione è estesa a tutte le fasi del processo legale di enforcement.

³ Vedi *Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579/1993; *General Electric co vs Joiner*, 522 U.S. 16/1997; *Kumho Tire co vs Carmichael*, 118 S. Ct. 29/1998; 119 S. Ct. 1167/1999. Una traduzione italiana del caso Daubert è in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 277 ss.

⁴ Nella giurisprudenza italiana la consulenza tecnica è stata utilizzata ad es. in App. Milano 24 dicembre 1996 *Telsystemc. Sip*; App. Milano, 16 settembre 2006, *Avir v. Eni*; App. Milano, 10 dicembre 2004, cit. Ha fatto invece ricorso alla liquidazione equitativa per insufficienza di informazioni sul controfattuale App. Torino, 7 febbraio 2002, *Valgrana c. Consorzio Grana Padano*.

cata nell'accelerazione dell'indagine tecnica e quindi del processo rispetto alla soluzione di un problema tecnico da parte giudice; il presupposto è quindi una inadeguatezza culturale del giudice rispetto a scienza e alla tecnica relativa e non assoluta⁵.

Si tratta di una tesi in qualche modo tributaria del modello del giudice come "perito dei periti", ormai superato da quello del giudice come selettore e utilizzatore dei saperi altrui.

È un argomento su cui il *Libro Bianco*⁶ tace, ma su cui la Commissione è recentemente intervenuta⁷ con il Documento di orientamento, una Raccomandazione che porta linee guida non vincolanti per le Corti nazionali sulla quantificazione del danno da illecito *antitrust*⁸. Una certa rilevanza a proposito assume anche il corpo di buone prassi per l'uso della prova economica nei procedimenti avanti alla Commissione⁹.

Il *Guidance Paper* fornisce alle Corti *guidelines* per la quantificazione del danno, sia al concorrente sia al consumatore, sia per pratiche di aumento prezzi, sia per pratiche di esclusione, con un approccio sintetico a differenti modelli econometrici, tutti fondati sul metodo *but for* simulatorio.

III. LA SELEZIONE DEGLI ESPERTI DA PARTE DELLE CORTI.

Nel *case management* di un processo di concorrenza, la gestione della prova eco-

nomica pone al giudice una serie di questioni specifiche, per la soluzione delle quali sin qui soltanto la citata giurisprudenza americana ha elaborato un *corpus* di linee guida, che con opportuni adattamenti, possono fondare un insieme di buone prassi anche per le Corti italiane.

Un primo gruppo di questioni attiene alla fase di ammissione e raccolta della prova, e concerne la selezione degli esperti¹⁰: nel nostro sistema la questione di qualificazione è risolta dagli artt. 61 ss. c.p.c. e 13-18 d.a. c.p.c. che dettano norme sulla designazione del consulente e sulla tenuta dell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio.

Nel contenuto minimo di ogni albo non è prevista la presenza di esperti in economia, ed è prescritta l'iscrizione del consulente a un albo professionale, cumulativamente alla «speciale competenza tecnica in una determinata materia».

L'applicazione queste regole crea non poche difficoltà quando si tratta di nominare un esperto in materia *antitrust*, in genere un economista e non iscritto a albi professionali.

La specialità della materia può richiedere alcune prassi applicative particolari, quali ad es. la nomina di un *panel* di più esperti nei casi difficili, qualificabili come «caso di grave necessità» ai sensi del combinato disposto degli artt. 61 e 191 c. 2 c.p.c., oppure la nomina di esperti anche fuori dall'albo dei consulenti o da quello del distretto per garantirne la «speciale competenza tecnica» e specializzazione.

⁵ Vedi in giurisprudenza Cass., 10 luglio 1999 n. 7319 e precedenti conformi.

⁶ Libro Bianco della Commissione Europea sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie *antitrust*, Bruxelles, 2 aprile 2008 COM(2008)165. Il Libro Bianco è stato predisposto dalla Commissione delle Comunità Europee su incarico del Parlamento Europeo, con Risoluzione del 25 aprile 2007 (2006/2207(INI)), in accoglimento delle conclusioni del Libro Verde della Commissione pubblicato il 19 dicembre 2005. Per maggiori informazioni vedasi il Documento di lavoro della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme comunitarie *antitrust* e la Relazione sulla valutazione di impatto.

⁷ Il Quantification Paper è stato preceduto dall'Oxera Report, pubblicato il 19 gennaio 2010, dal titolo «Quantifying antitrust damages: towards no binding guidance for courts - Study pre-

pared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Assimakis Komninos. With economic assistance from dr. Walter Beckert, professor Eric Van Dammer, Professor Mathias Dewatripont, Professor Julian Franks, Dr. Adrian Ten Kate and Professor Patrick Legros. - December 2009».

⁸ *Guidance Paper on calculation of antitrust damages*, Bruxelles 2011.

⁹ DG Competition, Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases, cit.

¹⁰ La tripartizione di questioni di cui in appresso ci viene proprio dalla giurisprudenza nordamericana dal caso *Daubert*, che detta anche un elenco di *tests* per le Corti nell'uso della prova tecnica; nonostante le recenti critiche di cui do conto, la giurisprudenza in questione costituisce un buon modello per le prassi applicative.

Tuttavia nel processo italiano la non cognizione specifica nelle materie tecniche oggetto di causa non è di per sé causa di nullità della consulenza, ma di impugnabilità della sentenza sotto il profilo di argomentazioni tecniche riportate dal giudice oppure di sostituzione del consulente.

I due punti critici della selezione degli esperti economici sono quindi individuabili nella qualificazione e nell'indipendenza e sono collegati tra loro più di quanto possa apparire.

Circa il primo punto la corte deve saper effettuare un bilanciamento tra il rifiuto della c.d. *junk science in Courts* e la inadeguatezza della pura scienza accademica alla ricerca della verità processuale; il modello proponibile potrebbe essere quello elaborato dalle corti americane di una *Forensic Science for Litigation*, in cui l'economista, senza perdere in qualificazione, sia capace di agire come traduttore del sapere economico per il giudice.

In punto indipendenza poi, la norma dell'art. 63 c.p.c. sulla ricusazione non è sufficiente garanzia, giacché nella prassi la scarsità di consulenti dotati delle necessarie competenze accresce il rischio di interferenze tra il ruolo di consulenti di parte e quello dei consulenti di ufficio.

A proposito del collegamento tra le due predette criticità, la comparazione tra i sistemi di *common law* che prevedono la *cross examination* degli *expert witnesses* e quelli di *civil law*, che vedono gli esperti nominati dalle corti, ne evidenzia la specifica *bias issue*: i secondi sono più indipendenti ma rischiano di portare davanti al giudice una scienza più *middle ground*.

IV. LA GESTIONE DELLA PROVA TECNICA DA PARTE DEL GIUDICE SPECIALIZZATO E IL RUOLO DEGLI ECONOMISTI

Un secondo gruppo di questioni, che attiene ancora alla fase di raccolta della prova, è quella della direzione dell'esperto nella gestione del caso *antitrust*. A questo proposito, oltre alle regole dettate dagli artt. 194 ss., il giudice deve tener fermo un duplice principio.

La prima regola è quella della direzione della udienza e del processo da parte del giudice: questi è l'unico vero *manager* del caso e l'esperto deve operare come mero ausiliario tecnico, senza deleghe alla gestione o alla decisione.

Il secondo principio che deve regolare la gestione della consulenza è il principio del contraddittorio con parti e i loro esperti, non soltanto come diritto di difesa tecnica, ma anche come identificazione del conflitto tra le posizioni contrapposte sui profili tecnici del caso.

Quindi la discussione delle questioni tecniche deve essere garantita non soltanto nel corso delle indagini del consulente, con o senza giudice, come prescritto dall'art. 194 c. 2 c.p.c., ma anche nel corso delle udienze, coinvolgendo così l'esperto nominato dall'ufficio e quelli nominati dalle parti nel *case management*.

In questo contesto, il Documento di orientamento, frutto di un *more economic approach*, ma in generale chiaro per linguaggio e contenuti, può costituire un valido ausilio al momento della formulazione dei quesiti al consulente, in particolare per la ricostruzione del controfattuale relativo alle voci di danno e al nesso eziologico delle stesse con l'illecito, anche se la distinzione delle fattispecie di questo soffre di una certa qual semplificazione.

In particolare risulta utile al giudice l'approccio di stampo sincretico, che non privilegia un modello, comparativo e simulativo, rispetto a un altro¹¹, e gli permette di richiedere con maggior cognizione di causa all'esperto economista nominato, uno spiegamento di scienza ad uso forense e non meramente accademico.

La modificazione dell'art. 195 c.p.c. dall'art. 46 l. n. 69/2009¹² [estremi] – che prescrive che una relazione provvisoria sia trasmessa dal consulente alle parti che debbono formulare su questa osservazioni, di cui il consulente deve tener conto nella relazione definitiva – ha recepito appieno detti principi e il nuovo regime della consulenza appare specialmente idoneo al contenzioso *antitrust*.

¹¹ Vedasi in particolare il punto 107 del Documento, p. 41 e punto 173, p. 61.

¹² L. 18 giugno 2009 n. 69, Disposizioni per lo

sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, pubblicata in G.U. 140 del 19 giugno 2009.

V. LA VALUTAZIONE DELLA PROVA E IL SUO STANDARD

Un terzo gruppo di questioni, quelle forse di più difficile soluzione, si pone in relazione alla valutazione della prova economica, in particolare in caso di conflitto di conclusioni tra gli esperti, sia nominati dalla corte, nel caso di nomina di un collegio di consulenti o di espletamento di consulenze successive, anche in diversi gradi del giudizio, sia tra il consulente tecnico d'ufficio e i consulenti di parte; si tratta di problematiche che, dalla fase istruttoria, si riverberano su quella decisoria³.

Nella giurisprudenza italiana è consolidato il principio di discrezionalità della corte nella valutazione della consulenza, quale corollario del principio secondo cui è il giudice il perito dei periti; questo orientamento, unito a quello sugli oneri di motivazione delle corti di merito in punto recepimento delle conclusioni del consulente si traduce in una di assenza di criteri sulla valutazione di consulenza da parte del giudice.

Il *Documento di orientamento* può essere di ausilio anche nella fase di decisione e valutazione della consulenza, in cui sono più frequenti i conflitti di opinioni, spesso dovute alla appartenenza a diverse scuole di pensiero economico, tra il consulente d'ufficio e i consulenti di parte, di difficile risoluzione da parte del giudice, abituato a maneggiare un *set* di regole piuttosto che a scegliere tra diversi modelli econometrici.

L'applicazione delle linee guida aiuta a innalzare lo *standard* della prova richiesta, sino alla dimostrazione, mediante il ricorso ai metodi comparativi e simulatori, della esistenza delle singole voci di danno e può avere l'effetto di limitare il ricorso delle Corti alla liquidazione equitativa, diffusa nella prassi¹⁴.

¹³ A proposito del *case management* in relazione alla prova economica, di grande interesse è il modello offerto dalla giurisprudenza dell'*Australian Competition Tribunal*, mediante la prassi del c.d. *hot tub approach*, adottato anche dalla giurisprudenza statunitense: la corte dirige l'interazione tra gli esperti sia nella fase di *pre-trial*, sia in quella di *trial*, cioè pone all'esperto o agli esperti ogni questione rilevante, in particolare per la identificazione dei punti di conflitto effet-

La giurisprudenza nordamericana nel caso *Daubert* fissa tre criteri generali di valutazione della consulenza: *reliability, relevance and consistency* (affidabilità, rilevanza, coerenza), ed elenca ancor una volta per la applicazione di ciascuno degli specifici *tests*.

In particolare, quanto al criterio di coerenza, richiamato talora anche dalla giurisprudenza italiana, il giudice deve verificare dapprima la coerenza interna, sia allo stesso *expertise*, quale relazione logica e non contraddizione tra le premesse e le conclusioni, sia al processo, quale non contraddizione con le altre prove ed elementi di prova raccolti; dipoi la coerenza esterna, come non contraddizione con i fatti notori dell'ambiente interessato, a cui ho già fatto cenno sopra.

Tuttavia, nel dibattito internazionale, al c.d. *exclusionary ethos* nella valutazione della prova tecnica da parte delle Corti, che si fonda su *tests* di verifica dei risultati della stessa, e che è proprio della giurisprudenza nordamericana, si contrappone il c.d. *discursive ethos*, che confida nella scelta da parte del giudice della storia economica più plausibile tra quelle presentate dalle parti e dai loro esperti e/o proposte dall'esperto.

1. *Il valore probatorio delle decisioni della Commissione e dell'Agcm.* – Un particolare aspetto del dibattito sulla prova nei processi di concorrenza è quello correlato al regime della cooperazione tra le Corti nazionali da un lato e la Commissione e le Autorità nazionali per la concorrenza dall'altro, che costituisce uno dei punti nodali di raccordo tra il *private* e il *public enforcement* del diritto antitrust.

Le norme dettate dagli artt. 15 e 16 Reg. CE 1/2003 sulla modernizzazione della concorrenza, in applicazione dei principi di diritto affermati dalla Corte di

tivo, richiedendo anche una risposta documentale.

Nulla vieta di utilizzare l'*hot tub method* anche nel nostro sistema, potendo esso prescindere dalla *cross-examination*, e anzi, il modello di gestione delle udienze dedicate alla consulenza economica sopradescritto in certa qual misura lo recepisce.

¹⁴ Anche se lo stesso Documento di orientamento fa riferimento alla liquidazione equitativa (punto 8, p. 9).

Giustizia Europea¹⁵ sono norme pluridirezionali, che, se da un lato hanno lo scopo di garantire la uniforme applicazione del diritto comunitario, dall'altro è diretta a offrire soluzioni al tipo normativo di problema posto dalla prova nel processo *antitrust*.

In particolare l'art. 15 regola gli strumenti di cooperazione tra le Corti nazionali da un lato e la Commissione e le Autorità Nazionali per la concorrenza dall'altro¹⁶, che hanno lo scopo precipuo di favorire la raccolta di informazioni sui fatti anticoncorrenziali da parte del giudice e vanno quindi a impattare sull'onere della prova e l'accesso alla medesima, esulando da questa trattazione.

Di maggior rilievo per questa trattazione è invece l'art. 16 Reg., che prevede il vincolo delle decisioni della Commissione per il Giudice nazionale: questa norma, se da un lato offre al litigante un ulteriore meccanismo di alleggerimento dell'onere della prova, dall'altro, attribuendo alle decisioni di *public enforcement* valore di prova legale nel processo di *private enforcement*, interessa anche sotto il profilo dei tipi di prova e della valutazione delle evidenze processuali.

Circa la dibattuta questione della estensione del vincolo, l'interpretazione dominante delle corti è quella più restrittiva, che lo limita all'accertamento, positivo, della sussistenza dell'illecito, non del suo nesso causalità con il danno e del danno stesso; tale interpretazione appare la sola costituzionalmente orientata in

rapporto alla Costituzione italiana e alla maggioranza delle Costituzioni Europee.

Su questa questione un *landmark case* è certamente rappresentato dalla decisione del Tribunale di Milano nel caso *Butadiene*¹⁷, in cui è stata esercitata una azione *follow on* di mero accertamento in quattro capi di domanda.

Le parti attrici infatti domandavano al tribunale l'accertamento negativo *i)* dell'esistenza del cartello; *ii)* della partecipazione ad esso di Eni e altre società del gruppo; *iii)* in ogni caso degli effetti del cartello sui prezzi; *iv)* e dei danni ai concorrenti.

La decisione è stata di inammissibilità dei primi tre punti per rischio di conflitto con la decisione della Commissione e di contrasto con l'art. 16 del Reg. 1/2003 e del quarto punto per difetto di prospettazione specifica.

Per la questione in esame, un rilievo critico tuttavia si impone sul terzo punto: l'esistenza o no degli *overcharges* non attiene all'esistenza del cartello e della condotta illecita *ex art.* 101 TFUE, ma al nesso causale e alla quantificazione del danno, e la pronuncia di inammissibilità sotto questo profilo appare fondata su una interpretazione troppo estensiva dell'art. 16.

Sul modello di quest'ultima norma il sopracitato il *Libro Bianco*¹⁸ propone la vincolatività per le corti delle decisioni delle Autorità Nazionali di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale, nel caso di azioni *follow on*¹⁹.

¹⁵ Caso C-344/98, *Masterfoods*, 2000, ECR I-11369.

¹⁶ Agli artt. 15 e 16 del regolamento dà attuazione in specie la Raccomandazione 101/04 sulla cooperazione tra la Commissione e le Corti degli Stati membri, anche se alcune norme rilevanti a proposito possono individuarsi anche nelle altre cinque Raccomandazioni attuative della Commissione. Invero le linee guida portate nella Raccomandazione diretta ai giudici soffrono di una certa tautologia rispetto al testo delle disposizioni citate e comunque non vanno oltre la mera esegesi del medesimo; manca la risposta alle questioni interpretative che più di frequente ricorrono nella applicazione degli artt. 15 e 16.

¹⁷ Trib. Milano, 29 aprile 2009 in *Int'l lis* con nota di M. STELLA, *La prima pronuncia*, cit. azione *follow on* rispetto alla decisione della Commissione del 29 novembre 2006 in Case COMP/F/

38.638 *Butaiene Rubber(BR) and Emulsion Styrene Butadiene Rubber (ESBR)* di accertamento di un cartello tra 13 società sul mercato di settore, in cui è stata azionata una *Italian torpedo* nei confronti della causa pendente avanti alla *High Court of Justice UK*.

¹⁸ I due sistemi presi a modello dal legislatore europeo sono quello tedesco e quello inglese; vedi a proposito l'espresso richiamo alle Sezioni 26 e 20 del *UK Enterprise Act 2002*, inserite come sezioni 47A e 58° nel *UK Competition Act* e alla sezione 33 dell'omologo tedesco nel citato capitolo del Documento di Lavoro.

¹⁹ Vedi il Libro Bianco al § 2.3, che peraltro richiama espressamente l'art. 16 § 1 Reg., definendo nella versione inglese, la decisione della Commissione come «*binding proof in civil procedures*» e il Documento di Lavoro, cap. 4.

Anche in questa fattispecie, benché l'intenzione manifestata dal legislatore comunitario nel formulare la proposta sia quella di garantire la uniformità della applicazione del diritto comunitario, e ormai anche nazionale, della concorrenza²⁰, l'interprete può ben attribuire alle norme sul vincolo una ulteriore ragion d'essere, incentivante il *private enforcement* in relazione alle questioni di prova, avendo le Autorità Nazionali poteri e strumenti inquisitori di cui sono generalmente sprovviste le corti²¹.

Proprio rispetto a questo scopo la proposta offre il fianco ad alcune critiche: il vincolo opererebbe ovviamente soltanto nelle azioni *follow on* e non anche in quelle *stand alone*, e soltanto per le decisioni di accertamento dell'illecito e non anche per quelle di accertamento negativo, e limitatamente all'accertamento del fatto causativo del danno, non essendo questione del danno stesso nel procedimento avanti alla Autorità.

Pertanto può rilevarsi da un lato che proprio nelle azioni in cui non vi è stato un precedente procedimento avanti alla Autorità nazionale, si registra un consistente numero di *hard cases*, e dall'altro che proprio nei casi di reiezione del ricorso l'accesso alla prova è spesso risultato più difficile; infine le parti non godrebbero di alcuna facilitazione per la prova del nesso causale e del danno, e per la sua liquidazione²².

²⁰ Vedi in particolare il considerando 22 del Regolamento.

²¹ In effetti il Libro Verde, prevedendo come opzione possibile, circa l'effetto delle decisioni della Autorità Nazionale, la introduzione nel processo di una presunzione *iuris tantum* di esistenza dell'illecito accertato dalla decisione amministrativa, riconduceva il tema all'ambito probatorio; di alcuni pareri in tal senso espressi durante le consultazioni, dà atto il Documento di lavoro.

²² Vedi a proposito, all'esito della pubblicazione del Documento di lavoro e delle consultazioni della Commissione sul medesimo, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle Politiche Comunitarie le Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, del 16 luglio 2008; della Corte Suprema di Cassazione, Osservazioni a seguito del *meeting* del 6 novembre 2007 con i giudici nazionali relativo al *private enforcement* in materia di concorrenza, del Consiglio Superiore della Magi-

stratura, deliberazione del 10 settembre 2008. Vedi inoltre di Assonime - Associazione fra le Società Italiane per Azioni, *Comments on the White Paper on damages actions for breach of EC anti-trust rules*, 15 luglio 2008. Tutti i pareri citati sono favorevoli in generale alla iniziativa della Commissione ma contrari in particolare al vincolo delle decisioni delle Autorità Nazionali per le Corti, ancorchè con argomenti diversi tra loro.

Inoltre proprio l'automatismo del vincolo che attribuisce alle decisioni assunte in sede di *public enforcement* natura in senso lato di prova legale nel processo di *private enforcement*, costituente quindi un contro limite epistemico, urta contro la funzione eminentemente epistemica di questo.

La soluzione potrebbe piuttosto rinvenirsi nella prassi giurisprudenziale di quasi tutti gli Stati membri²³, che ha sempre ritenuto gli accertamenti delle Autorità Nazionali come prova privilegiata della sussistenza dell'illecito, o al più nella controproposta dello Stato italiano²⁴, di fondare sulla decisione della Autorità Nazionale una presunzione salva prova contraria, con una mera inversione dunque dell'onere della prova.

Tuttavia nella fase di accertamento dell'ammontare del danno la decisione della Autorità Garante non può neanche costituire la "prova privilegiata" di cui alla giurisprudenza di legittimità italiana, riferendosi questa soltanto alla «sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso»²⁵.

2. La liquidazione equitativa del danno.

– In punto onere della prova sulla liquidazione equitativa del danno la giurisprudenza di legittimità ha affermato il principio secondo cui «la liquidazione del

struttura, deliberazione del 10 settembre 2008. Vedi inoltre di Assonime - Associazione fra le Società Italiane per Azioni, *Comments on the White Paper on damages actions for breach of EC anti-trust rules*, 15 luglio 2008. Tutti i pareri citati sono favorevoli in generale alla iniziativa della Commissione ma contrari in particolare al vincolo delle decisioni delle Autorità Nazionali per le Corti, ancorchè con argomenti diversi tra loro.

²³ Circa i precedenti in cui l'accertamento dell'AGCM è fonte di convincimento del giudice nella sua libera valutazione delle prove, vedi in particolare, in casi di azione *follow on*: Cass., s.u. 4 febbraio 2005 n. 2207; App. Milano, 19 aprile 2005, App. Roma, 20 gennaio 2003, App. Roma, 16 gennaio 2001, Trib. Roma, 14 agosto 2000 App. Milano 25 settembre 1995, le ultime due con riferimento ad accertamenti negativi della Autorità. Vedi poi Cass., 13 febbraio 2009 n. 3640.

²⁴ In questo senso sono tutti i pareri citati.

²⁵ Cass., 16 febbraio 2009, n. 3640 caso Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro c. Inaz Paghe.

danno può ritenersi legittima nel solo caso in cui il danno stesso non sia meramente potenziale, bensì certo nella sua esistenza ontologica, pur non essendo suscettibile di prova del *quantum*, e richiede altresì, onde non risultare arbitraria, l'indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico su cui è fondata»²⁶.

La liquidazione equitativa del danno è prevista anche dalla norma speciale dell'art. 125 del d.lgs. 30/2005 c.p.i. per i casi di *antitrust* interferenti con la proprietà industriale e intellettuale, ed è comunque diffusa nella prassi delle corti nella liquidazione del danno sia da contraffazione sia da illecito anticoncorrenziale o da concorrenza sleale.

Ad esempio, nelle numerose azioni *follow-on* che hanno fatto seguito al noto caso RC Auto) i giudici di pace allora competenti hanno liquidato i danni su base equitativa, secondo il parametro del sovrapprezzo praticato per effetto del cartello assicurativo ai consumatori, incidentalmente indicato dallo stesso provvedimento della Autorità Garante nel 20%²⁷.

In tali casi il ricorso alla liquidazione equitativa invece che a una consulenza tecnica poteva giustificarsi unicamente con l'esigenza di semplificazione dell'accertamento dell'ammontare del danno in un contenzioso di massa.

Infatti, nessun effetto, neanche di prova privilegiata, poteva annettersi alla statuizione sul punto contenuta nel provvedimento dell'Autorità Garante, in cui la menzione dell'effetto anticompetitivo del cartello era stata effettuata, secondo le competenze della Autorità stessa, unicamente ai fini di ricostruire la fattispecie dell'illecito, e certamente non allo scopo di fornire elementi per la liquidazione del danno, esulante dai compiti di *public enforcement*.

Anche il Documento di orientamento²⁸ menziona la liquidazione equitativa del danno da parte delle Corti, preoccupandosi di rilevare che le linee guida che esso contiene non sono incompatibili con tale modalità di calcolo del danno.

La liquidazione secondo equità integra un livello minimo di *standard* probatorio

ed è particolarmente inidoneo alla quantificazione del danno in materia *antitrust*, per la difficoltà di identificare i parametri di riferimento della equità, da reperirsi nell'ambiente economico e per il rischio insito nella liquidazione equitativa sia di sottocompensazione, sia di sovracompensozione del danno *antitrust*.

VI. IL MODELLO DI GIUDICE ANTITRUST

Quanto esposto suscita alcune riflessioni: la prima è che il ruolo del giudice della concorrenza è in larga parte quello di giudice del caso, *finder of the fact*, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria.

La seconda riflessione è che nei processi di concorrenza accanto al ruolo del giudice si pone quello dell'economista, un ruolo sinora indubbiamente diretto e rilevante nel processo legislativo europeo, più nella adozione della c.d. *soft law*, ed in specie nella adozione di Linee guida, che nella c.d. *hard law*, ma sinora indiretto e più discusso nei procedimenti avanti alle corti.

A questo proposito, se da un lato il *more economic approach* ha creato quello che è stato denominato «*a market for economic expertise in competition litigation*», facendo partecipare l'economia al gioco delle regole processuali, d'altro canto, all'inverso, la scienza economica forense ha reagito sul dibattito scientifico sull'economia dell'*antitrust*, creando una *scientific competition* tra economisti forensi e non.

La terza riflessione attiene a rapporto tra giudice ed economista nel processo *antitrust*: in primo luogo la asimmetria di informazione è certamente meno rilevante tra Autorità per la Concorrenza e giudici specializzati da un lato ed esperti economisti dall'altro, di quanto non lo sia tra questi ultimi e giudici generalisti.

In secondo luogo, anche tra giudice specializzato ed economista forense, la suddivisione dei ruoli è stata ben descritta come attribuzione al giudice di un *gatekeeping role* e al consulente del compito di *translator* per la corte di un sapere diverso da quello giuridico.

²⁶ Cass., 14 marzo 2002 n. 12577.

²⁷ Vedi Cass., 28 luglio 2000 n. 1377.

²⁸ Vedi Documento di orientamento, p. 9, punto 8.

La conclusione è che unicamente un modello di giudice della concorrenza europeo, di elevata professionalità, di rigorosa specializzazione, di spiccata capacità di cooperazione con gli altri attori dell'*enforcement antitrust* e di *networking* con i colleghi di diversi Paesi è in grado di stare al centro del sistema così ricostruito, senza deleghe di decisione a soggetti del processo che, pur se importantissimi, sono privi di legittimazione democratica a dire il diritto

A questo proposito, l'art. 2 l. 24 marzo 2012 n. 27, che ha convertito, con modificazioni il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, ha costituito in sezioni specializzate in materia di impresa, le sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale, istituite con il d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168, e ha razionalizzato le competenze in materia *antitrust*, attribuendola a dette sezioni con duplice grado di giudizio, a prescindere dalla ormai superata distinzione tra *antitrust* comunitario e *antitrust* nazionale e dalla interferenza con il diritto della proprietà intellettuale.

La riforma, se attuata, avrebbe potuto costituire una grande occasione di introduzione nel nostro Paese del modello di giudice della concorrenza proposto.

La applicazione fattane, almeno nei tribunali dell'impresa di maggiori dimensioni, cioè in quelli davanti a cui pendono il maggior numero di processi in materia *antitrust*, quali Milano e Roma, con la costituzione di due diverse sezioni, con la attribuzione a quella romana di competenze in materie promiscue e del tutto disomogenee e con la previsione di una permanenza massima decennale dei giudici specializzati nelle sezioni, è contraria alle *rationes* che hanno ispirato la legge e ne ha vanificato gli effetti²⁹.

GABRIELLA MUSCOLO

Bibliografia

MAULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002; BARONE, *Consulente tecnico (diritto pro-*

cessuale civile), EGT, VIII, Roma, 1988; L. CASTELLI, «Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale», in *Giur. Comm.*, 2009, I, 1198, 1219; M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, edizione originale, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997; A. GAVIL, *After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line between Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation*, 65, *Antitrust L.J.* 663, 1997; A. GAVIL, *Defining Reliable Forensic Economics in the Post Daubert/Kumbo Era: Case Studies from Antitrust*, 57 *Wash & Lee L. Rev.*, 831, 2000; A. GAVIL, *Making Economics more useful in Competition cases; procedural rules governing experts opinions*, *Fordham Corporate L.I. Rev.*; GRAHAM «The expert fitness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping of Daubert, Kumbo and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence», in 54 *U. Miami Law Rev.*, 2000, pp. 217 ss.; A. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement. Decentralized application of EC competition law by national courts*, Oxford-Portland, 2008; A. KOMNINOS, *Resolving Jurisdictional Issues*, relazione inedita nel Joint Training Programme for Judges, Jevon Institute, University College of London, Londra, 5 febbraio 2010, I. LIANOS, «Judging» Economists: Economic expertise in Competition Law Litigation. A European View», in I. LIANOS - I. KOKKORIS, *The reform of EC Competition Law, New Challenges*, Walter Kluwer-Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands; G. MUSCOLO, «Il "volto non comune" della verità processuale», in AA.VV., *Processo e verità*, (a cura di) A. MARIANI MARINI, Pisa, 2005; G. MUSCOLO, «Criteri di applicazione degli artt. 81 e 82 nelle controversie tra privati», in G. BRUZZONE, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008; G. MUSCOLO, in *Concorrenza e Mercato*, 2009; G. MUSCOLO, «Public e private enforcement (Alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, *Vent'anni di antitrust*, Torino, 2010; C. OSTI - A. PRASTARO, *Italy, in The Private Competition Enforcement Review*, 2009; L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009; PROTETTI - PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994; M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002; M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009; VELLANI, «Consulenza tecnica nel diritto processuale civile», in *DI civ.*, IV, Torino, 1988.

²⁹ Vedi a questo proposito le deliberazioni 67 e 429/VV/212 del Consiglio Superiore della Magistratura, rispettivamente sulla istituzione del tribunale delle imprese e sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per

il triennio 2012/2014. Per una proposta di attuazione conforme invece alla *ratio legis* vedi Assonime - Associazione tra le Società Italiane per Azioni, Circolare n. 19 del 27 giugno 2012, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno *antitrust*

Sommario: I. DANNO RISARCIBILE E SOGGETTI DANNEGGIATI NELLE FATTISPECIE *ANTITRUST*. – II. LA DEFINIZIONE DELLO SCENARIO “CONTROFATTUALE” E IL RUOLO DELL’ANALISI ECONOMICA. – III. BREVE RASSEGNA DEI METODI PIÙ COMUNEMENTE UTILIZZATI PER L’ANALISI DEGLI EFFETTI DI CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI. – IV. DAGLI “EFFETTI” DELLA CONDOTTA ALLA DETERMINAZIONE DEL DANNO. – V. CRITERI DI ORIENTAMENTO PER LA VALUTAZIONE DELLE EVIDENZE ACQUISITE.

I. DANNO RISARCIBILE E SOGGETTI DANNEGGIATI NELLE FATTISPECIE *ANTITRUST*

Dell'illecito *antitrust* si dice correntemente che sia un illecito plurioffensivo.

Le conseguenze pregiudizievoli della condotta anticoncorrenziale, in effetti, sono suscettibili di proiettarsi nella sfera patrimoniale di una pluralità di soggetti, situati a diversi livelli della catena produttiva e distributiva e, allo stesso tempo, di sostanzarsi in danni di diversa natura a carico dello stesso o di diversi operatori, dovendosi ormai pacificamente ricomprendere in tale novero anche il consumatore finale¹.

Usando le categorie tradizionali della responsabilità civile, alla vittima dell'illecito *antitrust* si riconosce il diritto di agire per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale che sia conseguenza immediata e diretta dell'evento, nelle sue componenti tradizionali del danno emergente e del lucro cessante.

Peraltro, muovendo da una nozione di patrimonio individuale inteso non come somma aritmetica di valori, bensì quale entità dinamica strutturalmente unitaria, in virtù dei collegamenti funzionali che intercorrono tra i diversi beni ed utilità che lo compongono, l'interprete è chiamato a considerare il complessivo impatto prodotto dall'evento lesivo sul patrimonio della vittima, definendo e quantificando in denaro – nel caso di risarcimento per equivalente – la perdita o la mancata acquisizione di beni o utilità verificate per effetto dell'illecito.

Da tale ricostruzione discende, in primo luogo, una conferma della notazione secondo la quale la bipartizione tra lucro cessante e danno emergente ha valenza meramente descrittiva e non ontologica. Conferma tanto più evidente ove si tratti di definire il pregiudizio arrecato ad un complesso di beni ed utilità organizzati per l'esercizio di un'attività di impresa, atteso che il “valore” degli *asset* è normalmente funzione della loro idoneità ad essere utilizzati per produrre nuove utilità.

Nel caso del danno da illecito *antitrust*, potranno ragionevolmente classificarsi come danno emergente le spese sostenute dall'attore per reagire alla condotta anticoncorrenziale, nonché – a condizione che si ritenga di ravvisare il nesso di causalità – il complesso dei costi sostenuti per l'accertamento dell'illecito. Per contro, non altrettanto pacifica potrebbe essere, ad esempio, la qualificazione del danno da inutilizzabilità degli investimenti specifici effettuati (c.d. *sunk costs*), la cui perdita di valore è strettamente connessa con la ridotta o annullata capacità di produrre i profitti programmati.

Dalle osservazioni che precedono emerge la centralità dell'indagine sul nesso di causalità quale criterio ineludibile, nel quadro di una nozione esclusivamente compensativa della responsabilità civile, al fine di ritagliare quelle – e solo quelle – tra le perdite e mancate acquisizioni di beni o utilità, che siano eziologicamente riconducibili all'evento dannoso, quale che sia la sfera giuridico-patrimoniale nella quale esse si sono prodotte.

In altri termini, una corretta ricostruzione del nesso di causalità è funzionale sia ad una puntuale definizione dell'area del danno risarcibile (neutralizzando i rischi di sotto o sovra-compensazione, ovvero di duplicazione di risarcimenti), sia alla corretta collocazione del danno in capo al soggetto in cui effettivamente esso si è radicato, vuoi per esservi originaria-

¹ Cass., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207.

mente prodotto, vuoi per effetto di successiva traslazione nell'ambito delle dinamiche del mercato.

Come detto, la prova del nesso di causalità grava sull'attore, il quale può incontrare rilevanti difficoltà connesse con la natura spesso prognostica delle valutazioni e l'alto tecnicismo della materia, aggravate dall'asimmetria informativa normalmente esistente tra l'attore e il convenuto. Per l'assolvimento di tali oneri processuali, le tecniche di analisi economica rappresentano uno strumento di indubbia utilità. La loro applicazione, peraltro, presuppone *iter* logici e valutazioni differenziati a seconda del tipo di illecito *antitrust* che si assuma a riferimento, rilevando in questa ottica, non tanto la classificazione legislativa, quanto la distinzione, fondata sugli effetti prodotti sul mercato, tra pratiche di sfruttamento e pratiche escludenti.

Pratiche di sfruttamento. – Nei casi in cui un illecito *antitrust* – sia esso riconducibile al novero delle intese ovvero degli abusi di sfruttamento – abbia determinato un prezzo sovraconcorrenziale ovvero una riduzione dell'*output*, si produce un trasferimento di ricchezza a favore dell'autore o degli autori dell'illecito, a carico di altri soggetti del mercato, per lo più situati a valle nella catena produttiva/distributiva.

Il sovrapprezzo anticompetitivo pagato da questi ultimi – nei limiti in cui non venga traslato ad altri soggetti – costituisce un pregiudizio di natura patrimoniale che, in presenza degli ulteriori presupposti della responsabilità extracontrattuale, può essere oggetto di una domanda risarcitoria. Emblematica, in tal senso, appare la nota vicenda delle azioni intentate dai consumatori nei confronti delle imprese assicurative sanzionate dall'Agcm².

L'analisi economica si rivela in questi casi un supporto fondamentale per individuare e definire l'area del pregiudizio giu-

ridicamente rilevante e per raggiungere la prova dell'*an* del danno o per individuare elementi su cui fondare un accertamento presuntivo. Analogamente, in sede di quantificazione, le evidenze economiche possono efficacemente svolgere il ruolo di elementi di fatto da assumere a fondamento di una valutazione equitativa.

Il problema della individuazione e quantificazione del danno da sovrapprezzo anticoncorrenziale presenta profili di particolare complessità nei casi – non infrequenti – in cui esso venga traslato dalla prima vittima (acquirente diretto) ai propri clienti (acquirenti indiretti), mediante aumenti di prezzo suscettibili a loro volta di riversare i propri effetti lungo tutta la catena produttiva/distributiva, fino al cliente finale.

La traslazione del danno *antitrust* (fenomeno di c.d. *passing on*) è stata indirettamente presa in considerazione dal Libro Bianco della Commissione il quale, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha riaffermato «l'importanza del principio compensativo e del presupposto che il risarcimento deve poter essere concesso a chiunque abbia subito un danno e possa dimostrare un sufficiente nesso causale con l'infrazione»³, con ciò attribuendo rilievo, ai fini della legittimazione attiva, al c.d. *passing on* offensivo.

Allo stesso tempo, la Commissione ha anche ammesso il *passing on* difensivo, in capo agli autori dell'infrazione, atteso che «rifiutare questo argomento di difesa determinerebbe un arricchimento senza causa da parte degli acquirenti che hanno trasferito il sovrapprezzo e un'indebita compensazione multipla per il sovrapprezzo illegale da parte del convenuto»⁴.

In definitiva, l'inquadramento della materia proposto a livello comunitario risulta perfettamente in linea con la richiamata tradizione giuridica nazionale in punto di funzione compensativa della responsabilità civile⁵. Vi sono, per contro,

² Cfr. AGCM, Prov. n. 8546/2000, in *Boll.* 14 agosto 2000, n. 30. In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass., 10 maggio 2011, n. 10211.

³ Cfr. Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 2 aprile 2008, COM(2008) 165 def.

⁴ Cfr. *Libro Bianco*, cit.

⁵ Cfr. App. Torino, 6 luglio 2000, secondo la quale dalla natura compensativa dell'azione risarcitoria discende l'esclusione della legittimazione attiva sostanziale in capo al soggetto che abbia concorso a traslare il danno ai consumatori finali.

significative distanze rispetto alla posizione assunta sul punto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale, da un lato, ha escluso che l'autore dell'illecito possa eccepire il *passing on* per ridurre o escludere l'obbligazione risarcitoria⁶ e, dall'altro lato, ha negato la legittimazione attiva agli acquirenti indiretti, essenzialmente sulla base della duplice motivazione che gli acquirenti diretti sono coloro che ricevono il maggior danno dall'illecito *antitrust*, nonché coloro che si trovano nella posizione più vantaggiosa per agire giudizialmente⁷.

Ciò posto, la maggiore complessità dell'analisi in caso di *passing on* può essere legata alle specifiche modalità con le quali la traslazione è stata effettuata nel caso concreto, soprattutto in ragione del fatto che raramente essa si presenta sotto forma di ricarico *tel quel* sul prezzo di rivendita e in ogni caso, anche nell'ipotesi in cui la vittima dell'illecito *antitrust* riuscisse a traslare integralmente il sovrapprezzo, essa non verrebbe per ciò solo a compensare integralmente il danno. La traslazione, infatti, comportando un aumento del prezzo di rivendita, produce, a condizioni date, una contrazione dell'*output* del soggetto che la pone in essere.

A fini risarcitori, occorre pertanto considerare l'effetto complessivo della traslazione così come prodotti in concreto, muovendo dalle due ipotetiche situazioni estreme nelle quali la vittima non trasla affatto il sovrapprezzo, ovvero lo trasla integralmente. Nel primo caso si avrà una situazione nella quale la vittima dell'illecito assorbe completamente il sovrapprezzo, sotto forma di aggravio di costi, riportando un danno che, secondo la terminologia tradizionale, può definirsi come danno emergente. Nel caso di traslazione integrale, invece, il pregiudizio in questione sarà completamente trasferito a valle dalla (prima) vittima dell'illecito la quale, peraltro, riporterà un danno da perdita di possibilità di profitti derivante dalla riduzione dell'*output*. Tali essendo le situazioni estreme, il processo di individuazione e quantificazione dei danni ri-

sarcibili deve necessariamente prendere le mosse dalla determinazione del *quantum* di sovrapprezzo anticoncorrenziale che l'operatore, in concreto, è riuscito a traslare a valle.

Quanto al consumatore finale che abbia effettuato l'acquisto pagando un sovrapprezzo anticompetitivo e che intenda agire giudizialmente per richiedere la "restituzione" del *surplus*, non vi è dubbio che il tema da affrontare con gli strumenti dell'analisi economica sia pur sempre quello della determinazione del sovrapprezzo. In questa ottica, non sembra qui assumere alcuna specifica rilevanza il tema tecnico-giuridico degli strumenti concretamente azionabili, avuto riguardo, in particolare, all'ipotesi in cui il dante causa del consumatore non sia autore né partecipe dell'illecito *antitrust* e, pertanto, possa difettare il requisito dell'ingiustizia del danno ai fini dell'esperimento di un'azione risarcitoria nei suoi confronti.

Ciò posto, merita comunque evidenziare come il "danno" di tali soggetti sia un danno qualificabile, in ottica risarcitoria, come danno emergente, essendo per definizione esclusa la configurabilità di un lucro cessante per il consumatore finale.

Vi sarà, piuttosto, un insieme di consumatori potenziali che non hanno perfezionato l'acquisto in ragione del sovrapprezzo, per i quali, a tacere delle difficoltà di ordine probatorio circa il fatto negativo del mancato acquisto e circa il nesso causale, non sembra possa configurarsi un vero e proprio danno di natura patrimoniale.

Pratiche escludenti. – Le pratiche di questo tipo possono realizzarsi attraverso manovre sui prezzi (prezzi predatori, sconti fidelizzanti, *margin squeeze*, *price squeeze*) o per mezzo di condotte di natura diversa, quali accordi di esclusiva, ostacoli all'accesso a *essential facilities*, rifiuti a contrarre, *etc.*

In caso di condotta escludente i concorrenti (tutti o alcuni di essi), se la pratica sortisce effetti, subiscono un effetto negativo sull'*output* che può concretiz-

⁶ Cfr. sentenza *Hanover Shoe* (392 U.S. 481), del 1968.

⁷ Cfr. sentenza *Illinois Brick* (431 U.S. 720), del 1977.

zarsi tanto in una riduzione, quanto in un mancato incremento atteso delle quantità.

Posto che il pregiudizio di natura patrimoniale, in entrambi i casi, dovrà essere valutato in termini di differenza tra flussi di cassa attesi e flussi effettivi, il corretto inquadramento del nesso causale, da effettuarsi sulla base delle evidenze economiche, svolgerà anche in questo caso un ruolo decisivo al fine di circoscrivere l'area del danno risarcibile, espungendo in particolare gli eventuali mancati guadagni lamentati dalla parte che siano eziologicamente riconducibili a circostanze diverse dall'illecito *antitrust*.

In termini non dissimili, l'analisi economica dovrà guidare le valutazioni volte a ricostruire con precisione l'impatto dei mancati guadagni sulla valutazione degli *asset* della vittima dell'illecito, al fine di fugare il rischio che, sotto le forme apparentemente distinte del risarcimento del lucro cessante e del danno emergente, si finisca per compensare più pregiudizi patrimoniali aventi in realtà matrice unitaria.

Un problema peculiare riguarda poi le ipotesi, non infrequenti, in cui l'impresa vittima della pratica escludente viene espulsa dal mercato, presentandosi la necessità, in tali casi, di fare riferimento anche ad un orizzonte temporale (futuro) per la valutazione dei mancati profitti futuri.

Per contro, nessun particolare pregiudizio sembra possa derivare nel breve periodo ai consumatori per effetto delle condotte qui considerate. Gli acquirenti finali, infatti, specie nel caso di prezzi predatori, potrebbero addirittura trarre un vantaggio immediato dalla pratica anticoncorrenziale, salvo porsi in seguito, ove la strategia escludente abbia successo, un diverso problema di pratica di sfruttamento.

II. LA DEFINIZIONE DELLO SCENARIO "CONTROFATTUALE" E IL RUOLO DELL'ANALISI ECONOMICA

Il problema principale nella determinazione del danno da illecito *antitrust* consiste nel fatto che gli effetti di una qualsiasi condotta lesiva della concorrenza non sono (direttamente) osserva-

bili. Il solo scenario osservabile è quello nel quale avviene (o che incorpora) la condotta. In altri termini, si può osservare soltanto ciò che è accaduto, ma non come sarebbe stata la realtà se tutto fosse rimasto identico, ma senza che la condotta "incriminata" avesse avuto luogo.

L'approccio più comunemente utilizzato per colmare questo *gap informativo* è quello di costruire uno scenario "controfattuale", con il quale comparare la realtà, la quale, per definizione, incorpora gli effetti della condotta. Ad esempio, nel caso di un cartello o di un abuso di sfruttamento economico lo scenario controfattuale dovrà produrre una stima del prezzo che tenga conto di tutti i fattori che incidono sul prezzo stesso ad eccezione del cartello (o dell'abuso). Comparando il prezzo effettivo con quello dello scenario controfattuale si può ottenere una stima del cosiddetto sovrapprezzo da cartello (*cartel overcharge*), ovvero quanto hanno speso in più gli acquirenti del bene (sia imprese che consumatori finali) per via del cartello tra le imprese produttrici di quel determinato bene. Nel caso di un abuso escludente (prezzi predatori, *refusal to deal*, *tying & bundling* e altri), lo scenario controfattuale dovrà produrre una stima dei costi sostenuti e/o delle vendite che l'impresa esclusa avrebbe realizzato in assenza dell'abuso da parte dell'impresa dominante. Alla stessa stregua, comparando le vendite stimate dello scenario controfattuale con quelle effettivamente realizzate dall'impresa, è possibile ottenere una stima delle vendite non realizzate per via dell'esclusione.

La costruzione dello scenario controfattuale rappresenta dunque il momento centrale di qualsiasi esercizio volto a misurare l'effetto di un cambiamento del regime concorrenziale o, più in generale, di qualsiasi intervento di *policy*. Se, da una parte, il problema della ricerca del tassello mancante per la determinazione del danno è teoricamente ben definito, dall'altra, come debba essere effettivamente costruito lo scenario controfattuale è più controverso. Ciò perché, come vedremo nella sezione successiva, esistono una pluralità di metodi utili a tale fine, molto diversi da loro, che si basano su ipotesi

più o meno restrittive, che richiedono una quantità di dati e informazioni più o meno significativa e, soprattutto, che se applicati allo stesso problema possono dare risultati anche molto diversi tra loro. La sezione che segue tratterà, sebbene in maniera non esaustiva, le metodologie più comunemente utilizzate per la determinazione del danno. Si tratta, implicitamente, di approcci alternativi che mirano allo stesso obiettivo, ovvero alla costruzione dello scenario controfattuale.

III. BREVE RASSEGNA DEI METODI PIÙ COMUNEMENTE UTILIZZATI PER L'ANALISI DEGLI EFFETTI DI CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI

Esiste un'ampia gamma di metodi e modelli per l'analisi degli effetti delle condotte anticoncorrenziali, con ciò intendendo sia le pratiche di sfruttamento che quelle escludenti. Tali metodi possono essere classificati in modi diversi, ma in realtà mirano tutti alla costruzione dello scenario controfattuale a ciò che viene osservato e che, per definizione, incorpora la condotta delle imprese. D'ora in avanti, si farà, pertanto, riferimento indistintamente alle condotte anticoncorrenziali essendo i metodi e i modelli non differenziati per fattispecie e utilizzabili sia per quantificare il sovrapprezzo dovuto alla pratica di sfruttamento sia le mancate vendite connesse alla condotta escludente. Inoltre, sempre per finalità espositive, alcuni metodi verranno descritti prendendo come riferimento il sovrapprezzo causato da un ipotetico cartello; ovviamente, per quanto detto sopra, nulla vieta di applicare le medesime tecniche per la quantificazione delle vendite che non si sono realizzate per via dell'esclusione dal mercato.

I metodi più comunemente utilizzati possono essere raggruppati nelle seguenti tre categorie: *i*) metodi che si basano su comparatori (o "yardstick"); *ii*) metodi di natura finanziaria e *iii*) metodi basati su modelli economici che descrivono il comportamento delle imprese.

i) I metodi basati su comparatori (*comparator*) utilizzano dati non influenzati dalla condotta della quale si vogliono

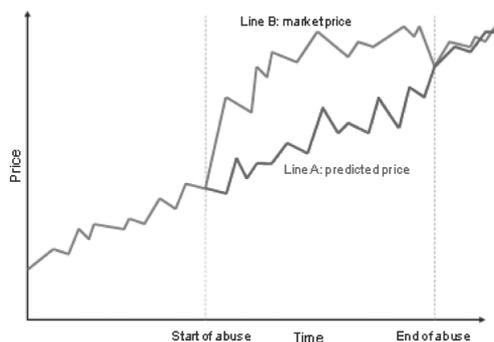
misurare gli effetti al fine di pervenire alla costruzione di uno scenario "controfattuale" (da comparare a quello fattuale che, per definizione, incorpora anche gli effetti della condotta). Tali dati possono riferirsi ad "altri mercati", a periodi temporali diversi da quelli nei quali si realizza l'*infringement*, oppure a mercati diversi sullo stesso arco temporale nel quale si verifica la condotta. La scelta di quale approccio utilizzare dipende essenzialmente dalla qualità e dalla quantità dei dati e delle informazioni disponibili. Esempi di "altri" mercati possono essere sia mercati nazionali dello stesso bene ma in aree geografiche diverse da quelle in cui si realizza la condotta sia mercati esteri dello stesso bene. Perché i dati provenienti da altri mercati possano essere validamente utilizzati per la costruzione dello scenario controfattuale è necessario che in essi non operino le imprese che hanno posto in essere la condotta restrittiva né che in tali mercati siano presenti condotte simili poste in essere da imprese diverse. Ad esempio, se si volessero misurare gli effetti di un presunto cartello tra imprese attive solo in alcune province italiane, il prezzo dello scenario controfattuale potrà essere stimato calcolando una media (semplice o ponderata in maniera adeguata) dei prezzi del medesimo bene nelle rimanenti regioni d'Italia (o in mercati esteri non troppo "dissimili" dall'Italia). Qualora la numerosità degli "altri mercati" sia particolarmente elevata è opportuno costruire modelli empirici controfattuali che tengano conto anche di possibili differenze tra mercati (che incidono sul prezzo di equilibrio e quindi sugli effetti della condotta). Ad esempio, i "diversi" mercati potrebbero differenziarsi per via del numero di imprese in essi presenti. Dato che la struttura di mercato (numero di imprese) è una variabile concorrenziale che impatta sul prezzo finale, se nei mercati usati come comparatori il numero di imprese è diverso da quello nel mercato in cui avviene l'*infringement*, comparando i dati di prezzo dell'uno con quelli degli altri non si avrebbe una stima soltanto dell'effetto del cartello (la sola cosa che qui interessa) ma una stima degli effetti del cartello che incor-

pora anche le differenze di prezzo dovute a *differenze nella struttura del mercato*. L'utilizzo di modelli empirici opportunamente costruiti consente appunto di pervenire alla stima del prezzo nello scenario controfattuale "neutralizzando" tutte le differenze di prezzo tra mercati ad eccezione del cartello (che, si ricorda, è l'unico determinante del prezzo di cui si vogliono misurare gli effetti).

L'altra grande famiglia di metodi basati su comparatori è quella che utilizza dati provenienti dallo stesso mercato in cui avviene l'*infringement* ma in un diverso momento temporale (generalmente prima o dopo). Tali metodi si distinguono in due grandi categorie, quelli, più semplici, "a linea retta" e quelli, più complessi, su basi di natura econometrica. In entrambi i casi, l'assunto di fondo è che lo scenario controfattuale alla condotta possa essere desunto da dati ed informazioni precedenti o successivi o durante l'attuazione della condotta. I metodi "a linea retta" sono dei metodi molto apprezzati soprattutto per la loro semplicità; tuttavia, come vedremo, il grado di imprecisione di questi metodi può essere notevole. I principali metodi a linea retta sono tre: "Before", "After" e "Before/After". Il metodo "Before" assume semplicemente che il prezzo nello scenario controfattuale sia quello immediatamente precedente l'inizio della condotta. "After" assume, invece, che il prezzo che sarebbe prevalso nel mercato in assenza della condotta è quello immediatamente successivo alla fine della stessa. Il metodo "Before/After" assume, infine, che, i prezzi che sarebbe prevalsi in assenza del cartello sono quelli che si trovano lungo una retta che congiunge il prezzo immediatamente prima dell'inizio della condotta "Before" con quello immediatamente dopo "After". Il vantaggio principale del metodo "Before", che, come ricordato si basa su dati precartello, è quello di fornire un controfattuale non contaminato dagli effetti del cartello; può essere tuttavia difficile accertare il momento nel quale il cartello inizia a produrre effetti. Lo svantaggio principale del metodo "After" è che il cartello può continuare a produrre effetti anche dopo la fine "ufficiale" dello stesso;

ciò comporta che il controfattuale sia in qualche modo "inquinato" dagli effetti del cartello. Anche in questo caso, la disponibilità di dati di buona qualità può consentire lo svolgimento di esercizi di natura econometrica, che consentono di stimare il prezzo che sarebbe prevalso nel mercato in assenza del cartello in maniera più attendibile di quanto (non) facciano i metodi a linea retta. La figura che segue illustra precisamente questo. La linea B (*Line B*) mostra lo scenario fattuale, ovvero l'andamento del prezzo del bene oggetto del cartello prima, durante e dopo il cartello stesso; la linea A, che rappresenta lo scenario controfattuale, è quello che si può ottenere mediante l'utilizzo di metodi econometrici. La superiorità di tali metodi rispetto ai metodi a linea retta deriva essenzialmente dal fatto che i primi sono in grado di fornire una stima del prezzo nello scenario controfattuale che tiene conto anche del cambiamento intervenuto in altri fattori (che rilevano per il prezzo) ma indipendenti dal cartello. Ad esempio, se durante il periodo nel quale ha operato il cartello è cambiato anche il prezzo degli *input* del bene (per ragioni indipendenti dal cartello) utilizzando opportunamente i metodi econometrici sarà possibile produrre un controfattuale che tenga anche conto della variazione del prezzo dell'*input* intervenuta contemporaneamente al cartello, evitando, quindi, di imputare tutta la variazione di prezzo al cartello, sovra o sottostimandone gli effetti.

Esempio di applicazione dei metodi basati su serie storiche



Fonte: Figura riprodotta da Oxera (2009).

Laddove fossero disponibili, per gli anni nei quali ha operato il cartello, sia dati per il mercato nel quale avviene l'*infringement* sia dati per altri mercati dello stesso bene, si può adottare una tecnica, ancora più sofisticata, definita in gergo *difference-in-difference*. Tale tecnica consente di isolare abbastanza bene gli effetti del cartello sul prezzo da altri fattori come costi, domanda, fattori istituzionali che pure impattano sul prezzo ma non hanno niente a che vedere con il cartello. Supponiamo, ad esempio, che nel periodo del cartello il prezzo del bene sia aumentato del 20% e che il prezzo del principale *input* per produrre tale bene sia aumentato del 40%. Se l'incremento di prezzo del bene (20%) fosse interamente attribuito al cartello, con ogni probabilità gli effetti del cartello verrebbero sovrastimati perché non si terrebbe conto del fatto che anche i costi per le imprese sono aumentati. La porzione di aumento del prezzo dovuto al solo aumento dei costi può tuttavia essere misurata sulla base dell'incremento del prezzo medio sugli 'altri mercati', che per definizione non sono influenzati dal cartello. Sempre continuando con il nostro esempio, supponiamo che sullo stesso periodo di tempo del cartello il prezzo in tali mercati sia mediamente aumentato del 7%. L'effetto del cartello può essere quindi stimato sottraendo l'aumento dei prezzi dovuto al solo aumento dei costi (7%) all'aumento del prezzo di mercato del bene oggetto del cartello (20%), producendo, nel nostro esempio, una stima dell'effetto del cartello sul prezzo del bene pari al 13%. L'ipotesi alla base della metodologia *difference-in-difference* è che sia il mercato dove avviene il cartello sia gli altri mercati rispondano tendenzialmente allo stesso modo ad (eventuali) *shock* sul prezzo intervenuti durante il periodo del cartello e che, pertanto, l'unica differenza tra i due *set* di mercati sia la presenza del cartello in uno ma non negli altri. Il metodo appena descritto può essere applicato anche qualora non fosse possibile disporre di dati sui prezzi dello stesso bene negli 'altri' mercati (e sul medesimo arco temporale), ma soltanto di dati relativi ad un bene merceologicamente affine (ad es.

pane e pasta), che, in qualche modo possa essere interessato dagli stessi *shock* del bene oggetto del cartello. In altre parole, se per ipotesi il cartello interessasse il mercato della pasta secca, la crescita, sullo stesso periodo, del prezzo medio del pane può essere utilizzata per depurare l'aumento di prezzo della pasta dall'aumento di costo intervenuto sullo stesso periodo. Anche in questo caso è possibile utilizzare tecniche di natura econometrica per svolgere esercizi più sofisticati e/o stimare l'effetto di interesse tenendo conto di altri fattori che impattano sul prezzo dei beni.

ii) I metodi di natura finanziaria comprendono un insieme di strumenti che vengono applicati per quantificare alcuni indicatori di natura finanziaria nello scenario controfattuale. La differenza principale rispetto ai metodi descritti in precedenza è più da ritrovarsi nell'ambito di applicazione dei metodi (applicati ad indicatori di natura finanziaria) che non nelle tecniche stesse. Un esempio tipico di applicazione dei metodi finanziari consiste nel determinare (direttamente) la redditività di impresa che ritiene di essere stata danneggiata dalla condotta di una o più imprese nello scenario "controfattuale" e compararla con quella effettivamente osservata al fine di quantificare il danno subito per via della condotta. La redditività dell'impresa (esclusa) potrebbe, ad esempio, essere stimata facendo riferimento al proprio costo del capitale, ovvero al tasso di profitto *minimo* che un'impresa dovrebbe realizzare in mercati competitivi per remunerare i propri portatori di capitale (sia di rischio che di debito). Laddove il tasso di profitto realizzato fosse inferiore al costo del capitale e si dimostrasse che ciò è una conseguenza della condotta (escludente) di un'impresa, la differenza tra i due tassi di rendimento potrebbe essere imputata all'abuso. Alternativamente, la profittabilità nello scenario "controfattuale" potrebbe essere misurata sulla base dei profitti effettivamente realizzati da altre imprese che operano all'interno della medesima industria e/o di imprese che operano in settori comparabili in termini di rischiosità dell'investimento e della struttura di

mercato e/o sulla base dei profitti realizzati dall'impresa esclusa prima dell'inizio e/o dopo la fine della condotta. Anche i metodi di *bottom-up costing* sono generalmente ricompresi tra i metodi di natura finanziaria. Questi ultimi forniscono una stima del prezzo che si sarebbe osservato in assenza del cartello in base di criteri di natura contabile, costruendo il prezzo nello scenario controfattuale applicando un *mark-up* al costo unitario di bene. Il costo unitario è quello delle imprese appartenenti al cartello; il *mark-up* viene generalmente stimato mediante tecniche di analisi finanziaria applicate in mercati comparabili ma competitivi.

iii) Infine, i metodi basati su modelli economici assumono che gli esiti di mercato (prezzi e quantità) possano essere considerati come equilibri di modelli nei quali, data la funzione di domanda di ciascuna impresa, le imprese competono tra loro per massimizzare i rispettivi profitti. L'interazione tra imprese può avvenire in modi diversi: in alcuni casi le imprese competono definendo in maniera strategica il prezzo del proprio prodotto; in altri le imprese decidono la quantità prodotta lasciando che sia il mercato a definire il prezzo. I beni prodotti dalle imprese possono essere differenziati (ciascuna impresa produce un bene che è sufficientemente differenziato – o almeno percepito come tale – da quello prodotto da un'altra) o omogenei (tutte le imprese producono lo stesso identico bene). I costi delle imprese possono essere simmetrici (uguali per tutte le imprese) o meno. L'applicazione di tali metodi per la stima degli effetti di una determinata condotta presuppone: 1) la scelta di una forma di interazione tra imprese; e 2) la stima dei parametri della funzione di domanda e/o della funzione di costo di ciascuna impresa. Combinando 1) e 2) è possibile ottenere un equilibrio di mercato (prezzi, quantità e profitti per ciascuna impresa) nello scenario "controfattuale", da comparare con quello fattuale (che incorpora anche gli effetti della condotta). Ovviamente, dato che assunzioni diverse relati-

vamente a 1) e 2) daranno inevitabilmente luogo a equilibri di mercato diversi, e quindi a stime diverse degli effetti del cartello, è essenziale che tali assunzioni vengano effettuate nella maniera più coerente possibile con quanto avviene nella realtà e, possibilmente, con l'aiuto di specialisti del settore in grado di indirizzare tali scelte.

IV. DAGLI "EFFETTI" DELLA CONDOTTA ALLA DETERMINAZIONE DEL DANNO

Oltre alla stima degli effetti della condotta sulla variabile rilevante (prezzo nei casi di cartello e/o abuso di sfruttamento, vendite nei casi di abusi escludenti), la quantificazione dei danni da condotte anticoncorrenziali richiede elementi ulteriori. Nei casi di cartello, la determinazione dei danni subiti dalle imprese acquirenti il bene oggetto del cartello richiede anche una stima del *pass-on*, ovvero, della parte di danno da "sovraprezzo" che l'acquirente del bene oggetto del cartello non riesce a trasferire a valle⁸. Ad esempio, nel caso di un ipotetico cartello tra produttori di cemento, tutte le imprese che acquistano il cemento sono costrette a pagare un prezzo più elevato di quello che avrebbero corrisposto in assenza della condotta. Quanto tali imprese siano effettivamente penalizzate dal cartello (che ha incrementato il prezzo di un loro *input*), dipende dalla misura in cui esse riusciranno a riversare l'aumento di prezzo a valle. Ciò posto, effettuare una stima credibile del *pass-on* richiede l'applicazione di tecniche piuttosto complesse, la cui trattazione esula dallo scopo del presente contributo. In linea generale, si può affermare come vi sia una differenza tra il caso in cui le imprese a valle comprano tutte dal cartello e il caso in cui soltanto alcune di esse comprano dalle imprese colluse. Nel primo caso, secondo un risultato ben noto nella teoria economica, il *pass-on* è compreso tra il 50%, come avverrebbe se l'impresa acquirente fosse un monopolista con una domanda lineare (a valle), e il 100% se il mercato a

⁸ Ovviamente, non c'è necessità di considerare

il *pass-on* quando gli acquirenti del prodotto oggetto del cartello sono i consumatori finali.

valle delle imprese coinvolte nel cartello è concorrenziale. In altre parole, il danno (da *overcharge*) per l'impresa che acquista un fattore produttivo a prezzi di cartello è al massimo pari al 50% di quanto pagato in eccesso sui propri acquisti (se l'acquirente è monopolista)⁹ mentre, se il *pass-on* è il 100%, il danno (da *overcharge*) per l'impresa che acquista un fattore produttivo a prezzi di cartello è pari a zero (in quanto l'aumento di prezzo viene riversato completamente a valle). Nel secondo caso (soltanto alcune delle imprese nel mercato a valle acquistano l'*input* al prezzo del cartello), il *pass-on* per queste imprese sarebbe prossimo allo zero, in quanto, operando in tale mercato anche imprese non soggette all'aumento dei costi (per via del cartello a monte), le imprese che acquistano a prezzi di cartello difficilmente riuscirebbero a trasferire a valle l'aumento dei costi. In linea di principio, stimare empiricamente il *pass-on* effettivo in un caso specifico non è impossibile. Ciò richiede l'applicazione di tecniche econometriche a dati (affidabili) sui prezzi di acquisto dei fattori produttivi, sui prezzi finali e sui volumi effettivamente venduti, i quali possono essere di non facile reperimento.

La considerazione del *pass-on* effettivo non esaurisce la determinazione del danno per le imprese che acquistano un bene oggetto di cartello. In altre parole, quando anche le imprese acquirenti di tale bene fossero in grado di riversare completamente a valle l'aumento di costo, esse sarebbero comunque danneggiate in quanto, essendo la curva di domanda di un'impresa negativamente inclinata, ciascuna impresa venderà comunque meno unità del suo prodotto, realizzando profitti inferiori (danno da volume). In linea generale, la quantificazione del "danno da volume" richiede una stima dell'elasticità della domanda dell'impresa (per stimare la riduzione delle vendite causate da un aumento del prezzo per via dell'aumento del costo marginale di produzione) e del margine di

profitto che l'impresa avrebbe realizzato su tali vendite¹⁰. Qualora tali informazioni non siano disponibili, il danno da volume può essere quantificato a partire da alcune ipotesi sul prezzo di riferimento adottato nel cartello (monopolistico o meno) e sulla tipologia di mercato oligopolistico nello scenario "controfattuale".

La quantificazione del danno per l'impresa esclusa richiede, oltre alle vendite che non hanno avuto luogo per via del comportamento dell'*incumbent*, una stima dei costi sostenuti e/o dei profitti che l'impresa non ha realizzato (per via dell'esclusione). Spesso la perdita di profitto per l'impresa che ha subito l'abuso viene stimata applicando i margini di profitto realizzati dall'impresa alle vendite non realizzate per via dell'esclusione. Il problema principale nella prova di queste tipologie di danno non è di tipo concettuale, ma sta nelle difficoltà per l'impresa che ne chiede il risarcimento di quantificarlo in maniera adeguata, di provare il nesso causale tra danno lamentato e condotta abusiva, nonché di separare l'effetto della condotta escludente da altri fattori che potrebbero aver concorso alla riduzione delle vendite (incompetenza del *management*, mancanza di risorse, ciclo economico avverso e altri fattori).

V. CRITERI DI ORIENTAMENTO PER LA VALUTAZIONE DELLE EVIDENZE ACQUISITE

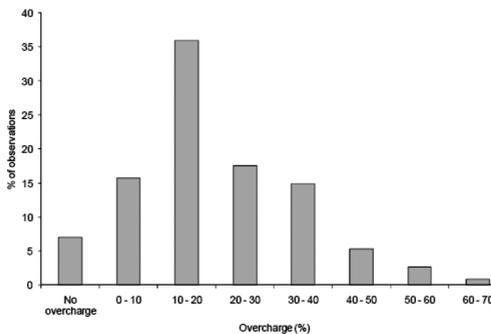
Come mostrato nella sezioni precedenti, esistono una serie di metodi comunemente utilizzati per la determinazione del danno causato da un illecito concorrenziale. In linea generale, nessun metodo è assolutamente superiore ad un altro, ma possiede determinate caratteristiche che lo rendono più o meno adatto per essere applicato ad un caso specifico. Nell'ambito della presente sezione verranno, pertanto, forniti alcuni criteri di orientamento per valutare le evidenze acquisite in materia di determinazione del danno in sede giudiziale o in altro contesto.

⁹ Formalmente, l'eccesso di spesa per via del cartello può essere espresso moltiplicando il sovrapprezzo da cartello (cfr. nota successiva n. 11) per la quantità acquistata del fattore produttivo.

¹⁰ L'elasticità della domanda di un'impresa indica la riduzione della quantità vendute a seguito dell'aumento del prezzo da parte della stessa impresa.

La premessa di fondo alla trattazione che segue è che in nessun caso la valutazione dei danni in un caso specifico dovrebbe essere effettuata sulla base di informazioni storiche sugli effetti dei cartelli in quanto c'è un rischio molto concreto che gli effetti del cartello possano essere sovra o sottostimati. La figura che segue mostra, infatti, come, considerando un numero piuttosto elevato di cartelli avvenuti in passato, il sovrapprezzo da cartello sia variato in un intervallo piuttosto ampio, compreso tra 0 (il cartello non ha prodotto alcun aumento di prezzo) e il 70% (il cartello ha aumentato i prezzi del 233%). In altre parole, dato che in base ai dati storici il sovrapprezzo da cartello, la cosiddetta *cartel overcharge*, varia da 0 al 70%, considerarne la media (pari al 15-20%) può comportare che vengano attribuiti effetti significativi ad un cartello che, di fatto, non ne ha avuto alcuno; diversamente, nel caso di effetti 'reali' pari al 70%, potrebbe accadere che gli effetti reali del cartello siano anche più del triplo di quelli stimati¹¹.

Distribuzione del sovrapprezzo da cartello in studi empirici di cartelli avvenuti nel passato



Fonte: Figura riprodotta da Oxera (2009).

I metodi basati su comparatori sono certamente in grado di fornire elementi utili alla valutazione del danno da illecito *antitrust*. Tuttavia, affinché tali metodi riescano effettivamente ad isolare l'effetto

del cartello (o di altra condotta) da altri fattori devono essere soddisfatte alcune condizioni. In primo luogo, i mercati utilizzati alla base delle comparazioni devono "assomigliare" quanto più possibile al mercato nel quale avviene l'illecito in tutti i principali aspetti che incidono sulla formazione del prezzo.

Ad esempio, se i mercati utilizzati come comparatori presentano un maggiore grado di concentrazione di quello nel quale ha luogo il cartello, il prezzo medio del bene in tali mercati potrebbe addirittura superare quello del bene oggetto del cartello, mostrando un impatto *negativo* del cartello sul prezzo! Ciò non è ovviamente una limitazione intrinseca del metodo, ma una conseguenza del fatto che esso è stato applicato a mercati eterogenei dal punto di vista del grado di concentrazione.

Un esempio ulteriore nel mercato del credito bancario appare particolarmente calzante. È noto come il credito (bancario e non) nelle regioni del Sud Italia sia più costoso che nel Nord Italia per diverse ragioni, ma soprattutto perché, a parità di condizioni, la rischiosità degli investimenti nel Sud supera quella nel Nord. Una eventuale comparazione dei tassi d'interesse Nord-Sud dovrà, pertanto, tenere inevitabilmente conto di queste differenze per evitare che la stima degli effetti di una condotta sia distorta verso l'alto (se il cartello avvenisse nelle regioni del Sud e le regioni del Nord fossero utilizzate come comparatori) o verso il basso (se il cartello avvenisse nelle regioni del Nord e le regioni del Sud fossero utilizzate come comparatori). La disponibilità di dati su altre variabili (concentrazione, costi, quantità prodotte, *etc.*) che incidono sulla determinazione del prezzo può consentire l'utilizzo di metodi econometrici, che, per loro natura sono in grado di tenere presenti le differenze osservabili tra mercati, aumentando quindi notevolmente la precisione di questi esercizi. Occorre, tuttavia, rilevare, come anche tale approccio non sia completamente risoluto-

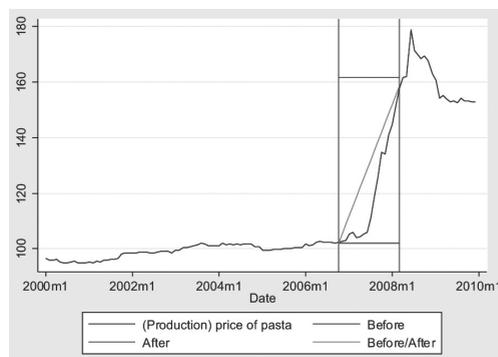
¹¹ Il sovrapprezzo da cartello è definito, infatti, dalla seguente formula:

$$\frac{\text{Prezzo}_{\text{cartello}} - \text{Prezzo}_{\text{controfattuale}}}{\text{Prezzo}_{\text{cartello}}}$$

tivo in quanto esiste sempre una componente di eterogeneità non osservabile (in gergo *unobserved heterogeneity*), che può inficiare la bontà dell'esercizio. In questo senso, perché tale esercizio non presenti le limitazioni appena descritte è importante che venga effettuato comparando i dati di prezzo (e, se possibile, delle proprie determinanti) del mercato dove avviene il cartello con quelli di altri mercati (comparatori) su più periodi di tempo. Il metodo *difference-in-difference* rappresenta una delle alternative più promettenti per lo scopo prefigurato.

Come mostrato in precedenza, i metodi basati su serie storiche possono essere distinti in due grandi categorie, quelli, più semplici, "a linea retta" e quelli, più complessi, su basi di natura econometrica. In entrambi i casi, si assume che lo scenario "controfattuale" della condotta in violazione delle norme sulla concorrenza possa essere desunto da dati ed informazioni immediatamente precedenti o successivi all'espletamento della condotta. Esiste, tuttavia, un'importante differenza nella performance delle due categorie di metodi in relazione alla determinazione dello scenario "controfattuale" in quanto, a differenza dei metodi econometrici, i metodi "a linea retta" non riescono per loro natura a "produrre" uno scenario controfattuale che tenga anche conto dei cambiamenti intervenuti ad altri fattori esogeni alla condotta delle imprese. Ad esempio, se durante il periodo nel quale ha operato un cartello si registra anche un cambiamento significativo del prezzo dei fattori produttivi utilizzati dall'impresa e/o della quantità prodotta, il prezzo di vendita dell'impresa varierà anche per tali ragioni, che i metodi 'a linea retta' non riescono a catturare. Ciò fa sì che qualsiasi differenza tra il prezzo osservato (frutto della condotta e del cambiamento dei costi e/o della quantità prodotta dall'impresa) e quello dello scenario controfattuale sarà imputata alla condotta delle imprese, ancora una volta sovrastimando o sottostimando gli effetti della condotta. In particolare, gli effetti della condotta verranno sovrastimati se nel periodo del cartello i costi delle imprese saranno aumentati per ragioni esogene e sottostimati nel caso inverso. La figura seguente mostra appunto le criticità appena descritte facendo riferimento ad un caso concreto di cartello, che nella figura è individuato dalle due rette verticali, dove, durante il periodo in cui ha funzionato il cartello è intervenuto un aumento significativo dei costi delle imprese che partecipavano al cartello. Come si può vedere, l'applicazione dei metodi a linea retta "After" (linea orizzontale in alto che collega le rette verticali che individuano il cartello) e "Before/After" (linea obliqua che collega le rette verticali che individuano il cartello) produce una stima negativa degli effetti del cartello in quanto le stime di prezzo prodotte da questi due metodi sono inferiori ai prezzi di cartello (il cartello ha ridotto il prezzo!). Il metodo "Before" (linea orizzontale in basso che collega le rette verticali che individuano il cartello), invece, produce una stima del prezzo che sarebbe prevalso nel mercato se non ci fosse stato il cartello che non tiene conto dell'aumento dei costi (di natura esogena) per le imprese e, pertanto, produce una sovrastima dell'effetto del cartello.

Prezzi nello scenario controfattuale ottenuti con i metodi a linea retta



Le considerazioni appena svolte portano quindi a sconsigliare l'applicazione di tali metodi quando si registrano importanti variazioni nei costi e nelle quantità prodotte delle imprese nel periodo in cui la condotta vietata avrebbe esplicito i suoi effetti. In altre parole, per poter essere prese in considerazione, le evidenze prodotte sugli effetti di una determinata

condotta ottenute applicando tali metodi dovrebbero essere accompagnate da altrettante evidenze sul fatto che i costi e le quantità prodotte non sono variati in maniera significativa nel periodo in cui la condotta avrebbe avuto attuazione¹².

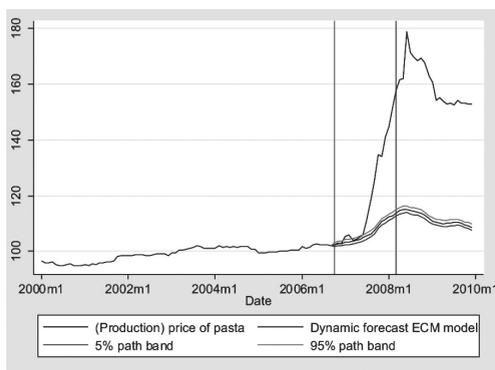
Da questo punto di vista, le evidenze ottenute sulla base dei metodi econometrici applicati alle serie temporali non presentano le (vistose) limitazioni appena discusse. In particolare, essi, se ben costruiti, sono in grado di produrre scenari controfattuali che tengano conto del fatto che la condotta delle imprese non è l'unica cosa che può essere cambiata prima e dopo l'illecito concorrenziale, come, ad esempio, i costi e le quantità prodotte dalle imprese. La figura che segue illustra alcune elaborazioni ottenute sulla scorta di metodi di natura econometrica applicati alle serie temporali per lo stesso caso considerato nella figura precedente, nel quale si verificava anche un aumento dei costi di produzione nel periodo del cartello. La figura, mostra, infatti come il prezzo dello scenario controfattuale aumenta (per via dell'aumento dei costi) durante il periodo nel quale il cartello ha operato, ma non fino a raggiungere il prezzo di cartello. La differenza tra il prezzo che si è realizzato nel mercato (frutto sia della concertazione tra imprese

sia dell'aumento dei costi) con quello dello scenario controfattuale (frutto dell'aumento dei costi ma non della concertazione) può dare un'idea di quanto ha inciso il cartello sul prezzo di mercato.

È, tuttavia, necessario che i metodi econometrici vengano applicati in maniera corretta altrimenti anch'essi potrebbero dare delle indicazioni fuorvianti. In particolare, è essenziale che i modelli utilizzati siano ben specificati, stimati in maniera corretta e tengano adeguatamente conto delle caratteristiche dei dati alla base della stima.

I metodi *difference-in-difference* costruiscono lo scenario controfattuale sulla base di quanto accaduto nel periodo in cui ha avuto luogo il cartello in mercati che, in qualche modo, si comportano come quello nel quale ha avuto luogo la condotta contestata. In particolare, l'effetto di un'ipotetica concertazione tra le imprese X, Y e Z avente ad oggetto il prezzo di un bene nella regione (A), potrebbe essere misurato prendendo come riferimento l'evoluzione del prezzo dello stesso prodotto in un'altra regione (B), dove le imprese X, Y e Z non operano. In altre parole, l'andamento del prezzo nella regione B dovrebbe già incorporare l'impatto di tutte le altre forze che determinano il prezzo del bene ad eccezione della condotta, in maniera tale da permettere di isolare "quanta parte" del prezzo è imputabile alla sola condotta delle imprese. Nonostante tale metodo sia attraente, implementarlo in maniera corretta è meno immediato di quanto possa sembrare. La difficoltà che si presenta più comunemente è la mancanza di comparatori appropriati e, di conseguenza, la scelta, o la necessità, di considerare comparatori che si prestano meno al caso in questione. Ad esempio, se la condotta riguarda il bene (A), come comparatore potrebbe essere utilizzato un bene (B), merceologicamente vicino ad (A), commercializzato nello stesso ambito geografico di (A) da

Prezzi nello scenario controfattuale ottenuti con i metodi econometrici



¹² Con riferimento alle quantità prodotte si osserva come, per definizione, il comportamento coordinato di una o più imprese tenda a ridurre le quantità prodotte, comportando un aumento dei costi unitari di produzione per via delle economie

di scala che verrebbero perse. Si suggerisce, pertanto, di tenere conto dell'andamento delle quantità prodotte nei settori caratterizzati da economie di scala.

imprese che non hanno partecipato alla concentrazione (eg. pane e pasta). Oppure, alternativamente, se la condotta contestata riguardasse imprese attive su tutto il territorio nazionale, si potrebbe utilizzare come comparatore il prezzo dello stesso bene (A) ma commercializzato (da imprese diverse) in uno o più paesi esteri. Non è, tuttavia, difficile immaginare, in entrambi i casi, fattori che potrebbero inficiarne l'utilizzo come comparatori nel nostro esempio. È, infatti, piuttosto probabile che il prezzo di (B), merceologicamente attiguo ad (A), oppure, il prezzo di (A) in paesi esteri siano soggetti a forze diverse da quelle che impattano su (A) nel territorio nazionale oltre alla condotta contestata, come, ad esempio, differenza negli *shock* di domanda e offerta (nel primo caso) o cambiamenti nell'assetto istituzionale (nel secondo caso). Le considerazioni appena svolte non devono portare a considerare come inaffidabile e quindi, non prendere in considerazione qualsiasi evidenza prodotta sulla base di metodologie *difference-in-difference*, ma, si prefiggono, piuttosto, di fornire al lettore alcuni elementi per poter valutare il grado di 'bontà' delle evidenze acquisite. A tale riguardo, sarebbe opportuno che le evidenze sugli effetti della condotta presentate sulla base di tali metodologie fossero accompagnate da altre evidenze che giustificano le scelte dei *comparator* effettuate. Ciò potrebbe semplicemente essere effettuato presentando alcune evidenze che mostrino come, in un periodo diverso da quello nel quale si è realizzata la condotta, l'andamento del prezzo oggetto della condotta sia stato piuttosto simile a quello del bene utilizzato come *comparator*. È bene tener presente come il *test* appena suggerito sia una condizione necessaria ma non sufficiente perché le evidenze presentate siano considerate attendibili in quanto, almeno in teoria, è sempre possibile che oltre alla condotta, vi siano altri *shock*, contemporanei alla condotta, che impattano nel tempo sul bene oggetto della condotta non concorrenziale in maniera diversa da come impattano sui *comparator*.

Le limitazioni principali dei metodi di natura finanziaria sono sostanzialmente

di due tipi. Per quanto riguarda l'analisi della profittabilità nello scenario controfattuale, è essenziale che le imprese utilizzate come *comparator* siano effettivamente comparabili alle imprese danneggiate dalla condotta. Ciò potrebbe essere opportunamente valutato comparando la *performance* dell'impresa danneggiata con quella dei propri *comparator* in un arco temporale diverso da quello in cui si è realizzata la condotta. Per quanto riguarda i metodi di *bottom-up costing*, è essenziale che i costi di produzione utilizzati alla base dell'esercizio, ovvero quelli delle imprese appartenenti al cartello, siano opportunamente efficientati in quanto alle condotte collusive è generalmente associato anche un certo grado di inefficienza produttiva.

La criticità principale dei metodi basati su modelli economici risiede nella circostanza che la loro implementazione richiede che venga effettuato un numero più o meno elevato di ipotesi semplificatrici, che può essere confermato o meno nella realtà. Esempi di tali ipotesi sono la natura della competizione tra imprese, la struttura dei rispettivi costi, la forma della domanda di ciascuna impresa, la quantità di informazioni che ciascuna impresa ha dei propri concorrenti, nonché altre ipotesi. Con ciò non si vuol dire che tali metodi siano di fatto inapplicabili, ma più semplicemente che qualsiasi evidenza presentata sulla base di tali tecniche debba quantomeno essere accompagnata da documentazione che mostri come le ipotesi effettuate consentano in qualche modo di replicare la realtà di mercato osservata. Ad esempio, nel caso di un cartello, l'applicazione dei modelli proposti dovrebbe produrre una stima del prezzo (medio) di mercato in un periodo nel quale il cartello non ha operato non troppo diverso da quello effettivamente osservato (nello stesso periodo).

Quanto detto finora riguarda gli effetti di condotte anticoncorrenziali, a prescindere dalla fattispecie. Sono però necessarie due precisazioni, una per la quantificazione del danno nel caso di pratica di sfruttamento e l'altra nel caso di condotta escludente. Nel primo caso, ai fini della quantificazione del danno per l'impresa

che acquista a prezzi sovraconcorrenziali è necessario vagliare anche le evidenze prodotte su quanta parte del sovrapprezzo l'impresa è riuscita a trasferire a valle (*pass-on*). In genere, il *pass-on* è compreso tra il 50% e il 100% (nel qual caso si ricorda che il danno da sovrapprezzo sarebbe pari a zero). In linea generale, è possibile immaginare un livello del *pass-on* inferiore al 50%, che comporta un danno maggiore per l'impresa, in circostanze particolari come, ad esempio, nei casi di cartello al quale non aderiscono tutte le imprese produttrici. Ciò perché, laddove ricorra tale evenienza, le imprese che acquistano il bene dal cartello sono soggette alla pressione concorrenziale delle altre e, pertanto, possono ribaltare il sovrapprezzo a valle in maniera più limitata. Peraltro, in tali casi ci si aspetterebbe un sovrapprezzo da cartello non elevato per via del vincolo competitivo rappresentato a monte dalle imprese non appartenenti al cartello.

Nel secondo caso, la quantificazione degli effetti delle condotte escludenti sulle *performance* delle imprese escluse (mancate vendite, mancati profitti e altri elementi), richiede anche la prova del nesso di causalità tra condotta e deterioramento della *performance*. Ciò comporta che l'impatto della condotta sulla *performance* debba essere separabile da altri fattori che concorrono alla performance dell'impresa stessa, come, ad esempio, inefficienze di varia natura, capacità del *management*, mutamenti del contesto di mer-

cato e altri fattori. Dato che i metodi proposti possono cogliere alcuni di questi aspetti ma non tutti, è necessario acquisire elementi ulteriori per testare la veridicità dei *claim* presentati e la misura in cui essi siano in grado di influenzare gli effetti attribuiti alla condotta.

GIOVANNI NOTARO - GILBERTO GUARDAVACCARO

Bibliografia

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007*, 2007; G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, 2007; R. BLUNDELL - M. COSTA DIAS, «Evaluation Methods for Non-Experimental Data», in *Fiscal Studies*, 2000, vol. 21, no. 4; BUNDESKARTELLAMT, *Private Kartellrechtsdurchsetzung: Stand, Probleme, Perspektiven*, Discussion Paper, 2005; G. FLORIDIA, «Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto *antitrust*», in *Il diritto industriale*, 2011, 313; G. NOTARO, «Assessing Methods for the quantification of *Antitrust* Damages: An Application to the Pasta Cartel in Italy», forthcoming in *Journal of Competition Law and Economics*; OXERA - A. KOMNINOS *et al.*, *Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-binding Guidance for Courts*, study prepared for the European Commission, 2009; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, 1996; G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, 2005.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione

Sommario: I. I CONTORNI DELLA TUTELA OFFERTA DAL GIUDICE ORDINARIO ED AMMINISTRATIVO. – II. LA VALUTAZIONE DELLE DECISIONI ANTITRUST NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE. – III. LA VALUTAZIONE DEI PRECEDENTI GIUDIZIARI NEL PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AUTORITÀ.

I. I CONTORNI DELLA TUTELA OFFERTA DAL GIUDICE ORDINARIO ED AMMINISTRATIVO

Il sistema di tutela dei diritti e degli interessi dei soggetti presenti sul mercato (sia imprese che consumatori) prevede l'intervento, con finalità e poteri diversi, dell'Agcm, del giudice amministrativo e del giudice civile.

In tale contesto, si suole distinguere le modalità di implementazione della tutela *antitrust* tra *public* e *private enforcement*; l'attuazione "pubblica" del diritto della concorrenza prevede un controllo accentrato che nel nostro ordinamento è affidato, nel quadro della l. 287/1990 e dell'attuazione diretta delle norme di fonte Ue, all'iniziativa e ai poteri istruttori dell'Agcm (fermo restando il potere di intervento, per le fattispecie di rilevanza comunitaria, della Commissione europea).

Parallelamente, l'implementazione di stampo "privatistico" del diritto *antitrust* si realizza in modo diffuso attraverso l'accesso diretto al giudice ordinario competente per territorio da parte del soggetto interessato ad agire.

Al giudice amministrativo, invece, spetta il compito di esercitare il controllo sulla legittimità degli atti e dei provvedimenti dell'Agcm, in modo da assicurare una tutela giurisdizionale piena ai soggetti comunque incisi dall'operato di quest'ultima (o che, in ipotesi, ne vogliano denunciare l'inerzia).

Pertanto, nel sistema di tutela disegnato dalla l. n. 287/1990 le disposizioni di diritto sostanziale (art. 2: divieto di intese; art. 3: divieto di abuso di posizione dominante) agiscono contemporaneamente su due piani paralleli e concorrenti: da un lato, esse attribuiscono penetranti poteri inibitori e sanzionatori all'Agcm; dall'altro

esse offrono a ciascun soggetto presente sul mercato un'azione diretta al giudice ordinario per la declaratoria di nullità delle intese e/o delle clausole contrattuali vietate e per il risarcimento del danno subito.

Tale ambivalenza, che origina dalle differenti modalità di esercizio e dalle finalità ultime della tutela pubblicistica e privatistica, chiaramente comporta la possibilità che ciascuno dei predetti organi possa essere chiamato a decidere, nell'ambito delle proprie competenze, in merito alla medesima vicenda.

Infatti, l'azione di tutela (pubblicistica) del mercato esercitata dall'Agcm e dalla Commissione europea non preclude e anzi può pacificamente concorrere con l'azione dei privati avanti al giudice ordinario; in realtà, nella generalità dei casi, gli accertamenti di stampo pubblicistico precedono, nel senso che aprono la strada, all'intervento a scopi essenzialmente risarcitori dei concorrenti e/o utenti, che invece è oggettivamente limitato al piano della conflittualità privata.

Il nostro ordinamento, quindi, non prevede alcun nesso di consequenzialità o accessorietà necessaria tra procedimento amministrativo in materia *antitrust* e processo civile, e l'uno non costituisce condizione di procedibilità dell'altro come del resto oggi espressamente affermato in via generale in materia di risarcimento del danno dall'art. 30 c.p.a.

Allo stesso modo, le finalità di controllo dell'operato dell'Agcm (che oggettivamente qualificano l'estensione e l'ambito di operatività dei giudizi instaurati avanti al TAR e al Consiglio di Stato) non impediscono che il provvedimento impugnato nel processo amministrativo sia invocato davanti al giudice civile a sostegno di un'azione risarcitoria.

In tal caso, naturalmente, l'esito del giudizio amministrativo, in termini di annullamento o conferma dell'operato dell'Agcm, può comunque avere importanti riflessi sul convincimento del giudice ordinario e sull'articolazione degli accerta-

menti istruttori nel corso del giudizio civile che si propone di porre rimedio ai danni causati dalle violazioni del diritto *antitrust* agli operatori concorrenti e/o ai consumatori. In origine il sistema italiano di tutela della concorrenza privilegiava indubbiamente il ruolo e i poteri dell'Agcm, lasciando uno spazio sostanzialmente residuale all'intervento del giudice ordinario; ciononostante, l'importanza e le potenzialità di affiancare al *public enforcement* una consistente tutela di stampo privatistico è ormai generalmente riconosciuta, anche sulla scorta del Libro Bianco che la Commissione ha pubblicato in proposito nel 2008 (*Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165 def.).

In tale contesto, analogamente a tutte le cause fondate su profili di responsabilità civile *ex art.* 2043 c.c., l'accertamento richiesto al giudice civile ruota essenzialmente sull'accertamento della sussistenza dell'illecito, sull'esistenza di un danno ingiusto e sulla ricorrenza di un nesso causale tra la condotta contestata al convenuto e il danno asseritamente subito dalla parte attrice.

Più in dettaglio, occorre all'evidenza riconoscere il ruolo decisivo assunto dalle modalità di valutazione da parte del giudice civile delle decisioni assunte dall'Agcm all'esito di un procedimento istruttorio relativo alla medesima condotta anticoncorrenziale denunciata in giudizio.

Tale profilo, come si vedrà, costituisce il punto cruciale ai fini dell'effettiva realizzazione di una tutela di stampo privatistico nel settore *antitrust*, in quanto, necessariamente, la maggiore o minore vincolatività dell'accertamento fattuale compiuto dall'Agcm si riflette sull'immediatezza dell'ulteriore accertamento demandato al giudice in sede civile.

La suddetta interrelazione tra accertamento amministrativo e giudizio civile (che sarà affrontata in dettaglio nel seguente § II) introduce il tema della valuta-

zione in sede giurisdizionale degli atti e delle decisioni dell'Agcm che è invece rimessa in via esclusiva al giudice amministrativo.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con competenza funzionale radicata per il primo grado nel TAR del Lazio (cfr. artt. 133 e 135 c.p.a.), presuppone l'esercizio di un sindacato di legittimità sugli atti, anche omissivi (silenzio), dell'Agcm, con cognizione estesa al merito in relazione al potere sanzionatorio (cfr. art. 134 c.p.a.).

Conformemente alla tradizionale impostazione del giudizio amministrativo, non sono considerati impugnabili i provvedimenti non definitivi, perché non immediatamente lesivi¹.

Si è invece ammessa l'impugnazione del provvedimento di archiviazione di un procedimento anche da parte di soggetti estranei allo stesso la cui posizione, era suscettibile di essere lesa dal comportamento asseritamente anticoncorrenziale².

Quanto all'ambito dei soggetti legittimati a proporre l'impugnazione dei provvedimenti dell'Agcm avanti al giudice amministrativo, la giurisprudenza nel tempo si è attestata su posizioni sempre più permissive, secondo cui tale facoltà deve essere riconosciuta a ciascun soggetto titolare di una posizione giuridica differenziata e, quindi, – oltre che ai destinatari del provvedimento – alle imprese concorrenti e alle associazioni dei consumatori³.

Appare infine opportuno precisare che il sindacato del giudice amministrativo è assai penetrante: sebbene questi non possa sostituire le proprie valutazioni di merito a quelle dell'Agcm, è ammessa in sede giurisdizionale la verifica puntuale della verità dei fatti posti a fondamento del provvedimento di quest'ultima, al fine di appurare se la ricostruzione degli stessi e le connesse valutazioni proposte dall'Agcm – ivi incluse le relative complesse considerazioni di analisi economica – siano immuni da travisamenti e vizi logici⁴.

¹ TAR Lazio 20 febbraio 2004, n. 1631 in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 422.

² Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013 e Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2761 in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 8, p. 907.

³ Cfr. Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751 in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 6, p. 2082.

⁴ Cfr., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 515, Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2007 n. 550, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 2, p. 155 e, da ul-

II. LA VALUTAZIONE DELLE DECISIONI *ANTI-TRUST* NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE

Il tema del rapporto tra il contenuto del provvedimento amministrativo (dell'Agcm o della Commissione, a seconda dei casi) e la valutazione che di quest'ultimo è necessariamente chiamato a fare il giudice civile (allorché sia stata promossa un'azione per il risarcimento del danno causato dall'illecito *antitrust* oggetto del provvedimento amministrativo) si sviluppa essenzialmente in relazione al valore più o meno vincolante da attribuire all'accertamento dei fatti compiuto nel corso del procedimento *antitrust*.

Nel corso di un giudizio risarcitorio, infatti, assumono evidentemente un ruolo di primo piano sia le conclusioni sull'accertamento della condotta illecita, che le eventuali valutazioni del provvedimento amministrativo sulla effettiva ricorrenza di effetti negativi sul mercato causati dalla condotta illecita.

In tale contesto, occorre dare atto che l'art. 33 l. n. 287/1990 non prende posizione in merito al valore da attribuire nel giudizio civile di nullità o di risarcimento del danno al provvedimento dell'Agcm che abbia accertato un illecito *antitrust*, così avallando un'impostazione dei rapporti tra *private* e *public enforcement* in termini di competenza concorrente e autonoma del giudice civile rispetto ai poteri di accertamento dell'illecito *antitrust* affidati all'Agcm.

Diversamente, volgendo lo sguardo all'Ordinamento Ue, l'art. 16 del Reg. 1/2003 dispone in termini generali il principio della prevalenza delle decisioni contenute nei provvedimenti *antitrust* della Commissione rispetto ai procedimenti delle autorità giurisdizionali e amministrative degli Stati membri che abbiano ad oggetto la medesima fattispecie.

Il predetto art. 16 del Reg. 1/2003, infatti, dispone che «quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 101 o 102 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non

possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. (...) Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione». All'evidenza, il meccanismo delineato nell'art. 16 del Reg. 1/2003 si propone di preservare l'applicazione uniforme del diritto Ue e, pertanto, chiede ai competenti organi giurisdizionali e amministrativi degli Stati membri di riconoscere la prevalenza delle decisioni assunte in sede sovranazionale.

In altri termini, il sistema di tutela Ue prevede in linea generale che, qualora la Commissione abbia accertato una infrazione agli artt. 101 e 102 TFUE, le vittime di tale infrazione possano utilizzare la decisione della Commissione quale prova vincolante in un processo civile per danni, con ciò promuovendo l'applicazione uniforme del diritto *antitrust* e, in ultima analisi, la certezza del diritto.

In assenza di un riferimento esplicito nell'art. 33 l. n. 287/1990, invece, i provvedimenti dell'Agcm non sono assistiti da alcun analogo meccanismo di prevalenza (sulla vincolatività dei provvedimenti dell'Agcm nei confronti del giudice civile, v. *infra* in questo §)⁵.

Ciò premesso, occorre ulteriormente precisare che la previsione dell'art. 16 del Reg. 1/2003 di assoluta prevalenza e vincolatività per i giudici nazionali delle decisioni della Commissione in tema *antitrust* (vincolatività della valutazione in fatto e in diritto della Commissione) presenta rilevanti profili di criticità dal punto di vista sistematico.

timo, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2011 n. 5172 in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 9, p. 2854.

⁵ Cfr. Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro it.*, 2009, I, c. 1901.

Infatti, l'incondizionata soggezione dei giudici civili alle decisioni di un'autorità amministrativa (quale, in ultima analisi, è la Commissione), appare – ad avviso dello scrivente – potenzialmente in contrasto con uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, ossia la rigorosa ripartizione di competenze tra organi amministrativi e potere giurisdizionale delineata dagli artt. 101 e 102 Cost⁶.

Pertanto se si ritiene, correttamente ad avviso di chi scrive, che il principio dell'indipendenza di giudizio degli organi giurisdizionali debba comunque essere preservato anche rispetto al contenuto delle decisioni adottate in materia *antitrust* della Commissione, appare più opportuno e appropriato inquadrare la questione in termini di previo accertamento dei fatti di causa, anziché di inderogabile cogenza delle decisioni della Commissione.

Quanto ai provvedimenti dell'Agcm, si deve ritenere che – in assenza di una norma analoga a quella dell'art 16 del Reg. 1/2003 – la questione debba essere imposta riconoscendo una valenza di prova particolarmente privilegiata alle circostanze oggetto dell'accertamento dell'Agcm e poste a fondamento della domanda giudiziale (ossia, l'illecito *antitrust* e i relativi effetti sul mercato).

Il previo accertamento dell'illecito *antitrust* in sede amministrativa, infatti, comporterebbe in sede giurisdizionale l'inversione dell'onere della prova in capo al convenuto, il quale potrà tuttavia opporre a detta prova privilegiata nuove e diverse allegazioni, la cui valutazione sarà comunque rimessa al pieno e libero apprezzamento del giudice.

Tenendo presente il tipico caso di azioni c.d. *follow on* – ossia quelle fondate su un'illecita distorsione della concorrenza già accertata dall'autorità ammini-

strativa (nazionale o comunitaria) – il richiamo dell'attore in sede civile alla decisione dell'Agcm (o della Commissione) che ha accertato la sussistenza di un illecito *antitrust*, eventualmente pronunciandosi anche sulla ricorrenza di effetti sul mercato, ha il valore di un'allegazione probatoria particolarmente solida, anche alla luce dei complessi e articolati accertamenti istruttori su cui si fondano i provvedimenti amministrativi *antitrust* (ivi incluse, tra le altre, le complesse valutazioni e simulazioni di carattere economico e/o le risultanze dei *market test* ⁷).

A ben vedere, infatti, è il complesso degli accertamenti eseguito dall'Agcm in sede di *public enforcement* a costituire la prova privilegiata con cui deve misurarsi il giudice civile chiamato a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento dei danni causati da un comportamento illecito sotto il profilo *antitrust*.

A fronte di una siffatta allegazione, che *per relationem* richiama il complesso delle attività istruttorie compiute nel corso del procedimento amministrativo, il convenuto potrà allegare fatti nuovi o tentare di proporre nuove e più accurate ricostruzioni di fatti già esaminati nel corso del procedimento davanti all'Agcm; tuttavia, in difetto di nuovi e convincenti elementi, capaci di indurre il giudice a differenziare le proprie valutazioni rispetto a quelle che hanno determinato l'esito del procedimento amministrativo, il convenuto è destinato a vedere la propria difesa soccombere⁸.

Da ultimo⁹ la Cassazione, in riferimento al cartello delle compagnie assicuratrici per la responsabilità civile delle autovetture¹⁰, ha ribadito che nel giudizio promosso dal consumatore per il risarcimento del danno subito da un'intesa restrittiva della concorrenza:

⁶ Per l'individuazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale quale limite all'applicazione diretta e prevalente delle norme di fonte UE, cfr. C. cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in *Foro it.*, 1974, I, c. 314 e C. cost., 8 giugno 1984, n. 170 in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062.

⁷ In estrema sintesi, nel corso di un *market test* ci si propone di simulare e/o valutare l'andamento del mercato in presenza di determinati presupposti fattuali.

⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901; Cass., 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2675; Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2674; Cass., 20 aprile 2012, n. 6269.

⁹ Cass., 4 marzo 2013, n. 5327.

¹⁰ Cfr. provvedimento Agcm del 28 luglio 2000 n. 8546.

– gli atti del procedimento amministrativo avanti all'Agcm che ha accertato la sussistenza dell'illecito *antitrust* costituiscono «una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattese in quella sede»¹¹;

– l'assicurato ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio corrisposto sia stato superiore al dovuto per effetto del comportamento collusivo della compagnia di assicurazioni oggetto dell'accertamento contenuto nella decisione dell'Agcm; l'impresa coinvolta in tale accertamento può tuttavia fornire, in concreto, la prova contraria circa l'insussistenza o l'interruzione del nesso causale tra l'illecito anticoncorrenziale e il danno di cui si chiede il risarcimento;

– in tal caso, però, la prova contraria non può essere tratta da considerazioni generali relative al mercato di cui è causa (già oggetto dell'accertamento avanti all'Agcm) ma «deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell'impresa interessata: che attengano cioè alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, e che valgano a dimostrare che – nel caso oggetto di esame – il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita».

La Cassazione, pertanto, pur riconoscendo un valore di prova privilegiata all'accertamento dei fatti compiuto dall'Agcm, si mantiene decisamente lontana dall'attribuire alla decisione di quest'ultima alcun effetto preclusivo o di limitazione dell'oggetto del giudizio civile.

Occorre inoltre considerare che non sempre la decisione dell'Autorità amministrativa affronta in termini compiuti e/o adeguati il delicatissimo tema degli effetti dell'illecito sul mercato di riferimento.

Infatti, nel caso di infrazioni gravi (quali ad esempio le intese restrittive

della concorrenza) ai fini dell'adozione di un provvedimento sanzionatorio non è necessaria la prova puntuale della ricorrenza di effetti negativi sul mercato (es. aumento dei prezzi).

La prova del danno, invece, necessariamente assume un valore decisivo nel successivo giudizio risarcitorio promosso in sede civile, atteso che il giudice non può certo riconoscere il diritto al risarcimento di un danno che, in effetti, l'attore non sia riuscito a provare di aver subito (o che non sia riuscito a circoscrivere adeguatamente ai fini della sua quantificazione).

Analogamente, l'adozione di un provvedimento sanzionatorio da parte dell'Agcm, non impedirà all'impresa convenuta nel giudizio civile di contestare la pretesa risarcitoria dell'attore ricorrendo alla tesi del c.d. danno traslato (ed imponendo uno specifico accertamento del fatto da condursi in sede di giudizio civile, eventualmente anche mediante il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio).

Se infatti il soggetto che denuncia di aver subito un danno economico ha avuto la possibilità di traslare – in tutto o in parte – tale danno sui propri clienti (via via lungo la catena economica sino al consumatore finale), tale soggetto, in ultima analisi, risulterebbe non essere stato effettivamente (e/o interamente) danneggiato dal comportamento illecito accertato nel procedimento avanti all'Agcm e, per l'effetto, la relativa pretesa risarcitoria ne risulterebbe (ridotta o) vanificata.

Ad avviso dello scrivente, il valore di prova privilegiata attribuito al provvedimento amministrativo sembrerebbe inoltre in una certa misura destinato a consolidarsi qualora la legittimità di quest'ultimo sia stata confermata dai giudici amministrativi. Tuttavia, le eventuali sentenze di conferma dei giudici amministrativi non limitano la facoltà del giudice civile di giungere a conclusioni divergenti nella valutazione del caso concreto.

Si ricorda infatti che nel giudizio amministrativo il giudicato si forma con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto individuati dal giudice alla stregua dei motivi di ricorso¹², e che quindi – fermo restando

¹¹ Cass., 20 giugno 2011, n. 13486.

¹² Cfr., *ex multis*, Cons. St. 2 febbraio 2012 n. 602 in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, II, p. 200.

il sopra richiamato valore di prova privilegiata riservato al provvedimento dell'Agcm (che sia o meno stato confermato nel giudizio amministrativo) – nulla preclude al giudice civile di giungere a una diversa valutazione del caso concreto alla luce di nuovi e diversi elementi di prova¹³.

Merita un cenno, infine, il tema della possibilità di sospensione del giudizio civile allorché la medesima fattispecie sia contemporaneamente oggetto di un procedimento amministrativo *antitrust*.

Il silenzio serbato sul punto della l. n. 287/1990 rende difficile configurare – in termini generali e in via analogica con l'art. 295 c.p.c. – una facoltà di sospensione del giudizio civile che sia rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante per la contemporanea pendenza di un procedimento amministrativo (anziché di un giudizio).

Al tempo stesso, occorre dare atto che tale facoltà di sospensione è invece espressamente prevista da due norme speciali.

Il già citato art. 16 del Reg. CE n. 1/03, il quale appunto, onde evitare decisioni in contrasto con quelle della Commissione, dispone che «le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati».

Allo stesso modo, l'art. 140-bis comma 6, d.lgs. 206/2005 (c.d. Codice del Consumo) prevede ora, nel quadro della disciplina della *class action* per la repressione degli illeciti in danno dei consumatori, che il Tribunale all'esito della prima udienza possa «sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo».

III. LA VALUTAZIONE DEI PRECEDENTI GIUDIZIARI NEL PROCEDIMENTO AVANTI ALL'AUTORITÀ

Le diverse finalità e il non omogeneo ambito di applicazione degli accertamenti dell'Agcm nell'espletamento dei propri compiti di attuazione del *public enforce-*

ment rispetto alle possibili concorrenti decisioni del giudice ordinario non impediscono, in linea di principio, che quest'ultimo sia chiamato a pronunciarsi riguardo a un illecito *antitrust* a prescindere da un previo intervento dell'Agcm.

Pertanto, sebbene più limitate in numero nella pratica (per una pluralità di ragioni, e *in primis* per le notevoli difficoltà connesse all'allegazione e alla prova dei fatti costitutivi della pretesa), si suole affiancare alle azioni c.d. *follow on* le azioni *stand alone*, ossia quelle che non presuppongono una previa valutazione dell'illecito denunciato da parte dell'Agcm.

Pertanto, se da punto di vista teorico la cognizione del giudice civile in caso di azioni *stand alone* è piena e non soggetta a limitazioni di sorta, dal punto di vista probatorio tali azioni si presentano particolarmente problematiche, in quanto l'attore asseritamente danneggiato non potrà avvalersi delle risultanze istruttorie acquisite in sede amministrativa e dell'inversione dell'onere della prova che, come detto, è ad esse associato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Nelle azioni *stand alone* l'attore dovrà pertanto fornire adeguata prova diretta della propria pretesa dimostrando, in applicazione dei comuni principi in tema di responsabilità civile da danno ingiusto, la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale o dell'abuso di posizione dominante, il danno subito e il relativo nesso di causalità che lega quest'ultimo all'illecito denunciato.

In tale contesto, il tema della valutazione da parte dell'Agcm delle eventuali decisioni, anche di carattere cautelare, adottate dal giudice ordinario in merito a fattispecie identiche o similari rispetto a quelle oggetto di indagine si profila, dal punto di vista sistematico, esattamente simmetrico alla situazione inversa che è stata affrontata nel paragrafo precedente.

Infatti, considerata l'autonomia dell'accertamento tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale, l'Agcm potrà senz'altro includere le decisioni adottate dai giudici civili nazionali e

¹³ Cfr., *ex multis*, Cass., 22 settembre 2011, n. 19268.

comunitari in casi contigui con quelli oggetto di indagine tra gli elementi di analisi raccolti nella fase istruttoria, senza tuttavia essere vincolata in alcun modo alle valutazioni e alle conclusioni formulate da questi ultimi.

Anche in questo caso, pertanto, appare corretto inquadrare la relazione tra l'istruttoria che dovrà compiere l'Agcm e l'eventuale acquisizione di decisioni e/o provvedimenti del giudice civile, anche di natura cautelare, in termini di accertamento fattuale e analisi del materiale probatorio.

ANDREA TROTTA

Bibliografia

M. DE VITA, *Il diritto della concorrenza nella giurisprudenza*, Torino, 2009; P. FATTORI - M.

TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2012; P. MARCHETTI - L.G. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Roma, 2012; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006; I. PAGNI, «La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia *antitrust*» in *Contratto, intese ed abusi nel diritto della concorrenza*, (a cura di) A. CATRICALÀ ed ENRICO GHEZZI, Torino, 2011; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Roma, 2007; A. RAFFAELLI, «L'applicazione del diritto *antitrust* comunitario tra giudici nazionali e commissione», in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 662; M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust* Milano, 1998; L. VASQUES, «Private enforcement della disciplina *antitrust* in Italia: si può fare?», in *Danno e resp.*, 2012, p. 824; G. VERDE, «Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale», in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 739 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Arbitrato commerciale internazionale e diritto *antitrust*

Sommario: I. PREMESSA. – II. ABRITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NEGLI STATI UNITI. – III. ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NELL'UNIONE EUROPEA. – IV. LA COOPERAZIONE TRA GIUDICI, ARBITRI E COMMISSIONE UE IN MATERIA ANTITRUST. – V. ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE, ORDINE PUBBLICO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA. – VI. CONTROLLO DEL GIUDICE IN SEDE DI IMPUGNAZIONE E RICONOSCIMENTO DEL LODO ARBITRALE.

I. PREMESSA

Da tempo il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust e dei problemi ad essa sottesi è divenuto un punto fermo sia delle trattazioni maggiormente orientate verso i profili dell'arbitrato commerciale internazionale, sia delle trattazioni maggiormente orientate verso quello che viene comunemente definito il *private enforcement* del diritto della concorrenza. Le ragioni di ciò sono alquanto intuitive: da un lato, in quanto nell'attuale momento storico l'arbitrato commerciale rappresenta, con riferimento al commercio internazionale, il principale strumento di soluzione delle controversie nelle quali, molto spesso, vengono in rilievo anche aspetti direttamente connessi al diritto della concorrenza; dall'altro lato, in quanto gli arbitri, proprio perché sempre più spesso chiamati a dirimere controversie in materia antitrust, concorrono in misura rilevante a favorire l'attuazione del diritto della concorrenza ad opera dei privati.

II. ABRITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NEGLI STATI UNITI

Negli Stati Uniti il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust ruota essenzialmente intorno a due contrapposti *leading cases*. Il primo è costituito dalla sentenza *American Safety Equip. Corp v. J.P. Maguire & Co.* del 1968 nella quale i giudici della Corte di appello del secondo distretto hanno escluso la compromettibi-

lità in arbitri delle controversie antitrust. In tale pronuncia, infatti, rilevato che la normativa a tutela della concorrenza era stata emanata con lo specifico fine di tutelare l'interesse nazionale nell'ambito di una libera e competitiva economia di mercato, i giudici americani hanno ritenuto che l'avvio di un'azione legale ai sensi dello *Sherman Act* o del *Clayton Act* presentasse una rilevanza che trascende le singole parti coinvolte per cui doveva ritenersi che il Congresso non avesse inteso prevedere la possibilità che tali controversie fossero definite al di fuori delle aule delle corti giudiziarie¹. Leggendo la sentenza, peraltro, risulta evidente che le vere ragioni della soluzione adottata dai giudici americani erano: a) l'intimo legame esistente tra il *private enforcement* della normativa antitrust ad opera della giustizia togata e la possibilità per le corti di concedere il tipico risarcimento "triplo"; b) i contratti che presentano elementi di illiceità sotto il profilo concorrenziale sono, molto spesso, contratti di adesione, per cui non può escludersi il rischio che la clausola arbitrale negli stessi contenuta sia il frutto dell'imposizione unilaterale ad opera della parte economicamente più forte, e non il risultato di una libera ed equa negoziazione tra le parti; c) la presunta incompatibilità tra le caratteristiche tipiche dell'arbitrato (semplicità, rapidità e riservatezza) e l'intrinseca complessità delle controversie in materia antitrust; d) il fatto che il diritto della concorrenza costituisce una materia troppo seria per essere devoluta alla competenza di soggetti che, il più delle volte, provengono da quel mondo economico la cui attività rappresenta il destinatario naturale delle regole antimonopolistiche.

Il secondo *leading case* risale al 1985 ed è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Playmouth, Inc.* Con tale

¹ *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Morgan*, 391 F. 2d 821, 826 (1968).

pronuncia la Corte Suprema, pur senza procedere ad un formale *overruling* della pronuncia del 1968, ha sancito il principio dell'arbitrabilità delle controversie internazionali antitrust rilevando che considerazioni di cortesia internazionale, rispetto delle capacità dei tribunali stranieri e sensibilità alle esigenze del commercio internazionale impongono il rispetto delle clausole arbitrali sottoscritte dalle parti².

Per giungere a tale conclusione la Corte Suprema ha, innanzitutto, escluso qualsiasi rilevanza della tesi secondo cui le controversie antitrust nascono, di regola, da contratti di adesione e che, conseguentemente, la clausola arbitrale in essi contenuta si espone al rischio di essere unilateralmente imposta dalla parte economicamente più forte. In secondo luogo, con specifico riferimento all'asserita inidoneità dell'istituto dell'arbitrato a consentire un'efficace e corretta gestione delle complesse liti antitrust la Corte suprema ha dichiarato apertamente di dubitare che le controversie antitrust possano essere ritenute aprioristicamente inadatte ad essere compromesse in arbitri. Infine, con specifico riferimento alla fondamentale importanza della legislazione antitrust all'interno del sistema capitalista statunitense e del ruolo svolto dalla *treble damages action*, la Corte suprema ha escluso che l'istituto dell'arbitrato potesse rappresentare un ostacolo alle funzioni compensativa e deterrente di tale azione. Partendo, infatti, dall'assunto secondo cui gli arbitri sono vincolati al rispetto della volontà delle parti, i giudici hanno messo in luce il fatto che se le parti hanno convenuto di devolvere alla competenza di un collegio arbitrale determinate controversie, ivi comprese quelle relative al diritto antitrust statunitense, il collegio arbitrale è tenuto a risolvere tali controversie fa-

cendo applicazione della legge nazionale da cui originano le controversie medesime.

Per quanto riguarda, invece, il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust domestiche la sentenza *Mitsubishi* non ha inciso sulla perdurante validità dell'*American safety doctrine*. Tuttavia, nel corso degli anni successivi diversi giudici distrettuali hanno spontaneamente esteso la giurisprudenza *Mitsubishi* anche a fattispecie puramente di diritto interno³, contribuendo in tal modo a rafforzare ulteriormente l'istituto dell'arbitrato.

III. ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NELL'UNIONE EUROPEA

All'interno dei Trattati (intendendosi con tale espressione sia il TUE sia il TFUE) non esiste una previsione che sancisca esplicitamente la possibilità di deferire agli arbitri la soluzione di controversie attinenti al diritto antitrust. L'art. 272 TFUE, infatti, prevede unicamente la competenza della Corte di giustizia a giudicare in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di diritto pubblico o di diritto privato stipulato dall'Unione europea o per conto di questa; mentre il successivo art. 273 TFUE stabilisce che la Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso. Da un punto di vista strettamente letterale, pertanto, le norme in questione nulla dicono a proposito del tema di fondo della compromettibilità in arbitri di controversie antitrust, posto che tali norme non sanciscono in alcun modo, né escludono, la possibilità per i privati di devolvere alla giustizia arbitrale le loro controversie in materia antitrust. Da sempre, tut-

² *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

³ *Genna v. Lady Foot Int'l., Inc.*, 1986-2 Trade cas. (CCH) (E.D. Pa. 1986); *Gemco Latinoamerica, Inc., v. Seiko Time Corp.*, 671 F. Supp. 972, 980 (S.D.N.Y. 1987); *Kowalski v. Chicago Tribune Co.*, 854 F. 2d 168, 173 (7th Cir. 1988); *GKG Caribe, Inc. v. Nokia-Mobira, Inc.*, 725 F. Supp. 109 (d.P.R. 1989); *Cindy's Candle Co. v. WNS, Inc.*,

714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989); *Western Int'l. Media Corp v. Johnson*, 754 F. Supp. 871, 873-874 (S.D. Fla. 1991); *Syscomm Int'l. Corp. v. Synoptics Comms., Inc.*, 25 F. 3rd 1437 (9th Cir. 1994); *Crown Homes, Inc., v. Landes*, 27 Cal. Rptr. 2d 827 (cal. App. 2 Dist., 1994); *Georges Fischer Foundry System, Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 1994 - 1 Trade cas. (CCH) 70.556 (E.D. Mich. 1994).

tavia, la prassi decisionale della Commissione ha mostrato un deciso *favor* nei confronti dell'istituto dell'arbitrato con specifico riferimento al tema delle controversie antitrust. A mero titolo esemplificativo, infatti, si deve osservare che, nella vigenza del Reg. 17/1962, la Commissione ha spesso subordinato la concessione di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101, § 3 TFUE alla comunicazione, da parte dei beneficiari, di ogni lodo o procedimento arbitrale relativo all'applicazione o all'interpretazione degli accordi esentati dal divieto⁴. Inoltre, lo stesso Reg. 556/89 in materia di esenzioni per categoria di accordi di licenza di *know how* prevedeva espressamente la possibilità per la Commissione di revocare il beneficio dell'esenzione nel caso in cui fosse stato accertato che un lodo arbitrale relativo ad un accordo esentato era in grado di produrre effetti anti-concorrenziali incompatibili con le condizioni previste dall'art. 101, § 3 TFUE⁵. Infine, merita di essere ricordata la decisione *UIP*, relativa ad una serie di accordi conclusi da tre società americane per la distribuzione in comune dei film all'interno dell'Unione europea, nella quale la Commissione ha imposto alle parti l'obbligo di sottoporre a giudizio arbitrale qualsiasi controversia relativa all'assegnazione dei film che sarebbe potuta insorgere con un gestore⁶. Considerazioni analoghe si impongono con riferimento alla prassi della Commissione in materia di operazioni di concentrazioni. Come noto, il Reg. 139/04 (come, del resto, il Reg. 4064/1989) prevede la possibilità per la Commissione di dichiarare un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune in considerazione degli impegni assunti dalle imprese e finalizzati a fugare i dubbi della Commissione sulla natura anticoncorrenziale dell'operazione di concentrazione. In tale contesto, so-

vente la Commissione ha subordinato l'accettazione degli impegni di natura comportamentale al fatto che le parti della concentrazione si obbligassero a devolvere alla giustizia arbitrale la soluzione di eventuali controversie relative al rispetto degli impegni assunti nei confronti della Commissione (c.d. impegno ad arbitrare o *arbitration commitment*).

Per quanto riguarda il panorama giurisprudenziale, per contro, da un lato non può essere sottaciuto il fatto che ad oggi la Corte di giustizia non si è mai pronunciata esplicitamente sul tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust; dall'altro lato, che nelle sentenze *Nordsee*⁷, *Comune di Almelo*⁸ e sentenza *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton*⁹ la questione della deferibilità agli arbitri della controversie antitrust è stata ritenuta un dato ormai acquisito. Tale conclusione trova ulteriore conferma a seguito dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 relativo alla c.d. modernizzazione delle regole antitrust nell'Unione europea. A tale proposito, infatti, si osserva che la regola della riconosciuta compromettibilità delle controversie antitrust ha sempre trovato un limite nell'impossibilità per gli arbitri (al pari dei giudici nazionali) di concedere un'esenzione individuale *ex art. 101, par. 3 TFUE* e di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di accertata violazione della normativa antitrust, in quanto di competenza esclusiva della Commissione. Senonché, nel momento in cui tale monopolio della Commissione viene meno a vantaggio di una competenza concorrente dei giudici nazionali, il principio della generale compromettibilità in arbitri delle controversie antitrust impone di riconoscere anche in capo agli arbitri il potere di applicare l'art. 101 TFUE nella sua interezza, con il solo limite del divieto di comminare sanzioni.

⁴ Dec. Comm. UE, 15 dicembre 1975, *Bayer/ Gist Brocades*, in G.U.C.E. L30, 5 febbraio 1976, p. 13; dec. Comm. UE, 23 dicembre 1971, *Henkel/ Colgate*, in G.U.C.E. L14, 18 gennaio 1972, p. 14; dec. Commi. UE, 18 luglio 1975, *Kabelmetal*, in G.U.C.E. L222, 22 agosto 1975, p. 34.

⁵ Reg. 556/89 della Commissione relativo all'applicazione dell'art. 85 § 3 del trattato a categorie di accordi di licenza di know-how, in G.U.C.E. L61, 4 marzo 1989, p. 1.

⁶ Dec. Comm. UE, 12 luglio 1989, *UIP*, in G.U.C.E. L226, 3 agosto 1989, p. 25.

⁷ C. giust. CE, 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc.* 1984, p. 1095 ss.

⁸ C-giust. UE, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Racc.* 1996, p. I-1477 ss.

⁹ C. giust. CE, 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss Chine Time Ltd. c. Benetton*, in *Racc.* 2001, p. I-3055.

IV. COOPERAZIONE TRA GIUDICI, ARBITRI E COMMISSIONE UE IN MATERIA ANTITRUST

Il regolamento n. 1/2003, oltre a sancire la diretta applicabilità da parte dei giudici e delle autorità garanti nazionali degli artt. 101 e 102 TFUE, contiene una serie di norme in materia di cooperazione tra la Commissione, da un lato, e le giurisdizioni nazionali, dall'altro lato, finalizzate principalmente ad assicurare un'effettiva, efficace ed uniforme applicazione delle regole di concorrenza europee. Tali disposizioni assumono nell'economia del Reg. 1/2003 una portata fondamentale, in quanto strettamente funzionali al sistema dell'eccezione legale previsto dalla riforma legislativa. È chiaro, infatti, che all'interno di un sistema caratterizzato dalla competenza parallela della Commissione, delle autorità garanti nazionali e delle giurisdizioni degli Stati membri ad applicare integralmente l'art. 101 TFUE, il riconoscimento in capo ai giudici nazionali del potere di effettuare le complesse valutazioni relative alla ricorrenza, nei singoli casi concreti, delle condizioni previste dall'art. 101, § 3 TFUE presuppone un efficace sistema di monitoraggio e collaborazione tra l'organo centrale e gli organi periferici. In tale contesto, una meccanica applicazione degli strumenti di cooperazione previsti dal regolamento n. 1/2003 ai giudizi arbitrali sembra doversi escludere per la fondamentale ragione che la cooperazione di cui al Reg. 1/2003 tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali si fonda essenzialmente sull'art. 4, § 3 TUE (già art. 10 TCE) il quale si riferisce ai rapporti tra l'Unione e gli Stati membri. Ciò, peraltro, non significa che non si possa immaginare una qualche forma di cooperazione anche tra la Commissione e gli arbitri, che sia compatibile con le caratteristiche tipiche (riservatezza, rapidità, autonomia) dell'arbitrato. D'altra parte, la sempre crescente diffusione dell'arbitrato nel commercio internazionale e la sempre maggiore frequenza con la quale gli arbitri sono chiamati ad interpretare ed applicare le norme an-

titrust rende opportuno, anche per gli stessi arbitri, ricercare la possibilità di una cooperazione con la Commissione al fine di ottenere informazioni e/o pareri in grado di chiarire talune questioni di concorrenza particolarmente complesse, difficili o nuove. L'art. 15, § 1 sancisce la possibilità per i giudici degli Stati membri di chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Sebbene la norma non specifichi l'oggetto di tali informazioni e/o pareri, è ragionevole ritenere che l'auspicato scambio di informazioni abbia quale scopo quello di mettere in grado le giurisdizioni degli Stati membri di raccogliere dati in merito alle procedure in corso nonché pareri su questioni giuridiche ed economiche. Per quanto riguarda le questioni c.d. "giuridiche", preso atto che a questi ultimi è fatto divieto di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, a maggior ragione dovrebbe ammettersi per gli arbitri la possibilità di sottoporre alla Commissione quesiti su questioni giuridiche, giacché solo per tale via sarebbe possibile instaurare un'efficace forma di cooperazione con la Commissione, indispensabile per favorire una corretta applicazione della normativa antitrust europea da parte dei tribunali arbitrali. Sotto tale profilo, d'altra parte, si osserva che nel contesto del controllo delle concentrazioni, la Commissione è solita, nell'ambito dei cc.dd. *commitments to arbitrate*, prevedere espressamente la possibilità per gli arbitri di richiedere alla Commissione un'interpretazione autentica degli impegni prima di prendere una decisione finale nonché la possibilità per la stessa Commissione di sottoporre agli arbitri proprie osservazioni motivate¹⁰. Per quanto riguarda, invece, eventuali richieste di informazioni di natura economica, lo strumento che più si addice a fornire un'adeguata copertura dogmatica è senz'altro quello della consulenza tecnica d'ufficio, espressamente prevista in Italia per il processo ordinario di cognizione

¹⁰ Dec. Comm. UE, 22 novembre 2004, *Piaggio*

gio/Aprilia, COMP/M3570, in G.U.C.E. C7, 11 gennaio 2005, p. 5.

(art. 191 e ss. c.p.c.) e pacificamente ammessa con riferimento al giudizio arbitrale. L'art. 15, n. 3 del regolamento n. 1/2003 prevede, inoltre, la possibilità per le autorità garanti della concorrenza nazionali di presentare d'ufficio osservazioni scritte, e previa autorizzazione della giurisdizione competente anche osservazioni orali, agli organi giurisdizionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Analoga facoltà è attribuita anche alla Commissione. A tale proposito, appare evidente che se si ritiene che le osservazioni (orali e/o scritte) dell'autorità garante e della Commissione costituiscono una sorta di intervento del terzo, si dovrebbe necessariamente escludere la possibilità che tali osservazioni vengano presentate nell'ambito di un giudizio arbitrale rispetto, al quale l'istituto dell'intervento del terzo non ha cittadinanza. L'arbitrato, come noto, deriva la propria legittimazione dalla natura pattizia della convenzione arbitrale sottoscritta dalle parti e, pur nel silenzio della legge, segue fedelmente uno schema dualistico. Per tale motivo, a meno che non si voglia vanificare del tutto il diritto dell'autorità garante e della Commissione di presentare osservazioni, si potrebbe pensare ad una forma di cooperazione tra la Commissione, le autorità garanti nazionali e gli arbitri, sulla falsariga di quanto da tempo riconosciuto nell'ambito degli arbitrati internazionali in materia di investimenti, senza che ciò determini necessariamente una violazione del carattere privato ed indipendente dell'arbitrato.

V. ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE, ORDINE PUBBLICO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

A livello di diritto dell'Unione europea la questione se le norme antitrust costituiscono norme di ordine pubblico è stata affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Eco Swiss China*. In quell'occa-

sione, peraltro, mentre l'Avvocato generale Saggio aveva espressamente qualificato l'art. 101 TFUE come norma di ordine pubblico economico, la Corte di giustizia si è limitata, da un lato, a stabilire che l'art. 101 TFUE costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno; e, dall'altro lato, a sottolineare che nei limiti in cui il giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondato sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81 CE.

In Italia le norme antitrust (nazionali ed europee) sono state espressamente qualificate come norme di ordine pubblico dalla Corte di appello di Milano nelle pronunce *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzini c. Madaus* del 2002¹¹ e *Terra Armata c. Tensacciai* del 2006¹². In entrambi i casi, i giudici di Milano hanno sottolineato, sebbene in relazione al problema della compromettibilità in arbitri delle controversie antitrust, che le norme sostanziali antitrust sono bensì norme imperative, di ordine pubblico economico, ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili.

In Svezia, la Corte di appello di Svea ha sottolineato che, sebbene in Svezia la nozione di ordine pubblico è intesa in senso restrittivo, «another example of an award capable of being deemed to infringe Swedish order public is where the award infringes on competition law in Sweden or in the European Community»¹³.

Analogamente, con riferimento al diritto europeo della concorrenza, il Tribunale di Bruxelles nella vicenda *SNF/Cytec* ha stabilito che «il n'est pas contesté que les articles 81 et 82 du Traité CE constituent des dispositions d'ordre public au sein des Etats membres»¹⁴.

¹¹ App. Milano 13 settembre 2002, n. 2090, in *Riv. arb.*, 2004, p. 105.

¹² App. Milano 15 luglio 2006, n. 1897, in *Riv. arb.*, 2006, p. 744.

¹³ Judgment of 4 May 2005 of the Svea Court of Appeal, Stockholm (Case No T 6730-03).

¹⁴ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, *Société SNF SA c. Société Cytec*, in *Rev. arbitrage*, 2007, p. 303.

Di contro, il Tribunale federale svizzero, nella sentenza *Terra Armata c. Tensacciai* ha stabilito che fanno parte dell'ordine pubblico soltanto quei valori essenziali e generalmente riconosciuti che, in base ai prevalenti valori in vigore in Svizzera, devono essere considerati come le pietre fondanti di ogni ordinamento giuridico. Conseguentemente, sulla scorta di tale definizione di ordine pubblico, i giudici elvetici hanno concluso che il diritto antitrust non appartiene all'ordine pubblico¹⁵.

A livello internazionale è interessante osservare che il rapporto finale sull'ordine pubblico quale eccezione al riconoscimento di lodi arbitrali internazionali redatto dal Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'*International Law Association* (ILA) utilizza proprio la normativa antitrust quale esempio di *lois de police* o di *public policy rule*¹⁶.

VI. CONTROLLO DEL GIUDICE IN SEDE DI IMPUGNAZIONE E RICONOSCIMENTO DEL LODO ARBITRALE

Per quanto riguarda gli Stati Uniti nella pronuncia *Mitsubishi*, la Corte Suprema ha espressamente riconosciuto che il principio dell'arbitrabilità delle controversie antitrust deve essere accompagnato dalla possibilità per le corti giudiziarie di verificare in sede di attuazione del lodo che gli interessi tutelati dal diritto antitrust siano stati effettivamente presi in considerazione dagli arbitri, sulla base del rilievo secondo cui la Convenzione di New York attribuisce a ciascuna parte contraente il diritto di rifiutare l'attuazione del lodo nel caso in cui ciò si ponga in contrasto con l'ordine pubblico. Analogamente, a livello europeo la Corte di giustizia nelle sentenze *Nordsee* e *Eco Swiss China* ha riconosciuto che se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, i giudici ordinari possono esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno

ampio a seconda dei casi, che spetta a loro in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile.

Ciò che invece continua ad apparire ancora incerto è il problema della natura e dell'intensità del controllo che i giudici possono/devono effettuare allorché sono chiamati a pronunciarsi in sede di impugnazione o di riconoscimento di un lodo che ha fatto/non ha fatto applicazione della normativa antitrust. In via di prima approssimazione si può dire che sono astrattamente configurabili due tipi di controllo: uno massimalista, l'altro minimalista.

Secondo l'approccio massimalista, il controllo del lodo da parte del giudice statale, tanto in sede di annullamento quanto in sede di riconoscimento, dovrebbe essere ampio e approfondito al fine di verificare compiutamente se l'arbitro ha provveduto ad applicare correttamente la normativa antitrust; per contro, secondo l'approccio minimalista il controllo del giudice statale dovrebbe essere di tipo estrinseco, limitato cioè a verificare che l'arbitro abbia preso in considerazione le norme antitrust e, laddove ritenute applicabili, le abbia applicate in modo non manifestamente irragionevole, restando precluso ogni controllo sul modo in cui una data norma sia stata applicata. L'esame della giurisprudenza in questa sede richiamata conferma la criticità del problema in esame e soprattutto il carattere affatto risolutivo della distinzione tra approccio minimalista e approccio massimalista. Appare evidente, infatti, che anche le pronunce nelle quali è stato affermato che il mancato riconoscimento di un lodo straniero (come pure l'annullamento di un lodo nazionale) per contrarietà all'ordine pubblico presuppone una violazione grave e manifesta del diritto antitrust, più che avallare la tesi minimalista sembra evidenziare un altro aspetto

¹⁵ Tribunale federale svizzero, 8 marzo 2006, *Tensacciai SpA v. Terra Armata Srl*, in *ASA Bulletin*, n. 3, 2006, p. 521.

¹⁶ International Law Associations, New Delhi

Conference (2002), Committee on International commercial arbitration, Final report on public policy as bar to enforcement of International arbitration awards, Recommendation 1 (e).

del problema: vale a dire che la semplice errata valutazione, in termini antitrust, di un fatto o di una circostanza da parte degli arbitri non è sufficiente per far invocare l'eccezione dell'ordine pubblico, posto che non ogni errore degli arbitri costituisce necessariamente una minaccia all'ordine pubblico. Ciò che conta, invece, è che l'errore degli arbitri non determini una lesione dei valori fondamentali tutelati dalla norma che si ritiene essere stata male applicata o interpretata. Come è facile intuire il problema si sposta, dunque, interamente sul concetto di ordine pubblico e sulla rilevanza che tale nozione deve assumere in sede di annullamento, riconoscimento o esecuzione di un lodo arbitrale. A tale proposito è interessante sottolineare che, nell'ambito delle raccomandazioni contenute nel rapporto finale sull'ordine pubblico quale eccezione al riconoscimento di lodi arbitrali internazionali redatto dal Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'*International Law Association* (ILA), sono stati individuati i seguenti principi-guida: *a*) nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale la regola della definitività del lodo deve costituire un principio fondamentale cui si può derogare solo in casi eccezionali; *b*) nell'ambito di questi casi eccezionali figura senz'altro l'ipotesi in cui il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo si pongono in contrasto con l'ordine pubblico; *c*) le norme antitrust costituiscono norme di ordine pubblico; *d*) non qualsiasi errata applicazione o interpretazione delle norme antitrust da parte degli arbitri costituisce una violazione dell'ordine pubblico; *e*) affinché un lodo possa considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico per violazione della normativa antitrust è necessario che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo (e, quindi, i suoi effetti) determinino concretamente una violazione dei fondamentali valori politici, sociali ed economici dello Stato di esecuzione o riconoscimento; *f*) qualora gli arbitri abbiano analizzato e deciso le questioni antitrust presenti nel caso sottoposto alla loro decisione deve escludersi per il giudice statale la possibilità di un riesame, in fatto e in diritto, della decisione arbitrale, anche nel caso in cui il

giudice statale ritenga che la decisione arbitrale non sia giuridicamente "corretta"; *g*) nel caso in cui gli arbitri abbiano completamente ommesso qualsiasi valutazione dei profili antitrust del caso sottoposto alla loro decisione oppure abbiano adottato una soluzione che, anche a prima vista, costituisce una irragionevole applicazione delle norme antitrust in grado di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico (ad es., perché si è esclusa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa che detiene il 100% del mercato rilevante) il giudice statale deve poter procedere ad un riesame dei fatti all'esito del quale può eventualmente annullare il lodo o rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero.

STEFANO BASTIANON

Bibliografia

L. IDOT, «Arbitration and EC law», in *Int'l Bus.c L. Rev.*, 1996, p. 561; M. BLESSING, «Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration», in *J. Int'l Arb.*, 1997, p. 23; C. BAUDENBACHER, «Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU», in C.-D. EHLERMANN - I. ATANASIU (eds.), *European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, 2003, p. 341; A. KOMNINOS, «Arbitration and the modernization of European competition law enforcement», in *World competition*, 2003, p. 215; N. SHELKOPLYAS, *The application of EC law in arbitration proceedings*, Groningen, 2003; M. DOLMANS - J. GRIERSON, «Arbitration and the modernization of EC antitrust law: new opportunities and new responsibilities», in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, n. 2, 2003, p. 37; L. IDOT, «Arbitration and the reform of regulation 17/1962», in C.-D. EHLERMANN - I. ATANASIU (eds.), *European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, Portland Oregon, 2003, p. 307; L.G. RADICATI DI BROZOLO, «Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte», in *Riv. arb.*, 2004, p. 9; L.C. RADICATI DI BROZOLO, «Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration - A fresh look at the "second look"», in *Int. A.L.R.*, 2004, p. 23; M. BOWSHER, «Arbitration and competition», in *Competition litigation in UK*, London, 2005, p. 398; C. SERAGLINI, «L'affaire Thalès et le nonusage immodéré de l'exception d'ordre public», in *Cah. dr. eur.*, 2005, p. 5; G. CANALE, «Legislazione an-

titrust e arbitratore: cenni di diritto comparato e comunitario», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1223; H. VAN HOUTTE, «Arbitration and Art. 81 and 82 EC Treaty: a state of affairs», in *ASA Bulletin*, 2005, p. 431; P. LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*,

The Hague, 2006; A. KOMNINOS, «Arbitration and EU competition law», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105; OECD Hearings, «Arbitration and competition», 2010, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le decisioni con impegni e il rilievo per l'*antitrust private enforcement*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. DECISIONI CON IMPEGNI: PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI. – III. LE INTERFERENZE CON IL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*. – IV. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO. – V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE

L'istituto delle decisioni con impegni è stato introdotto in Italia nel luglio del 2006, attraverso l'inserimento nella l. 287/90 dell'art. 14-ter (articolo aggiunto dall'art. 14 del d.l. 223/2006 come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006), in base al quale «[e]ntro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione [...], le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria».

La norma riproduce a livello interno quanto stabilito in sede europea dall'art. 9, Reg. 1/2003, ai sensi del quale la Commissione, «qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse» può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese.

La disciplina stabilisce dunque un percorso alternativo al procedimento di accertamento degli illeciti, ad innesto eventuale su istanza delle imprese: la caratteristica dello strumento è che nel caso gli impegni siano ritenuti idonei a superare le problematiche concorrenziali riscontrate, l'Autorità procedente li rende obbligatori per le imprese e chiude il procedimento senza accertamento dell'infrazione. L'istruttoria si conclude pertanto senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si

avrà alcun accertamento dell'illecito¹) e quindi sulla condanna alla sanzione, ma con la constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate in modo tale che le condotte oggetto dell'istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento.

L'istituto degli impegni consente di conciliare due differenti esigenze: da un lato, quella dell'Autorità a risparmiare i tempi e le risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili anticoncorrenziali ipotizzati; dall'altro, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità, evitando sia l'irrogazione di una sanzione, che gli effetti negativi connessi all'accertamento di un illecito.

L'assenza di un formale accertamento dell'infrazione, tuttavia, potrebbe incidere sulla possibilità per i soggetti danneggiati da un illecito *antitrust* di instaurare con successo un'azione di risarcimento danni. Appare dunque di interesse la questione dei rapporti tra la disciplina degli impegni e l'esigenza di garantire il "pieno risarcimento" ai soggetti che hanno subito un danno da un illecito *antitrust*, diritto non solo pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria², ma anche ben radicato nell'ordinamento nazionale³.

II. DECISIONI CON IMPEGNI: PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI

Ai fini dell'analisi che segue, è opportuno esaminare preliminarmente taluni aspetti sostanziali e procedurali delle decisioni con impegni.

Innanzitutto, lo strumento degli impegni non dovrebbe avere un'applicazione

¹ Cfr. art. 9, Reg. 1/2003: «[l]a decisione (...) giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato»; art. 14-ter l. 287/1990: «[l]a Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può (...) renderli obbligatori per le im-

prese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

² Cfr. C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Bernhard Crehan*, in *Racc.* 2001, p. I-6297.

³ Cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 2207.

generale in ogni caso *antitrust*, ma tendenzialmente limitata ai casi di “minore” rilevanza concorrenziale. A livello comunitario, il Reg. 1/2003 al *Considerando* n. 13 prevede infatti che «le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un’ammenda». Pur in assenza di un’analoga disposizione a livello nazionale, il limite stabilito a livello comunitario si ritiene vincolante anche nei confronti dell’AGCM, come si evince dall’espresso ancoraggio dell’istituto al rispetto “dei limiti previsti dall’ordinamento comunitario” previsto dall’art. 14-ter l. 287/90. In proposito, l’AGCM ha peraltro recentemente ribadito nella nuova Comunicazione in materia di impegni (Comunicazione sulle procedure di applicazione dell’articolo 14-ter della l. 287/1990, adottata con delibera dell’Autorità del 6 settembre 2012 n. 23863, che sostituisce la precedente Comunicazione del 12 ottobre 2006) di ritenere «non opportuna l’adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l’imposizione di una sanzione».

La prassi applicativa mostra tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt’altro che marginale dell’istituto in esame. L’AGCM ha infatti concluso numerose istruttorie accettando gli impegni proposti dalle imprese, specie nel caso di istruttorie relative a presunti abusi di posizione dominante: nel periodo 2007-2012 (primo semestre) sono stati avviati 48 procedimenti di intesa di cui 17 conclusi con impegni, e 49 procedimenti di abuso di cui 32 conclusi con impegni. L’applicazione dello strumento sembrerebbe essere stata quindi esclusa solo nel caso di violazioni c.d. *hard core*, ma tendenzialmente ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi.

Quanto alla procedura applicativa, l’AGCM ha disciplinato in maniera pun-

tuale nella nuova Comunicazione i criteri applicativi dell’istituto degli impegni: in particolare, è previsto che successivamente all’avvio dell’istruttoria le imprese possono presentare *i)* una versione non definitiva degli impegni, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi dall’inizio del procedimento; *ii)* la versione definitiva degli impegni, entro tre mesi dalla notifica dell’apertura dell’istruttoria. In linea con la giurisprudenza amministrativa⁴, la Comunicazione non qualifica il termine di tre mesi stabilito dall’art. 14-ter come perentorio, seppure viene precisato che la presentazione di impegni oltre il suddetto termine sarà consentita solo «in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte», ciò che potrebbe di fatto precludere la possibilità per le parti di presentare impegni oltre il termine trimestrale. La nuova disciplina differisce sul punto rispetto al modello comunitario in cui non è previsto alcun termine entro il quale le imprese possono presentare gli impegni: a detta della stessa Comunicazione, tale previsione è volta a garantire la funzione deflattiva dell’istituto degli impegni ed esigenze di economia procedimentale, in linea «con l’esigenza di indurre il destinatario dell’istruttoria dell’Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria» (§ 4). Con riferimento alle caratteristiche cui devono rispondere le misure proposte dalle parti ai fini della conclusione del procedimento senza accertamento dell’infrazione, la Comunicazione chiarisce che gli impegni devono essere «suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria».

L’AGCM vaglia preliminarmente gli impegni presentati; qualora li ritenga non manifestamente infondati, entro 45 giorni

⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902 secondo cui «la previsione di un termine perentorio risulta disarmonica non solo con il procedimento disciplinato in sede comunitaria, ma soprattutto con la funzione dell’istituto, la quale richiede, da un lato, che le imprese siano poste in

grado di proporre misure correttive idonee e, dall’altro, che la Commissione disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi». Il carattere sollecitatorio del termine è stato recentemente confermato da TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

dalla scadenza del termine di tre mesi ne dispone la pubblicazione sul proprio sito *internet* e sul bollettino per sottoporli a consultazione pubblica (*market test*). Nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione, i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni e, nei successivi trenta giorni, le parti proponenti potranno replicare alle osservazioni presentate dai terzi e, per tenere conto delle stesse, introdurre per una sola volta modifiche accessorie agli impegni. La Comunicazione stabilisce che, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, la procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni: l'intera procedura di impegni avrà dunque tendenzialmente una durata massima non superiore a sette mesi e mezzo.

III. LE INTERFERENZE CON IL *PRIVATE ANTI-TRUST ENFORCEMENT*

In linea con la funzione di tutela del buon funzionamento del mercato assegnata al *public enforcement*, l'istituto degli impegni mira alla risoluzione, in tempi brevi, delle criticità concorrenziali riscontrate dall'autorità nel provvedimento di avvio, attraverso l'attuazione delle misure volontariamente proposte dalle imprese, cui non è imposta alcuna sanzione. I vantaggi sanzionatori per le imprese riguardano tuttavia esclusivamente il profilo del *public enforcement*, mentre non è prevista alcuna immunità in sede civile nei procedimenti eventualmente promossi da soggetti che assumano di essere stati lesi dalle condotte oggetto della decisione con impegni. Nondimeno, come si dirà, tali azioni potrebbero essere più gravose per l'attore, dovendo questi provare l'esistenza dell'infrazione e la responsabilità dell'impresa convenuta senza potersi avvalere di un formale accertamento dell'illecito.

A livello europeo, il Reg. 1/2003 stabilisce che «le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà [...] delle giurisdizioni degli Stati membri di

procedere a detto accertamento e di prendere una decisione» (cons. 13) e che «le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli Stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del Trattato» (cons. 22). Analogamente, a livello nazionale non vi è alcuna norma che, a fronte di una decisione con impegni, paralizzi le azioni di risarcimento del danno *ex art.* 33, l. 287/1990. Come osservato dal giudice amministrativo, «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico»⁵.

Si noti che, in linea di principio, la rapidità con cui si perviene alla conclusione del procedimento rispetto ad una più lunga istruttoria ai fini di una decisione di accertamento potrebbe incentivare le azioni di danno, alla luce della prossimità temporale tra il provvedimento amministrativo e le condotte che hanno causato il danno e della maggiore consapevolezza che ne deriva in capo ai danneggiati. A ciò si aggiunga che, in via di prassi, l'AGCM è solita dare ampio risalto ai provvedimenti di chiusura con impegni, con una pubblicità almeno pari ai procedimenti conclusi con una decisione di accertamento.

Tuttavia, il principale elemento di tensione tra le due modalità di *enforcement* consegue al fatto che i procedimenti con impegni si concludono senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà alcun accertamento dell'illecito), ma con la sola constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate: come rilevato da una recente pronuncia della giurisprudenza nazionale, le decisioni con impegni presuppongono un'attività valutativa che «solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale [...] l'e-

⁵ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902.

same svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – 'teleologico', incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – 'finale e sostanziale' (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)»⁶.

Ciò comporta una significativa differenza rispetto alle azioni di *private antitrust enforcement* basate su di un provvedimento di accertamento dell'autorità: in tale caso, infatti, l'attore può fondare le proprie pretese di risarcimento in sede civile su una decisione pubblica, che non solo contiene un formale accertamento della violazione, ma riporta i principali elementi istruttori emersi nel corso del procedimento. A livello comunitario, l'art. 16, Reg. 1/2003, ha espressamente riconosciuto che tali provvedimenti hanno valore vincolante nei confronti delle giurisdizioni e delle autorità della concorrenza nazionali. In Italia, pur in assenza di un'espressa normativa, la giurisprudenza si è spinta sino a riconoscere alle decisioni amministrative dell'AGCM il valore di "prova privilegiata" nel contesto di azioni civili di *follow on* per il risarcimento del danno subito da illeciti *antitrust*.

A fronte di una decisione con impegni, invece, il provvedimento amministrativo non prende espressa posizione in ordine all'esistenza di una infrazione: i soggetti che lamentano un danno dalla condotta posta in essere dalle imprese interessate non potranno quindi fondare la propria domanda sull'accertamento dell'illecito compiuto dall'autorità amministrativa, ma dovranno provare l'avvenuta infrazione delle norme *antitrust*.

È tuttavia alquanto controversa la questione circa il rilievo che possa assumere un provvedimento di accettazione di impegni in un'azione di *private enforcement*.

Da un lato, sembrerebbe doversi escludere l'utilizzabilità di dette decisioni nella sede di un giudizio civile: la Commissione europea ha infatti avuto modo di chiarire nel *Memorandum* sui criteri applicativi dell'istituto che «le decisioni *ex art. 9* non si pronunciano in merito all'esistenza di un'infrazione delle regole comunitarie di concorrenza. Pertanto, un cliente o un consumatore che intende promuovere un'azione di *private enforcement* davanti alle Corti nazionali deve provare l'illegittimità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni» (traduzione dell'autore)⁷.

Dall'altro lato, occorre tuttavia rilevare che la disciplina degli impegni pone quale presupposto per l'accettazione degli stessi l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali anticoncorrenziali: il che potrebbe influire sulle valutazioni del giudice nell'ambito del giudizio ordinario. Secondo lo stesso disposto dell'art. 9, Reg. 1/2003, infatti, la Commissione può fare uso dello strumento "qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione", ciò che sembrerebbe escludere che l'autorità possa concludere un procedimento con l'accettazione di impegni ove non ritenga sussistere alcuna problematica dal punto di vista *antitrust*.

Talune indicazioni in tal senso sono fornite dalla pronuncia della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Alrosa*⁸ in cui la Corte, pur non condividendo la tesi del Tribunale di Primo Grado dello stretto parallelismo tra decisioni in materia di impegni e di accertamento dell'infrazione⁹, ha ribadito la centralità del principio di proporzionalità nella valutazione della "legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell'Unione". In proposito, viene precisato che nel caso delle decisioni con impegni tale principio si limita alla «verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che [la Commissione] ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi

⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

⁷ Cfr. MEMO/04/217, del 17 settembre 2004.

⁸ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-

441/07, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, in *Racc.* 2010, p. I-5949, punto 40.

⁹ Trib. CE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2601, punto 100.

che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni». Per quanto qui di rilievo, ai fini dell'utilizzo dell'istituto degli impegni sembra dunque necessaria la preliminare identificazione della problematica concorrenziale che le misure sono volte a risolvere, anche al fine di valutare l'adeguatezza delle stesse. Inoltre, il fatto che la Corte richieda che le imprese «non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni» indica che in ogni caso gli impegni devono rispondere ad una preoccupazione concorrenziale e non devono quindi essere proposti nel caso in cui tali preoccupazioni non sussistono.

Analogamente alla prassi comunitaria, anche la più recente giurisprudenza nazionale appare orientata a ritenere che la proposizione di impegni da parte delle imprese presupponga l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali. Al riguardo, sono di interesse alcune recenti pronunce dei giudici amministrativi e, in particolare:

– la decisione del Consiglio di Stato nel caso *MasterCard*¹⁰, in cui è stata ritenuta non autonomamente impugnabile la decisione di rigetto degli impegni da parte dell'AGCM. Per quanto di rilievo ai presenti fini, la Corte ha riconosciuto che la presentazione di impegni, in connessione ad altri elementi, sia indicativa di un certo grado di consapevolezza in capo alle imprese circa la potenziale illiceità delle condotte all'attenzione dell'AGCM: secondo la Corte, infatti, «all'atto di accoglimento [degli impegni] resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati *sostanzialmente confessori* in ordine alla sussistenza dell'illecito commesso (sì da rendere neces-

sarie misure volte ad elidere gli effetti dell'illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)»;

– una pronuncia del TAR¹¹, con cui è stato accolto il ricorso di Conto TV avverso la decisione dell'AGCM che rendeva vincolanti impegni proposti da Sky nell'ambito dell'istruttoria A407-Sky/Conto TV. La pronuncia in questione sembra confermare che la presentazione di impegni da parte delle imprese presuppone l'identificazione di una condotta lesiva delle imprese oggetto del procedimento, posto che «l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesive della libera concorrenza»¹².

IV. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO

Un ulteriore aspetto problematico relativo ai rapporti tra *private enforcement* e decisioni con impegni riguarda la possibilità per i soggetti terzi potenzialmente danneggiati di acquisire elementi utili ai fini della prova dell'illecito in sede civile. Come anticipato, infatti, nei procedimenti con impegni le difficoltà per l'attore appaiono maggiori rispetto al caso in cui l'istruttoria amministrativa si concluda con un provvedimento finale di accertamento: in assenza di un formale accertamento della violazione e di una decisione finale che fornisce anche indicazioni circa gli elementi probatori assunti dall'autorità amministrativa nel corso dell'istruttoria, risulta accentuata l'asimmetria informativa a danno dell'attore che caratterizza generalmente le azioni di danno *antitrust*¹³.

¹⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

¹¹ Cfr. TAR Roma, sez. I, 19 maggio 2011, n. 3964.

¹² Si osservi che la soluzione suggerita dal giudice amministrativo sembra ravvisare la necessità di misure idonee ad eliminare *ex tunc* gli effetti delle condotte anticoncorrenziali. Il TAR rileva, infatti, che «non [sarebbe] possibile ritenere che – sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati – la stessa

Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame». È allo stato pendente un giudizio di secondo grado su detta pronuncia.

¹³ Al riguardo, lo stesso Libro Bianco della Commissione ha sottolineato che «gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un

Tuttavia, anche nel caso di decisioni con impegni, l'istruttoria condotta dall'autorità potrebbe far emergere talune preliminari indicazioni utili ai fini di un'azione civile di *private antitrust enforcement*, che potrebbero essere sottoposte dai soggetti interessati al libero apprezzamento del giudice.

Si considerino in particolare i seguenti elementi:

- il provvedimento di apertura dell'istruttoria, il quale identifica con una certa accuratezza, seppure in via preliminare, i mercati interessati, l'inquadramento normativo delle condotte, le condotte potenzialmente rilevanti all'attenzione dell'autorità e alcune prime valutazioni giuridiche;

- i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione (c.d. *market test*) dalle parti interessate; tali documenti potrebbero fornire alcune indicazioni circa la potenzialità lesiva della condotta ed i suoi possibili effetti sul mercato interessato;

- il provvedimento di accettazione degli impegni e chiusura del procedimento; tale provvedimento descrive in maniera più approfondita i problemi di concorrenza inizialmente identificati e una valutazione circa l'idoneità degli impegni ad eliminare tali criticità.

In aggiunta a tali indicazioni, assume significativo rilievo la possibilità per i danneggiati di acquisire elementi probatori utili in sede di azione civile attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio amministrativo¹⁴, essendo generalmente assenti

riferimenti puntuali all'istruttoria svolta dall'autorità amministrativa nella decisione di accettazione di impegni.

Nel contesto europeo non vi è una disciplina comune a tutela del diritto di accesso agli atti del procedimento. In Italia, la prassi seguita dall'AGCM, avallata dalla giurisprudenza amministrativa, è nel senso di limitare l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento che intendono promuovere un'azione di danni¹⁵.

L'art. 13, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (regolamento recante le norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'AGCM) disciplina l'accesso c.d. procedimentale, di cui agli artt. 7 e seguenti l. 241/1990: in particolare, esso riconosce il diritto di accesso ai documenti solo nel corso dell'istruttoria e limitatamente ai soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio, ossia le imprese direttamente destinatarie dell'attività istruttoria, nonché gli eventuali denunciati ed intervenienti. Tale norma tutela, tuttavia, la riservatezza delle informazioni la cui divulgazione potrebbe recare un pregiudizio alle imprese interessate, come ad esempio informazioni sensibili di carattere commerciale o industriale, e ciò a prescindere dal fatto che potrebbero fornire indicazioni utili ai fini di un'azione di danni. La preclusione all'accesso può essere superata nei limiti in cui tali documenti risultino essenziali per assicurare il contraddittorio e/o il diritto di difesa delle imprese accusate nell'ambito del procedimento *antitrust*¹⁶, mentre non viene in ri-

caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore». Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, punto 2.2.

¹⁴ Cfr. al riguardo TAR Roma, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, secondo cui «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico».

¹⁵ Cfr. TAR Roma, sez. I, 20 luglio 2009, n. 7136; 2 novembre 2009, n. 10615 e 13 luglio 2010, n. 24996, in cui il TAR ha stabilito che «in ragione della *ratio* del *corpus* normativo in materia, gli interessi giuridici considerati dall'art. 24, comma 7, della legge 241/1990 devono ritenersi quelli - e solo quelli - coinvolti dall'azione amministrativa in relazione alla quale la richiesta di accesso». Il TAR ha quindi condiviso la decisione dell'AGCM di negare l'accesso da parte di terzi a documenti da essa detenuti per acquisire evidenze documentali da utilizzare in sede giurisdizionale civile per la tutela di interessi patrimoniali.

¹⁶ A livello comunitario, il definitivo riconoscimento del principio della parità delle armi tra accusa e difesa si è avuto nella pronuncia del Trib. CE, 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Com-*

lievo l'eventuale interesse alla divulgazione ai fini di un'azione civile.

Con riferimento all'accesso c.d. informativo, vale a dire successivo alla conclusione del procedimento, trova applicazione il principio generale dettato dall'art. 24, l. 241/1990, sul procedimento amministrativo, in base al quale deve essere sempre garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici¹⁷. L'AGCM ritiene, tuttavia, che tali interessi non possano essere individuati in un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante vantato da un soggetto dell'ordinamento ma, piuttosto, in un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è stata presentata: di conseguenza, è stato escluso l'accesso ai documenti amministrativi richiesto ai fini della tutela dei diritti di parti private in sede civile, sul presupposto che si tratterebbe di un interesse "eterogeneo" rispetto alle funzioni istituzionali dell'AGCM¹⁸.

In ogni caso, tale l'approccio non preclude la possibilità per l'attore di accedere al fascicolo istruttorio, essendo possibile ricorrere ad altri strumenti previsti dall'ordinamento. L'esibizione di documentazione utile ai fini del processo civile potrebbe essere infatti ottenuta attraverso un ordine di esibizione giudiziale *i*) ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nei confronti dell'AGCM o del responsabile della viola-

zione, per la documentazione in possesso di quest'ultimo o *ii*) ai sensi dell'art. 213 c.p.c. (norma utilizzabile anche in assenza dei presupposti richiesti per l'emissione dell'ordine *ex art.* 210 c.p.c.) nei confronti dell'AGCM¹⁹.

In passato, il giudice civile ha effettivamente accolto in alcuni casi richieste di esibizione al fascicolo istruttorio dell'AGCM:

– ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nel caso del Tribunale di Palermo, in un'azione per danni promossa in seguito ad un'istruttoria dell'AGCM conclusa tramite impegni²⁰;

– ai sensi dell'art. 213 c.p.c., nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di *private enforcement* conseguente ad un procedimento dell'AGCM concluso con una decisione di accertamento e condanna²¹.

In una occasione, il Tribunale di Milano si è riservato di decidere circa gli ordini di esibizione richiesti da parte attrice, conferendo incarico al CTU «al fine di accertare se e quali documenti si rendano necessari al compimento delle operazioni»²². Il procedimento in questione ha ad oggetto un'azione di danni conseguente ad un'istruttoria *antitrust* nel settore della telefonia, che si era conclusa con l'accoglimento degli impegni nei confronti della società convenuta in sede civile e con una decisione di infrazione avverso le altre due società indagate oggetto del procedimento amministrativo²³.

missione, in *Racc.* 1997, p. II-1775. A livello nazionale, cfr. Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Associazione Vendomusica* e TAR Roma, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 9276, *Trenitalia*.

¹⁷ TAR Roma, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Alitalia*.

¹⁸ TAR Roma, sez. I, 2 novembre 2009, n. 10615, *Fallimento ELINET S.p.A.*

¹⁹ TAR Roma, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Alitalia*: «gli interessati ben possono proporre istanza al giudice civile ai sensi dell'art. 210 c.p.c. Inoltre, l'art. 213 c.p.c. facoltizza il giudice civile a richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che ritiene necessario acquisire al processo».

²⁰ Ordinanza del Trib. Palermo 15 luglio 2011. L'istanza di esibizione è stata accolta dopo che l'AGCM ha negato l'accesso al fascicolo istruttorio. Il caso trae origine dall'istruttoria A417, avviata nei confronti di Grandi Navi Veloci per un

possibile abuso di posizione dominante nel mercato del trasporto di linea di veicoli gommati.

²¹ Ordinanza App. Roma, 8 maggio 2006 (citata da App. Roma, sez. I, 31 marzo 2008). Il caso trae origine dal procedimento I124, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, in cui l'AGCM ha accertato un'intesa anticompetitiva nel settore del bitume.

²² Cfr. Trib. Milano Ordinanza 52997/2010 del 20 maggio 2011.

²³ Cfr. istruttoria A357, concernente un presunto abuso di posizione dominante nel settore della telefonia ed in particolare con riferimento alla terminazione di chiamate fisso-mobile su rete telefonica. In esito al procedimento, l'AGCM aveva accertato la responsabilità di due delle società indagate, Telecom e Wind, mentre nei confronti della terza società coinvolta nell'indagine, Vodafone, l'istruttoria si chiudeva con l'accoglimento degli impegni proposti. Una società cliente di Vodafone proponeva quindi un'azione di risar-

Può essere interessante un confronto della prassi nazionale con quella degli altri Stati membri, da cui sembrano emergere interessanti indicazioni circa l'approccio particolarmente favorevole seguito in alcune giurisdizioni.

Al riguardo, un fronte piuttosto avanzato sembra essere quello francese, ove la Corte di Parigi ha recentemente ordinato all'Autorità della concorrenza francese di esibire i documenti relativi ad un procedimento amministrativo iniziato a fine giugno 2010 su impulso di alcune società attive nella promozione di buoni sconto via internet, tra cui *Ma Liste de Courses*, concluso con un provvedimento di impegni²⁴. A seguito della chiusura del procedimento amministrativo, la società *Ma Liste de Courses* ha avviato un'azione civile al fine di ottenere un risarcimento dei danni subiti dalla condotta asseritamente anti-competitiva.

È interessante notare che la società attrice era in possesso, a prescindere dall'accesso al fascicolo degli atti dell'Autorità, della maggior parte della documentazione alla base dell'istruttoria amministrativa, ma in base alla normativa francese non le era riconosciuto il diritto di esibire tale materiale in sede di giudizio civile: l'art. 463, § 6, del Codice Commerciale Francese (c.c.fr.) impedisce, infatti, di utilizzare in altri contesti le informazioni acquisite nell'ambito di un procedimento dell'Autorità della concorrenza. Sebbene una recente decisione della Suprema Corte francese abbia ammesso l'esibizione di tali documenti ove sia necessario per difendere un diritto delle parti²⁵, ciò non sarebbe valso ad escludere il rischio per la società di incorrere in una potenziale violazione della norma citata. Per tale ragione, *Ma Liste de Courses* ha preferito chiedere un ordine di esibizione in sede civile, che è stato concesso dalla Corte di Parigi: il giudice ha in tale sede confer-

mato che l'art. 463, § 6 c.c.fr., non impedisce la possibilità di ordinare l'accesso nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno. Di conseguenza, è stato richiesto all'Autorità francese di esibire le versioni non riservate delle dichiarazioni scritte e orali raccolte durante il procedimento istruttorio, tra cui le versioni confidenziali delle osservazioni scritte presentate dalle parti e dai terzi, i verbali delle audizioni, le risposte alle richieste di informazioni ed i documenti trasmessi dalle parti.

Da ultimo, merita un breve cenno una decisione dell'Autorità della concorrenza olandese del dicembre 2009, relativa alla richiesta di accesso agli atti da parte di un soggetto potenzialmente interessato a proporre un'azione di danni. Con la decisione in questione, l'Autorità ha accolto tale richiesta, senza la necessità per il soggetto danneggiato di ricorrere in sede giudiziale al fine di ottenere un ordine di esibizione: più specificamente, l'Autorità si è spinta sino a consentire l'accesso alla comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. *onderzoeksrapport*), salvo limitarsi a mantenere riservati i soli riferimenti ai nomi delle persone citate nel documento²⁶.

V. CONCLUSIONI

L'analisi condotta circa i rapporti tra azioni di risarcimento del danno e procedimenti amministrativi conclusi con l'accettazione di impegni consente di apprezzare un quadro variamente composito.

In primo luogo, si è osservato come alcune caratteristiche dei procedimenti con impegni, e in particolare l'assenza nel provvedimento finale di un accertamento formale dell'illecito, potrebbero comportare alcuni elementi di potenziale tensione con le azioni di risarcimento del danno. In linea di principio, queste tensioni sembrerebbero di scarso rilievo alla luce del fatto che lo strumento in esame

cimento del danno di tipo *follow on* solo nei confronti di quest'ultima. In tale contesto, l'AGCM aveva notificato la CRI anche a Vodafone e, con il provvedimento di condanna, erano censurate condotte speculari a quelle che nei confronti di Vodafone non erano state accertate a seguito dell'accettazione degli impegni.

²⁴ Tribunal de commerce de Paris, 15th chambre, *SAS Ma Liste de Courses v. Société HighCo 3.0 et al.*, decisione del 24 agosto 2011.

²⁵ Cour de Cassation, Commercial Chamber, *Semavem*, 19 gennaio 2010.

²⁶ Decisione del 7 dicembre 2009, n. 6830 - *Stichting Meldpunt Collectief Onrecht*.

dovrebbe limitarsi ai casi in cui vi sia una fattispecie che solleva problematiche *antitrust*, ma siano assenti condotte potenzialmente gravi. La prassi applicativa mostra, tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt'altro che marginale dell'istituto in esame: l'applicazione degli impegni, seppure esclusa nel caso delle violazioni c.d. *hard core*, è stata ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi. A fronte di tale contesto, come ben noto, la Commissione ha fornito in più occasioni chiare indicazioni circa l'intenzione di voler incoraggiare le azioni di *private enforcement*, senza tuttavia prendere espressa posizione in merito alle problematiche potenzialmente connesse alla conclusione con impegni del procedimento amministrativo.

Una questione di rilievo riguarda il valore da attribuire alle decisioni con impegni nei giudizi civili: seppure, infatti, il provvedimento non contiene un formale accertamento dell'illecito, la giurisprudenza comunitaria e nazionale sembrerebbe indicare che le decisioni con impegni presuppongono un dubbio effettivo circa la sussistenza di problematiche *antitrust*. Non può dunque escludersi che, in sede di giudizio civile, si possa tenere conto delle preoccupazioni concorrenziali sollevate dall'autorità amministrativa.

Ulteriori elementi utili ai fini probatori possono altresì essere tratti dai documenti pubblici connessi all'istruttoria, quali il provvedimento di apertura e chiusura del procedimento, nei quali vi è non solo una descrizione preliminare, ma piuttosto puntuale, dei mercati interessati, delle condotte potenzialmente rilevanti, ma anche un primo inquadramento giuridico della fattispecie oggetto di indagine.

Infine, assume significativo rilievo la possibilità per i terzi danneggiati di poter effettivamente esercitare il diritto di acce-

dere al fascicolo istruttorio. A tale proposito, nonostante la mancanza di una disciplina europea uniforme, alcune giurisdizioni comunitarie si sono mostrate piuttosto favorevoli nel consentire l'accesso al fascicolo a tali soggetti. L'orientamento seguito dall'AGCM, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa, sembrerebbe piuttosto rigido, nel senso di escludere l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento, ma è in ogni caso possibile acquisire gli elementi rilevanti attraverso ulteriori strumenti previsti dall'ordinamento (*i.e.* artt. 210 c.p.c. e 213 c.p.c.).

ALBERTO PERA

Bibliografia

CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza», in *Giur. Comm.*, 2008, n. 1, p. 109 ss.; DEKEYSER - BECKER - CALISTI, «Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages», in *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, (a cura di) C.D. EHLERMANN - M. MARQUIS, Oxford, 2010, p. 677 ss.; GITTI, «Gli accordi con le Autorità indipendenti», in *Rivista dir. civ.*, 2011, n. 2, p. 192 ss.; LIBERTINI, «Le Decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust», in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1284 ss.; PERA, «Le decisioni con impegni tra diritto nazionale e comunitario», in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, (a cura di) G. BRUZZONE, Bologna, 2008, p. 61 ss.; RAFFAELLI, «Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust», in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, p. 1926 ss.; SCOGNAMILGIO, «Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi», in *Dir. amm.*, 2010, p. 503 ss.; SIRAGUSA, «Le decisioni con impegni», in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 385 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le decisioni con *settlement* e il rilievo per l'*antitrust private enforcement*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. IL *SETTLEMENT* IN COMMISSIONE. – 1. Profili procedurali. – 2. La prassi della commissione. – 3. Interazioni con la procedura di *leniency*. – 4. Perché transigere? – III. *SETTLEMENT* E *PRIVATE ENFORCEMENT*.

I. INTRODUZIONE

L'istituto del *settlement* (“*settlement*” o “transazione”) è stato introdotto nell’ordinamento comunitario con il Regolamento (CE) n. 622/2008 del 30 giugno 2008¹ (“Regolamento”) e trova la sua disciplina nella comunicazione della Commissione europea (“Commissione”) concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’art. 7 e dell’art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003² del Consiglio nei casi di cartelli (“Comunicazione”).

Il *settlement* è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria disciplinata dai Regolamenti (CE) nn. 1/2003 e 773/2004 e trova applicazione esclusivamente nei casi di illeciti *antitrust* ritenuti più gravi per la collettività – vale a dire i cartelli, previsti dall’art. 101 TFUE³ – la cui repressione è obiettivo prioritario per tutte le autorità di controllo della concorrenza. Attraverso la procedura di *settlement* la Commissione e le imprese coin-

volte in un procedimento *antitrust* possono addivenire ad un accordo al fine di definire celermente l’esito dell’istruttoria.

La procedura di *settlement* – sempre più frequentemente adottata nei procedimenti di fronte alla Commissione – è disciplinata anche in alcuni ordinamenti di Stati membri dell’Unione Europea, quali: Gran Bretagna, Francia, Olanda e Germania⁴. L’ordinamento italiano non contempla, invece, l’istituto del *settlement* nei procedimenti *antitrust*.

Anche se la procedura di *settlement* può perseguire differenti obiettivi di *policy* nei diversi Paesi in cui è prevista, in generale può dirsi che essa premia la collaborazione delle imprese indagate con una riduzione delle sanzioni e consente un’abbreviazione dei tempi istruttori e – dunque – una definizione più celere del procedimento *antitrust*. Nei paragrafi che seguono si concentrerà l’attenzione sulla procedura di *settlement* comunitaria⁵.

II. IL *SETTLEMENT* IN COMMISSIONE

1. *Profili procedurali*. – La procedura di *settlement* – facoltativa sia per la Commissione che per le parti del procedimento che intendano aderirvi – è delineata in dettaglio nella Comunicazione.

¹ Il Regolamento modifica alcuni articoli del Regolamento n. 773/2004 e inserisce il nuovo art. 10-bis «Procedura di transazione nei casi di cartelli».

² Regolamento 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE.

³ In Germania e in Francia il *settlement* può essere utilizzato senza restrizioni relative al tipo di infrazione. Nel Regno Unito ed in Olanda, invece, la procedura di transazione trova normalmente applicazione nei casi di cartello.

⁴ In Polonia il *settlement* è oggetto di discussione nell’ambito dei proposti emendamenti al «*Polish Competition Act*», che prevedono una procedura sul modello di quella europea. Data la fase avanzata dell’*iter* legislativo al 30 gennaio 2013, verosimilmente la procedura di *settlement* verrà adottata anche in Polonia nel corso dei prossimi mesi.

⁵ Per informazioni sugli altri paesi dove il *settlement* trova applicazione, si veda: J. BURRICHTER, «*Settlement in cartel cases: practical experience in Germany*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 471 ss.; D. BRAULT - R. MAULIN, «*La procédure de non-contestation des griefs: Un succès non contestable*», in *Concurrence* n. 2-2011, p. 80 ss.; E. MORGAN DE RIVERY, «*The French “Non-Contest Procedure”: A Practitioner’s Point of View*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 453 ss.; P. KALBFLEISCH, «*The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlements*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 481 ss.; O. BROUWER, «*Antitrust Settlements in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration?*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 489 ss.; A. STEPHAN, «*OFT dairy price-fixing case leaves sour taste for cooperating parties in settlements*», in *European Competition Law Review*, 2010.

In sintesi, a seguito dell'avvio di un procedimento istruttorio volto ad accertare l'esistenza di un cartello in violazione dell'art. 101 TFUE, la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere quali casi possono essere conclusi con la procedura ordinaria disciplinata dai Reg. (CE) nn. 1/2003 e 773/2004 e quali, invece, presentano caratteristiche tali da consentire una transazione.

Qualora la Commissione, una volta raccolte, nell'ambito della fase istruttoria del procedimento, evidenze probatorie sufficienti a supportare la sussistenza del cartello, ritenga – sulla base di numerosi fattori quali, il numero delle imprese indagate, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione della responsabilità ed il livello di contestazione dei fatti – che, nel caso di specie, possa esserci spazio per il *settlement*, verifica l'interesse delle parti coinvolte nel procedimento istruttorio ad aderire alla procedura. A tal fine, la Commissione concede alle parti interessate un termine non inferiore a due settimane entro il quale queste ultime devono manifestare, per iscritto, la disponibilità a partecipare a discussioni tese all'eventuale presentazione di proposte di transazione in un momento successivo della procedura⁶. Tali dichiarazioni contengono una mera espressione della volontà delle parti di prendere contatto con la Commissione al fine di transigere e non comportano né il riconoscimento della partecipazione all'infrazione né alcuna assunzione di responsabilità per la commissione dell'illecito.

Se le parti esprimono la volontà di aderire alla procedura di transazione, la Commissione può decidere di avviare consultazioni bilaterali, dando formalmente inizio alla procedura di *settlement*. Anche questa fase è fortemente caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità della Commissione, con particolare riferimento alla valutazione dell'opportunità e alla sequenza temporale delle di-

scussioni bilaterali, nonché al momento in cui rendere accessibili alle parti gli elementi probatori contenuti nel fascicolo istruttorio a supporto degli addebiti e fornire alle parti una stima della possibile sanzione che ciascuna impresa potrebbe essere chiamata a corrispondere. Nell'ambito di tali discussioni le parti vengono informate in merito agli «elementi essenziali»⁷ presi in considerazione dalla Commissione fino a quel momento, quali: «i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e durata del presunto cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno dei potenziali addebiti»⁸ che la Commissione intende contestare. In questa fase le parti hanno, altresì, la possibilità di richiedere – a determinate condizioni – l'accesso alle versioni non riservate dei documenti accessibili contenuti nel fascicolo istruttorio.

Nel momento in cui i contatti bilaterali tra la Commissione e le parti, avvenuti nel corso di questa prima fase di negoziazione, consentono di raggiungere un'intesa comune quanto all'ambito degli addebiti e alla stima della forcella delle probabili sanzioni, la Commissione fissa un termine non inferiore a 15 giorni entro il quale le parti possono formalizzare una proposta definitiva di transazione. In tale proposta, come espressione dell'impegno a cooperare in vista di una rapida trattazione del caso, alle parti è richiesto di fornire determinate conferme e informazioni. In particolare, esse devono: *i*) riconoscere la propria partecipazione e responsabilità nella commissione dell'illecito⁹, che dovrà essere descritto sinteticamente in tutti i suoi elementi essenziali quali l'oggetto, l'eventuale attuazione, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, inclusi il ruolo delle parti e la durata della loro partecipazione, *ii*) fornire un'indicazione dell'importo massimo della sanzione che potrebbero accettare di cor-

⁶ In Francia, al contrario, sono le società a richiedere di essere ammesse alla procedura di *settlement*.

⁷ Comunicazione, punto 16.

⁸ Comunicazione, punto 16.

⁹ Si noti che il riconoscimento della responsabilità della parte per l'infrazione è richiesto anche in Germania e nel Regno Unito, mentre in Francia e in Olanda l'adesione alla procedura di *settlement* non comporta ammissione di responsabilità.

rispondere nell'ambito della transazione, *iii*) confermare, da un lato, di essere state sufficientemente informate in merito agli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti e, dall'altro, di aver avuto la possibilità di esprimere il proprio punto di vista nell'ambito delle fasi precedenti della procedura, *iv*) rinunciare a determinati diritti di difesa quali l'accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio e la possibilità di essere sentite in audizione. Tali diritti possono, tuttavia, essere riacquisiti qualora la comunicazione degli addebiti non rifletta il contenuto della proposta di transazione e *v*) dare il proprio consenso a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva in una lingua ufficiale dell'Unione europea.

La Commissione gode di ampia discrezionalità nel decidere se accettare le proposte di transazione sulla base della corrispondenza o meno tra queste ultime e gli esiti delle consultazioni bilaterali. Su richiesta dell'impresa interessata, la Commissione può accettare che le proposte di transazione siano presentate oralmente¹⁰.

Come nella procedura ordinaria, anche in quella di transazione la Commissione è tenuta ad adottare una comunicazione degli addebiti¹¹, che potrà riflettere o meno la proposta di transazione. A garanzia dei diritti di difesa, prima della decisione definitiva, la Commissione è tenuta a sentire le argomentazioni delle parti in relazione sia agli addebiti mossi nei loro confronti che alle evidenze probatorie utilizzate a supporto della tesi accusatoria così da poter modificare, se del caso, la propria analisi preliminare (ad es., rinunciando a muovere specifici addebiti che possano ritenersi infondati alla luce di quanto descritto dalle parti, oppure rivedendo o completando le proprie argomentazioni).

Se la comunicazione degli addebiti riflette puntualmente la proposta di transazione formulata dalle parti, queste ultime rispondono entro un termine fissato dalla Commissione, di almeno due settimane,

limitandosi semplicemente a confermare, in termini inequivocabili, che la comunicazione degli addebiti è conforme a quanto indicato nella proposta di transazione e che il loro impegno di seguire la procedura di *settlement* resta fermo. In assenza di tale dichiarazione, la Commissione prende atto che le parti non intendono dar seguito all'impegno assunto nell'ambito della transazione; circostanza che può condurre l'autorità europea ad abbandonare la procedura di *settlement*.

La Commissione, come anticipato, può anche adottare una comunicazione degli addebiti che non riflette il contenuto della proposta di transazione; nel qual caso, le ammissioni ivi formulate dalle parti si intendono ritirate e non possono utilizzarsi come elementi probatori contro nessuna parte del procedimento. Ne consegue che alle parti, non più vincolate dalla loro proposta di transazione (e che riacquistano i diritti di difesa cui avevano rinunciato nella prima fase della procedura), è assegnato un nuovo termine per poter presentare richieste di accedere al fascicolo istruttorio o di essere sentite in audizione.

Nell'ipotesi in cui le parti abbiano confermato la conformità della comunicazione degli addebiti con il contenuto delle proposte di transazione e, dunque, il loro impegno a proseguire nella procedura di *settlement*, la Commissione può adottare la decisione definitiva in linea con il contenuto della proposta di transazione e della comunicazione degli addebiti nella quale verrà data evidenza del fatto che l'impresa ha cooperato con l'autorità di concorrenza nell'ambito della procedura di *settlement*.

È possibile che solo alcune delle parti del procedimento aderiscano alla transazione (c.d. *settlement* ibrido).

Proprio in ragione di tale cooperazione, e come ricompensa per la stessa, in caso di esito positivo della procedura di transazione, la Commissione riduce del 10% l'ammontare dell'ammenda irrogata nei confronti delle imprese che hanno aderito al *settlement*¹². Inoltre, qualsiasi

¹⁰ Comunicazione, punto 38.

¹¹ Tale comunicazione non è, al contrario, prevista nel sistema tedesco.

¹² Comunicazione, punto 32. Sulla percentuale di riduzione della sanzione, che rappresenta per le parti il primario incentivo a transigere, si

maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende¹³ non potrà eccedere un fattore moltiplicatore pari a due¹⁴. Se, poi, il procedimento concluso mediante procedura di transazione coinvolge anche imprese che abbiano presentato domanda di trattamento favorevole (*leniency*), la riduzione dell'importo della sanzione accordata a titolo di transazione, si sommerà alla riduzione della sanzione concessa a titolo di trattamento favorevole.

Si osserva, infine, che la Commissione, nella propria autonomia decisionale, ha la facoltà di adottare una posizione definitiva che differisce da quella espressa nella comunicazione degli addebiti che racchiude le proposte di transazione delle parti. In tal caso, però, la Commissione deve informarne le parti tramite una nuova comunicazione degli addebiti anche al fine di garantire loro un effettivo esercizio del diritto di difesa, in linea con le norme procedurali applicate in assenza di transazione (le parti avranno, dunque, diritto di accesso alla documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio nonché di chiedere un'audizione e di rispondere alla comunicazione degli addebiti). Anche in questo caso, le ammissioni delle parti formulate nelle proposte di transazione si intenderanno ritirate e non potranno utilizzarsi come evidenze nei confronti di nessuna delle parti del procedimento.

2. *La prassi della commissione.* – Con riferimento all'utilizzo del *settlement*, si

osserva che, dall'entrata in vigore del Regolamento (2008), nei procedimenti avviati dalla Commissione l'impiego dell'istituto è aumentato nel corso degli anni: al gennaio 2013 risultano essere sei i casi di cartello definiti con *settlement*¹⁵.

In sintesi si osserva che, nei sei casi fino ad oggi decisi con *settlement*: *i*) il numero delle parti coinvolte nei procedimenti varia da un minimo di 3 (*Consumer Detergents* - COMP/39.579 del 13 aprile 2011) ad un massimo di 10 (*DRAMs* - COMP/38.511 del 19 maggio 2010), *ii*) vi è stato un solo caso di *settlement* c.d. ibrido (*Animal feed phosphate* - COMP/38.866 del 20 luglio 2010), in cui una delle sei società parti del procedimento non ha aderito alla transazione, *iii*) la durata dei procedimenti è variata approssimativamente da due anni e quattro mesi (*CRT Glass* - COMP/39.605 del 19 ottobre 2011) ad otto anni (*DRAMs* - COMP/38.511 del 19 maggio 2010), *iv*) in media la durata dei casi di *settlement* conclusi nel 2011 è significativamente inferiore ai tre anni dalla data in cui le società sono state ispezionate; mentre nel 2012, nell'unico caso chiuso con *settlement* (*Water Management Products* - COMP/39.611 del 27 giugno 2012), la decisione della Commissione è intervenuta dopo poco più di tre anni dall'ultima ispezione avvenuta nell'aprile del 2009¹⁶, *v*) la Commissione ha irrogato complessivamente sanzioni per circa 1,1 miliardi di euro.

Che la Commissione voglia incrementare ulteriormente l'utilizzo della procedura di transazione è, poi, confermato

osservano notevoli diversità di approccio nei diversi Stati membri dove la procedura di *settlement* opera: in Francia è accordata una riduzione fino al 50%, in Olanda del 15% e in Germania fino a un massimo del 10%. Mentre in paesi come il Regno Unito l'ammontare della riduzione viene deciso caso per caso. Si veda *Getting the Deal Through - Cartel Regulation 2013*, p. 100; P. KALBFLEISCH, «*The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlements*», cit., http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/BKartA_Kartellverfahren_2012_web_bf.pdf.

¹³ Il punto 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 recita: «La Commissione presterà particolare attenzione all'esigenza di garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal

fine essa può aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande al di là delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce».

¹⁴ Comunicazione, punto 32.

¹⁵ Commissione europea, *DRAMs* - COMP/38.511, 19 maggio 2010; Commissione europea, *Animal feed phosphate* - COMP/38.866, 20 luglio 2010; Commissione europea, *Consumer Detergents* - COMP/39.579, 13 aprile 2011; Commissione europea, *CRT Glass* - COMP/39.605, 19 ottobre 2011; Commissione europea, *Refrigeration Compressors* - COMP/39.600, 7 dicembre 2011; Commissione europea, *Water Management Products* - COMP/39.611, 27 giugno 2012.

¹⁶ La prima ispezione della Commissione, nel caso citato, risale al dicembre 2008.

dall'intervista rilasciata dal Commissario UE alla concorrenza Joaquin Almunia, il 14 gennaio 2013¹⁷, i cui contenuti sono stati ripresi nel recente intervento del Commissario dello scorso 8 marzo 2013¹⁸, in cui si afferma che, verosimilmente, la metà dei casi, che si concluderanno nel corso dell'anno verrà decisa in esito alla procedura di *settlement*.

Quanto agli Stati membri in cui è previsto il *settlement*, si rileva che in Francia, ad oggi, i casi conclusi tramite la procedura di transazione, sono trentatré, mentre in Germania e nel Regno Unito si registrano, rispettivamente, undici e sette casi conclusi con il *settlement*¹⁹.

3. *Interazioni con la procedura di leniency*. – *Settlement* e *leniency* sono strumenti diversi ma complementari nella politica comunitaria volta alla repressione dei cartelli: la *leniency* premia la cooperazione delle imprese che forniscono un contributo volontario decisivo alla scoperta e all'accertamento di un illecito grave, mentre il *settlement* ricompensa la cooperazione delle imprese che, previa ammissione della propria responsabilità nella commissione dell'illecito, contribuiscono ad accelerare il procedimento che conduce all'adozione di una decisione ai sensi degli artt. 7 e 23 Reg. (CE) 1/2003 nei modi e con le garanzie descritte nel paragrafo precedente. Come già chiarito, secondo la Comunicazione, per l'impresa che abbia già presentato domanda di *leniency* e abbia, quindi, già ammesso la propria partecipazione ad un illecito grave, la procedura di *settlement* può rappresentare l'opportunità di ottenere un'ulteriore riduzione del 10% della sanzione. In altre parole, qualora nei casi conclusi con procedura di *settlement* siano coin-

volte imprese che hanno anche presentato domanda di *leniency*, la riduzione della sanzione loro accordata a titolo di transazione va a sommarsi alla ricompensa loro concessa a titolo di trattamento favorevole.

4. *Perché transigere?* – Come anticipato, il *settlement* è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria e trova applicazione esclusivamente nei casi di cartelli. Di seguito alcune considerazioni sugli elementi che la Commissione e le parti del procedimento valutano nella scelta di proporre o di aderire al *settlement*.

a) La prospettiva della Commissione

La scelta di iniziare la procedura ordinaria piuttosto che quella di *settlement* è, come si è visto, a totale discrezione della Commissione e si basa sull'opportunità o meno – a seguito di un appropriato bilanciamento di interessi – di dare inizio ad una procedura semplificata. Nella prospettiva della Commissione, infatti, a seconda del caso specifico al suo esame e delle evidenze presenti nel fascicolo istruttorio, può essere più opportuno affrontare una procedura ordinaria oppure proporre il *settlement*.

La Commissione sarà incentivata a proporre il *settlement* qualora ritenga di avere buone probabilità di raggiungere un accordo con tutte le parti coinvolte nel procedimento ed è ragionevole ipotizzare che, seppure tale probabilità sia maggiore nei casi di cartello meno complessi, le maggiori efficienze procedurali si potrebbero ottenere nei casi complessi, che coinvolgono un gran numero di parti con posizioni confliggenti sull'attribuzione di responsabilità e ampie contestazioni su oggetto, effetti e durata del cartello²⁰.

¹⁷ Intervista rilasciata da Joaquin Almunia, in occasione della Semana Iberica al College of Europe di Bruges, dove il Commissario ha dichiarato che «In the cases that we can deal with this year, probably half of them will be decided thanks to a settlement, in cartels [...]».

¹⁸ Joaquin Almunia, *Speech: Remedies, commitments and settlements in antitrust*, 8 marzo 2013, in cui il Commissario Almunia ha reiterato: «I dare make a prediction: around half of our cartel cases may be concluded with settlements in

the coming years – which seems to me a good balance between the different procedural tools».

¹⁹ Cfr. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/index.php>; Per i casi di *settlement* in Germania e in Regno Unito si vedano i siti <http://www.bundeskartellamt.de> e www.ofi.gov.uk.

²⁰ K. DEKEYSER - R. BECKER - D. CALISTI, «Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlement and Commitments on Private Actions for Damages», in *European Competition Law Annual 2008*,

I vantaggi che la Commissione può trarre dalla scelta della procedura di *settlement* sono rappresentati da una maggior speditezza e da un minor costo della procedura (si pensi, ad esempio, all'assenza di audizioni e di accessi completi alla documentazione istruttoria) e dei relativi contenziosi (la probabilità che l'impresa che aderisce al *settlement* impugni la decisione di fronte al giudice è piuttosto bassa)²¹. A ciò si aggiunga un ridotto dispendio di energie nella redazione della decisione finale, che si presenta in forma semplificata e sintetica ed, in generale, un utilizzo più efficiente delle risorse della Commissione che possono essere allocate in modo da perseguire un maggior numero di cartelli.

In termini di svantaggi, invece, si può pensare al più complesso sforzo organizzativo nella predisposizione delle consultazioni bilaterali con le società che hanno aderito alla transazione e alla difficile organizzazione, e conseguente minore efficienza procedurale, dei casi ibridi, in cui solo alcune delle parti del procedimento aderiscono alla procedura di *settlement*. In quest'ultimo caso, a seguito di un attento bilanciamento di interessi, la Commissione potrebbe essere addirittura portata ad abbandonare la procedura di *settlement*.

b) La prospettiva dell'impresa parte del procedimento

L'analisi delle motivazioni che inducono l'impresa indagata per l'illecito *antitrust* ad aderire al *settlement* rischia di essere riduttiva se compiuta esclusivamente con riferimento allo specifico procedimento di cui l'impresa è parte in Commissione.

La globalizzazione dell'istituto del *settlement* e l'incremento dell'utilizzo di questo strumento in giurisdizioni dove prima

era ignorato, associata all'espansione del *private enforcement antitrust* e alla crescente applicazione della normativa penale in ambito *antitrust* a livello internazionale, rende, infatti, la valutazione dell'impresa piuttosto complessa²².

È chiaro, infatti, che il riconoscimento di responsabilità nella commissione dell'infrazione e il valore vincolante che la decisione della Commissione può avere nei confronti dei giudici nazionali, sono elementi che debbono essere attentamente valutati dall'impresa che si accinge a scegliere se aderire o meno al *settlement*.

Soprattutto nei casi di cartelli internazionali decidere se accedere o meno a una proposta di *settlement*, può avere riflessi e conseguenze importanti su procedimenti in corso in altri paesi e su potenziali azioni di risarcimento danni. A livello internazionale, il rischio a cui può potenzialmente esporsi l'impresa che decidesse di aderire alla proposta di *settlement* è sfaccettato. Una decisione di *settlement* che consacrì l'ammissione di responsabilità per l'illecito può: *i*) indurre un'autorità della concorrenza che ritenga che la condotta illecita accertata dalla Commissione abbia avuto effetti sul suo territorio ad aprire un nuovo procedimento²³, *ii*) essere utilizzata da altra autorità della concorrenza che, in assenza della decisione, non sarebbe stata in grado di raccogliere evidenze probatorie necessarie a giustificare il suo intervento, *iii*) cristallizzare la valutazione di aspetti specifici del caso con riferimento, ad esempio, alla definizione dei mercati rilevanti o, al periodo e alla durata del presunto illecito e, infine, *iv*) ingenerare il rischio di azioni di danno (tema su cui si rinvia al paragrafo che segue). A ciò si sommano gli svantaggi già descritti nel precedente paragrafo II.1, de-

2010, p. 677 ss.; D.W. HULL - M.J. CLANCY, «The European Commission's new settlement procedure for cartel cases: a defense counsel's perspective», in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, 2009, p. 107.

²¹ D. WAELBROECK, «A new "settlement culture" in competition cases. What is left to the Courts?», in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, 2009, p. 256-257.

²² Si vedano sul punto le considerazioni

espresse in OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, DAF/COMP(2008)32, 1° ottobre 2009.

²³ La decisione di *settlement* nel caso DRAM ha di recente, attivato un separato procedimento *antitrust* da parte dell'autorità *antitrust* Brasileira. Si veda GCR, *Global Cartel Settlement: is it Possible?*, disponibile a <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/33036/global-cartel-settlement-possible/>.

rivanti specificamente dalla procedura di *settlement* in Commissione. Come già detto, infatti, l'impresa che decida di aderire al *settlement*: *i*) accetta di comprimere alcuni diritti di difesa e processuali (rinuncia, ad esempio, alla facoltà di essere sentita in audizione e ad un accesso pieno al fascicolo istruttorio nonché – di fatto – ad impugnare la decisione della Commissione di fronte al Tribunale), *ii*) deve accordarsi con la Commissione in merito alla propria responsabilità nell'illecito, *iii*) deve valutare le possibili conseguenze a cui potrebbe andare incontro nelle ipotesi di *settlement* ibrido e *iv*) si espone a sanzioni più elevate in qualsiasi futura istruttoria in cui fosse coinvolta ai sensi del punto 28 degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende²⁴.

A fronte delle citate complessità, i possibili vantaggi per l'impresa che volesse aderire al *settlement* sono rappresentati: *i*) dalla riduzione del 10% dell'importo della sanzione, *ii*) dalla certezza che la maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende non potrà eccedere un moltiplicatore pari a due, *iii*) dalla consapevolezza anticipata dell'ambito dell'illecito che l'impresa avrà già prima di ricevere la comunicazione degli addebiti, *iv*) dalla possibilità di interloquire con la Commissione in un momento anteriore a quello in cui la valutazione dell'autorità si cristallizza nella comunicazione degli addebiti, *v*) dalla facoltà di poter rinunciare al *settlement* in qualsiasi momento precedente alla ricezione della comunicazione degli addebiti, *vi*) dalla celerità dei tempi e dalla riduzione dei costi dell'istruttoria, *vii*) dal minor impegno in termini di tempo ed energie del *management*, che potrà continuare a dedicarsi all'attività

commerciale²⁵, *viii*) dal possibile impatto positivo che l'adesione al *settlement* può avere da un punto di vista reputazionale.

III. SETTLEMENT E PRIVATE ENFORCEMENT

Come anticipato, l'impresa indagata che aderisca alla proposta di *settlement*, ammettendo la responsabilità per l'illecito *antitrust*, va incontro al rischio di azioni di risarcimento del danno. Anche se l'ordinamento italiano attualmente non prevede l'istituto del *settlement*, un procedimento comunitario, che si concluda con una decisione di accertamento dell'infrazione a seguito di transazione, potrebbe dare luogo – in ragione di specifici criteri di collegamento con la giurisdizione nazionale – ad azioni di risarcimento del danno *antitrust* (*follow-on action*) di fronte al giudice italiano, così come di fronte ai giudici di altri Stati membri.

Se tale ipotesi si verificasse, è possibile che l'eventuale azione *follow-on* venga proposta dal danneggiato (attore nel giudizio per il risarcimento danni) in tempi verosimilmente molto brevi. Ciò in quanto può presumersi che, in esito ad un procedimento definito con *settlement*, l'impresa che ha aderito alla transazione (convenuta nel giudizio di risarcimento danni) non impugni la decisione della Commissione e – dunque – non possa beneficiare della protezione temporanea offerta al convenuto dalla pendenza del giudizio di appello dinanzi al Tribunale²⁶. L'attore potrà, quindi, disporre di una decisione definitiva, immediatamente dopo la conclusione del procedimento di fronte alla Commissione.

Come detto, la decisione che fa seguito al *settlement* accerta l'infrazione²⁷ ed è, pertanto, vincolante nei confronti del giudice nazionale ai sensi dell'art. 16 Reg.

²⁴ Comunicazione, punto 28: «L'importo di base dell'ammenda può essere aumentato qualora la Commissione constati l'esistenza di circostanze aggravanti, come nei casi seguenti: – quando un'impresa continua o ripete la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza abbiano constatato che tale impresa ha violato le disposizioni dell'articolo 81 o 82. L'importo di

base sarà aumentato fino al 100% ogni volta che venga accertata una infrazione di questo tipo».

²⁵ A. ORTEGA GONZALES, «*The Cartel Settlement Procedure in Practice*», ECLR 2011, p. 176.

²⁶ L. COPPI - R. LEVINSON, «*The Interaction between Settlements and Private Litigation-An Economic Perspective*», in *European Competition Law Annual 2008*, 2010, p. 687 ss.

²⁷ Si veda art. 7 del Regolamento.

(CE) 1/2003 circostanza che rappresenta un chiaro beneficio per il danneggiato dall'illecito *antitrust* che voglia intentare un'azione civile per il risarcimento del danno. Beneficio amplificato dal fatto che, come chiarito, questo tipo di decisione è resa in tempi più brevi.

Di contro, tuttavia, la decisione adottata in esito a una procedura di *settlement* è redatta in forma semplificata e, non solo non contiene alcun riferimento ai possibili effetti del cartello – così come, peraltro, la maggior parte delle decisioni adottate a conclusione di procedure ordinarie – ma è anche significativamente meno dettagliata in punto di fatto rispetto a queste ultime. Di norma essa non fa riferimento a circostanze fattuali relative a possibili incontri fra le parti, discussioni in merito a fissazione di prezzi o a compartimentazione di mercati, con le conseguenze che ne derivano in termini di assolvimento dell'onere della prova gravante sull'attore e anche in relazione alla possibilità per quest'ultimo di chiedere e ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. Non v'è dubbio che se l'attore non può disporre di informazioni su fatti rilevanti, ancor più complesso sarà provare il danno derivante dagli stessi²⁸.

Come già chiarito nel paragrafo che precede, nell'ipotesi di *settlement* ibrido, il descritto svantaggio dell'attore si attenua in quanto quest'ultimo potrà beneficiare di una decisione di accertamento strutturata e dettagliata in punto di fatto, resa a seguito di procedura ordinaria nei confronti della parte o delle parti che hanno scelto di non aderire al *settlement*.

²⁸ G. MUSCOLO, «Public e private enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in *20 Anni di Antitrust*, C. RABITTI BEOGNI - P. BARUCCI (a cura di), tomo II, Torino, 2010, p. 1015 ss.

²⁹ Il profilo dell'accesso agli atti con riferimento al diverso tema della *leniency* è stato affrontato nel Libro Bianco relativo alle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie in cui sono state suggerite alcune possibili soluzioni anche in merito all'accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio. Il Libro Bianco prevede, in particolare, l'introduzione di meccanismi di *disclosure* con l'obiettivo di facilitare l'onere probatorio dell'attore. Tali suggerimenti, che hanno dato origine ad un am-

Gli aspetti più problematici per l'attore in un giudizio instaurato a valle di una decisione di transazione attengono, dunque, ai temi dell'accesso ai documenti del fascicolo istruttorio della Commissione²⁹ e ai meccanismi di *disclosure* disciplinati in maniera non uniforme dalle normative processuali nazionali. Temi particolarmente delicati in quanto i documenti e le dichiarazioni sono versate in atti dal convenuto nell'ambito di un procedimento transattivo.

La disciplina dell'accesso ai documenti e alle proposte transattive per i casi di *settlement* è contenuta nei punti 35-40 della Comunicazione, che nella sostanza rispecchiano le previsioni poste a tutela delle dichiarazioni confessorie nei casi di *leniency*. In assenza di precedenti giurisprudenziali in materia di accesso ai documenti nei procedimenti conclusi con transazione, alla luce della citata analogia fra le discipline dell'accesso nel quadro delle procedure di *settlement* e di *leniency*, si può presumere che il giudice nazionale investito della questione, si conformi ai principi dettati dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Pfleiderer*³⁰, valutando, sulla base delle circostanze del caso concreto, se negare o riconoscere al danneggiato dal cartello l'accesso ai documenti trasmessi dal convenuto alla Commissione. Per i casi di applicazione nazionale decisi sulla base delle indicazioni della Corte di Giustizia, si rinvia alla sentenza del Tribunale tedesco che – nella decisione del caso che ha dato origine alla sentenza *Pfleiderer* – ha negato l'accesso ai documenti depositati dal *leniency applicant* presso l'autorità di concorrenza tede-

pio dibattito, non sono al momento sfociati in un concreto intervento normativo. Al proposito, infatti, ed anche a seguito di significativi sviluppi giurisprudenziali (caso *Pfleiderer* su cui la Commissione intende adottare una direttiva di armonizzazione parziale con il principale obiettivo di offrire chiarimenti sulle interazioni tra le azioni di risarcimento per danno *antitrust* ed il *public enforcement* europeo e nazionale. V. Allegato al Programma di lavoro della Commissione per il 2012, COM(2011)777 def., del 15 novembre 2011 (http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_it.htm).

³⁰ C. giust. UE, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 14 giugno 2011.

sca (*Bundeskartellamt*)³¹ e alla sentenza resa dalla High Court nel caso *National Grid*, in cui il giudice inglese ha chiesto l'intervento della Commissione in qualità di *amicus curiae* ai sensi dell'art. 15 § 3 Reg. (CE) 1/2003³².

In conclusione, nella prospettiva dell'attore nel giudizio a valle della decisione di transazione, non poter fare affidamento, da un lato, su una decisione dettagliata e, dall'altro, su un pieno accesso ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio, comporta certamente uno svantaggio ai fini della prova dell'illecito con possibile conseguente significativo disincentivo ad intentare un'azione di risarcimento danni di fronte al giudice nazionale.

SILVIA D'ALBERTI

Bibliografia

A. BACH, «Negotiated Settlements Under EC Competition Law: A Judicial Perspective» in *European Competition Law Annual* 2008, 2010, p. 317 ss.; G. BARLING, «Collective Redress in the National Courts for Infringement

of the Competition Rules - Is Reform Overdue?», in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law ad National Law*, Treviso, 17-18 maggio 2012 (in corso di pubblicazione); S. BRANKIN, «The First Cases Under The Commission's Cartel Settlement Procedure: Problem Solved?», in *European Competition Law Review*, n. 4, 2011; F. DI PORTO, «Recent Developments in Italian Competition Law (Year 2011)», in *Concorrenza e Mercato*, 2012, p. 59 ss.; R. GAMBLE, «"Speaking (formally) with the Enemy" - Cartel Settlements Evolve», in *European Competition Law Review*, 2011, p. 449 ss.; J. JOSHUA - K. HUGMARK - I. DAEMS, «Structured Settlements? The First Deal Under the Commission 2008 Cartel Settlements Package», in *The European Antitrust Review*, 2011, p. 3 ss.; OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel*, 2008; OECD, «Plea Bargaining: Settlement of Cartel Cases», in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol. 2009/2, p. 105 ss.; U. SOLTÉSZ-C. VON KÖCKRITZ, «EU Cartel Settlements in Practice - the Future of EU Cartel Law Enforcement?», in *European Competition Law Review*, 2011, p. 258 ss.; M. TAVASSI, «Il ruolo dei giudici nazionali nel *private enforcement*, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità garante», in *20 Anni di Antitrust*, C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), tomo II, Torino, 2010, p. 997 ss.

³¹ AMTSGERICHT BONN, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 18 gennaio 2012.

³² High Court of Justice, *National Grid Electricity Transmission Plc c. ABB Ltd and others*, 4 aprile 2012.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

I programmi di *leniency* e il rilievo per l'*antitrust private enforcement*

Sommario: I. L'ISTITUTO DELLA CLEMENZA IN DIRITTO ANTITRUST: RUOLO E FUNZIONE. – II. I PROGRAMMI DI CLEMENZA NEL CONTESTO COMUNITARIO. – III. RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO ANTITRUST E AZIONE CIVILE. IL CASO DELL'ADESIONE AD UN PROGRAMMA DI CLEMENZA E LA QUESTIONE DELL'ACCESSO.

I. L'ISTITUTO DELLA CLEMENZA IN DIRITTO ANTITRUST: RUOLO E FUNZIONE

I programmi di clemenza (*leniency programme*) sono strumenti per facilitare l'emersione e l'accertamento dei cartelli segreti, cioè della categoria di illeciti *antitrust* più gravi e dannosi per la collettività, consistente principalmente in intese anti-concorrenziali tra concorrenti, riguardanti la fissazione di prezzi, la limitazione della produzione e vendita di beni e servizi, la ripartizione dei mercati o dei clienti. Situazioni di crisi economica con conseguente riduzione della domanda possono favorire la nascita dei cartelli. La lotta ai cartelli rappresenta, in generale, una priorità per le autorità di concorrenza. Tuttavia il loro accertamento, specie in considerazione della natura segreta di queste condotte, non è agevole in assenza di forme di collaborazione da parte delle imprese stesse che ne sono coinvolte.

I programmi di clemenza hanno lo scopo di indurre le imprese partecipi di un cartello a collaborare in maniera attiva e determinante al loro accertamento, in cambio della non applicazione – ovvero di una sostanziale riduzione – delle sanzioni previste per quelle violazioni. A seconda degli ordinamenti, le “sanzioni” in senso lato su cui agisce la *leniency* possono essere di diversa natura e portata: sanzioni amministrative ad imprese o a singoli individui, sanzioni di natura penale, *disqualification* degli amministratori, responsabilità per danni “punitivi”.

Dal momento che l'immunità da sanzione può essere riconosciuta – a determi-

nate condizioni – solo all'impresa che per prima denuncia il cartello alle autorità di concorrenza, laddove queste ultime non lo abbiano già scoperto autonomamente, i programmi di clemenza sono volti ad innescare tra i partecipanti ad un cartello una sorta di corsa virtuosa al “ravvedimento” ed alla collaborazione (c.d. «*race to the courthouse*»). Anche il beneficio della riduzione della sanzione – in molti ordinamenti – è collegato alla maggiore tempestività della collaborazione prestata.

I programmi di clemenza sono sistemi premiali che mirano a destabilizzare i cartelli minando la fiducia reciproca tra coloro che vi partecipano; in tal modo, è reso più difficile il loro costituirsi e perdurare nel tempo.

L'esperienza acquisita nelle giurisdizioni in cui è prevista la *leniency* ne ha dimostrato, infatti, la grande efficacia non solo come strumento di accertamento *ex post* ma anche di prevenzione dei cartelli, esplicando essa una notevole funzione di deterrenza. In altri termini, la clemenza ha dimostrato di poter svolgere un ruolo fondamentale nella lotta ai cartelli.

Trattandosi di un sistema premiale, l'efficacia dei programmi di clemenza è legata all'efficacia deterrente delle sanzioni ed alla effettività della loro applicazione che il *leniency applicant* può evitare o attenuare prestando, tempestivamente, alle autorità di concorrenza la collaborazione ivi richiesta.

Il primo programma di clemenza venne adottato negli Stati Uniti nel 1978 dal *Department of Justice - Antitrust Division*, successivamente aggiornato nel 1993 ed integrato dall'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* nel 2004.

La Commissione europea ha adottato il suo primo programma di clemenza nel 1996¹, a cui ha fatto seguito un secondo

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende

nei casi d'intesa tra imprese - 96/C-207/04 - G.U.C.E. C-207 del 18 luglio 1996.

programma di clemenza nel 2002², a sua volta sostituito dall'attuale programma adottato nel 2006³.

Occorre tuttavia rilevare che, come indicato anche dalla Corte di Giustizia, né le disposizioni del Trattato CE in materia di concorrenza, né il Regolamento CE n. 1/2003 prevedono norme comuni in materia di clemenza⁴.

Nell'Unione europea, oltre al programma di clemenza della Commissione, attualmente esistono 26 programmi di clemenza vigenti negli Stati membri, i quali si ispirano ad un programma di clemenza modello elaborato ed adottato nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza (ECN) – ECN Model Leniency Programme – in data 29 settembre 2006, poi modificato in data 22 novembre 2012.

II. I PROGRAMMI DI CLEMENZA NEL CONTESTO COMUNITARIO

Nell'Unione Europea non esiste un sistema unificato e centralizzato di clemenza (c.d. "one stop shop"), ma una pluralità di programmi di clemenza (26 programmi nazionali oltre a quello della Commissione) tra loro autonomi, ancorché come detto ispirati ad un unico programma di clemenza modello, vale a dire, il citato *ECN Model Leniency Programme*. Questi programmi si inseriscono in un quadro di competenze parallele delle autorità di concorrenza (Commissione europea ed autorità nazionali) per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, secondo quanto disposto dal Reg. CE n. 1/2003. Ciò implica che la domanda di clemenza presentata ad una determinata autorità nazionale di concorrenza non venga considerata come presentata anche presso altre autorità eventualmente interessate. L'impresa che intenda beneficiare della clemenza ha quindi l'onere di tutelare la propria posizione relativamente ad un eventuale pro-

cedimento che possa essere avviato da dette autorità, se del caso, presentando una domanda di clemenza presso tutte quelle autorità che potrebbero essere considerate nella posizione idonea per intervenire contro l'infrazione in oggetto.

Per attenuare l'impatto per le imprese di questo sistema e quindi semplificare l'accesso alla clemenza da parte delle imprese, sono stati, pertanto, creati dei meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi.

Tra essi si segnalano in particolare:

– la *domanda di clemenza in forma semplificata*, delineata nel citato *ECN Model Leniency Programme*. Si tratta di una domanda che cerca di rendere più agevole la presentazione di domande multiple presso più autorità nazionali di concorrenza in aggiunta alla domanda di clemenza in forma piena presentata alla Commissione europea, riducendo gli oneri amministrativi delle imprese. Sul piano nazionale, la Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 l. n. 287/90 adottata dall'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (AGCM) il 15 febbraio 2007 (da ultimo modificata il 31 gennaio 2013), prevede e disciplina questo istituto ai §§ 16-18;

– la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza del 27 aprile 2004⁵, ai §§ 39-42, prevede una serie di *strumenti di coordinamento tra i diversi programmi di clemenza presenti negli Stati membri*, a tutela delle imprese che chiedono la clemenza. Come risulta dalla dichiarazione allegata alla citata Comunicazione, le autorità di concorrenza della Rete Europea della Concorrenza ECN si sono impegnate a rispettare i principi e le regole stabilite nella predetta Comunicazione della Commissione, con specifico riferimento a quelli relativi alle domande di clemenza.

² Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese - 2002/C-45/03 - G.U.C.E. C-45 del 19 febbraio 2002.

³ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione

del loro importo nei casi di cartelli tra imprese - 2006/C 298/11 - G.U.U.E. C-298 dell'8 dicembre 2006.

⁴ C. giust. CE, 14 giugno 2011, caso *Pfleiderer*, C-360/09, punto 20.

⁵ In G.U.C.E. 2004/C-101/03.

In particolare, il § 39 stabilisce che laddove un'autorità di concorrenza avvii un procedimento a seguito di una domanda di clemenza, le informazioni trasmesse alla rete ECN ai sensi dell'art. 11 § 3, Reg. CE n.1/2003 «non potranno essere utilizzate dagli altri membri della rete per avviare un'indagine per loro conto ai sensi delle regole di concorrenza comunitarie o, nel caso delle autorità nazionali garanti della concorrenza, ai sensi del diritto nazionale in materia di concorrenza e di altre disposizioni nazionali. Ciò non pregiudica tuttavia il potere dell'autorità di avviare un'indagine sulla base delle informazioni ricevute da altre fonti o, fatto salvo quanto precisato di seguito ai punti 40 e 41, di richiedere, ottenere e utilizzare informazioni a norma dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio da qualsiasi autorità appartenente alla rete, compresa quella alla quale era stata presentata la richiesta di trattamento favorevole».

Inoltre, il § 40 della citata Comunicazione fissa il principio secondo cui un'autorità di concorrenza ECN non può trasmettere (*ex art. 12, Reg. CE n. 1/2003*) le informazioni fornite volontariamente dal soggetto che ha presentato una domanda di clemenza senza il suo consenso; quest'ultimo, una volta concesso, non potrà essere ritirato.

Tuttavia, in base al § 41 della citata Comunicazione, il predetto consenso non è richiesto laddove:

– l'autorità di concorrenza ricevente abbia essa stessa ricevuto una domanda di clemenza da parte della medesima impresa e sulla medesima condotta, «a condizione che al momento in cui le informa-

zioni vengono trasmesse il richiedente non abbia la possibilità di ritirare le informazioni fornite alla predetta autorità ricevente»;

– l'autorità di concorrenza ricevente «si sia impegnata per iscritto dichiarando che né le informazioni ad essa trasmesse né qualsiasi altra informazione di cui essa possa entrare in possesso dopo la data e l'ora di trasmissione indicata dall'autorità trasmittente, verranno utilizzate da essa o da qualunque altra autorità a cui le informazioni saranno trasmesse per imporre sanzioni» a carico dell'impresa richiedente la clemenza, ovvero «di ogni altra persona fisica o giuridica coperta dal trattamento favorevole offerto dall'autorità trasmittente, in base alle proprie disposizioni in materia, a seguito della domanda presentata dal soggetto richiedente valendosi delle disposizioni sul trattamento favorevole dell'autorità», ed anche dei dipendenti o degli *ex* dipendenti dei predetti soggetti.

III. RAPPORTI TRA PROCEDIMENTO *ANTITRUST* E AZIONE CIVILE. IL CASO DELL'ADESIONE AD UN PROGRAMMA DI CLEMENZA E LA QUESTIONE DELL'ACCESSO

Il rapporto tra partecipazione ad un programma di clemenza e responsabilità in sede civile dell'impresa coinvolta in un cartello *antitrust* costituisce senz'altro una delle questioni più delicate ed attuali nella dialettica tra *public* e *private enforcement*, tanto che dovrebbe costituire a breve oggetto di una specifica iniziativa legislativa della Commissione Europea⁶.

Come si è visto, attualmente, nel no-

⁶ Cfr. Commission Working Programme 2012 (COM(2011)777 final, Annex, § 7. Cfr. Alexander Italianer, Commission work programme 2013, *Competition Law Insight*, 19 febbraio 2013: «A legislative proposal on antitrust damages actions will likely be put forward by Vice President Almunia in 2013. This proposal will have two key objectives: first, to regulate the interaction between public and *private enforcement* of EU antitrust rules, in particular access to documents contained in the competition authorities' files; and second, it will seek to ensure effective damages actions for breach of EU antitrust rules before national courts. On the issue of access to leniency materials (...) the general approach will be to protect the effectiveness of the Commission's

leniency programme and of the leniency programmes of national competition authorities, without unduly restricting the right to civil damages. Companies that have infringed competition rules, including leniency applicants, are responsible for compensating for the harm they caused. However, companies co-operating with the competition authorities under a leniency programme should – in a subsequent damages action – not be worse off as compared with a situation where they would not have cooperated. It is essential for the effectiveness of our leniency policy that there is appropriate protection of the information that co-operating undertakings are voluntarily giving to competition authorities».

stro ordinamento come in quello comunitario, la circostanza che un'impresa benefici di un programma di clemenza predisposto da un'autorità di concorrenza non la pone al riparo dalle eventuali conseguenze civilistiche (in particolare, da richieste di risarcimento danni) derivanti dalla partecipazione ad un'intesa anticoncorrenziale⁷. Non si può, quindi, escludere che un'impresa che abbia beneficiato dell'immunità totale dalla sanzione, nell'ambito del procedimento amministrativo *antitrust*, possa poi essere chiamata a rispondere in sede civile dei danni provocati ai terzi in ragione della propria partecipazione al cartello, al pari delle altre imprese che, pur partecipando allo stesso cartello, non abbiano collaborato in alcun modo con l'autorità di concorrenza. Sul piano dell'accertamento della responsabilità, anzi, la posizione dell'impresa che ha chiesto la clemenza (c.d. *leniency applicant*) potrebbe essere "peggiore", dal momento che, per poter beneficiare dell'immunità essa dovrà aver riconosciuto la propria partecipazione al cartello ed averne fornito all'Autorità una rappresentazione alquanto dettagliata, corredata da elementi di riscontro e/o da elementi tali da consentire l'acquisizione di ulteriori elementi, ad esempio, tramite ispezioni mirate da parte dell'Autorità. Pertanto, nel decidere se aderire o meno ad un programma di clemenza, l'impresa interessata sarà portata a valutare un fattore di rischio ulteriore (vale a dire, l'esposizione ad azioni risarcitorie in posizione per così dire "deteriore" a confronto con quella degli altri "co-cartelist") rispetto alla mera esposizione alla sanzione nell'ambito di un procedimento amministrativo *antitrust*.

Si impone quindi un delicato bilanciamento, per così dire, tra le esigenze del *public enforcement* e quelle del *private enforcement*, tenendo a mente il ruolo

centrale del primo, specie in relazione all'accertamento dei cartelli.

Con specifico riferimento ai programmi di clemenza, occorre innanzitutto sottolineare che essi svolgono una funzione fondamentale (sebbene evidentemente non sostitutiva delle indagini *ex officio*) nella lotta ai cartelli sul versante del *public enforcement*; ne consegue una chiara esigenza di tutela di questi strumenti. La Commissione europea nel *Libro Bianco* in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008 e relativo *Staff Working Paper*, (§§ 118, 287-302) ha espresso con forza l'esigenza di tutela delle dichiarazioni confessorie nell'ambito della clemenza. Gli ha fatto eco il Parlamento europeo il quale nella Risoluzione del 26 marzo 2009 sul Libro Bianco (2008/2154 (INI), ha sottolineato che «l'applicazione del programma di clemenza contribuisce in modo decisivo a far emergere cartelli segreti, consentendo in tal modo l'avvio di azioni da parte dei privati, e chiede che siano esaminati strumenti per garantire che sia mantenuta l'attrattiva dell'applicazione dei programmi di clemenza» (§ 21). L'Avvocato Generale Mazák, nelle conclusioni presentate il 16 dicembre 2010 in causa C-360/09, *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*, ha sottolineato che i «programmi recano vantaggio anche ai privati» poiché le decisioni con cui essi vengono accertati e sanzionati «possono, a loro volta, essere utili ai soggetti lesi dai cartelli, ai fini della promozione di un'azione di risarcimento» (§ 41); pertanto, «al fine di tutelare gli interessi sia pubblici che privati all'individuazione e alla repressione dei cartelli, è necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità dei programmi di clemenza» (§ 42).

All'esigenza di assicurare l'efficacia dello strumento della clemenza⁸ e di non

⁷ In proposito, si segnalano tuttavia le proposte dell'Autorità avanzata al Governo con la segnalazione AS988 dell'ottobre 2012 volte a dare nuovo impulso al programma di clemenza come strumento di lotta ai cartelli segreti tra imprese. Esse consistono, rispettivamente: su piano penale, nella previsione di un'immunità penale per le persone fisiche appartenenti all'impresa che collabora tramite la clemenza; sul piano civile, nella esclusione dalla responsabilità solidale (per i danni cagionati

dal cartello) dell'impresa che tramite la clemenza ottiene l'immunità dalla sanzione amministrativa, rendendo possibile la scoperta del cartello. L'impresa che ha ottenuto l'immunità dovrebbe quindi rispondere esclusivamente dei danni provocati ai propri diretti partner contrattuali e solo per la porzione di danno che sia specificamente cagionato dai beni/servizi da essa forniti.

⁸ In questo senso si veda anche il rapporto del Governo britannico, *Private actions in competi-*

pregiudicare gli incentivi delle imprese a farne uso è strettamente legata la questione della riservatezza delle “confessioni” rese dalle imprese in tale sede. Trattasi, in particolare, della necessità di assicurare la “*non-disclosure*” della dichiarazione confessoria resa dall’impresa e della relativa documentazione da bilanciare *i*), principalmente, con l’esercizio del diritto di difesa (per gli altri “*co-cartelist*”) all’interno del procedimento *antitrust*, nonché *ii*) con le esigenze di tutela dei terzi, per eventuale tutela risarcitoria, al di fuori del predetto procedimento. In tale contesto, le autorità di concorrenza – a livello europeo e di singoli Stati membri – hanno introdotto alcune regole procedurali volte a fornire una maggiore tutela al *leniency applicant*.

L’Agcm, nel maggio 2010⁹ ha rafforzato questo tipo di tutela e modificato il proprio programma di clemenza traendo spunto dalla prassi comunitaria; è stato quindi previsto l’accesso (per sola visione) ai documenti *leniency* solo nell’ambito del procedimento amministrativo e solo per l’esercizio del diritto di difesa dei *co-cartelist* (con esclusione dei terzi). È stato, inoltre, previsto il *differimento* automatico dell’accesso alle dichiarazioni confes-

sorie (c.d. *corporate statement*, scritte e orali) sino alla comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI); in questo modo, la posizione del *leniency applicant* non è resa deteriore, in relazione a possibili giudizi civili, rispetto a quella delle imprese concorrenti (*co-cartelist*). Ancora, è stato previsto che, da parte dei *co-cartelist*, l’accesso può essere *differito* fino alla CRI anche relativamente alla documentazione prodotta unitamente alla domanda di clemenza (§ 10 *bis*). Sono comunque tutelate le informazioni riservate ed i segreti commerciali (cfr. Consiglio di Stato, VI, dec. n. 6481/10)¹⁰. In proposito, nella citata segnalazione al Governo AS988 dell’ottobre 2012, l’AGCM ha proposto di rafforzare ulteriormente la tutela dei documenti derivanti da *leniency*.

La questione del delicato rapporto tra domande di clemenza ed accesso è stato l’oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*¹¹.

Secondo l’Avvocato Generale Mazák, la divulgazione, ad una parte in un procedimento civile, del contenuto di dichiarazioni di autoincriminazione, rese volontariamente nell’ambito e ai fini di una procedura di clemenza, con le quali il richie-

tion law: a consultation on options for reform - government response, January 2013, § 3.17. Disponibile su https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69123/13-501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response.pdf.

⁹ Delibera n. 21092, § 10-*bis*.

¹⁰ Programma di clemenza, § 10-*bis*: Accesso da parte dei terzi (esclusione): «Ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l’accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata”. Accesso dei *co-cartelist* alla dichiarazione confessoria: «L’accesso alle dichiarazioni confessorie rese oralmente o per iscritto (...) è differito ai sensi dell’art. 13, comma 10 d.P.R. n. 217/98 fino all’invio della CRI. “Ricevuta la CRI, i destinatari della medesima possono accedere purché si impegnino: *i*) a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione ivi contenuta (“visione senza copia”, cfr. *C.d.S.*, VI, dec. 6481/10); *ii*) ad utilizzare le informazioni contenute nella dichiarazione confessoria unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l’applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo”. Accesso dei *co-cartelist* ai documenti allegati alla

domanda di clemenza: «L’accesso alla documentazione presentata dall’impresa richiedente in allegato o ad integrazione della dichiarazione confessoria può essere differito (...)” fino alla CRI.

¹¹ Causa C-360/09. Le conclusioni dell’Avvocato Generale sono state presentate in data 16 dicembre 2010. La causa verteva su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall’Amtsgericht Bonn (Germania) in ordine «alla questione se, e in quale misura, l’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro possa rivelare ad un soggetto leso informazioni che le sono state spontaneamente trasmesse da membri di un cartello in conformità di un programma di clemenza, affinché l’interessato possa promuovere un’azione risarcitoria di diritto civile per presunti danni provocati dal cartello. In particolare, si chiedeva alla Corte di stabilire se la divulgazione di tali informazioni potesse pregiudicare l’effettiva applicazione del diritto dell’Unione in materia di concorrenza nonché il funzionamento del sistema di cooperazione e di scambio di informazioni tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri previsto agli artt. 11 e 12 del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato».

dente effettivamente ammette e descrive, dinanzi ad un'autorità nazionale della concorrenza, la propria partecipazione ad una violazione dell'art. 101 TFUE, «potrebbe rendere sostanzialmente meno attrattivo e quindi meno efficace il programma di clemenza dell'autorità in questione». Ciò, a sua volta, «potrebbe pregiudicare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE da parte di detta autorità e, da ultimo, la possibilità delle parti in un procedimento civile di esperire un ricorso effettivo»¹².

Nonostante le citate Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák analizzassero in dettaglio le predette questioni, proponendo delle specifiche soluzioni volte a contemperare le citate esigenze «pubblicistiche» con quelle «privatistiche» della tutela risarcitoria, la Corte di Giustizia, Grande Sezione, nella sentenza resa il 14 giugno 2011, ha sostanzialmente omesso di occuparsene, pur riconoscendo sia il ruolo assai rilevante dei programmi di clemenza per la lotta ai cartelli (e, quindi, per l'effettiva applicazione delle norme comunitarie di concorrenza), sia il fatto che l'efficacia di tali programmi potrebbe essere compromessa dall'accesso dei documenti relativi ad un procedimento di clemenza da parte di soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria, dal momento che ciò potrebbe dissuadere l'impresa coinvolta in un'intesa illecita dall'avvalersi dello strumento della *leniency*³.

In particolare, la Corte, si è di fatto limitata a riconoscere la delicatezza di siffatto bilanciamento rinviando, quanto alle condizioni in base alle quali un siffatto accesso debba essere autorizzato o negato, ad una decisione caso per caso da parte dei giudici nazionali sulla base del

diritto nazionale¹⁴. In tal modo, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente disatteso l'aspettativa, assai diffusa, di poter avere da essa un utile indirizzo interpretativo basato sul diritto comunitario su di una questione tanto importante al fine di assicurare un'applicazione efficace ed uniforme del diritto *antitrust* comunitario in materia di cartelli, questione la cui soluzione è stata invece rimessa ai giudici nazionali, caso per caso, in base al diritto nazionale¹⁵.

Sul tema dell'accesso ai documenti di *leniency*, si dovrà a breve pronunciare nuovamente la Corte di Giustizia nell'ambito del rinvio pregiudiziale C-536/11, *Donau Chemie*. Si segnala, in proposito, che le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen, rese in questa causa il 7 febbraio 2013, pur se favorevoli a riconoscere un certo potere di ponderazione da parte del giudice nazionale, contengono alcune statuizioni di principio particolarmente rilevanti nel senso della tutela della clemenza come strumento di *public enforcement*. In proposito, si segnalano: l'esistenza di un «imperativo» di protezione dei programmi di clemenza¹⁶; l'indicazione secondo cui «il diritto dei privati di chiedere un risarcimento agli operatori economici che hanno violato il diritto dell'Unione in materia di concorrenza, sancito dalle sentenze Courage e Crehan e Manfredi, non dovrebbe ... essere sviluppato sino al punto da pregiudicare l'efficacia dei meccanismi di applicazione del diritto pubblico, siano essi europei o nazionali»¹⁷; nonché l'indicazione secondo cui «sotto il profilo della proporzionalità ... sarebbe più opportuna una norma di legge che conferisse protezione assoluta ai partecipanti di un programma di clemenza, ma che prevedesse una pondera-

¹² Quindi, osservava l'Avvocato Generale, benché il diniego di tale accesso possa ostacolare – e, in alcuni casi, addirittura pregiudicare – il diritto fondamentale a un ricorso effettivo di una parte asseritamente lesa, si deve ritenere che «l'interferenza con tale diritto sia giustificata dallo scopo legittimo di assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza nonché dall'interesse dei privati a scoprire e a sanzionare i cartelli» (punto 44).

¹³ Cfr. C. giust. UE, 14 giugno 2011, caso *Pfleiderer*, C-360/09, punti 25-27.

¹⁴ Cfr. punto 31.

¹⁵ Si vedano anche le sentenze, rispettivamente, del giudice tedesco (Amtsgericht di Bonn) di gennaio 2012 (a seguito del citato rinvio C-360/09) e dell'Alta Corte inglese di aprile 2012 nel caso *National Grid* (a seguito di intervento *amicus curiae* della Commissione), con esiti non pienamente omogenei.

¹⁶ Punti 61 e 66.

¹⁷ Punto 62.

zione tra gli interessi degli altri partecipanti ad una pratica restrittiva e quelli delle presunte vittime»¹⁸.

Infine si segnala che le autorità di concorrenza degli Stati membri, in seno all'*ECN*, hanno recentemente adottato un'apposita risoluzione in favore della protezione dei documenti di *leniency* nel contesto di giudizi civili risarcitori¹⁹.

PAOLO CASSINIS*

Bibliografia

WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, (2007, vol. 30, n. 1) World

Competition; M. TODINO - E. BOTTI, «Azioni risarcitorie per illecito antitrust. Recenti sviluppi e interazione con il *public enforcement*», in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EU and National Law - Antitrust fra diritto nazionale diritto dell'Unione Europea*, Atti del X Convegno di Treviso 2012, Bruxelles, 2012, p. 85; P. CASSINIS - G. GALASSO, «Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato tra *public* e *private enforcement*», in G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Atti del III Convegno di Trento 2011, 2012, p. 9; ASSONIME, «I programmi di *leniency* della Commissione Europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», Circolare 24.4.2007 n. 24 in *Rivista di diritto delle società*, 2007.

¹⁸ Punto 64; cfr. anche punto 66.

¹⁹ Resolution of the Meeting of the Heads of the European Competition Authorities of 23rd May 2012. Disponibile sul sito della Commissione Europea, DG Comp: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html#resolutions>.

* Autorità garante della concorrenza e del mercato. Le opinioni espresse nel testo sono esclusivamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e giudici nel settore *antitrust*

Sommario: I. INTRODUZIONE: IL DECENTRAMENTO DELL'ENFORCEMENT DELLE NORME EUROPEE DI CONCORRENZA. – II. IL RUOLO DELLA COMMISSIONE EUROPEA. – 1. I poteri decisionali e investigativi. – 2. La funzione di garante della coerente applicazione degli artt. 101-102 TFUE. – III. IL RUOLO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DI CONCORRENZA. – IV. IL RUOLO DEI GIUDICI NAZIONALI. – V. LA RETE DELLE AUTORITÀ EUROPEE DI CONCORRENZA (ECN). – VI. SCAMBIO DI INFORMAZIONI E ASSISTENZA TRA I MEMBRI DELL'ECN. – VII. FORME DI COOPERAZIONE TRA COMMISSIONE E GIUDICI E TRA AUTORITÀ NAZIONALI E GIUDICI.

I. INTRODUZIONE: IL DECENTRAMENTO DELL'ENFORCEMENT DELLE NORME EUROPEE DI CONCORRENZA

La modernizzazione delle regole e delle procedure relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, operata dal Reg. CE 1/2003 (da qui in poi anche il Regolamento)¹ si fonda sul disegno di un sistema decentrato di applicazione delle norme *antitrust* europee, nell'ambito del quale agiscono la Commissione europea, le autorità nazionali di concorrenza (da qui in poi anche ANC) e i giudici degli Stati Membri, in stretto raccordo. Questi soggetti vengono dotati di nuovi poteri rispetto al regime previgente², in modo da favorire una maggiore efficienza dell'*enforcement* a livello europeo, salvaguardandone al contempo coerenza e uniformità.

Ai fini del decentramento, le disposizioni fondamentali del Reg. 1/03 sono contenute negli artt. 1 e 3. Il primo stabilisce che, differentemente da quanto avveniva in precedenza, la legittimità e la validità di un accordo restrittivo e di una pratica non dipendono dalla circostanza che essi siano stati notificati alla Commissione europea e che quest'ultima si sia espressa in merito alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 101(3) TFUE. Ciò implica il superamento del diritto esclusivo della Commissione europea ad applicare l'art. 101(3) TFUE e la possibilità per le ANC e i giudici nazionali di applicare, oltre all'art. 102 TFUE, anche l'art. 101 TFUE nella sua interezza. La portata del potenziale allargamento del raggio d'azione delle autorità di concorrenza e delle giurisdizioni nazionali assume contorni ancor più significativi per effetto delle disposizioni di cui all'art. 3 Reg. 1/03, ai sensi del quale le autorità della concorrenza e i giudici sono tenuti ad applicare le norme *antitrust* dell'Unione europea ai casi che incidono sugli scambi tra Stati membri. Naturalmente, nel sistema così delineato la Commissione e le ANC da un lato e i giudici dall'altro esplicano ruoli diversi, afferenti rispettivamente al *public* e *private enforcement*.

Come osservato dalla Commissione

¹ Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1) è entrato in vigore il 1 maggio 2004. Cfr. inoltre il Regolamento (CE) n. 773/2004, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE (G.U. L 123 del 27 aprile 2004, p. 18), nonché alcune Comunicazioni interpretative e Linee direttrici. In particolare, la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (G.U. C-101, 27 aprile 2004, p. 43), la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82

del trattato CE (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 54), la Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento) (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 78), la Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 65), le Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 81) e le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 97).

² Delineato dal Reg. CEE n. 17/1962 del 6 febbraio 1962.

europaea³, “il passaggio da un sistema di notifica e di autorizzazione amministrativa ad un sistema di applicazione diretta è stato, a livello pratico, estremamente agevole”. Inoltre, tale passaggio ha consentito alla Commissione di concentrare le risorse sui casi di *enforcement* più meritevoli, adottando un approccio pro-attivo e di assumere un numero di decisioni superiore a quello dei periodi precedenti. Dal punto di vista delle autorità nazionali di concorrenza, poi, il decentramento dell'*enforcement* delle norme *antitrust* europee si è tradotto in una massiccia migrazione verso l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, così che si è assistito all'applicazione su vasta scala di un'unica disciplina *antitrust* all'interno dell'Unione europea. Dall'entrata in vigore del Regolamento al 31 dicembre 2012, il numero complessivo di casi avviati ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE ha superato i 1500⁴. Inoltre, nello stesso periodo le autorità nazionali hanno prospettato alla Commissione⁵ l'adozione di circa 650 decisioni di chiusura dei procedimenti.

Il sistema decentrato di applicazione delle norme *antitrust* europee disegnato dagli artt. 1 e 3 del Reg. 1/03 che, come appena visto, ha comportato in concreto un notevole cambiamento di scenario nell'attività di *enforcement*, basa il suo efficace funzionamento su due ulteriori aspetti che verranno trattati nei paragrafi successivi: da un lato il rafforzamento dei poteri di *enforcement* in capo alla Commissione e specularmente alle ANC, dall'altro l'introduzione di meccanismi di cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali nell'ambito della Rete europea della concorrenza (*European Competition Network, ECN*) e inoltre con i giudici, al fine di assicurare coerenza e uniformità all'attività di *enforcement* a livello europeo.

II. IL RUOLO DELLA COMMISSIONE EUROPEA

Nonostante la Commissione condivida con le autorità di concorrenza nazionali e i giudici la competenza ad applicare le

norme *antitrust* europee, essa mantiene un ruolo pivotale sia nell'*enforcement* che nella individuazione delle linee di politica della concorrenza. Per quanto riguarda l'*enforcement*, il Reg.1/03 da un lato rafforza i poteri decisionali, investigativi e sanzionatori della Commissione, dall'altro prevede che essa mantenga un certo controllo sull'esito dell'attività svolta dalle autorità di concorrenza nazionali; inoltre sono ampliati i suoi poteri di assistenza ai giudici. Per quanto riguarda la definizione di linee di politica della concorrenza, il processo di modernizzazione consente e comporta l'individuazione da parte della Commissione delle proprie priorità di azione.

1. *I poteri decisionali e investigativi.* – Esercitando i suoi poteri di *enforcement*, la Commissione assume decisioni che rivestono valore di precedente anche per le altre autorità di concorrenza dell'*ECN*. Ciò in particolare quando conclude i suoi procedimenti con l'accertamento di una violazione, ai sensi dell'art. 7 del Reg. 1/03. Quest'ultimo amplia i poteri della Commissione prevedendo che essa, nell'obbligare le imprese a porre fine all'*infrazione*, possa anche imporre l'adozione di rimedi (comportamentali o strutturali) proporzionati alla violazione commessa e necessari a porre fine all'*infrazione*. In concreto, la Commissione non ha fino ad ora adottato decisioni di questo tipo, ma riconosce che la possibilità di farlo si riverbera positivamente sull'applicazione dell'art. 9 del Reg. 1/03, il quale, come noto, stabilisce che la Commissione può concludere un procedimento rendendo vincolanti impegni volontariamente offerti dalle parti, senza giungere all'accertamento dell'eventuale *infrazione*. Rimandando ad altra sezione la trattazione delle decisioni con impegni, in particolare per quanto riguarda la loro idoneità a perseguire uno degli obiettivi della modernizzazione e cioè una maggiore efficacia dell'*enforcement*, appare qui utile svolgere qualche osservazione in merito ai riflessi

³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 1/2003*, SEC(2009)574.

⁴ Cfr. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>.

⁵ Ai sensi dell'art 11 § 4 Reg. 1/03.

delle decisioni con impegni della Commissione sull'attività delle ANC. In realtà, proprio la circostanza che questo tipo di decisioni non comporti la valutazione della Commissione sull'esistenza o meno della infrazione lascia impregiudicata per le autorità nazionali della concorrenza la possibilità di procedere a tale accertamento⁶, almeno con riguardo alle condotte antecedenti l'adozione degli impegni. La Commissione tuttavia osserva che ancorché tale accertamento sia in principio possibile, in concreto, quando essa assume una decisione di impegni, si sforza di trovare soluzione alle diverse preoccupazioni concorrenziali originate dalle condotte oggetto del procedimento, in modo che non vi sia necessità di interventi paralleli di *enforcement* da parte delle autorità nazionali in territori riguardati dalla decisione della Commissione stessa⁷. Più in generale, la Commissione ritiene che le sue decisioni con impegni, nonostante non costituiscano un vincolo per le altre autorità della concorrenza nazionali, possano offrire loro orientamenti in merito alla trattazione di questioni analoghe.

A completamento del *set* dei poteri decisionali attribuiti alla Commissione dal Regolamento per consentire un *enforcement* più incisivo, va menzionato quello di adottare misure interinali sulla base di una valutazione *prima facie* di sussistenza di infrazione, nei soli casi in cui vi sia un rischio di danno irreparabile alla concor-

renza. Fino ad ora la Commissione non ha tuttavia fatto uso di questo potere⁸.

2. *La funzione di garante della coerente applicazione degli artt. 101-102 TFUE.* – Nel sistema di *enforcement* decentrato delineato dalla modernizzazione delle regole sopra-vista, la Commissione ha una responsabilità primaria di assicurare la coerente applicazione delle norme di concorrenza europee. Pertanto, oltre ad esercitare i suoi poteri decisionali e investigativi come rafforzati e ampliati dal Regolamento, essa opera in stretta cooperazione con le autorità nazionali di concorrenza.

Senza entrare nel dettaglio degli scambi di informazioni all'interno della ECN necessari a consentire alla Commissione di svolgere questa funzione, (cfr. *infra* §§ 5 e 6), basti qui osservare che essa deve essere informata dalle autorità nazionali delle loro iniziative sia in fase di avvio di nuovi procedimenti che di conclusione degli stessi, con accertamento di infrazione, accettazione di impegni o revoca di una esenzione. La Commissione può formulare osservazioni scritte sulle decisioni finali che le autorità prospettano di aver intenzione di assumere e in caso di significative divergenze sulla conclusione di un caso può avviare essa stessa un procedimento, privando l'autorità nazionale della competenza a trattare il caso⁹. Laddove la Commissione abbia intenzione di procedere in tal modo deve comunque consultare l'autorità nazionale. Nel con-

⁶ Cfr. considerando 22 Reg. 1/2003.

⁷ Cfr. "Commission Staff Working Paper" accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, (COM(2009)206 final), § 108.

⁸ Ai fini di una più incisiva attività di *enforcement*, il Reg. 1/2003 rafforza anche i poteri investigativi della Commissione, segnatamente quelli di richiedere informazioni e di effettuare ispezioni, disciplinati rispettivamente agli artt. 18-19 e 20-21 del Reg. 1/2003. In particolare il Regolamento, innovando rispetto al regime previgente, prevede che la Commissione possa condurre ispezioni presso tutti i locali in cui possono essere tenuti documenti aziendali, incluse le abitazioni private, seppure subordinando l'effettuazione di un'ispezione domiciliare all'autorizzazione del giudice nazionale. Un'altra innovazione prevista dal Regolamento, di cui la Commissione fa sistematico utilizzo, riguarda la possibilità, quando ef-

fettua ispezioni presso la sede dell'impresa, di apporre i sigilli, se vi è la necessità di prolungare per più giorni gli accertamenti ispettivi. È inoltre precisato e ampliato dal Regolamento il potere della Commissione, di chiedere, in sede ispettiva spiegazioni su fatti e documenti che riguardano l'oggetto e lo scopo dell'ispezione, verbalizzando le risposte. La Commissione riconosce che l'esercizio di questo potere si è rivelato particolarmente utile nei casi di cartelli complessi. Più in generale, in materia di acquisizione di informazioni, il Regolamento rende più incisiva la modalità di richiesta di informazioni che può direttamente avvenire con decisione, la quale fa sorgere in capo alle imprese destinatarie della richiesta l'obbligo a rispondere. È inoltre data la possibilità alla Commissione di raccogliere dichiarazioni orali rese volontariamente in merito all'oggetto di un'indagine, strumento questo di cui la Commissione si avvale sistematicamente.

⁹ Cfr. art. 11 § 6 Reg. 1/2003.

creto, questo potere non è mai stato esercitato, mentre lo scambio di opinioni sulle prospettate decisioni finali, che avviene per lo più oralmente, è sistematico. Esso può riguardare la chiarificazione testuale di taluni aspetti o a volte specifici profili affrontati anche in decisioni della Commissione stessa. Ad avviso della Commissione, questo processo di interazione con le autorità nazionali funziona nel complesso molto bene, assicurando un livello soddisfacente di coerenza e uniformità dell'*enforcement*¹⁰. Del resto, come sarà chiarito più avanti (cfr. *infra* § 5 e 6) questi scambi di opinione in occasione della conclusione di procedimenti condotti dalle autorità nazionali si inseriscono in un contesto molto più fitto di occasioni di dialogo tra la Commissione e le altre autorità della Rete sui problemi posti dall'attività di *enforcement* nei diversi settori, nell'ambito di gruppi di lavoro *ad hoc*. In questo ambito, la Commissione può promuovere la discussione su temi che eventualmente richiedano un maggiore coordinamento all'interno della Rete (ad es. definizione dei mercati rilevanti, standard di prova in concreto, *etc.*...) con un riverbero positivo sulla coerenza delle decisioni assunte dalle autorità dell'*ECN*.

Ai fini di un'applicazione coerente del diritto europeo della concorrenza, l'art. 10 Reg. 1/03 conferisce alla Commissione il potere esclusivo di assumere un tipo completamente nuovo di decisioni, vale a dire decisioni attraverso le quali essa d'ufficio può stabilire l'inapplicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE a determinate condotte di imprese o di associazioni di imprese. Il Regolamento chiarisce che queste decisioni possono essere assunte in casi eccezionali, quando ricorrano ragioni di interesse pubblico comunitario; quindi non nell'interesse di singole imprese, proprio per evitare che le decisioni di inapplicabilità vengano percepite come un sostituto delle decisioni di esenzione

nel sistema previgente. Al contrario, la funzione delle decisioni *ex art.* 10 del Reg. 1/03 è di promuovere l'applicazione coerente delle norme di concorrenza a livello europeo, orientando se necessario l'attività delle autorità dell'*ECN*, in particolare per quanto riguarda l'applicazione delle regole antitrust a nuovi tipi di accordi o di pratiche la cui valutazione non sia consolidata. Tuttavia, la Commissione stessa osserva che l'esercizio di questo potere è stato previsto dal Regolamento in un momento di avvio dell'attività dell'*ECN*, quando non poteva essere anticipato che quest'ultima avrebbe efficacemente sviluppato altri meccanismi funzionali alla coerenza dell'*enforcement*, in modo da non far sorgere la necessità di decisioni di inapplicabilità¹¹. In questo contesto, la Commissione non ha mai fatto uso dell'art. 10 del Regolamento.

III. IL RUOLO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DI CONCORRENZA

L'art. 5 Reg. 1/03 sancisce che le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE e, in un'ottica di armonizzazione degli esiti dell'attività di *enforcement* a livello decentrato, enumera le tipologie di decisioni che le ANC possono assumere e cioè l'accertamento di una violazione, l'irrogazione di sanzioni, l'accettazione di impegni e l'imposizione di misure cautelari. L'art. 5 prevede inoltre che le autorità nazionali possano decidere di non intervenire se sulla base delle informazioni di cui dispongono non sussistono i presupposti di un divieto. Senza entrare nel merito della discussione circa l'efficacia diretta dell'art. 5, rileva qui osservare che sostanzialmente tutte le autorità di concorrenza, con pochissime eccezioni riguardanti specifici aspetti, sono oggi dotate, sulla base delle norme nazionali, dei poteri decisionali enumerati dal Regolamento¹². Tuttavia permangono dif-

¹⁰ Cfr. *Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council*, op. cit., § 260.

¹¹ Cfr. *Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Com-*

mission to the European Parliament and Council, op. cit., § 114.

¹² Cfr. *ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process, Decision-Making Powers Report*, 31 ottobre 2012, in http://ec.europa.eu/competition/ECN/decision_making_powers_report_en.pdf.

ferenze tra giurisdizioni con riguardo alle procedure utilizzate ai fini dell'esercizio dei predetti poteri e a volte con riguardo ai presupposti di determinate tipologie di decisioni (imposizione di misure interinali o irrogazione di sanzioni, per esempio). Queste diversità comportano differenze nei tempi di assunzione delle decisioni da parte di diverse autorità così come differenze nelle caratteristiche di tali decisioni con potenziali effetti pregiudizievoli sull'uniformità dell'*enforcement* a livello europeo e di possibile ostacolo alla cooperazione tra autorità all'interno dell'*ECN*. Rileva in particolare la difformità delle norme nazionali in materia sanzionatoria¹³. Questi temi sono correntemente oggetto di studio e discussione all'interno della Rete¹⁴ nell'ottica della ricerca di una maggiore convergenza. Merita ricordare infine che dal punto di vista sostanziale, le autorità di concorrenza degli Stati Membri sono vincolate ad una uniforme applicazione delle norme *antitrust* europee dall'art. 16(2) Regolamento il quale esplicitamente vieta loro di assumere decisioni ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE che siano in contrasto con precedenti decisioni della Commissione sul medesimo oggetto. È un vincolo per le autorità nazionali la cui portata pratica non appare tuttavia particolarmente significativa alla luce dei poteri di supervisione e intervento della Commissione sull'attività di *enforcement* dell'*ECN*.

IV. IL RUOLO DEI GIUDICI NAZIONALI

Con l'entrata in vigore del Reg. 1/03, anche i giudici, come le autorità di concorrenza nazionali, possono applicare, oltre all'art. 102 TFUE, l'art. 101 TFUE per intero, comprensivo cioè del § 3. Dall'altro lato, analogamente a quanto avviene per le autorità *antitrust* nazionali, anche i

giudici sono tenuti ad applicare le norme europee della concorrenza in tutti i casi in cui vi sia un effetto sul commercio tra Stati Membri. Nel contesto della modernizzazione delle regole di applicazione delle norme di concorrenza europee, viene pertanto attribuita maggiore importanza al ruolo delle giurisdizioni nazionali, rispetto al sistema previgente del reg. 17/1962, particolarmente in un'ottica di complementarità con il ruolo delle autorità di concorrenza. È infatti valorizzata la funzione specifica delle giurisdizioni nazionali, di tutela dei diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati. In particolare, viene osservato che un'azione dinanzi alle giurisdizioni nazionali può consentire ai ricorrenti di conseguire vari risultati, non ottenibili in sede di *public enforcement*, tra i quali, il riconoscimento di un risarcimento del danno subito a causa di una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE; una pronuncia in merito a richieste di pagamento o a obbligazioni contrattuali fondate su un accordo che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE; la condanna della parte soccombente a sopportare le spese legali incorse dalla controparte. Inoltre il giudice può sancire la nullità di accordi *ex art.* 101, par. 2 TFUE¹⁵.

V. LA RETE DELLE AUTORITÀ EUROPEE DI CONCORRENZA

Nel contesto della modernizzazione del regime di *enforcement* delineato dal Reg. 1/03, la già citata Rete europea della concorrenza (European Competition Network, *ECN*), costituita dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali di concorrenza¹⁶, rappresenta una struttura funzionale a favorire l'efficiente applicazione delle norme *antitrust* del Trattato e lo sviluppo della politica europea della

¹³ Per qualche esemplificazione al riguardo, cfr., *Germany: Ten Years after the Adoption of Regulation 1/2003 - the Road to further Convergence in ECN Brief 5/2012*, in: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2012/brief_05_2012_short.pdf.

¹⁴ In particolare, nell'ambito dello specifico gruppo di lavoro *ECN Cooperation Issues and Due Process* il quale ha recentemente concluso la redazione di due rapporti concernenti i poteri de-

cisionali e i poteri investigativi delle ANC, in <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html#powers>.

¹⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE (2004/C-101/05), § 16.

¹⁶ Designate dagli Stati membri ai sensi dell'art. 35 Reg. 1/2003.

concorrenza¹⁷ In particolare, la *ECN* costituisce il contesto entro il quale si esplica il coordinamento e la cooperazione tra le autorità europee di concorrenza, con riguardo all'assegnazione dei casi e allo svolgimento di attività di mutua assistenza finalizzate all'acquisizione di fatti utili per l'attività di *enforcement*. Inoltre, la *ECN* rappresenta una sede per la discussione informale tra autorità – a vari livelli – in materia di tutela e politica della concorrenza e per l'assunzione di risoluzioni comuni al riguardo¹⁸.

Più specificamente, dato il sistema di competenze parallele ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE in capo ai membri dell'*ECN*, quest'ultima costituisce lo strumento per realizzare un'efficiente divisione del lavoro tra le autorità di concorrenza, in base alla regola secondo la quale i casi sono assegnati all'autorità meglio posizionata a trattarli e in base ai principi di carattere generale previsti dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione per individuare l'autorità meglio posizionata¹⁹. In concreto, un'autorità che intende trattare un caso suscettibile di avere un impatto sul commercio tra Stati Membri ne dà tempestiva informativa alla Rete²⁰ inserendo nel *data base ECN* alcune informazioni di base che consentano alle altre autorità di esprimere o meno il loro eventuale interesse alla trattazione del medesimo caso, anche in parallelo. Considerato che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della competenza a trattare il

caso²¹, laddove la Commissione abbia intenzione di avviare un procedimento su un caso che è stato notificato alla Rete da un'autorità nazionale di concorrenza, deve previamente consultarla²² in modo tale che emergano tutte le questioni sottese al caso e che possa essere adottato il miglior approccio allo stesso.

Una efficiente divisione del lavoro all'interno della Rete comporta anche che i suoi membri si possano reciprocamente informare delle denunce ricevute ancor prima di decidere di trattare attivamente un caso. Così ad esempio, laddove la Commissione riceva una denuncia concernente un caso che non rientra tra le sue priorità, vi è la possibilità che, sentita l'autorità della Rete che potrebbe essere competente a trattare la denuncia, archivi quest'ultima, anche sulla base della circostanza che il caso verrà trattato da altra autorità dell'*ECN*. In concreto, ciò presuppone che la denuncia appaia meritevole di essere investigata dall'autorità potenzialmente destinataria del caso e che questa sia nella condizione di trattarla. In queste circostanze il caso viene ad essa ri-alloccato avvalendosi della disposizione del Regolamento secondo le quali un'autorità può sospendere o chiudere l'eventuale attività in corso su un caso laddove esso sia all'esame di un'altra autorità della Rete²³.

La consultazione e il coordinamento tra autorità sono particolarmente necessari ai fini di una efficiente divisione del lavoro all'interno della Rete e dell'efficacia dell'*enforcement* nel caso della lotta ai

¹⁷ La Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza delinea la *ECN* e il suo ruolo nei seguenti termini: «La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità: esse operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli 81 e 82 del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa», § 1.

¹⁸ La cooperazione all'interno dell'*ECN* si

esplica secondo le regole definite dagli artt. 11, 12, 13, 14 e 22 Reg. 1/2003, dalla dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza e dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione, cit.

¹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, op. cit., p. 43-53, §§ 8-13.

²⁰ Prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine secondo quanto previsto dall'art. 11(3) Reg. 1/2003.

²¹ Cfr. art. 11 § 6 Reg. 1/2003.

²² Cfr. art. 11 § 6 Reg. 1/2003.

²³ Cfr. art. 13 Reg. 1/2003. Meccanismi analoghi entrano in gioco laddove una denuncia sia direttamente inviata a più autorità della concorrenza.

cartelli, segnatamente in presenza di cartelli sovranazionali che diano origine a parallele domande di clemenza a diverse autorità della concorrenza in applicazione dei rispettivi programmi di *leniency*. Nell'ambito della Rete è stato costituito un apposito gruppo di lavoro sui cartelli che, tra l'altro, assicura il necessario raccordo tra le autorità in questo campo e particolarmente nei casi di domande di clemenza parallele. In questo contesto, può emergere che un'efficiente divisione del lavoro all'interno della Rete comporti l'avvio di investigazioni parallele da parte di più autorità destinatarie di domande di clemenza. Queste attività possono anche prendere la forma di procedimenti distinti, riguardanti diversi cartelli in mercati geografici o merceologici contigui, che tuttavia presentano elementi comuni. Per esempio, nel corso del 2011, sia la Commissione che alcune autorità nazionali sono intervenute nel settore dei prodotti per l'igiene, seppure con tempistiche differenti. La Commissione nel 2011 ha concluso un procedimento avente ad oggetto la concertazione segreta posta in essere da sei produttori di detersivi per la casa volta alla concertazione dei prezzi ed alla stabilizzazione delle rispettive posizioni di mercato. D'altro canto l'Autorità Italiana e quella Spagnola, al termine di procedimenti parallelamente condotti, hanno accertato e sanzionato accordi segreti aventi ad oggetto, rispettivamente, i prezzi di vendita dei prodotti per l'igiene personale e quelli dei prodotti per la cura dei capelli²⁴. Tutti e tre i procedimenti hanno avuto origine da una domanda di immunità dalla sanzione presentata dalla multinazionale Henkel e sono stati condotti in pieno raccordo tra le autorità della concorrenza coinvolte.

Nell'ambito della Rete infine si esplicano i rapporti di tipo verticale, tra autorità di concorrenza nazionali e Commissione, previsti dal Regolamento a conclusione dei procedimenti condotti dalle

prime (cfr. *infra* par. 2.2). In concreto, almeno trenta giorni prima della conclusione di un procedimento le autorità nazionali sono tenute a comunicare alla Commissione il tipo di decisione che intendono assumere²⁵, attraverso l'invio di documenti che espongono la linea di azione proposta e l'inserimento nel *data base* della Rete di una sua sintesi.

Rinviando al paragrafo successivo la trattazione delle norme che riguardano lo scambio di informazioni e l'attività di assistenza tra autorità all'interno dell'*ECN* ai fini dell'acquisizione di elementi per procedere ad investigazioni, si passa ora a trattare il ruolo assunto dalla Rete come *forum* per la discussione e lo sviluppo delle politiche della concorrenza. A questi fini, il confronto all'interno della Rete si articola a vari livelli, organizzandosi in gruppi di lavoro settoriali o orizzontali. Tuttavia, la sede di confronto più autorevole è rappresentata dagli incontri semestrali dei vertici della autorità di concorrenza dell'*ECN*, dove vengono discussi i principali temi di politica della concorrenza a livello europeo ed elaborati orientamenti condivisi che possono sfociare nella adozione di risoluzioni comuni. L'esempio forse più significativo al riguardo è costituito dall'adozione nel 2006 del modello *ECN* di programma di clemenza (*ECN Model Leniency Program - MLP*)²⁶, con lo scopo di armonizzare i principali elementi delle politiche di clemenza dei membri dell'*ECN*, evitando così che discrepanze tra i distinti programmi nazionali possano scoraggiare le imprese dal denunciare i cartelli²⁷. Inoltre, consentendo alle imprese che intendono avvalersi del programma di clemenza di qualche autorità nazionale oltre a quello della Commissione, di presentare presso le prime delle domande di clemenza semplificate, il MLP mira a ridurre gli oneri per le imprese derivanti dalla coesistenza di più programmi. Nel novembre 2012, l'*ECN* ha modificato l'MLP del 2006, per renderne i

²⁴ La decisione finale dell'autorità italiana è del 15 dicembre 2011. Cfr. caso I 720, Prodotti cosmetici.

²⁵ Cfr. Art. 11 § 4 Reg. 1/2003.

²⁶ Cfr. http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

²⁷ In merito all'ampiezza di tale armonizzazione cfr. ECN, *ECN Model Leniency Program - Report on assessment of the state of convergence*, 15.10.2009, in: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf.

meccanismi di utilizzo ancor più fluidi, estendendo l'uso delle domande semplificate e prevedendone la standardizzazione²⁸. Oltre ai temi di carattere orizzontale, le risoluzioni dei vertici delle autorità dell'*ECN*²⁹ hanno anche riguardato la politica della concorrenza in specifici settori, segnatamente nel settore agricolo, con l'obiettivo nel caso di specie di contrastare la sottrazione per via normativa del settore all'applicazione delle regole della concorrenza³⁰.

VI. SCAMBIO DI INFORMAZIONI E ASSISTENZA TRA I MEMBRI DELL'*ECN*

Come sopra visto, lo scambio di informazioni tra autorità della Rete è necessario per l'individuazione dell'autorità meglio posizionata a trattare un caso. Tuttavia, la possibilità di scambio di informazioni all'interno dell'*ECN*, oltre che consentire una efficiente divisione del lavoro, rappresenta anche uno strumento importante per rafforzare l'attività di *enforcement* della Rete, arricchendo il *set* informativo e gli elementi di prova a disposizione di alcune autorità grazie ai documenti acquisiti da altre.

Il Reg. 1/03, innovando rispetto al sistema previgente, ha pertanto introdotto, all'art. 12, una disciplina relativa allo scambio di informazioni tra autorità della Rete *ECN* che le abilita a trasmettersi qualunque documento, anche contenente informazioni segrete, purché al fine dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Il diritto a scambiarsi informazioni consente la trasmissione di dati dalla Commissione a un'autorità nazionale delle concorrenza e viceversa, così come tra autorità nazionali. La disciplina introdotta dall'art. 12 del Reg. 1/03 prevale su qualsiasi norma nazionale che dovesse impe-

dire ad un'autorità di concorrenza di trasmettere informazioni confidenziali ad un'altra autorità della Rete. Si evince pertanto che la trasmissione di qualunque informazione entro la Rete *ECN* è ampiamente legittimata e trova l'unico limite nella finalità per la quale la trasmissione avviene (cioè l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE).

Il medesimo articolo del Regolamento, al secondo paragrafo, precisa che le informazioni scambiate possono essere usate come prove sempre e solo per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE ed inoltre riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state acquisite. È chiaro pertanto che non tutto ciò che può essere trasmesso, può essere anche utilizzato come mezzo di prova; quest'ultima possibilità sussiste solo se l'oggetto dell'indagine all'interno della quale le informazioni sarebbero utilizzate a fini probatori è analogo a quello dell'indagine nell'ambito della quale le informazioni trasmesse sono state acquisite. In altri termini, la categoria dei documenti trasmissibili è più ampia di quella dei documenti utilizzabili a fini probatori e comprende anche informazioni utilizzabili come elementi di *intelligence*, idonee a dare lo spunto all'autorità ricevente per effettuare proprie indagini su condotte di oggetto diverso rispetto a quello considerato dall'autorità che ha trasmesso i documenti, sempre comunque nell'ambito dell'applicazione dell'art. 101 e 102 TFUE³¹. Per quanto riguarda invece la identificazione delle informazioni utilizzabili a fini probatori tra quelle complessivamente scambiate, è utile svolgere alcune considerazioni sulla *ratio* del presupposto restrittivo richiesto a tal fine, costituito, come detto, dalla circostanza che i documenti in questione siano stati raccolti nell'ambito di indagini di analogo oggetto ri-

²⁸ Cfr. European Commission, MEMO/12/887, *Competition: European Competition Network refines its Model Leniency Programme*, 22 novembre 2012.

²⁹ Cfr. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

³⁰ Cfr. *Resolution of the Heads of the European Competition Authorities, «The Reform of the Common Agricultural Policy»*, 21 dicembre 2012: http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/resolution_nca_en.pdf.

³¹ Come osservato dalla Commissione, nella maggior parte dei casi l'art. 12 è stato utilizzato per trasmettere informazioni a fini di *intelligence* mentre più raramente per trasferire documenti da utilizzare come mezzi di prova e soprattutto nel contesto dell'effettuazione di ispezioni ai sensi dell'art. 22 del Regolamento, Cfr. *Commission Staff Working Paper* "accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, (COM(2009)206 final).

spetto a quello delle indagini nel contesto delle quali sarebbero utilizzati. È stato riconosciuto³² che lo scopo di tale limitazione sia da ricondurre alla salvaguardia dei diritti di difesa delle parti, che sarebbero invece compressi laddove documenti acquisiti da un'autorità nell'ambito di un procedimento finalizzato all'accertamento di determinate violazioni delle norme *anti-trust* fossero utilizzati da un'altra autorità come base per contestazioni di illeciti del tutto diversi. In quest'ottica, ancorché il requisito dell'analogia dell'oggetto possa prestarsi ad essere interpretato in modo più o meno restrittivo³³, è riconosciuto che esso non si spinge a richiedere che per essere utilizzati a fini probatori i documenti oggetto di scambio tra più autorità debbano riguardare lo stesso caso³⁴. Da un punto di vista pratico, l'ampiezza dell'oggetto delineato nell'atto di avvio del procedimento dall'autorità che acquisisce la disponibilità delle informazioni determinerà l'estensione dell'uso a fini probatori delle medesime informazioni da parte di altre autorità della Rete.

Infine, ai sensi dell'art. 12(3) del Reg. 1/03, l'uso delle informazioni a fini probatori è soggetto a ulteriori limitazioni nei casi in cui siano comminate sanzioni a persone fisiche.

Le esigenze di tutela dei soggetti ai quali i documenti si riferiscono sono poi, da un punto di vista generale, affrontate dall'art. 28 del Reg. 1/03, il quale stabilisce che la Commissione e le autorità degli Stati membri sono tenuti a non divulgare le informazioni scambiate ai sensi del Regolamento e che per loro natura le stesse sono protette dal segreto d'ufficio. A sua volta, quest'ultimo si applica a qualsiasi informazione confidenziale che non sia accessibile al pubblico. Si tratta pertanto di una previsione molto ampia che mira a stabilire un regime di protezione uniforme a livello europeo, di modo che lo scambio di informazioni non venga ostacolato

dall'eventuale esistenza di differenze tra regimi nazionali di protezione della riservatezza.

Come visto, lo scambio di informazioni e documenti disciplinato dall'art. 12 del Reg. 1/03 è volto ad accrescere l'efficacia dell'*enforcement* perché permette che un'autorità, nell'accertare un illecito, si possa avvalere anche di elementi documentali in parte localizzati al di fuori del suo raggio d'azione.

Ai medesimi fini, ma in termini ancor più operativi, agisce la previsione di cui all'art. 22(1) del Reg. 1/03 secondo la quale le autorità di concorrenza dell'*ECN* possono effettuare nel loro territorio per conto di un'altra autorità della Rete qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale. Grazie a questa previsione un'autorità può ricercare attivamente la cooperazione di altri membri della Rete per l'acquisizione di elementi probatori che ragionevolmente si trovano in un altro Stato Membro. L'art. 22(2) Reg. 1/03 prevede che in tali casi le informazioni raccolte siano trasmesse e utilizzate ai sensi dell'art. 12. Quindi lo scambio di elementi probatori è soggetto alla medesima disciplina sia che l'autorità che trasmette questi elementi già ne abbia la disponibilità, sia che li abbia acquisiti su richiesta dell'autorità che li riceve.

Va precisato che l'autorità che effettua accertamenti per conto di un'altra, segnatamente accertamenti ispettivi, è soggetta alle proprie norme nazionali in materia di ispezioni. Questo ha varie implicazioni: da un lato l'autorità che presta assistenza può utilizzare tutti i poteri investigativi conferite dalle norme nazionali, anche se essi differiscono da quelli dell'autorità richiedente; dall'altro che quest'ultima è tenuta ad offrire tutti gli elementi necessari a soddisfare gli standard per l'azione ispettiva esistenti nel paese nel quale questo tipo di accertamento viene richiesto. Le

³² Cfr. HIRSCH - MONTAG - SACKER, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008, p. 1660 ss.

³³ Con riguardo, ad esempio, a variabili quali l'identità di tutte le parti o dell'ambito territoriale e temporale dell'illecito o dei singoli prodotti interessati piuttosto che della categoria alla quale essi

appartengono; o ancora, con riguardo alla qualificazione dell'illecito.

³⁴ Cfr., HIRSCH - MONTAG - SACKER, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008; KERSE - KAN, *EC Antitrust Procedure*, London 2005, p. 272.

autorità della rete ECN si avvalgono correntemente delle diverse possibilità previste dall'art 22 Reg., richiedendo cioè ad altre autorità l'effettuazione di ispezioni per proprio conto o la somministrazione di richieste di informazioni ad imprese³⁵.

VII. FORME DI COOPERAZIONE TRA COMMISSIONE E GIUDICI E TRA AUTORITÀ NAZIONALI E GIUDICI

Allo scopo di assicurare uniformità e coerenza nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, il Regolamento mira a rafforzare la cooperazione tra Commissione e giurisdizioni nazionali, pur nel rispetto del fondamentale principio della divisione dei poteri per cui i giudici non possono cooperare o essere coordinati in senso stretto quando applicano le norme europee della concorrenza³⁶. L'art. 15 Reg. 1/03 e la citata Comunicazione della Commissione sulla cooperazione con i giudici nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE delineano meccanismi di cooperazione in coerenza con l'indipendenza delle giurisdizioni nazionali che risultano meno strutturati di quelli che assicurano la cooperazione tra autorità di concorrenza nell'ECN. Innanzitutto la Commissione può assistere le giurisdizioni nella trattazione di questioni fattuali, economiche o giuridiche, fornendo loro, su richiesta, informazioni e documenti in suo possesso, così come pareri non vincolanti su questioni attinenti l'applicazione delle regole europee della concorrenza. Queste forme di cooperazione erano in verità già previste³⁷ e il Regolamento ha il merito di averle codificate. Peraltro, poiché in caso di applicazione parallela o consecutiva delle norme europee della concorrenza da parte della Commissione e del giudice nazionale, le giurisdizioni nazionali non pos-

sono assumere decisioni in contrasto con una decisione adottata o contemplata dalla Commissione, il giudice può chiedere alla Commissione se abbia avviato un procedimento su un caso di cui egli si sta occupando e se intende pronunciarsi al riguardo³⁸, in modo, appunto, che si evitino pronunce contrastanti³⁹. La Commissione è tenuta a trasmettere le informazioni richieste alle giurisdizioni nazionali, dopo essersi assicurata che questo non comporterà la divulgazione di informazioni protette dal segreto d'ufficio, cioè dopo aver ottenuto dalla giurisdizione ricevente l'impegno a non divulgare informazioni riservate e che costituiscono segreti commerciali. Tuttavia, essa può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali laddove ciò possa pregiudicare l'assolvimento dei compiti che le sono stati affidati. "Di conseguenza, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima"⁴⁰ (su questo punto si ritornerà poco più avanti).

In materia di assistenza alle giurisdizioni nazionali, risulta totalmente nuova la previsione del Regolamento secondo la quale sia la Commissione che un'autorità di concorrenza nazionale possono intervenire come *amicus curiae* in un procedimento davanti a una giurisdizione nazionale presentando osservazioni scritte. La Commissione lo può fare "qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del Trattato", mentre le autorità nazionali hanno uno spazio di azione più ampio, potendo presentare osservazioni su "questioni relative all'applicazione dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del Trattato"⁴¹.

³⁵ Cfr. ad esempio, *Denmark and Sweden: Success Stories of Cooperation within the European Competition Network - Assistance in carrying out Investigations pursuant to Article 22 of Regulation 1/2003*, in ECN Brief 5/2012, cit.

³⁶ S. BRAMMER, *Cooperation between National Competition Agency in the Enforcement of EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford 2009.

³⁷ Cfr. Com. 13 febbraio 1993, n. 93/C39/05.

³⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini

dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, cit., §§ 12 e 21.

³⁹ A tal fine, il giudice valuta anche se sia necessario sospendere il procedimento e attendere la decisione della Commissione, cfr. art. 16 del Regolamento.

⁴⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, cit., § 26.

⁴¹ Cfr. art. 15(3), Reg. 1/2003.

La Commissione ha effettuato sino ad ora nove interventi in veste di *amicus curiae*⁴². Tra questi, merita soffermarsi, per la sua rilevanza nel contesto del *private enforcement*, sulle osservazioni inviate nel marzo 2012 all'Alta Corte di Giustizia del Regno Unito in merito alla possibilità di *disclosure* di documenti relativi a una domanda di *leniency*⁴³, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Pfleiderer*⁴⁴. In tale sentenza infatti, la Corte rimette al giudice nazionale la facoltà di determinare caso per caso le condizioni alle quali un soggetto che cerca di ottenere il risarcimento dei danni subiti dagli effetti di un cartello accertato attraverso la cooperazione di un *leniency applicant* possa avere accesso ai *leniency documents*. Ad avviso della Corte, a tal fine va effettuata una ponderazione tra diversi interessi tutelati dal diritto dell'Unione europea, l'interesse ad assicurare l'efficacia sia dei programmi di clemenza che delle azioni di risarcimento dei danni subiti da illecito *antitrust*. Ciò posto, la Commissione, nelle sue osservazioni alla corte del Regno Unito, individua gli elementi che il giudice dovrebbe prendere in considerazione nell'effettuare la predetta ponderazione, tenendo conto delle circostanze del caso di specie. In particolare occorre valutare se la *disclosure* peggiorerebbe la posizione del *leniency applicant*, in rapporto a quella delle parti che non hanno cooperato nell'ambito del programma di clemenza e la proporzionalità della *disclosure* alla luce delle possibili interferenze con i programmi di clemenza, intendendo con ciò che andrebbe valutato se i documenti in questione siano tutti rilevanti per lo scopo perseguito o se non vi siano altre fonti di evidenze ugualmente utili che non danno origine a preoccupazioni per l'efficacia dei programmi di clemenza. Nella sua de-

cisione del 4 aprile 2012, l'Alta Corte del Regno Unito applica il test di proporzionalità delineato dalla Commissione, consentendo l'accesso solo a una limitata parte dei documenti richiesti, ritenendo che gli altri documenti non sono di tale rilevanza per il procedimento da far sì che l'interesse alla *disclosure* pesi di più di quello alla protezione delle informazioni fornite nell'ambito del programma di *leniency*. Va aggiunto che anche nel caso *Pfleiderer* il giudice tedesco, a valle della sopra ricordata sentenza della Corte di Giustizia, non ha autorizzato l'accesso ai documenti di *leniency*.

Per concludere questa sezione sulla cooperazione tra autorità della concorrenza e giurisdizioni merita ricordare che la Commissione è dotata di poteri di monitoraggio sulle decisioni delle Corti nazionali in applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE: ai sensi del Reg. 1/03, gli Stati Membri sono tenuti a trasmettere tali decisioni alla Commissione. Una versione non riservata delle stesse è raccolta in un *data base* disponibile sul sito della Commissione, il quale visibilmente reca soltanto una parte delle decisioni assunte dai giudici nazionali in applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE⁴⁵. Al riguardo, la stessa Commissione sta considerando opzioni alternative per assicurare un più efficace accesso alle sentenze delle corti nazionali, che potrebbero coinvolgere le autorità nazionali della concorrenza.

OMBRETTA MAIN

Bibliografia

S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of the EC competition Law*, Hart Publishing 2009; F. CENGIT, «The European Competition Network: Structure, Management and Initial Experien-

⁴² Cfr. le informazioni disponibili al sito http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html.

⁴³ Si tratta del caso Comp/F38.899 - Gas Insulated Switchgear deciso dalla Commissione il 24 gennaio 2007.

⁴⁴ Cfr. Caso C-360/09 *Pfleiderer AG vs Bundeskartellamt*. La sentenza, come noto, riguarda un'impresa che propone una causa di risarcimento danni per gli effetti pregiudizievoli che ritiene di aver subito dall'esistenza di un cartello ac-

certata dal *Bundeskartellamt* grazie all'applicazione del programma nazionale di clemenza. L'impresa avanza una richiesta di accesso agli atti del procedimento che viene parzialmente rigettata dall'autorità della concorrenza tedesca. L'ordinanza del giudice al quale l'impresa si era rivolta, ottenendo un provvedimento di accesso totale ai documenti, viene sospesa e viene formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

⁴⁵ Cfr. <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>.

ces of Policy Enforcement», in *EUI Working Paper*, 2009/05; K. DEKEYSER - M. JASPERS, *A New Era of ECN Cooperation - Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, *World Competition*, 2007; D.M.B. GERARD, «The ECN - network antitrust enforcement in the European Union», in D. GERADIN and I. LIANOS (eds.), *Research Handbook on EU Competition Law*, Edward Elgar, 2011; L.F. PACE, «Accesso agli atti delle autorità di tutela della concorrenza e azione di risarcimento danni antitrust: le sentenze CDC e Pfei-

derer e le conseguenze delle promesse non mantenute della Commissione», in G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO, *Rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private Enforcement of Competition Law*, Padova, 2012; M. TAVASSI, «Which Role for National Courts in Competition Protection?», in S. WILKS, «Agencies, Networks, Discourses and the Trajectory of European Competition Enforcement», in *European Competition Journal*, 2007.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia *antitrust*

Sommario: I. GIURISDIZIONE E COMPETENZA IN ORDINE ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IN MATERIA *ANTITRUST*. – II. ASPETTI PROCESSUALI: IL RITO ABBREVIATO DISCIPLINATO DALL'ART. 119 C.P.A. – III. LE TIPOLOGIE DI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IMPUGNABILI INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO. – 1. I provvedimenti di rigetto e di accoglimento degli impegni. – 2. La tutela del terzo controinteressato. – IV. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELL'AGCM. – V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI.

I. GIURISDIZIONE E COMPETENZA IN ORDINE ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IN MATERIA *ANTITRUST*

L'individuazione del giudice, cui il legislatore affida la cognizione delle controversie relative agli atti adottati dall'AGCM, è operazione preliminare all'analisi e condizionante le soluzioni apprestate alle questioni inerenti alla tutela giurisdizionale garantita in relazione ai medesimi atti. Risposta a tale quesito è, in termini di giurisdizione, attualmente offerta dall'art. 133 del codice del processo amministrativo che, al comma 1, lett. l), afferma la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle «controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [...] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato».

Completa quanto disposto dall'art. 133, l'attribuzione delle controversie «aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato» alla competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, prevista dall'art. 135, comma 1, lett. b) c.p.a.

Il legislatore del codice ha in parte confermato ed in parte ridelineato il ruolo del giudice amministrativo nella cognizione delle controversie involgenti l'AGCM. Antecedentemente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la materia trovava disciplina nell'art. 33 del

la l. 10 ottobre 1990, n. 287 che, rubricato "Competenza giurisdizionale", al comma 1 (che ora rinvia al c.p.a. riguardo alla tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo) affidava i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dall'autorità sulla base delle disposizioni di cui al titolo I («Norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione») ed al titolo IV («Norme sui poteri del Governo in materia di operazioni di concentrazione») della medesima legge alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, affermando la competenza funzionale del TAR Lazio.

A perfezionare il quadro di tutele, il comma 2 dell'art. 33 afferma, invece, la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché ai ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della l. n. 287/1990, individuando il giudice chiamato a conoscere della controversia nel tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni, ovvero la sezione specializzata in materia di impresa (ad esito delle modifiche operate dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27). Antecedentemente la cognizione di tali controversie era, invece, attribuita alla Corte d'appello competente per territorio.

Il codice del processo amministrativo ha, quindi, da un lato riconfermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie involgenti atti in materia *antitrust*, adottati dall'AGCM. In particolare, viene riconfermata la cognizione del giudice amministrativo in materia di sanzioni, rispetto alle quali, come si vedrà, la sua giurisdizione è estesa al merito. Questa previsione si inserisce in un più generale ampliamento dei poteri cognitori del giudice amministrativo in ordine alle sanzioni,

essendo ricomprese nell'elenco di quelle devolute alla giurisdizione esclusiva anche fattispecie che in passato venivano conosciute dal giudice ordinario¹.

Il codice del processo amministrativo, al contrario, ha espressamente escluso dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti ai rapporti di pubblico impiego contrattualizzato involgenti i dipendenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato: in tal modo ha corretto l'indirizzo interpretativo invalso fino al momento della sua entrata in vigore in giurisprudenza, la quale, prescindendo da un'analisi del regime pubblicistico o privatistico del singolo rapporto d'impiego, concludeva per la devoluzione di tutte le controversie relative a dipendenti dell'AGCM alla cognizione del giudice amministrativo.

L'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine ai giudizi inerenti ai provvedimenti dell'AGCM (e delle altre autorità menzionate dall'art. 133, comma 1, lett. l) risolve a monte la questione della corretta individuazione della situazione giuridica soggettiva incisa dall'attività provvedimentale esercitata dall'autorità, consentendo al giudice amministrativo di conoscere tanto di interessi legittimi che di diritti soggettivi. La scelta operata dal legislatore risulta, peraltro, particolarmente opportuna a fronte del consistente dibattito svoltosi in dottrina in ordine alla qualificazione delle posizioni soggettive nei rapporti con l'AGCM: si è impedito, così, che tale controversa qualificazione possa condizionare l'individuazione del giudice competente a conoscere la causa.

II. ASPETTI PROCESSUALI: IL RITO ABBREVIATO DISCIPLINATO DALL'ART. 119 C.P.A.

Se il giudice amministrativo, quindi, ha il compito di apprestare tutela nei confronti dei provvedimenti che l'AGCM

adotta in materia *antitrust*, prima di delimitare più precisamente l'oggetto del giudizio e le caratteristiche del sindacato di questo giudice sugli atti dell'autorità, deve darsi atto delle peculiarità processuali della sua cognizione in materia.

Le controversie inerenti i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ivi compresa, quindi, l'AGCM, con esclusione dei giudizi relativi al rapporto di servizio con i dipendenti, sono sottoposte, ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. b) c.p.a. alla disciplina descritta dal medesimo art. 119 c.p.a.

Si tratta di un rito abbreviato comune a determinate materie, tra cui quella in esame, particolarmente celere, caratterizzato, in primo luogo, dal dimezzamento di tutti i termini processuali ordinari, fatta eccezione, nei giudizi di primo grado, per quelli di notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale, dei motivi aggiunti, nonché per i termini dell'appello cautelare indicati dall'art. 62, comma 1 c.p.a. e per quelli espressamente disciplinati dallo stesso art. 119 c.p.a.

È, poi, prevista una particolare disciplina in ordine alla tutela cautelare: in caso di richiesta di sospensione del provvedimento impugnato, infatti, il TAR, accertata la completezza del contraddittorio e, in caso negativo, dispostane l'integrazione, qualora, ad un primo sommario esame, ravveda profili di fondatezza del ricorso ed un pregiudizio grave ed irreparabile, fisserà con ordinanza la data dell'udienza di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. Soltanto in caso di estrema gravità ed urgenza, con la stessa ordinanza che fissa la data dell'udienza di discussione del merito, il TAR può adottare

¹ Gli artt. 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lettera c), e 134, comma 1, lettera c) c.p.a. sono, però, stati dichiarati incostituzionali dalla sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio, sede di Roma, le con-

troverse in materia di sanzioni irrogate dalla Consob; stessa sorte ha riguardato l'art. 4, comma 1, numero 19), dell'all. n. 4, del d.lgs. n. 104/2010, che aveva disposto l'abrogazione delle disposizioni del d.lgs. n. 58/1998 che prevedevano la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle sanzioni irrogate dalla Consob.

le opportune misure cautelari. Viene, peraltro, pur sempre fatta salva la facoltà del Tribunale di definire nel merito il giudizio in camera di consiglio, con sentenza in forma semplificata, nel caso in cui ricorrano le condizioni previste dall'art. 60 c.p.a.

La disposizione prevede, infine, la pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, su richiesta presentata nell'udienza di discussione, da almeno una delle parti del giudizio che dichiara di averne interesse. In questa ipotesi, il dispositivo è pubblicato con deposito in segreteria non oltre sette giorni dalla decisione della causa. In caso di pubblicazione del dispositivo, la parte potrà così chiedere la sospensione dell'esecutività dello stesso al Consiglio di Stato entro trenta giorni, con riserva dei motivi, da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza o tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non impedisce, peraltro, che la medesima richiesta venga presentata dopo la pubblicazione dei motivi.

III. LE TIPOLOGIE DI ATTI ADOTTATI DALL'AGCM IMPUGNABILI INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

La giurisprudenza, nella sua ordinaria attività di verifica preliminare della sussistenza delle condizioni dell'azione, ovvero dell'interesse e della legittimazione a ricorrere, si è pronunciata in ordine all'ammissibilità dell'azione avverso atti adottati dall'autorità diversi dai tradizionali provvedimenti di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale e sanzionatori, sui quali ultimi nessun dubbio relativo all'impugnabilità sorge.

In applicazione dei principi generali del processo amministrativo, non possono essere ritenuti impugnabili quegli atti privi di carattere lesivo, quali gli atti endoprocedimentali aventi funzione me-

ramente propedeutica all'adozione di altri atti; in particolare, guardando allo specifico procedimento innanzi all'AGCM, gli atti di avvio e di chiusura dell'indagine conoscitiva svolta dall'autorità che, in sé, mancano di incidenza nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive di cui l'indagato è titolare. Merita, però, menzione una risalente pronuncia del TAR Lazio², che ha ritenuto ammissibile la contestazione dell'atto di avvio del procedimento istruttorio, nell'ipotesi in cui motivo della censura sia la stessa applicabilità della disciplina *antitrust* al soggetto sottoposto ad indagine.

1. *I provvedimenti di rigetto e di accoglimento degli impegni.* - Di attualità è la questione della impugnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni presentati dal sottoposto alle indagini.

Ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990 entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della stessa legge o degli articoli 101 o 102 TFUE (disciplinanti le intese restrittive della libertà di concorrenza e l'abuso di posizione dominante), le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'AGCM, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

Si è posta, quindi, la questione dell'impugnabilità del provvedimento dell'autorità di rigetto degli impegni presentati.

La questione è stata recentemente affrontata e risolta dal Consiglio di Stato³ che, affermando di esaminare in modo diretto per la prima volta il tema solo in questa occasione, decisa in modo non uniforme dalla giurisprudenza di primo grado⁴, ha escluso la diretta impugnabilità dell'atto con cui l'AGCM rigetta la propo-

gnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni.

⁴ Lo stesso Consiglio di Stato nella pronuncia cita in senso favorevole all'impugnabilità del provvedimento di rigetto, TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 12457, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3763 e *contra*, TAR Lazio, Roma, sez. I, 23 febbraio 2010, n. 2828, in www.giustizia-amministra-

² TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 novembre 1993, n. 1549, in *Foro it.*, 1994, III, 146; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993; in *Giur. merito*, 1994.

³ Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 7-8, 2536, che ha annullato la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33474, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, 3523, che aveva, al contrario, ammesso l'im-

sta di impegni formulata ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287 del 1990.

Il Collegio, preliminarmente, valorizzando lo spirito di leale collaborazione e di partecipazione che caratterizza il segmento endoprocedimentale di presentazione ed esame degli impegni, ha ritenuto che la possibilità di adire l'autorità giudiziaria al fine di ottenere una tutela di carattere pieno ed effettivo – in applicazione di generali principi di natura processuale – debba essere riconosciuta direttamente in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo dell'intero procedimento. Le eventuali illegittimità accedenti alla fase dell'esame (e del rigetto) degli impegni sono, infatti, idonee a riverberarsi con effetto viziante sul provvedimento finale, salve le violazioni di carattere meramente procedimentale, inidonee in quanto tali a determinare un diverso esito del procedimento ed a condizionare il contenuto del provvedimento.

La conclusione negativa in ordine all'impugnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni è, però, accolta anche in applicazione delle regole volte alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione. Ebbene, il Consiglio di Stato ha ravvisato il difetto di interesse a ricorrere in capo alle imprese, inteso «quale utilità a far ripristinare la situazione giuridica lesa dall'atto impugnato attraverso la mera rimozione dell'atto stesso, ovvero attraverso il ripristino del pregresso assetto di interessi reso possibile a seguito dell'attività conformativa resa necessaria dal giudicato di annullamento».

Viene, quindi, osservato che, anche a seguito del rigetto degli impegni, non si consolida in capo ai soggetti proponenti alcun pregiudizio di carattere definitivo; l'atto non è, infatti, idoneo a determinare un arresto procedimentale in senso proprio, ad incidere in senso definitivo sugli

tiva.it che, però, è riferita ad altra tipologia di impegni esaminati dall'AGCM (ex art. 8, comma 7, del d.lgs. n. 145/2007); in senso analogo a quest'ultima pronuncia, si veda altresì TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 marzo 2011, n. 1918, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3, 816. Sempre in senso contrario all'autonoma impugnabilità dell'atto di rigetto degli impegni, TAR Lazio, Roma, 13 luglio 2010, n. 24991, in *Foro amm. TAR*, 2010, 7-8, 2415, secondo cui «la determinazione negativa sugli impegni formulati

esiti dell'istruttoria, o a determinare in altro modo una effettiva compressione delle posizioni giuridiche del soggetto proponente. Come nel caso di avvio dell'istruttoria, il provvedimento di rigetto difetterebbe, quindi, di immediata lesività.

L'argomentazione, fondata sulla alta probabilità che, a seguito del rigetto degli impegni, l'autorità adotti un provvedimento sanzionatorio, non è, infine, ritenuta dirimente dal Consiglio di Stato. Mancano, infatti, all'atto di rigetto, le caratteristiche che hanno fatto ritenere, in altre ipotesi, autonomamente impugnabili gli atti endoprocedimentali: l'essere atti indirizzanti in modo ineluttabile la determinazione conclusiva o il costituire atti soprassessori, idonei a determinare un arresto procedimentale. In particolare, «il mero dato statistico relativo ai rapporti fra il rigetto degli impegni e l'adozione del provvedimento sanzionatorio non risulta idoneo a supportare l'immediato interesse all'impugnativa, difettando comunque la certezza che al primo farà certamente seguito il secondo di essi». In sintesi, il provvedimento di rigetto non ha alcun carattere di definitività né determina stabilmente l'esito del procedimento di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale, in quanto l'attività valutativa ad esso sottesa coincide solo in parte con quella inerente all'adozione del provvedimento finale, «non potendosi ritenere che fra l'esito della prima fase (la decisione sulla proposta di impegni) e quello del procedimento complessivo sussista un nesso di presupposizione necessaria».

È stata, al contrario, riconosciuta l'ammissibilità dell'impugnazione dell'atto con cui l'autorità accoglie la proposta di impegni presentata dall'impresa sottoposta ad attività istruttoria. In proposito il TAR Lazio⁵, implicitamente riconoscendo l'impugnabilità dei provvedimenti di accogli-

dall'operatore professionale non è atto provvedimento immediatamente e autonomamente impugnabile, posto che esso si colloca nella fase del tutto preliminare, nella quale è stato soltanto comunicato l'avvio del procedimento e l'istruttoria è in corso, onde non è dato nemmeno di conoscere se il procedimento esiterà nell'adozione di un provvedimento sanzionatorio».

⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 maggio 2010, n. 10571, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, 1679.

mento degli impegni, ha affermato l'interesse di un'associazione a tutela dei consumatori ad impugnare un atto appartenente a questa categoria - adottato nella fattispecie in relazione ad un'ipotesi di abuso di posizione dominante - qualora si ravvisi la sussistenza di un interesse quantomeno di tipo risarcitorio all'accoglimento del ricorso⁶. Poiché tale accoglimento determinerebbe l'obbligo, in capo all'AGCM, di proseguire l'istruttoria in ordine al paventato illecito anticoncorrenziale in relazione al quale gli impegni sono stati presentati ed accolti, essendo inoltre il procedimento in materia di abuso di posizione dominante volto primariamente ad accertare l'infrazione, il TAR ha concluso nel senso che non possa escludersi un interesse del terzo ricorrente a che, in esito alla conclusione del procedimento, la condotta tenuta sia considerata illecita; ciò a prescindere dagli effetti immediati che un tale tipo di accertamento produca sui rapporti contrattuali esecutivi della condotta contestata già in essere tra il soggetto che ha commesso l'infrazione e soggetti terzi.

2. *La tutela del terzo controinteressato.* - L'impugnabilità dei provvedimenti di accoglimento degli impegni introduce il tema della tutela giurisdizionale apprestata al soggetto terzo, controinteressato rispetto al procedimento di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale da parte dell'AGCM.

La giurisprudenza, infatti, ha indagato in ordine all'interesse ed alla legittimazione a ricorrere di tali soggetti rispetto ai c.d. "provvedimenti negativi", ovvero alle determinazioni con cui l'autorità dispone l'archiviazione di una denuncia, decide di

non vietare comportamenti comunicati dalle imprese o autorizza operazioni di concentrazione. Analoghe questioni si pongono nel caso in cui l'autorità rimanga inerte rispetto a segnalazioni di comportamenti anticoncorrenziali.

Inizialmente la giurisprudenza negava legittimazione a ricorrere in queste ipotesi⁷ anche nei riguardi delle imprese concorrenti nel medesimo settore di mercato. Due le argomentazioni poste a sostegno di tale disconoscimento di legittimazione: in primo luogo, veniva negato che tali soggetti fossero titolari di una situazione giuridica soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo, vantando, al contrario, un interesse indifferenziato rispetto alla generalità dei cittadini. Alla base di questa conclusione vi è l'idea che i poteri conferiti all'autorità siano tesi a garantire la tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica e, quindi, non siano volti a tutelare posizioni di singoli soggetti partecipanti al mercato, che si assumono lesi dai comportamenti posti in essere dai concorrenti e non sanzionati o inibiti dall'AGCM. In sintesi, il singolo, che non è destinatario diretto dell'attività istituzionale dell'autorità, se indubbiamente ne può avvertire gli effetti, è titolare di una sfera giuridica non incisa in via immediata e diretta dall'attività medesima⁸. Soltanto i soggetti che siano diretti destinatari delle deliberazioni finali dell'AGCM vanterebbero, pertanto, un interesse qualificato. Inoltre, trattandosi di procedimenti repressivi, con specifico riferimento al terzo denunciante, si osservava che l'aver sollecitato l'apertura del procedimento e la partecipazione allo stesso non assumessero rilevanza alcuna,

⁶ L'Avvocatura erariale, infatti, aveva contestato l'interesse a ricorrere dell'Associazione non tanto facendo leva sulla natura del provvedimento di accoglimento degli impegni impugnato, quanto evidenziando che l'eventuale riapertura del procedimento da parte dell'autorità e la sua conclusione con un provvedimento di accertamento e di diffida sarebbero state prive di utilità, non potendo l'AGCM interferire, con i suoi poteri, sull'esecuzione di contratti pienamente efficaci, stipulati nel frattempo dal soggetto sottoposto ad accertamento dell'infrazione e inerenti all'oggetto dell'illecito.

⁷ In tal senso Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro amm.*, 1996, 3383; TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 luglio 1999, n. 1558, in *Foro*

amm., 2000, 1884; Id., 15 ottobre 1998, n. 2952; Id., 29 settembre 1998, n. 2746; Id., 23 dicembre 1997, n. 2216. In particolare TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286, in *Foro amm.*, 2001, 2490, ha concluso nel senso che «tutti gli altri soggetti diversi da quelli direttamente incisi, imprese concorrenti o consumatori, sono titolari di un mero interesse diffuso, indifferenziato, rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti vietati attuino correttamente e tempestivamente i poteri, a tale specifico fine, conferiti dall'ordinamento».

⁸ In questi termini TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 agosto 1995, n. 174.

in quanto la partecipazione procedimentale si differenzia dalla legittimazione processuale, sicché la prima non determina automaticamente la seconda.

L'indirizzo giurisprudenziale descritto è stato, poi, rivisitato da successive pronunce del Consiglio di Stato⁹, in un'ottica di maggiore garanzia del principio costituzionale e comunitario dell'effettività della tutela giurisdizionale. La giurisprudenza non è, però, giunta ad un'indiscriminata estensione della legittimazione a ricorrere nei confronti dei provvedimenti negativi dell'autorità. Al contrario, alla base del mutamento d'indirizzo vi è stata la considerazione di dover dare applicazione anche in questa materia ai principi generali in tema di condizioni dell'azione e di dover verificare la sussistenza dei requisiti necessari per individuare una situazione di interesse legittimo.

Ebbene, l'impresa concorrente, operante nello stesso settore di mercato, non può essere considerata, invero, paragonabile agli indistinti appartenenti alla collettività, vantando, invece, un interesse personale e individuale al rispetto della normativa *antitrust*. Per tali soggetti, invero, l'intervento o il mancato intervento dell'AGCM rispetto ad un illecito anticoncorrenziale commesso da un diretto concorrente determina un vantaggio o uno svantaggio immediato e direttamente riferibile alla propria sfera giuridica.

Infine, di recente, il Consiglio di Stato ha, altresì, riconosciuto espressamente la legittimazione a ricorrere avverso il provvedimento di archiviazione disposto dall'AGCM a seguito di denuncia di un illecito *antitrust*, ad un'associazione a tutela dei consumatori¹⁰. Dando atto dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia e dei principi che la hanno sorretta, viene osservato che l'affidamento all'AGCM di una "tutela oggettiva della concorrenza" non esclude certo che la salvaguardia dell'interesse generale ad un as-

setto concorrenziale del mercato si traduca, sul piano concreto, in misure adottate a tutela anche dei consumatori, lesi dal comportamento anticoncorrenziale posto all'esame dell'autorità. Pertanto, non viene condivisa la tesi che, muovendo dalla considerazione di base della funzionalizzazione del potere autoritativo alla definizione dell'interesse generale, limita la tutela offerta ai consumatori, «terzi controinteressati, incisi dall'assetto di mercato creato o tollerato dall'Autorità», alla fase procedimentale, con atti di impulso e di intervento, o a quella, ritenuta non sostituiva né sempre equivalente, qualora ne ricorrano i presupposti, dell'azione innanzi al giudice civile ai sensi dell'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

IV. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELL'AGCM

Per i provvedimenti di accertamento di illeciti anticoncorrenziali e comminanti sanzioni nei confronti delle imprese non si è posta questione in ordine alla loro astratta impugnabilità da parte dei soggetti destinatari, data la chiara lesività del loro contenuto. Problemi interpretativi sono, invece, sorti relativamente all'intensità del sindacato del giudice amministrativo sul percorso motivazionale adottato dall'autorità. Problematica condizionata dalla necessità di garantire una tutela piena ed effettiva ai destinatari del provvedimento, da un lato, e di escludere un'eccessiva ingerenza, che sfociasse in una sostituzione, del giudice nell'analisi svolta dall'autorità, in un settore, peraltro, caratterizzato da un elevato tecnicismo e dal riferimento a concetti giuridici indeterminati.

Le prime pronunce del giudice amministrativo sono state fortemente attente a focalizzare l'oggetto del sindacato sui soli profili di legittimità, evidenziando l'assoluto divieto del giudice di sindacare il merito della decisione (ad eccezione del pro-

⁹ Il mutamento di indirizzo è riconducibile a Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1804.

¹⁰ Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 6, 2082, che ha riformato TAR Lazio, Roma, sez. I, 23 febbraio 2006,

n. 1373, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, 580. Si veda, altresì, Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2, 462, che aveva già riconosciuto la legittimazione a ricorrere ad un'associazione dei consumatori in tema di pubblicità ingannevole.

filo sanzionatorio). Tale sindacato avrebbe, quindi, potuto estendersi a tutti e tre i tradizionali vizi dell'atto, ivi compreso l'eccesso di potere ma, onde evitare sconfinamenti in sfere riservate all'autorità, tale verifica doveva essere limitata alla logicità, congruenza, ragionevolezza e correttezza della motivazione adottata a sostegno del provvedimento¹¹.

Se, quindi, può ravvisarsi in una prima fase un atteggiamento "timido" dei giudici amministrativi rispetto alle valutazioni operate dall'AGCM, successivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato, parzialmente modificando la propria posizione, ha meglio chiarito in che termini dovesse intendersi limitato il sindacato del giudice sui provvedimenti dell'autorità, specificando in quale misura, al contrario, dovesse riconoscersi comunque una piena facoltà dell'organo giudicante di verificare la correttezza del provvedimento.

Un primo passo¹² nell'evoluzione dell'atteggiamento dei giudici amministrativi nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM è avvenuto attraverso una più accurata verifica dello svolgimento dell'attività svolta dall'autorità, con il riconoscimento della natura atipica dei provvedimenti da questa adottati, articolati in più parti, corrispondenti alle diverse fasi di controllo svolte dall'AGCM. Essa, infatti, accerta preliminarmente i fatti, opera una "contestualizzazione" della norma a tutela della concorrenza che facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato, confronta i fatti accertati con il parametro contestualizzato ed infine applica le sanzioni qualora ravveda la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale.

¹¹ In questo senso si vedano, TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286, in *Foro amm.*, 2001, 2490; Cons. St., sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118, in *Foro amm.*, 2001, 2089; Id., 20 marzo 2001, n. 1671, *ivi.*, 2001, 625, che ha evidenziato come «i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giudiziale non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché, peraltro, viene

Ebbene, il Consiglio di Stato ha, in un primo tempo, chiarito che il limite del sindacato del giudice ai soli vizi di legittimità non preclude a questo un pieno accesso alla conoscenza dei fatti posti a fondamento della decisione dell'autorità. Nessun ostacolo, neppure di carattere processuale (a seguito dell'introduzione nel processo amministrativo dello strumento della C.T.U., sia nella giurisdizione esclusiva che in quella di legittimità) osta, infatti, alla possibilità che il giudice amministrativo verifichi pienamente la verità dei fatti sottesi al provvedimento impugnato.

Viene quindi affermato che, per esigenze di garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, il sindacato del giudice amministrativo non possa essere meramente estrinseco, dovendosi, al contrario, estendere ad un controllo intrinseco. Ciò in quanto l'attività che l'AGCM svolge nelle fasi di contestualizzazione della norma a tutela della concorrenza e di confronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato non può qualificarsi come attività discrezionale di carattere amministrativo, bensì di carattere tecnico e le valutazioni tecniche non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i "concetti giuridici indeterminati".

In questa fase il Consiglio di Stato ha, poi, puntualizzato che il controllo, seppur "intrinseco", ovvero caratterizzato da un pieno accesso al fatto, debba rimanere pur sempre "debole": non deve, cioè, consistere in un potere sostitutivo del giudice tale da determinare una sovrapposizione della valutazione tecnica opinabile o del modello logico di attuazione del "concetto

dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate»; Id., 14 marzo 2000, n. 1348, in *Foro amm.*, 2000, 933.

¹² Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 977; Id., 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2505.

indeterminato” di quest’ultimo all’operato dell’autorità¹³. In sintesi, il giudice deve verificare direttamente i fatti posti a fondamento di tali provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull’individuazione del parametro normativo da parte dell’autorità e sul raffronto con i fatti accertati; può, quindi, censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili.

Maggiori chiarimenti sono, poi, giunti dalla giurisprudenza successiva che, per evitare possibili perplessità in ordine all’effettività della tutela giurisdizionale garantita attraverso un sindacato definito come “debole”, ha ulteriormente precisato in che termini il giudice amministrativo possa sindacare i provvedimenti dell’AGCM.

Con pronuncia del 2004 il Consiglio di Stato¹⁴, ribadita la natura “intrinseca” del sindacato, ha, in particolare, focalizzato la sua attenzione su due profili. In primo luogo, ha evidenziato che, pur se definita “esclusiva” la giurisdizione del giudice amministrativo in materia, il giudizio rimane di tipo impugnatorio ed al giudice spetta di verificare se l’autorità abbia correttamente esercitato il potere attribuitole dalla legge, attraverso un controllo a posteriori dell’operato della stessa.

In secondo luogo, ha ulteriormente precisato l’estensione del sindacato del giudice amministrativo, che giunge «sino al controllo dell’analisi economica compiuta dall’Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei

concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame)».

Viene, quindi, chiarito l’equivoco sotteso all’utilizzo dell’espressione “sindacato debole” che non indica una limitazione alla piena cognizione del giudice sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l’autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, bensì un “limite finale” al potere decisorio dell’autorità giurisdizionale. Questa, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’autorità in base a regole tecniche, anch’esse sindacabili, se ritiene le valutazioni dell’autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe essa la titolarità del potere. In altre parole non potrà sostituirsi ad un potere già esercitato ma dovrà controllare che la valutazione tecnica svolta dall’autorità nell’esercizio di tale potere sia corretta tanto nella fase di contestualizzazione della norma a tutela della concorrenza quanto in quella di confronto tra i fatti accertati e il parametro contestualizzato.

Il Consiglio di Stato ha, infine, comparato il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’AGCM con quello svolto dalla Corte di giustizia UE sugli atti della Commissione, evidenziandone l’uniformità¹⁵.

I canoni così individuati sono, ad oggi, parametri di intensità del sindacato generalmente applicati dalla giurisprudenza del giudice amministrativo¹⁶. Più volte, in particolare, le decisioni successive hanno

¹³ La pronuncia evidenzia come «l’indice dell’assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell’amministrazione, di cui all’art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza».

¹⁴ Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 890. Negli stessi termini, Cons. St., 8 febbraio 2007, n. 515, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2, 594.

¹⁵ Evidenzia infatti il Consiglio di Stato nella decisione n. 926/2004 che «il sindacato della Corte

di Giustizia, esercitato sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione, è stato espressamente limitato alla verifica dell’osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell’esattezza materiale dei fatti, dell’insussistenza d’errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (...) È anche vero che, al di là delle affermazioni di principio sopra descritte, i giudici comunitari hanno in realtà analizzato molto spesso in modo accurato le analisi economiche svolte dalla Commissione; ma ciò è quanto si ritiene possa fare anche il giudice amministrativo».

¹⁶ Si vedano, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2, 562, secondo cui «Il giudice amministrativo [...] deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di

avuto cura di chiarire che, nell'ipotesi in cui residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM, se questi sono stati definiti in maniera attendibile secondo la scienza economica, ed il provvedimento sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge¹⁷.

V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI

Fortemente incisivo è, invece, il sindacato che il giudice amministrativo può svolgere sulle sanzioni irrogate dall'AGCM, che può giungere fino alla sostituzione della sanzione, anche per mezzo di una verifica della congruità della determinazione dell'autorità. Il legislatore ha, infatti, esteso la giurisdizione che G.A. in materia al merito, come evincibile dall'art. 134 c.p.a., secondo il quale «Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: [...] c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123». Occorre premettere che la disposizione presuppone, in ogni caso, che il giudice amministrativo possa sindacare la sanzione, in quanto munito di giurisdizione in materia; profilo pacifico con riferimento alle sanzioni *antitrust*, alla luce del chiaro dettato dell'art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. che attribuisce

la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo su tutti i provvedimenti dell'AGCM «compresi quelli sanzionatori». Conseguentemente, l'art. 134 non potrebbe ritenersi norma attributiva *ex se* di giurisdizione al G.A.

Che il giudice amministrativo possa conoscere e giudicare in modo così ampio sulle sanzioni in materia *antitrust* non è, però, novità introdotta dal codice del processo amministrativo, che ha dato veste normativa all'interpretazione da tempo invalsa in materia nella giurisprudenza.

Nel precedente assetto legislativo, infatti, non vi era alcuna esplicita disposizione che affermasse che il sindacato sulle sanzioni *antitrust* fosse da annoverare tra le ipotesi di giurisdizione estesa al merito; al contrario si pose il problema, a monte, di chiarire quale giudice fosse munito di giurisdizione sul punto.

Tradizionalmente, infatti, secondo gli ordinari criteri di riparto di giurisdizione, il giudice amministrativo ha cognizione in ordine a quelle sanzioni aventi un carattere ripristinatorio, mentre i provvedimenti contenenti sanzioni punitive, aventi carattere afflittivo, sono conosciute dal giudice ordinario¹⁸.

In materia *antitrust*, la l. n. 287/1990, da un lato, all'art. 33, comma 1, affermava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui «ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dall'Autorità», dall'altro, all'art. 31, in materia di sanzioni, opera un parziale rinvio alla l. 24 novembre 1981, n. 689 (al capo I, sezioni I e II), ivi comprendendo le disposizioni che, nel disciplinare i rimedi giurisdizio-

essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate»; Id., 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 2009, 4, 767; TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1642; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3, 941.

¹⁷ Afferma ciò con riferimento al concetto di «mercato rilevante» Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2, 562; negli stessi termini, Id., 3 aprile 2009, n. 2092, in *Rass. dir. farm.*, 2009, 4, 767; TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2007, n. 4123, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1642. Peraltro, su tale profilo si veda, altresì, TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 marzo 2012, n. 2899, in www.giustizia-amministrativa.it, che, dopo aver distinto la funzione del concetto di

«mercato rilevante» nell'illecito di abuso di posizione dominante e nelle intese e le conseguenze che tale differenza determina in ordine all'esercizio del potere dell'AGCM, che nell'ipotesi di abuso di posizione dominante deve essere connotato da un «particolare grado di attenzione e di rigore», ha censurato la motivazione addotta a sostegno di un provvedimento di archiviazione dall'autorità, in quanto non adeguata e sufficiente.

¹⁸ Sul punto si vedano, *ex multis*, Cass., sez. un., 27 ottobre 1978, n. 4892, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 242; TAR Sicilia, Palermo, 29 aprile 1988, n. 262, in *Dir. e giur. agr.*, 1989, 376; Cons. St., sez. IV, 18 novembre 1989, n. 793, in *Foro amm.*, 1989, fasc. 11; Id., 23 gennaio 1992, n. 92, in Cons. St., 1992, I, 29. Il principio è stato confermato da Cons. St., sez. V, 27 giugno 2012, n. 3786, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 6, 1629.

nali, affidano al giudice ordinario la cognizione delle controversie di opposizione alle ordinanze ingiunzioni che comminano sanzioni amministrative pecuniarie. Sicché si era posta la questione di quale delle due disposizioni dovesse ritenersi prevalente e, quindi, quale giudice fosse idoneo a conoscere del profilo sanzionatorio dei provvedimenti dell'AGCM¹⁹.

Prima del chiarimento operato dal legislatore nel 2010, già la Corte di cassazione a Sezioni Unite, in un giudizio per regolamento preventivo di giurisdizione²⁰, ha concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in materia di sanzioni *antitrust*.

Precisato, quindi, il profilo preliminare del giudice munito di giurisdizione, si pose la questione dell'applicabilità al giudizio avverso le sanzioni adottate dall'AGCM di quanto disposto dall'art. 23, comma 11, della l. n. 689/1981, rientrante tra quelle cui l'art. 31 della l. n. 287/1990 fa rinvio. Tale disposizione prevede, infatti, che il giudice non solo possa annullare in tutto o in parte il provvedimento sanzionatorio ma anche modificarlo anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta. Aderire alla tesi dell'applicabilità del comma 11 al giudizio innanzi al giudice amministrativo implicava, quindi, un forte ampliamento degli ordinari poteri cognitori e decisorio di quest'ultimo e, sostanzialmente, il riconoscimento di una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha concluso in senso favorevole a quest'ultima ricostruzione, valorizzando la compatibilità con i principi della legge n. 287/1990 dell'art. 23 della legge n. 689/1981 e la diversità del potere esercitato dall'autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria²¹. Considerazione rafforzata dall'ulteriore elemento che ad analoghe conclusioni sia giunta la

giurisprudenza comunitaria con riferimento al sindacato sulle sanzioni adottate dalla Commissione UE²².

Gli artt. 133, comma 1, lett. l) e 134, comma 1, lett. c) c.p.a. hanno, quindi, codificato principi ormai pacifici nella giurisprudenza nazionale, adeguando, al contempo, la legislazione interna alle linee tratteggiate in materia dall'ordinamento comunitario.

Peraltro, l'estensione al merito della giurisdizione del giudice amministrativo trova adeguata giustificazione nella natura e nelle caratteristiche del potere esercitato dall'autorità in ambito sanzionatorio. Una volta accertato l'illecito e stabilita, quindi, la sua sanzionabilità, l'AGCM è fortemente indirizzata nell'operazione di quantificazione dell'importo; in particolare, indicazioni chiare e puntuali emergono dalla Comunicazione 2006/C 210/02 della Commissione UE «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003». Sicché la verifica operata dal giudice amministrativo circa la congruità della sanzione e l'eventuale intervento sostitutivo da quest'ultimo esplicito in virtù dell'estensione al merito della sua giurisdizione, sono pur sempre incisivamente condizionati da questi parametri.

ANNALaura LEONI

Bibliografia

R. CARANTA, «I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», in *Giur. comm.*, 2003, p. 170; R. CHIEPPA, «La tutela giurisdizionale dei controinteressati rispetto ai provvedimenti di archiviazione e di autorizzazione dell'Autorità antitrust», in *Conc. merc.*, 2004, p. 137; G.P. CIRILLO - R. CHIEPPA, «Le autorità amministrative indipendenti», in *Trattato di diritto amministrativo*, (diretto da) G. Santaniello, vol. XLI, Padova, 2010; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998; F.G. SCOCA, «Giudice amministrativo ed esigenze del mercato», in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 257.

ritenuto che ciò sia «anche coerente con le prospettive di armonizzazione del diritto della concorrenza, citate in precedenza, tenuto conto che l'art. 31 del reg. CE n. 1/2003 prevede che la Corte di Giustizia possa estinguere, ridurre o aumentare le ammende irrogate dalla Commissione, qualificando tale competenza giurisdizionale "di merito"».

¹⁹ A favore della giurisdizione del giudice amministrativo si veda TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 luglio 1993, n. 1157, in *Foro it.*, 1994, III, 147.

²⁰ Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro amm.*, 1994, 1700.

²¹ In questi termini, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 890.

²² Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926 ha

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia *antitrust*

Sommario: I. COMPETENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA. – II. RICORSI PROPONIBILI IN MATERIA DI DIRITTO *ANTITRUST*. – III. NATURA DEL CONTROLLO DI LEGALITÀ. – IV. CONTROLLO GIURISDIZIONALE DI MERITO. – V. TUTELA CAUTELARE. – VI. COMPETENZA DEL GIUDICE NAZIONALE IN SEDE DI RINVIO PREGIUDIZIALE.

I. COMPETENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA

L'Unione europea è un'Unione di diritto, «nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue Istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato»¹. Ne consegue che le decisioni della Commissione adottate in virtù dei Regg. (CE) 1/2003² e 139/2004³ sono soggette a controllo giurisdizionale. Secondo gli artt. 256 § 1, TFUE e 51 del Protocollo sullo Statuto della C. giust. UE, tale controllo è esercitato dal Trib. UE in primo grado e dalla C. giust. UE in sede d'impugnazione mediante ricorsi diretti, ossia proposti direttamente contro le decisioni della Commissione. La C. giust. UE può anche conoscere indirettamente della legalità delle decisioni della Commissione mediante un rinvio pregiudiziale di validità, proposto ai sensi dell'art. 267 TFUE dal giudice nazionale, ove quest'ultimo sia adito, ad esempio, per un ricorso contro un atto di esecuzione di una decisione della Commissione. In ogni

caso, il Trib. UE e la C. giust. UE sono i soli giudici a poter dichiarare l'invalidità di una decisione della Commissione⁴.

II. RICORSI PROPONIBILI IN MATERIA DI DIRITTO *ANTITRUST*

Il ricorso principale a disposizione di un soggetto leso da una decisione della Commissione è il ricorso in annullamento, previsto all'art. 263 TFUE, esperibile contro ogni provvedimento destinato a produrre «effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questi»⁵. Non sono considerate tali, tra l'altro, la Comunicazione degli addebiti di cui all'art. 2, § 1, Reg. 773/2004⁶, né le lettere emesse ai sensi dell'art. 7 § 1 di tale Reg., con cui la Commissione invita il denunciante a sottoporle ulteriori osservazioni e le Comunicazioni al denunciante in cui i servizi della Commissione gli comunicano lo stato del procedimento. Per contro, tali Comunicazioni costituiscono un atto impugnabile ove esprimano in maniera inequivocabile l'intenzione di non procedere oltre nell'esame della violazione denunciata⁷. Allo stesso modo, è un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE la decisione del Consigliere-uditore con la quale si consente la trasmissione a terzi delle versioni non confidenziali delle Comunicazioni degli addebiti in un pro-

¹ C. giust. CE, 23 aprile 1986, causa 294/83, «*Les Verts*» c. Parlamento europeo, in *Racc.* 1986, p. 1339, punto 23.

² Reg. (CE) 1/2003 del Consiglio, 6 dicembre 2002, concernente l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.U.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

³ Reg. (CE) 139/2004 del Consiglio, 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»), in G.U.U.E. L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 ss.

⁴ C. giust. CE, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto - Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.* 1987, p. 4199; 6 dicembre 2005, causa C-461/03,

Gaston Schul Douane-expéditeur BV, in *Racc.* 2005, p. I-10513.

⁵ C. giust. CE, 11 novembre 1981, causa 60/81, *IBM c. Commissione*, in *Racc.* 1981, p. 2639, punto 9; T. UE, 31 gennaio 2006, causa T-48/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-111, punto 45.

⁶ Reg. 773/2004 (CE) della Commissione, 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in G.U.U.E. L 123, 27 aprile 2004, punto 18 ss.

⁷ Trib. CE, 18 maggio 1994, causa T-37/92, *BEUC e NCC c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-285, punti 35-38.

cedimento relativo all'applicazione dell'art. 101 TFUE⁸. Non sono invece atti impugnabili le osservazioni scritte od orali presentate dalla Commissione europea davanti ad un giudice nazionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 15 § 3 Reg. 1/2003⁹. La conclusione è tanto più rilevante ove si consideri che il procedimento interessato dall'intervento della Commissione può anche non riguardare specificamente questioni relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁰.

Il silenzio dell'Istituzione può essere considerato come atto impugnabile solo in presenza di una espressa e specifica equiparazione dell'inerzia ad una decisione tacita con contenuto definito. Tale limite si spiega con la previsione del ricorso in carenza di cui all'art. 265 TFUE, che costituisce il rimedio giurisdizionale contro l'inattività dell'Istituzione tenuta a prendere un provvedimento¹¹. Si può ritrovare detta equiparazione nel Reg. 139/2004, ad esempio, all'art. 4 § 4, comma 4, dove il silenzio della Commissione entro un certo termine è considerato decisione di rinvio alle Autorità *antitrust* nazionali e all'art. 9 § 5, per la decisione di rinvio a tali Autorità di un caso di concentrazione notificata¹². Per contro, una decisione di non rinviare alle Autorità nazionali l'esame di un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 9, Reg. 139/2004 non è un atto impugnabile¹³.

A proposito del ricorso in carenza, esso permette di porre rimedio all'inerzia della Commissione mantenuta in violazione del Trattato dopo una richiesta di intervento, dalla quale siano decorsi due mesi senza che l'Istituzione abbia preso posizione. La «presa di posizione» ai sensi dell'art. 265 TFUE è qualunque atto riguardante i fatti dedotti nella richiesta del denunciante che non abbia carattere meramente interlocutorio¹⁴. Una lettera ai sensi dell'art. 7, Reg. 773/2004 impedisce il verificarsi della carenza¹⁵, ma non è un atto impugnabile con un ricorso in annullamento.

In relazione ad un rifiuto della Commissione di adottare decisioni ai sensi dell'art. 106 § 3 TFUE (relative a imprese titolari di diritti speciali od esclusivi, o incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale), la giurisprudenza sembra ora orientata nel senso di limitare l'impugnabilità di una tale decisione di rifiuto alla sussistenza di circostanze eccezionali¹⁶. In particolare, la Corte ritiene che la discrezionalità della Commissione nel dare attuazione all'art. 106 § 3 TFUE è tale per cui i singoli non possono chiederle di adottare una decisione determinata, con la conseguenza che un ricorso in annullamento contro tale decisione di rifiuto è irricevibile¹⁷.

Ove il ricorso sia presentato da un privato, la ricevibilità è subordinata alla

⁸ Trib. CE, 7 giugno 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG e Bank für Arbeit und Wirtschaft AG c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1601.

⁹ Soluzione che dovrebbe derivare «a fortiori» dal rifiuto di considerare come atto impugnabile la decisione della Commissione di adire un giudice, sebbene di un paese terzo, contenuto in Trib. CE, 15 gennaio 2003, cause riunite T-377, T-379, T-380/00 e T-260 e T-272/01, *Philip Morris International Inc e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-1.

¹⁰ C. giust. CE, 11 giugno 2009, causa C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst*, in *Racc.* 2009, p. I-4833, punto 30.

¹¹ Trib. CE, 13 dicembre 1999, cause riunite T-189/95, T-39/96 e T-123/96, *Groupement pour le service d'acquisitions (SGA) c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-3587, punti 26 e 27; C. giust. CE, 9 dicembre 2004, causa C-123/03P, *Commissione c. Greencore Group plc*, in *Racc.* 2004, p. I-11647, punto 45.

¹² Trib. CE, 3 aprile 2003, causa T-119/02,

Royal Philips Electronics NV c. Commissione, in *Racc.* 2003, p. II-1433.

¹³ Trib. UE, 12 ottobre 2011, causa T-224/10, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 75 ss.

¹⁴ C. giust. CE, 16 febbraio 1993, causa C-107/91, *ENU c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-599; C. giust. CE, 13 luglio 1971, causa 8/71, *Deutscher Komponistenverband c. Commissione*, in *Racc.* 1971, p. 705.

¹⁵ Trib. CE, 10 luglio 1997, causa T-38/96, *Guérin Automobiles c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-1233, punto 31.

¹⁶ Trib. CE, 17 giugno 2003, causa T-52/00, *Coe Clerici Logistics S.p.a. c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. 2123, punti 89-91.

¹⁷ C. giust. CE, 22 febbraio 2005, causa C-141/02 P, *Max.mobil c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-1283, punti 66 ss.; Trib. UE, 23 settembre 2011, causa T-567/10 e causa T-568/10, *Vivendi c. Commissione*, non ancora pubblicate, punto 16.

prova della sussistenza di un interesse ad agire. Nel settore delle concentrazioni, l'abbandono dell'operazione di concentrazione non fa venir meno l'interesse ad agire. Tuttavia, ciò è vero se l'impresa ricorrente ha abbandonato l'operazione solo per la necessità di conformarsi alla decisione della Commissione con cui la concentrazione è stata dichiarata incompatibile con il mercato comune¹⁸.

Sempre nel caso di un ricorso presentato da un privato, ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, a parte l'ipotesi di un ricorso contro un atto regolamentare che lo riguardi direttamente, fattispecie in cui non rientrano le decisioni in materia di diritto *antitrust* essendo essa riferita ad atti di portata generale¹⁹, il ricorso proposto da una persona fisica o giuridica che non sia destinataria della decisione impugnata è subordinato alla prova che essa sia interessata da tale atto in maniera "diretta e individuale". La stessa condizione sussiste quanto alla mancata adozione di una decisione favorevole nel caso di un ricorso in carenza, posto che annullamento e carenza "sono l'espressione di uno stesso rimedio giurisdizionale". Conseguentemente, come l'art. 263, comma 4, TFUE consente ai singoli di proporre un ricorso in annullamento contro un atto delle Istituzioni di cui non sono destinatari, se questo atto li riguarda direttamente ed individualmente, così l'art. 265, comma 3, TFUE dev'essere interpretato nel senso che conferisce loro anche la facoltà di proporre ricorso in carenza contro un'Istituzione che abbia omesso di adottare un atto che li avrebbe riguardati allo stesso modo²⁰. Perché un atto riguardi direttamente un privato ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, la sua applicazione deve avere carattere mera-

mente automatico e deve derivare dalla sola normativa dell'Unione, senza intervento di altre norme intermedie²¹. Quanto all'interesse individuale, chi non è destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguardi individualmente soltanto qualora il provvedimento "lo tocchi a causa di determinate qualità personali ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari"²².

I motivi di un ricorso in annullamento sono l'incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, la violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione ed eccesso di potere. Quanto al vizio della violazione delle forme sostanziali, tale vizio può essere interpretato anche con diretto riferimento alla violazione delle regole di cui al Reg. 1/2003, come, ad esempio, la mancata consultazione del Comitato consultivo²³. Gli stessi motivi possono essere fatti valere nel caso di un ricorso in carenza, tranne quelli che presuppongono un'azione dell'Istituzione interessata (es. eccesso di potere).

I diritti fondamentali integrano il parametro di legalità del giudice dell'Unione, sia nel caso in cui siano individuati da disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ha lo stesso valore dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 § 1, comma 1, TUE, sia quando tali diritti risultino da principi generali derivanti da disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ai sensi dell'art. 6 § 3 TUE, e ciò fino a quando l'Unione non aderirà a tale Convenzione come previsto

¹⁸ Trib. CE, 15 dicembre 1999, causa T-22/97, *Kesko Oy c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-3775, punto 59; C. giust. CE, 19 settembre 1985, cause riunite 172 e 226/83, *Hoogovens Groep c. Commissione*, in *Racc.* 1985, p. 2831, punto 19; cfr. anche Trib. CE, 3 aprile 2003, causa T-342/00, *Petrolesence e SGR 2 c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. I-1161, punti 39-41.

¹⁹ Trib. UE, 6 settembre 2011, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento*, non ancora pubblicata, punto 42.

²⁰ Trib. CE, 11 luglio 2007, causa T-167/04,

Asklepios Kliniken GmbH c. Commissione, in *Racc.* 2007, p. II-2379, punto 45 e giurisprudenza ivi citata.

²¹ Trib. CE, 22 novembre 2001, causa T-9/98, *Mitteldeutsche Erdöl - Raffinerie GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3367, punto 47.

²² C. giust. CE, 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *UPA c. Consiglio*, in *Racc.* 2002, p. I-6677, punto 36.

²³ C. giust. CE, 10 luglio 1980, causa 30/78, *Distillers Company Limited c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 2229.

al § 2 di tale disposizione. In virtù della spiegazione relativa all'art. 52, § 3 della Carta e dell'art. 6 § 1, comma 3, TUE, ove la Carta contenga dei diritti fondamentali corrispondenti a quelli individuati nella Convenzione europea, il significato e la portata di tali diritti sono determinati anche in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come ormai la stessa C. giust. UE ha riconosciuto²⁴.

Quanto agli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso in annullamento o del ricorso in carenza, ai sensi dell'art. 266 TFUE, l'Istituzione o le Istituzioni da cui promana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria al Trattato sono tenute a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta. In particolare, da una sentenza di annullamento deriva l'obbligo per l'Istituzione che ha adottato l'atto di disporre un «*ripristino adeguato della situazione del ricorrente*»²⁵ o di evitare comunque un atto identico²⁶.

Sulla base dell'art. 266 TFUE, in caso di esito positivo del ricorso in annullamento o del ricorso in carenza, la Commissione deve trarre il principio cui deve attenersi nei confronti del ricorrente²⁷. Tuttavia, non è possibile per il giudice prescrivere o ingiungere alla Commissione l'adozione di alcun provvedimento specifico, sicché ogni eventuale richiesta in tal senso avanzata dall'interessato nel ricorso e fatta valere nel giudizio è irricevibile²⁸. Tale preclusione risulta dalla funzione dell'art. 266 TFUE, che è quella di definire il limite del potere del giudice rispetto alla libertà di scelta e di azione della Commissione.

Una disciplina particolare degli effetti della sentenza del giudice dell'Unione è

prevista nel settore delle concentrazioni, dove l'art. 10 § 5, comma 1, Reg. 139/2004 prevede che, in caso di annullamento totale o parziale di una decisione da adottare entro un termine determinato, la Commissione riesamina l'operazione di concentrazione al fine di adottare una decisione sulla base dell'art. 6 § 1 di tale Reg. In tal caso, la Commissione deve eliminare l'effetto prodotto dalla decisione annullata, ossia la chiusura dell'esame dell'operazione di concentrazione, posto che nella sentenza di annullamento i provvedimenti previsti all'art. 266 TFUE riguardano «*l'annullamento degli effetti prodotti dall'atto di cui trattasi e che sono inficiati dalle illegittimità accertate*»²⁹.

Sul ricorso in annullamento, infine, l'art. 264 TFUE prevede che, in caso di accoglimento, il giudice dichiara "nullo e non avvenuto" l'atto impugnato. La disposizione contribuisce a delimitare la competenza del giudice rispetto a quella dell'Istituzione poiché in base ad essa, il giudice non può sostituire una propria motivazione – nell'atto annullato – a quella adottata dall'Istituzione che ha adottato l'atto³⁰.

L'eventuale impossibilità per la Commissione di eseguire una sentenza di annullamento ai sensi dell'art. 266 TFUE non priva di tutela il ricorrente, il quale potrà esperire un ricorso per risarcimento del danno ai sensi dell'art. 340 TFUE.

Ai sensi di quest'ultima disposizione, il singolo danneggiato da un comportamento illecito dell'Istituzione può richiedere il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale ove dia prova del danno, di un comportamento illecito e del nesso di causalità tra comportamento e danno. Quanto all'illiceità del comportamento, essa è stata definita sulla base

²⁴ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, in *Racc.* 2010, p. I-13849, punto 35.

²⁵ Trib. CE, 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-753, punto 41.

²⁶ C. giust. CE, 6 marzo 1979, causa 92/78, *Simmenthal c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 777, punto 32; C. giust. CE, *AKZO Chemie*, cit., punto 21; C. giust. CE, 26 aprile 1988, causa 207/86, *Apesco c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 2151, punto 26.

²⁷ C. giust. CE, 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-3679, punto 36.

²⁸ Trib. CE, 12 gennaio 1995, causa T-102/92, *Viho c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-17; Trib. CE, 24 gennaio 1995, causa T-74/92, *Ladbroke Racing c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-115, punti 71-76.

²⁹ Trib. CE, *Gencor*, cit., punto 41.

³⁰ C. giust. UE, 24 gennaio 2013, causa C-73/11 P, *Frucona Košice c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 89.

delle stesse condizioni relative alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione³¹. Pertanto, tale responsabilità viene ravvisata ove il giudice riscontri una violazione grave e manifesta di una norma preordinata a conferire diritti al soggetto leso. Nel diritto *antitrust*, il concetto di violazione "grave e manifesta" consente al giudice di limitare il proprio sindacato agli aspetti più significativi ed evidenti del comportamento illecito dell'Istituzione interessata³². Peraltro, a fronte dell'applicazione decentrata del diritto europeo *antitrust*, è necessario individuare l'Istituzione responsabile del preteso illecito ai fini d'individuare il foro competente. Se si tratta di un illecito compiuto da un'autorità nazionale in maniera autonoma, ossia non in stretta esecuzione di una decisione adottata dalla Commissione, il ricorso andrà proposto dinanzi al giudice nazionale³³.

Quest'ultimo rimane l'istanza competente a conoscere anche dei ricorsi in cui sia fatta valere la responsabilità extracontrattuale per violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE commesse da una o più imprese e che siano presentati da singoli operatori³⁴, da consumatori⁵ o anche da parte della stessa Unione europea per il tramite della Commissione per pregiudizi da essa subiti³⁶. Il giudice nazionale applicherà in simili controversie le condizioni precisate nella giurisprudenza *Bergaderm*³⁷ e relative alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto europeo, posto che tale responsabilità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione.

³¹ C. giust. CE, 4 luglio 2000, causa C-352/98P, *Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA e Jean Jacques Goupil c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-5291.

³² Trib. CE, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *MyTravel Group plc c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 40 e ss.; C. giust. CE, 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, *Holcim (Deutschland) c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. I-2941, punto 51.

³³ Trib. CE, 8 marzo 2007, causa T-339/04, *France Télécom SA c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-521, punti 46 e ss.

³⁴ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd*, in *Racc.* 2001, p. I-6297, punto 28.

³⁵ C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, in *Racc.* 2006, p. I-6619, punto 59.

III. NATURA DEL CONTROLLO DI LEGALITÀ

Il controllo delle decisioni della Commissione in materia di diritto *antitrust* è un controllo di sola legalità, salvo il caso delle sanzioni pecuniarie (v. *infra* sub IV). Il Tribunale e la Corte non possono rimettere in discussione la scelta della Commissione, ad esempio, di intervenire in un determinato settore o i criteri generali con cui attuare la politica della concorrenza. Oltre ad essere limitato alla legittimità, il controllo del giudice può essere ulteriormente limitato dall'eventuale complessità e dalla natura tecnica delle valutazioni economiche oggetto dei provvedimenti adottati in materia di diritto *antitrust*, in cui la Commissione esercita il proprio potere discrezionale³⁸.

La causa della natura marginale di tale controllo di legalità è il rispetto della prerogativa istituzionale della Commissione, cui i Trattati - e i Regg. 1/2003 e 139/2004 - hanno affidato il compito di garantire la concorrenza nel mercato interno e, a tal fine, l'onere di svolgere le valutazioni economiche necessarie. Conseguentemente, in presenza di simili valutazioni, il controllo giurisdizionale si limita necessariamente "alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere"³⁹. Il giudice deve inoltre verificare d'ufficio se la Commissione abbia motivato la propria decisione, in particolare, se abbia spiegato la ponderazione e la valutazione che essa stessa ha effettuato degli elementi considerati⁴⁰.

³⁶ C. giust. UE, 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e a.*, non ancora pubblicata, punti 43-44.

³⁷ C. giust. CE, causa C-352/98P, cit.

³⁸ C. giust. UE, 25 marzo 1996, causa C-137/95 P, *SPO e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. I-1611; C. giust. CE, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval BV*, in *Racc.* 2005, p. I-987.

³⁹ C. giust. CE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited e. a. / Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-9291, punto 85.

⁴⁰ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-386/10 P, *Chalkor c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 61.

Tale limite non impedisce comunque al giudice di nominare esperti per comprendere le parti più tecniche del ragionamento economico seguito dalla Commissione nella decisione impugnata. Peraltro, una simile evenienza si verifica normalmente dinanzi al Tribunale, che è giudice del fatto, essendo l'appello alla C. giust. UE limitato alle sole questioni di diritto, ai sensi dell'art. 256 § 1, comma 2, TFUE⁴¹. Ciononostante, anche ove si debba decidere su una questione di diritto, ove essa comporti inevitabilmente l'esame accurato di circostanze fattuali, come la possibilità di considerare un rapporto tra una *holding* finanziaria e un'altra società come una forma di controllo societario, sarà sempre il Tribunale il solo competente a esaminare e qualificare tali circostanze⁴².

In ogni caso, la marginalità del controllo di legalità costituisce un limite indicativo, il cui significato è stato precisato progressivamente dalla giurisprudenza.

In tal senso, sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse venga riconosciuto alla Commissione un potere discrezionale, ciò non impedisce al Tribunale e alla Corte di controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Più precisamente, il giudice dell'Unione "è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono"⁴³.

In materia di concentrazioni, la Corte ha anche aggiunto che tale controllo è ancor più necessario, trattandosi di effet-

tuare "un'analisi prospettica imposta dall'esame di un progetto di concentrazione atto a produrre un effetto di conglomerato"⁴⁴.

Il controllo del giudice dell'Unione può dunque essere tutt'altro che marginale. Ciò è tanto più vero se si pone mente ad una recente giurisprudenza, secondo la quale il destinatario della Comunicazione degli addebiti non è tenuto a contestare i singoli elementi di fatto o di diritto delle violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE ascrittegli nel corso della fase amministrativa del procedimento, a pena di non poterlo più fare successivamente in sede giurisdizionale. La motivazione di una simile conclusione è che, se il riconoscimento esplicito o implicito di elementi di fatto o di diritto da parte di un'impresa durante la fase amministrativa del procedimento può costituire "un elemento di prova integrativo ai fini dell'esame della fondatezza di un ricorso giurisdizionale, esso non può limitare l'esercizio stesso del diritto di proporre ricorso dinanzi al Tribunale"⁴⁵.

Tuttavia, l'ammissione esplicita di talune circostanze nel procedimento amministrativo può, in linea di principio, limitarne le possibilità successive di contestazione in sede giurisdizionale⁴⁶. Tale precisazione si rivela particolarmente rilevante per le decisioni di transazione in caso di cartelli, previste all'art. 10-*bis*, Reg. 773/2004, poiché, in tale ipotesi, la transazione non è che una modalità procedurale per adottare una decisione di divieto ai sensi dell'art. 7, Reg. 1/2003, nella quale le imprese interessate fanno ammissioni sulla propria commissione dell'illecito anticoncorrenziale.

Il controllo di legittimità marginale può anche influenzare la definizione del livello di prova che la Commissione deve

⁴¹ Trib. CE, 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-4071; 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-4381.

⁴² C. giust. UE, 3 maggio 2012, causa C-289/11 P, *Legris Industries SA c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁴³ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-389/10 P, *KME Germany AG e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 121.

⁴⁴ C. giust. CE, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval BV*, in *Racc.* 2005, p. I-987, punto 39.

⁴⁵ C. giust. UE, 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. I-6375, punti 88-89.

⁴⁶ C. giust. CE, 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Ltd Co. e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-1181, punto 108.

raggiungere per dimostrare la sussistenza di una violazione del diritto *antitrust*⁴⁷.

Infine, le decisioni sugli impegni ai sensi dell'art. 9, Reg. 1/2003 danno luogo ad un altro esempio di controllo di legittimità marginale; in tale sede, il controllo di legittimità può essere limitato alla constatazione dell'errore manifesto di valutazione. E ciò in quanto spetta alla Commissione di decidere sull'idoneità degli impegni ad eliminare i problemi di concorrenza identificati dalla Commissione⁴⁸.

IV. CONTROLLO GIURISDIZIONALE DI MERITO

L'art. 262 TFUE prevede la possibilità di conferire in materia di concorrenza al Trib. UE e alla C. giustizia UE una competenza giurisdizionale anche di merito per le sanzioni in materia di diritto *antitrust*, previsione oggi corrispondente agli artt. 31, Reg. 1/2003 e 16, Reg. 139/2004. In entrambi i casi, si prevede che la Corte di giustizia possa sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora. Tale competenza si risolve nel potere del giudice di sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, di sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta, e ciò al di là del mero controllo di legittimità della sanzione⁴⁹. Il giudice può dunque riformare l'atto impugnato ma decidere di non doverlo annullare⁵⁰.

Occorre tuttavia precisare che, da un lato, l'esercizio della competenza estesa al merito non equivale a un controllo d'ufficio⁵¹, nel senso che spetterà sempre alla parte ricorrente fornire gli elementi di prova che giustifichino una riduzione della sanzione e, dall'altro, che tale potere è comunque circoscritto ai provvedimenti sanzionatori contenuti nella decisione im-

pugnata. Inoltre, la Corte ha precisato che la semplice presentazione di un ricorso giurisdizionale contro una decisione di condanna a un'ammenda non priva la Commissione del suo potere di infliggere sanzioni⁵². Al contrario, la Commissione è privata di tale potere una volta che il giudice abbia effettivamente esercitato la propria competenza giurisdizionale anche di merito⁵³. Pertanto, ove il giudice adito si sia limitato ad annullare la decisione impugnata perché illegittima, senza statuire né sulla sussistenza effettiva della violazione né sulla sanzione, la Commissione potrà riprendere il procedimento dal punto in cui si è verificata l'illegittimità accertata ed esercitare il proprio potere di infliggere sanzioni. A sua volta, la riduzione dell'ammenda o della penalità di mora non è necessariamente legata ad un annullamento parziale della decisione impugnata.

Un esempio dell'esercizio del potere di controllo di merito sulle sanzioni pecuniarie risiede nel potere del giudice di valutare anche il modo in cui, nella decisione impugnata, la Commissione ha esaminato e ritenuto come provata la gravità e la durata della condotta illecita⁵⁴.

V. TUTELA CAUTELARE

Il TFUE prevede all'art. 278 che il ricorso non sospende gli effetti dell'atto impugnato, salvo un apposito provvedimento del giudice adito. A sua volta, l'art. 279 TFUE stabilisce che il giudice adito può adottare tutti i provvedimenti cautelari del caso, anche misure diverse dalla semplice sospensione degli effetti dell'atto impugnato.

Tre sono i presupposti per poter accogliere l'istanza di un provvedimento cau-

⁴⁷ C. giust. CE, 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann e. a. c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-4951, punto 18.

⁴⁸ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, non ancora pubblicata, punto 66.

⁴⁹ C. giust. UE, causa C-389/10 P, *KME Germany AG e a. c. Commissione*, cit., punti 130-132.

⁵⁰ C. giust. CE, 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Danone c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. I-1331, punti 61-62.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ C. giust. CE, 15 ottobre 2002, cause riunite C-238, C-244, C-245, C-247, da C-250 a C-252, 254/99P, *L.V.M. e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8375, punto 693.

⁵⁴ C. giust. UE, 29 giugno 2012, causa T-360/12, *E.ON Ruhrgas AG e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

telare. Oltre al *fumus boni juris* e al *periculum in mora*, di natura sostanziale, il presupposto di natura processuale è il proporre contestualmente un ricorso contro l'atto o la carenza dell'Istituzione, ricorso al quale l'istanza di provvedimento cautelare è connessa, anche se va proposta comunque con atto separato dal ricorso introduttivo del giudizio principale. L'eventuale decisione di accoglimento con cui si sospende l'efficacia dell'atto impugnato non può comunque pregiudicare i punti controversi né anticipare le statuzioni relative alla causa principale⁵⁵.

Quanto al rapporto tra ricorso principale e misure cautelari, normalmente la questione della ricevibilità del ricorso principale non può essere esaminata nella procedura relativa alle misure cautelari, poiché una tale valutazione potrebbe pregiudicare la decisione del ricorso principale. Tuttavia, se una parte solleva un'eccezione di manifesta irricevibilità del ricorso principale, nel procedimento relativo alle misure cautelari il giudice deve accertare se sussistano circostanze in grado di dimostrare *prima facie* la ricevibilità del ricorso principale, pena la irricevibilità anche dell'istanza relativa alle misure cautelari⁵⁶.

Quanto al presupposto del *periculum*, è sufficiente che il pericolo incombente sul richiedente sia prevedibile con un grado sufficiente di probabilità.

Il giudice valuta i presupposti del *fumus* e del *periculum* secondo l'ordine che preferisce⁵⁷, e procede ad una ponderazione degli interessi sottostanti ad ognuna delle pretese fatte valere dalle parti.

Oltre alla sospensione degli effetti dell'atto impugnato⁵⁸, il Presidente del Tribunale o della Corte può anche emettere un provvedimento positivo con cui è possibile ingiungere alla Commissione di compiere tutti gli atti conservativi necessari⁵⁹.

In particolare, in relazione al *periculum in mora*, nel caso di sanzioni pecuniarie, per costante giurisprudenza, i rapporti aventi contenuto patrimoniale non sono considerati suscettibili di subire un pregiudizio irreparabile, salvo il caso in cui l'applicazione di una sanzione pecuniaria possa arrecare un danno irreversibile all'attività dell'impresa o alla sua posizione sul mercato⁶⁰.

Infine, in merito alla dimostrazione del *fumus boni juris*, la richiesta di una misura cautelare contro una decisione contenente delle valutazioni economiche complesse non fa transitare in sede cautelare la natura marginale del controllo giurisdizionale di legittimità, normalmente connessa a tali valutazioni. In altri termini, qualora la Commissione abbia adottato una decisione fondata su valutazioni economiche complesse, il richiedente non deve fornire una solida dimostrazione sull'esistenza del *fumus*, basata sulla prova di gravi errori di valutazione. Una simile trasposizione dell'onere probatorio del richiedente al campo delle misure cautelari rischierebbe di ridurre in modo eccessivo "la tutela giurisdizionale interinale" e limiterebbe "l'ampio potere discrezionale di cui deve disporre il giudice del procedimento sommario per esercitare le competenze che gli sono affidate"⁶¹.

⁵⁵ C. giust. CE, 19 luglio 1995, causa C-149/95 P(R), *Commissione c. Atlantic Container Line e a.*, in *Racc.* 1995, p. I-2165, punto 22.

⁵⁶ C. giust. CE, 13 luglio 1988, causa 160/88 R, *Fedesa c. Consiglio*, in *Racc.* 1988, p. 4121, punti 22-23; 27 giugno 1991, causa 117/91R, *Jean Marc Bosman c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. 3353, punti 6-7; Trib. CE, 11 aprile 2003, causa T-392/02R, *Solvay Pharmaceuticals c. Consiglio*, in *Racc.* 2003, p. II-1825, punto 53.

⁵⁷ C. giust. CE, *Atlantic Container Line*, cit., punto 23.

⁵⁸ C. giust. CE, 11 maggio 1989, cause riunite 76, 77 e 91/89R, *Radio Telefis Eireann e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1989, p. I-1141. A norma dell'art. 278 TFUE la sospensione può ugualmente

riguardare l'esecuzione della sentenza della del Tribunale e l'esecuzione di una sentenza della sentenza della stessa Corte, sulla base dell'art. 299 § 4 TFUE.

⁵⁹ C. giust. CE, 16 marzo 1974, cause riunite 160 e 161/73R, *Miles Druce & Co. Ltd. c. Commissione*, in *Racc.* 1974, p. 281.

⁶⁰ Trib. CE, 3 maggio 1997, causa T-6/97R, *Comafrika e Dole c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-291; 22 dicembre 2004, causa T-201/04 R, *Microsoft Corp. c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-4463, punto 435.

⁶¹ C. giust. CE, 11 aprile 2002, causa C-481/01P (R), *NDC Health GmbH & Co. KG e NDC Health Corporation c. Commissione e IMS Health Inc.*, in *Racc.* 2002, p. I-3401, punto 58.

VI. COMPETENZA DEL GIUDICE NAZIONALE IN SEDE DI RINVIO PREGIUDIZIALE

Il rinvio pregiudiziale è disciplinato all'art. 267 TFUE non come un rimedio giurisdizionale ad esclusiva disponibilità delle parti, ma come uno strumento che consente alla Corte di giustizia e, in futuro, anche al Tribunale (art. 256 § 3, TFUE), di chiarire un dubbio interpretativo su una norma dell'Unione, oppure di dichiarare una disposizione di diritto derivato invalida, su richiesta del giudice nazionale il quale si trovi nella situazione di dover applicare quella norma o quella disposizione per risolvere la controversia di cui è stato investito. Nel rinvio pregiudiziale di validità, tale situazione non si presenta solo nel caso in cui il giudice nazionale sia richiesto di giudicare della legittimità di un atto nazionale di applicazione della norma europea, ma anche in ogni altra ipotesi in cui, per emettere la propria pronuncia, il giudice nazionale debba conoscere in via incidentale della validità di una disposizione europea.

In un contesto di applicazione decentrata e di *private enforcement* del diritto europeo *antitrust*, il rinvio pregiudiziale emerge in tutta la sua importanza come strumento di nomofilachia. Se la più stretta cooperazione tra Commissione e giudici nazionali introdotta dall'art. 15, Reg. 1/2003 facilita già una coerente e uniforme applicazione delle regole europee, il giudice nazionale conserva sempre il diritto di adire la Corte di un rinvio pregiudiziale (v. art. 16 § 1, Reg. 1/2003).

Il rinvio pregiudiziale consente dunque ai giudici nazionali degli Stati membri di esercitare il loro ruolo di giudici di «diritto ordinario» dell'ordinamento giuridico dell'Unione, una funzione che è strumentale alla piena efficacia del diritto *antitrust*, posto che la Commissione può controllarne l'esercizio mediante lo stru-

mento della procedura d'infrazione di cui all'art. 258 TFUE. Anche i singoli lesi da una violazione dell'obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale, previsto come tale per le giurisdizioni di ultima istanza dal comma 3 dell'art. 267 TFUE, possono far valere, nei confronti dello Stato membro, il principio della responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto europeo, come espressamente riconosciuto dalla C. giustizia UE⁶².

Ciò non toglie al rinvio pregiudiziale la sua natura di procedimento incidentale nell'ambito del giudizio principale pendente dinanzi al giudice nazionale, il quale rimane *dominus* di tale giudizio, potendo anche disporre il ritiro della questione pregiudiziale⁶³, purché ciò non osti all'effetto utile del diritto europeo della concorrenza⁶⁴.

Venendo al concreto funzionamento del rinvio pregiudiziale, al fine di poter validamente sollevare una questione pregiudiziale, il giudice nazionale deve essere una "giurisdizione" di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tale nozione corrisponde ad un concetto autonomo del diritto dell'Unione, indipendente dalle qualificazioni giuridiche nazionali. Così, ad esempio, la Corte ha accettato di valutare se un'Autorità *antitrust* possa essere considerata come una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE, concludendo però negativamente, a fronte della possibilità per la Commissione di far venir meno la competenza di tale Autorità a seguito della decisione di avviare una procedura *ex art. 11 § 6*, Reg. 1/2003. Secondo la Corte, a fronte di un simile potere nelle mani della Commissione, il procedimento iniziato dinanzi ad una Autorità *antitrust* non avrebbe potuto portare all'adozione di una decisione giurisdizionale⁶⁵.

Quanto al rinvio pregiudiziale di validità, la Corte ha dichiarato l'impossibilità

⁶² C. giust. UE, parere 1/09, 8 marzo 2011, non ancora pubblicato, punti 80 ss.

⁶³ C. giust. CE, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.* 1978, p. 630, punto 10.

⁶⁴ Arg. *ex C. giust. UE*, 29 marzo 2012, causa C-417/10, *3M Italia SpA*, non ancora pubblicata, punto 46.

⁶⁵ C. giust. CE, 31 maggio 2005, causa C-

53/03, *Syfait e a.*, in *Racc.* 2005, p. I-4609, punti 29 e ss., in particolare 35-36. per delle considerazioni simili v. C. giust. CE, 14 giugno 2007, causa C-246/05, *Häupl*, in *Racc.* 2007, p. I-4673; cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano presentate il 7 aprile 2005, in cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04, C-194/04, *ABNA e a.*, in *Racc.* 2005, p. I-10423.

di pronunciarsi su una questione pregiudiziale riguardante la validità di un atto di diritto derivato, nel caso di mancata tempestiva proposizione contro tale atto di un ricorso in annullamento, alla proposizione del quale il soggetto che ha chiesto al giudice nazionale di sollevare la questione pregiudiziale sia legittimato «*senza alcun dubbio*»⁶⁶. Pertanto, qualora un soggetto possa senza alcun dubbio chiedere l'annullamento di un atto proveniente da un'Istituzione dell'UE, come, ad esempio, una decisione della Commissione europea a lui diretta, la mancata proposizione di un ricorso in annullamento gli preclude una successiva contestazione della validità dello stesso atto mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale. Tuttavia, tale preclusione non opera nei confronti del giudice che disponga il rinvio pregiudiziale d'ufficio⁶⁷.

In sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione, sebbene la Corte non sia competente a interpretare il diritto nazionale⁸, essa può statuire sul significato di una norma dell'Unione, quando il giudice nazionale debba applicare disposizioni nazionali di rinvio a disposizioni dell'Unione⁹, oppure disposizioni nazionali «modellate» su disposizioni dell'Unione⁷⁰. Ciò può essere il caso delle disposizioni della l. 287/90, relative alle fattispecie oggetto del divieto di intese e di abuso di posizione dominante, le quali sono modellate appunto sugli artt. 101 e 102 TFUE⁷¹.

Va ancora ricordato che l'applicazione del diritto della concorrenza comporta sempre l'analisi di fatti legati a circostanze economiche, per cui un'accurata

descrizione da parte del giudice nazionale del contesto normativo e fattuale di una specifica controversia è indispensabile affinché la Corte possa pronunciarsi su una questione pregiudiziale in una maniera utile al giudice nazionale. Conseguentemente, il giudice del rinvio deve comunque specificare il contesto fattuale e giuridico cui le questioni pregiudiziali si riferiscono, pena una sentenza dichiarativa del non luogo a provvedere⁷². In assenza di tali precisazioni, è infatti impossibile per le Istituzioni e per gli Stati membri depositare osservazioni nel procedimento ai sensi dell'art. 23 § 2 dello Statuto della Corte e, più in generale, la pronuncia della Corte non è in alcun modo utile al giudice nazionale⁷³. Pertanto, come precisato dalla Corte, da un lato, è necessario che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dall'altro, la decisione di rinvio deve indicare i motivi precisi che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione della norma europea ed a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte. In tale contesto, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui alla causa principale⁷⁴.

Quanto alla scelta di adire o non la Corte di un rinvio pregiudiziale, il giudice

⁶⁶ C. giust. CE, 9 marzo 1994, causa C-188/92, *Textilwerke Deggendorf (TWD) c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Racc.* 1994, p. I-833, punto 24; C. giust. CE, 17 novembre 1998, causa C-70/97P, *Kruidvat BVBA c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-7183, punto 49.

⁶⁷ C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze e. a.*, in *Racc.* 2006, p. I-289, punti 72-74.

⁶⁸ C. giust. UE, 17 gennaio 2013, causa C-23/12, *Zakaria*, non ancora pubblicata, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁹ C. giust. CE, 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi c. État belge*, in *Racc.* 1990, p. I-3763; C. giust. CE, 8 novembre 1990,

causa C-231/89, *Gmurzynska c. Oberfinanzdirektion*, in *Racc.* 1990, p. I-4003.

⁷⁰ C. giust. CE, 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur - Bloem*, in *Racc.* 1997, p. I-4161.

⁷¹ C. giust. CE, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *Ente tabacchi italiani*, in *Racc.* 2007, p. I-10893, punti 21 ss., punto 24.

⁷² C. giust. CE, 26 gennaio 1993, cause riunite C-320-322/90, *Telemarsicabruzzo e a. c. Circostel e a.*, in *Racc.* 1993, p. I-393.

⁷³ C. giust. CE, 11 febbraio 2004, cause riunite C-438 - C-439/03, C-509/03 e C-2/04, *Cannito e a.*, in *Racc.* 2004, p. I-1605, punto 6.

⁷⁴ C. giust. UE, 25 febbraio 2010, causa C-55/08, *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, in *Racc.* 2010, p. I-22, punto 14.

nazionale è tenuto a non seguire la giurisprudenza delle giurisdizioni nazionali superiori ove essa sia contraria al diritto dell'Unione europea⁷⁵.

GIACOMO GATTINARA*

Bibliografia

G.L. TOSATO - L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004; A. TIZZANO-S. FORTUNATO, «La tutela dei diritti», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto*

privato dell'Unione europea, Torino, 2006, pp. 1271-1329; K. LENAERTS - D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, 2006; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2009; I. VAN BAELE, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Kluwer Law International, 2011; D.P. DOMENICUCCI - I. TACCANI, «Commento all'art. 263 TFUE», in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Simone, 2012; B. WÄGENBAUR, *Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, C. H. Beck - Hart - Nomos, 2013.

⁷⁵ C. giust. UE, 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*, non ancora pubblicata, punto 71.

* Commissione europea (servizio giuridico) -

Le opinioni espresse sono esclusivamente all'Autore e non possono essere in alcun modo ricondotte all'Istituzione di appartenenza.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Private enforcement of Antitrust Law in Russia

Summary: **I. KEY FEATURES OF RUSSIAN COMPETITION LAW: HISTORY, SOURCES, PUBLIC ENFORCEMENT: STRUCTURE OF THE FAS AND TYPES OF FAS DECISIONS.** – 1. Competition law in modern Russia. – 2. Russian regulator - the Federal Antimonopoly Service. – 3. Powers of the FAS. – 3.1. Administrative Proceedings. – 3.2. Legal Effect and Challenge of FAS Decisions. – 3.3. New Tools: Notices and Warnings. – **II. HISTORICAL LEGISLATIVE DEVELOPMENT OF PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN RUSSIA.** – **III. TYPES OF PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS AND AVAILABLE REMEDIES.** – 1. Claim for damages and the “pass-on defense”. – 2. Claim for unjust enrichment. – 3. Claim to compel performance by the other party. – 4. Claim for injunctive relief. – 5. Miscellaneous. – **IV. PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS: JURISDICTION AND ARBITRABILITY.** – 1. General note on the Russian judicial system. – 2. Arbitrazh (Commercial) Courts. – 3. General Jurisdiction Courts. – **V. LIMITATION PERIODS FOR PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS.** – **VI. PUBLIC ENFORCEMENT VS. PRIVATE ENFORCEMENT: FOLLOW-ON AND STAND-ALONE ACTIONS, PARTICIPATION OF COMPETITION AUTHORITIES.** – 1. Follow-on actions under Russian law. – 2. Standalone actions under Russian law. – 3. Conflict of actions. – 4. Liability issues. – 5. Participation of the FAS. – 6. Statistics on Russian private and public enforcement. – **VII. FUTURE POSSIBLE TRENDS: CLASS ACTIONS, LEGAL FEES, ETC.** – 1. Class actions. – 2. Legal Fees. – 3. Competition Road Map.

I. KEY FEATURES OF RUSSIAN COMPETITION LAW: HISTORY, SOURCES, PUBLIC ENFORCEMENT: STRUCTURE OF THE FAS AND TYPES OF FAS DECISIONS

1. *Competition law in modern Russia.* – The very first Russian competition statute – the Law of the Russian Soviet Federative Socialist Republic «On Competition and Restriction of Monopolistic Activities in Markets of Goods» – was adopted on March 22, 1991, just a few months before the dissolution of the Soviet Union in December 1991 (the «1991 Competition Law»).

Fifteen years later – in 2006 – the Russian State Duma passed the Federal Law «On the Protection of Competition» which entered into force in October 2006 (the «Russian Competition Law»). Since then, the Russian Competition Law has been amended several times. The most recent change occurred in 2011 when the Duma approved the so-called «Third Antitrust Package» introducing more detailed provisions on inadmissible agreements, concerted actions and monopolistic prices.

For a number of years the main goal of Russian antitrust authorities was the harmonization of Russian competition law with EU legislation. The head of the Federal Antimonopoly Service Igor Artemyev emphasized in a number of interviews that Russia would continue its efforts to bring its competition laws and enforcement practices in line with the best practices of the world’s most reputable regulators.

According to Article 1.1 of the Russian Competition Law, the objectives of the law are «to ensure the integrity of the economic territory, free movement of goods, freedom of economic activity in the Russian Federation, protection of competition and creation of conditions for the efficient functioning of commodity markets».

The Russian Competition Law generally prohibits *i*) abuse of a dominant position, *ii*) anti-competitive agreements (cartels, certain «vertical» agreements, etc.), *iii*) concerted actions, *iv*) unfair competition, *v*) decisions/resolutions and actions (or omissions to act) by state and municipal bodies, state non-budget funds and the Central Bank which restrict competition¹.

The Russian Competition Law is also the key statute in the area of merger control in Russia. It establishes triggering

¹ Art. 10, 11, 14, 15 and 16 of the Russian Competition Law. Translation of the Russian Competi-

tion Law is available at the FAS web site, URL: http://en.fas.gov.ru/legislation/legislation_50915.html.

events and asset/revenue thresholds for the acquirer and the target company in Chapter 7 filings, and determines the filing procedure. Currently the scope of Russian merger control covers transactions relating to:

- assets of Russian financial organizations;
- fixed production and/or intangible assets located in Russia; and
- voting shares/interests in, or rights in respect of, *i*) Russian companies and non-profit organizations, or *ii*) foreign persons (organizations) whose supply of goods into Russia exceeded one billion Rubles in the year preceding the date of the transaction, or other transaction which is subject to state control.

Competition law is regarded as a «matter of federal jurisdiction». The constituent entities (regions) of the Russian Federation cannot adopt local competition laws, and there is no parallel regional system of enforcement.

2. Russian regulator - the Federal Antimonopoly Service. – The Federal Antimonopoly Service («FAS») oversees compliance with competition law in Russia. The FAS (directly or through its regional departments) clears mergers and acquisitions that trigger the relevant thresholds and combats cartels and unfair competition practices. The FAS is also in charge of a foreign strategic investment clearance, where it acts as the first-stage approval body before an investor's application goes to the Government Commission for Foreign Investments in the Russian Federation. In addition, the FAS is the authorized body responsible for oversight of state procurement, retail trade, advertising, and natural monopolies.

The FAS reports directly to the Government of Russia. The head of the FAS (Director) and his/her deputies are appointed by the Government. The Director is solely responsible for the running of the FAS.

The FAS has several divisions for dif-

ferent industry sectors including financial markets, electricity, transport and communications, energy, etc. The Director and his/her deputies each supervise work of several FAS divisions.

In addition, the FAS has a total of 83 departments in all regions of Russia which conduct market analysis and investigations, monitor compliance with laws relating to competition, state procurement, advertising, natural monopolies and retail trade and clear certain mergers and acquisitions. According to the FAS², in 2012 about 98% of the FAS decisions were issued by the FAS regional departments. Each FAS division and regional department has its own head appointed by the Director of the FAS. There is no set internal structure for regional FAS departments, but the total number of employees that can be hired is approved by the central FAS department. Usually regional FAS departments have a similar structure to that of the central FAS department (head-deputies-heads of divisions).

Since 2004, Igor Artemyev holds the office of the Director. Mr. Artemyev is highly respected in the business community for his professional experience.

According to FAS reports³, the total headcount of the FAS (including regional departments) is around 3000 people.

3. Powers of the FAS. – The jurisdiction of the FAS is established by Chapter 6 of the Russian Competition Law.

As a national competition body, the FAS can investigate violations of competition law, impose fines and bring court claims to obtain orders preventing violation of competition laws.

In 2009, the powers of the FAS were significantly extended after detailed provisions on antitrust investigations were introduced into the Russian Competition Law⁴. The FAS is now able to conduct unscheduled inspections, search premises and seize documents.

The FAS is authorized to issue decisions and directives (*predpisanie*) within

² Main Results of work in 2012 - presentation by I. Artemyev, available at the FAS web site, URL: http://fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30895.html, p. 8.

³ See FAS web site, URL: <http://fas.gov.ru/about/overview/>.

⁴ Chapter 6 of the Russian Competition Law.

the scope of its jurisdiction. This authority is exercised by FAS commissions, which decide competition law violation cases. The commission will issue decisions and directives in internal administrative proceedings relating to competition law violations which are regulated by Chapter 9 of the Russian Competition Law (see *infra* § 1.3.1 for more details).

Although the jurisdictions of the central FAS and its regional departments are distinct, the central FAS department can take the lead in investigations initiated by regional departments.

The FAS is not allowed to initiate criminal proceedings against the officers of companies involved in cartels or other violations of competition law. Currently, the FAS is lobbying for amendments to the relevant laws to obligate enforcement bodies (such as the Ministry of Interior Affairs and Investigation Committee) to initiate criminal proceedings based on FAS decisions.

3.1. Administrative Proceedings. – Grounds on which the FAS may initiate administrative proceedings include: discovery of evidence of violation of competition law, information provided by state bodies and mass media or evidence obtained from inspections. The limitation period is 3 years from the date of violation (or the end of violation if the violation continued for a period of time).

The FAS may initiate administrative proceedings and issue decisions or directives at the request of a party who believes that its rights have been infringed by a violation of competition law by another party. In such a case, the FAS's decision or directive may not only establish the fact of a violation, but also oblige the party responsible to undertake certain actions aimed at remedying the infringement of rights. Under such circumstances the FAS will constitute an out-of-court (administrative) venue for private enforcement.

In each particular case, the FAS forms a commission consisting of at least three

FAS employees. The FAS Director, his/her deputies or the head of a FAS subdivision serves as chair of the commission.

Proceedings brought by the FAS are similar to court proceedings – the alleged infringer, as well as the party or parties who submitted information on the alleged violation, actively participate in the proceedings. The commission reviews the materials submitted by the parties, hears witnesses and experts, and can decide to consolidate or split different cases.

The commission has to take final decision within 3 months from the commencement of the proceedings. In exceptional cases this term can be extended to 6 months.

3.2. Legal Effect and Challenge of FAS Decisions. – If the FAS commission finds that a violation of competition law has occurred⁵, it issues a decision and a directive ordering the particular person to perform certain actions.

The FAS commission is also entitled to initiate a formal administrative proceeding and impose administrative fines as envisaged by the Russian Code of Administrative Offences. Other sanctions (such as disqualification of an officer of a company) can only be imposed by the court. If the FAS believes that there are grounds for disqualification, it submits its documentation relating to the proceedings to the court.

Decisions and directives of the FAS can be challenged in the state arbitrazh (commercial) court⁶ within three months of the date of issue. There is no administrative procedure to challenge FAS decisions and directives.

3.3. New Tools: Notices and Warnings. – Since 2011, the FAS is also able to issue notices and warnings to prevent violation of competition laws⁷.

Notices. Pursuant to Article 39¹ of the Russian Competition Law: a 'notice' is «a written notice issued by the FAS to a company that holds dominant position in the

⁵ Art. 39(5) of the Russian Competition Law.

⁶ See Section 4 for details of the Russian judicial system and types of courts.

⁷ Art. 25.7 and 39.1 of the Russian Competition Law.

market to stop certain inadmissible activities (such as economically unjustified refusal to enter into a contract or inclusion of unfavorable provisions into a contract with a counterparty). Notices are not issued in cases of monopolistic pricing or other types of abuse of a dominant position» and in cases of other violations of competition law by entities which have no dominant position.

The FAS is not allowed to initiate administrative proceedings in respect of the abovementioned inadmissible activities before it has issued a notice to the infringer and the period for voluntary cure of the breach as indicated in the notice has expired.

The form and procedure for issuance of notices was approved by FAS Order No. 874 dated December 14, 2011.

Warnings. Pursuant to Article 25¹ of the Russian Competition Law: a 'warning' is «a written notice issued by the FAS to a company's officer for the purposes of preventing violation of competition law where, based on an officer's public statement or announcement as to the company's planned actions in a commodity market, the FAS believes that such planned actions may lead to a violation of competition law, but there are as yet no grounds for initiation of formal administrative proceedings».

The form and procedure for issuance of warnings was approved by FAS Order No. 873 dated December 14, 2011.

Notices and warnings can be issued by authorized FAS officers individually (i.e. without creation of a commission). Though not expressly mentioned in the Russian Competition Law, such notices and warnings can be appealed in the state arbitration (commercial) court⁸ within three months of the date of issue based on the general rule of Article 198 of the Arbitrazh (Commercial) Procedural Code of Russia as any other act of a state body.

In the last few years, the FAS has become increasingly active in enforcing the Russian Competition Law. The FAS reports that in 2012 it issued 8,173 decisions for violations of competition law⁹. The total amount of fines it imposed on companies exceeded 280m EUR. In 2012, the FAS issued 1,423 notices and 73 warnings¹⁰ and plans to use these new instruments more actively in 2013.

II. HISTORICAL LEGISLATIVE DEVELOPMENT OF PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN RUSSIA

The concept of private enforcement existed in Russian competition law from the very beginning. Under Article 22 of the 1991 Competition Law, a company that violated competition law was liable for damages resulting from the breach. Part 2 of Article 22 of 1991 Competition Law suggested that such damages should be determined by the court.

In 1995, the 1991 Competition Law was amended and a following special provision on private enforcement was introduced into Article 26 of the 1991 Competition Law: «If the actions (or failure to act) of a business entity in violation of competition law results in losses to another business entity or other person, such losses shall be compensated by the wrongdoer following the rules of the civil legislation.»

However, in 2002 this paragraph was excluded from Article 26 of the 1991 Competition Law¹¹. It may well be that the lawmakers thought there was no need for a special provision on private enforcement in the competition law because Article 22.1 of 1991 Competition Law contained a blanket provision that companies would bear civil, administrative or criminal liability for violation of competition law.

In one of the first private enforcement cases – *NefiGazPostavka v. Gazprom* – the

⁸ See Section 4 for details of the Russian judicial system and types of courts.

⁹ Main Results of work in 2012 - presentation by I. Artemyev, available at the FAS web site, URL: http://fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30895.html, p. 7.

¹⁰ Main Results of work in 2012 - presentation by I. Artemyev, available at the FAS web site, URL: http://fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30895.html, p. 5.

¹¹ Federal Law No. 122-FZ of October 9, 2002.

court upheld the claim of NeftGaz-Postavka against Russian gas giant Gazprom and its affiliates, who caused losses to NeftGazPostavka by abusing their dominant position in the market, by reference to the general provisions of Russian Civil Code on damages and torts¹².

In particular, the court referred to Article 15 of the Russian Civil Code that allows a person whose rights are violated to claim damages, and Article 1064 of the Russian Civil Code that requires a person who causes harm to another person to pay damages.

Similar to the 1991 Competition Law, Article 37 of the new Russian Competition Law adopted in 2006 contained a blanket provision that companies shall be liable for violations of competition law as envisaged under Russian legislation.

In 2011, as a part of Third Antitrust Package, Article 37 of the Competition Law was supplemented with part 3 which reads as follows¹³: «Persons whose rights and interests are violated as a result of a breach of competition law, shall have the right to bring claims in the courts following the procedure established by law, including claims for the restoration of violated rights, compensation of losses, including lost profits, and compensation for harm caused to property.»

As one can see, in addition to claims for damages the Third Antitrust Package listed other types of claims that can be

brought by a private claimant. Notably, this list does not include claims for unjust enrichment, which are often brought by companies but not always upheld by the courts¹⁴.

III. TYPES OF PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS AND AVAILABLE REMEDIES

Article 37 of the Russian Competition Law quoted above lists types of claims that a private claimant can bring before the court: «(...) including claims for the restoration of violated rights, compensation of losses, including lost profits, and compensation for harm caused to property». The law uses the term «including» (in Russian «v tom chisle»), which should be interpreted as «including but not limited to». Experts agree that private enforcement can include other types of civil claims based on the general rules of the Civil Code, specifically, Articles 10(1), 11 and 12¹⁵.

Here we will briefly cover the main types of private enforcement actions.

1. *Claim for damages and the “pass-on defense”*. – As with other types of civil claims, in a claim for damages the burden of proof rests on the claimant. The claimant has to prove *i*) a violation of competition law¹⁶, *ii*) the existence and quantum of losses incurred and *iii*) a causal relationship¹⁷. The claimant can use any method for the calculation of

¹² See decision of the Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court No. KG-A40/6610-01 of November 29, 2001.

¹³ Based on «Garant» translation available at URL: <http://base.garant.ru/3835911/>. Free of charge translation is also available at the FAS web site, URL: http://en.fas.gov.ru/legislation/legislation_50915.html.

¹⁴ See also Section 3.4. below.

¹⁵ Art. 12 of the Russian Civil Code provides for the following: «The civil rights shall be protected by way of: – the recognition of the right; – the restoration of the state of affairs, which existed before the given right was violated, and the suppression of the actions that violate the right or create the threat of its violation; – the recognition of the disputed deal as invalid and the implementation of the consequences of its invalidity, and the implementation of the consequences of the invalidity of an insignificant deal; – the recognition as invalid of an act of the state body or of the local

self-government body; – the self-defence of the right; – the ruling on the execution of the duty in kind; – the compensation of the losses; – the exaction of the forfeit; – the compensation of the moral damage; – the termination or the amendment of the legal relationship; – the non-application by the court of an act of the state body or of the local self-government body, contradicting the law; – using the other law-stipulated methods». Translation by Garant, URL: <http://base.garant.ru/3812516/>.

¹⁶ Unless there is already a court decision to that effect or an undisputed decision of FAS. See also Section 6.1. below regarding follow-on actions.

¹⁷ Rudomino V., Numerova A. Civil claims in antitrust laws: theory and practice in Russia // Corporate Lawyer 2010, No. 5. p. 50; Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurenzii»: Problems of private enforcement. February 3, 2012. p. 1. URL: <http://www.competitionssupport.com/news/detail.php?ID=422>.

damages as there is no specified approach. Note here that Article 37 of the Russian Competition Law expressly includes losses caused to property and lost profit.

Experts believe that high standards of proof in relation to losses are significantly impeding the development of private enforcement in Russia¹⁸. In a number of cases claims have been dismissed because the claimants were not able to provide sufficient evidence of a causal relationship between the defendant's actions and losses incurred by the claimant, as well as the quantum of those losses¹⁹.

Claims for damages resulting from violation of competition law are viewed by the courts as independent of other means of protecting a party's rights under the contract or rules applicable to the relevant transaction. For instance, in *Kompaniya «Stal» v. Russian Railways* the Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court²⁰ found that the claim for reimbursement of losses filed by the claimant in connection with a violation by Russian Railways of competition laws was not associated with the transportation and service contract executed between the parties, and the dispute resolution procedure specified under the transportation contracts should not be applied.

The so called «pass-on defense» – i.e. the argument by a defendant that the plaintiff has (or could have) transferred the losses to its customer and thus did not incur any losses – is not widely used in Russian court practice. According to some experts, a literal interpretation of the Russian Civil Code would in theory al-

low any person that can provide evidence that they have incurred losses as a result of an antimonopoly law violation (regardless whether such person is a direct, intermediate or ultimate customer) to claim damages²¹.

The courts appear to be applying the relevant provisions reasonably and accepting the 'pass-on defense' under relevant circumstances. For example, in *ProdImport v. the Ministry of Economic Development and the Ministry of Industry and Trade* the arbitrazh (commercial) courts at each instance dismissed the claim on the basis that the claimant had not incurred any losses because all losses had been passed onto the claimant's customers²².

2. *Claim for unjust enrichment.* – Claims for unjust enrichment are common in the context of a transaction alleged to be null and void where the claimant seeks reimbursement of goods and funds transferred to the counterparty. In particular, under Russian law a transaction which does not comply with relevant legal requirements is deemed null, which makes any transaction executed in violation of the Russian Competition Law automatically null and void by operation of law, save for transactions which the Competition Law directly describes as voidable transactions²³.

The Plenum of the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court in its decision «On Certain Issues Arising In Connection With Application Of Antimonopoly Laws By Arbitrazh (Commercial) Courts» No. 30 dated June 30, 2008 (hereinafter, the

¹⁸ Kulik Y. Results: Civil Claims - the way to sustainable practice // *Vedomosti* of November 28, 2010.

¹⁹ E.g., see Supreme Arbitrazh (Commercial) Court ruling No. VAS-6360/12 dated June 13, 2012. See also Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurenzii»: Problems of private enforcement, p. 9.

²⁰ Decision No. A40-2196/11-50-19 dated October 3, 2011.

²¹ For more details see Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurenzii»: Problems of private enforcement, p. 3.

²² Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A40-33070/11-105-305 dated

February 9, 2012, as further sustained by the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court ruling No. VAS-6360/12 dated June 13, 2012.

²³ Art. 34 (2) of the Russian Competition Law: «Transactions, other actions stated in Articles 28 and 29 of this Federal Law, which were exercised without preliminary consent of the antimonopoly body are recognized invalid at the antimonopoly body's claim if these transactions or other actions led or can lead to restriction of competition, including such as in the result of emerging or strengthening of the dominant position». See, for example, Povolzhsky Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A65-25267/2010 dated November 29, 2011.

«Plenum Decision») also noted that both the courts and the FAS can recognize abuse of a dominant position and antimonopoly law violations where the actions or omissions in question are not expressly specified in the relevant provisions of the Russian Competition Law, provided that the courts or the FAS find that such actions or omissions impose unreasonable restrictions or conditions on other market players²⁴. Therefore, a claim for unjust enrichment can be raised in the context of a 'null and void' action even where the alleged violation of competition law is not expressly specified in the Russian Competition Law.

However, the court practice with respect to claims for unjust enrichment is not straightforward. For instance, in *Voskresensk Mineral Fertilizers v. Apatit*, the court analyzed a claim for unjust enrichment out of a null and void contract entered into between the parties where Apatit, acting as supplier, abused its dominant position and violated Article 10 of the Russian Competition Law²⁵. The claim for unjust enrichment was initially denied at several instances, but was finally upheld by a decision of the 9th Arbitrazh (Commercial) Appellate Court²⁶ and the claimant was awarded reimbursement of the amounts paid for the supplied goods in excess of average market prices.

3. *Claim to compel performance by the other party.* – There are many instances of claims for the termination or amendment of contracts concluded under circumstances where the counterparty is abusing a dominant position, as well as claims to compel a counterparty to enter into a contract where it has unlawfully refused to do so.

The actions relating to a counterparty's refusal to enter into a contract are more common in practice. Such claims are viewed as legitimate by courts provided

that the relevant counterparty is legally bound to enter into the relevant agreement pursuant to the Civil Code, other provision of law, or on account of a voluntarily-accepted obligation. The Civil Code in particular obliges the relevant vendors to enter into so called «public» agreements²⁷ and bank account agreements²⁸. The Russian Competition Law prohibits unreasonable refusal to enter into agreement by the dominant market players²⁹; similar provisions can be found in the Federal Law «On Natural Monopolies» and some other laws. Accordingly, courts dismiss such claims where no legal obligation is imposed on the defendant to enter into an agreement with the claimant³⁰.

4. *Claim for injunctive relief.* – Often, claimants seek to restrain a counterparty from engaging in unlawful behavior. Such claims can sometimes be raised without a claim for damages. However, in such cases the claimant must first establish that there has been a violation of competition law. If the court finds that the defendant has violated competition law or abused its rights in a way which has (or may have) resulted in a restriction of competition, the court may order an injunctive relief.

This type of claim is common against dominant market players and natural monopolies, as well as against utility providers, where customers do not have and cannot choose alternative utility providers.

5. *Miscellaneous.* – «Null and void» actions, as described above, also make up a large proportion of private enforcement actions. They quite often arise out of commercial contracts between legal entities, as well as in situations where a customer seeks the cancellation of certain burdensome provisions unlawfully imposed by

²⁴ Paragraph 2 of item 4 of the Plenum Decision.

²⁵ In particular, Part 1(6) of Art. 10: «fixing different prices (tariffs) of the same commodity which is not substantiated economically, technologically or in some other way, if not otherwise established by the federal laws».

²⁶ Decision No. 09AP-10029/2009-GK of July 29, 2009.

²⁷ Art. 426 of the Civil Code.

²⁸ Art. 846(2) of the Civil Code.

²⁹ Item 5 of Art. 10(1).

³⁰ Moscow City Court ruling No. 11-20382/2012 dated October 12, 2012.

the other contracting party, e.g., by a bank or an insurance company³¹.

Further, under Article 12 of the Russian Civil Code a person whose rights are violated can claim for the restoration of the state of affairs that existed before the violation³². Restoration claims are generally rarely used. However, they have been widely employed lately in connection with the implementation of the state procurement legislation, where, for example, interested parties can use such restoration claims to restore their rights to participate in an auction or a bidding process from which they have been unlawfully excluded³³.

Although Russian law provides for a number of other private remedies for infringement of rights associated with violation of antimonopoly laws, the court practice available shows that these are rarely used.

For instance, the Russian Civil Code (Article 10(2)) provides that a party seeking enforcement with the aim of infringing another party's right and/or abusing its rights or dominant position and/or acting so as to restrict competition shall be refused protection in court. However, the courts do not appear to apply this rule widely in private enforcement actions³⁴.

Although under Russian law a variety of actions are available to a person whose rights have allegedly been infringed by a competition law violation, court practice shows that it is sometimes the unwise choice of remedy by the claimant that impedes private enforcement³⁵.

³¹ For example, see Moscow City Court ruling No. 33-2725 dated February 14, 2012.

³² Such claims are similar in nature to the claims for injunctive relief but are more broad in nature, as they are aimed not only at preventing unlawful behavior by the other party, but also at actual restoration of the stand of affairs as before such unlawful behavior.

³³ The Supreme Arbitrazh (Commercial) Court ruling No. VAS-2224/13 dated March 5, 2013; The Supreme Arbitrazh (Commercial) Court ruling No. VAS-11539/11 dated November 18, 2011.

³⁴ Presidium of the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court in its decision No. 2123/12 dated July 1, 2012 noted that the courts of first and appellate instances should find a balance between

IV. PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS: JURISDICTION AND ARBITRABILITY

1. *General note on the Russian judicial system.* – The Russian judicial system includes:

- the Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional courts of constituent entities of the Russian Federation;

- the Supreme Court of the Russian Federation, supreme courts of the republics, provincial and regional courts, courts of cities of federal status, courts of the autonomous regions and autonomous circuits, district courts, military and specialized courts and justices of the peace who are judges of general jurisdiction of the constituent entities of the Russian Federation (collectively, the «general jurisdiction courts»)³⁶; and

- the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of the Russian Federation, federal arbitrazh (commercial) courts of circuits (arbitrazh (commercial) cassation courts), arbitrazh (commercial) appellate courts and arbitrazh (commercial) courts of constituent entities of the Russian Federation (collectively, the «state arbitrazh (commercial) courts») that have exclusive jurisdiction over cases arising out of commercial or economic activity.

Depending on the nature of the claim and type of claimant, private enforcement actions may fall into the jurisdiction of either the federal arbitrazh (commercial) courts or the general jurisdiction courts³⁷, with court procedure regulated by the Civil Procedure Code or the Arbitrazh

the freedom of contract and the abuse of rights, and take into account competition law principles. See also Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurenzii»: Problems of private enforcement, p. 9.

³⁵ For example, the claimants may choose to challenge the relevant FAS decision that has denied a violation instead of protecting their rights by means of claim for damages (see appellate ruling of the Moscow City Court No. 11-31281 dated December 18, 2012).

³⁶ See general information available at the web site of the Supreme Court of the Russian Federation. URL: <http://www.vrsf.ru>.

³⁷ See also citation of Art. 37(3) of the Russian Competition Law in Section 2 above.

(Commercial) Procedure Code respectively.

2. *Arbitrazh (Commercial) Courts.* – According to the Russian Arbitrazh (Commercial) Procedure Code (Art. 27)³⁸:

– «1. The scope of competence of commercial courts includes economic disputes and other cases related to the exercise of entrepreneurial and other economic activities.

– 2. Commercial courts settle economic disputes and consider other cases with the participation of organizations which are legal entities, of individuals, engaged in entrepreneurial activities without forming a legal entity and having the status of an individual entrepreneur obtained in the manner established by laws (hereinafter referred to as “individual entrepreneurs”), and in the instances provided for by this Code and other federal laws, with the participation of the Russian Federation, the constituent units of the Russian Federation, municipal formations, state bodies, local government bodies, other bodies, state officials, formations which do not have the status of a legal entity, and individuals which do not have the status of an individual entrepreneur (hereinafter referred to as “organizations and individuals”). (...)».

Therefore, should the private enforcement claim be brought by a person or an entity engaged in commercial activity, such a claim should be brought to the relevant first-instance arbitrazh (commercial) court, i.e. arbitrazh (commercial) court of the constituent entity of the Russian Federation at the defendant’s location.

³⁸ Translation into English is available at the web site of the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of the Russian Federation, URL: http://www.arbitr.ru/law/perevod_apk/.

³⁹ Such ambivalence can be also illustrated by the following two cases, which did not address the choice of dispute resolution venue as such but gave consideration to the applicability of contracts to the parties’ respective claims in each case. In *Kompaniya «Stal» v. Russian Railways* case the Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court (decision No. A40-2196/11-50-19 dated October 3, 2011) found that the claim for reimbursement of damages was not associated with the transportation and service contract between the parties. In another case, *Chelyabinsk Chemical*

It is still not clear whether a contractual dispute resolution clause can or should have precedence in the choice of arbitration court by the claimant in a private enforcement action. Generally, the question of whether a party has violated antimonopoly law should fall within the public law sphere and not be covered by any contractual arrangements, but the parties may structure the dispute resolution clause quite broadly so that it covers any lawsuits between them relating to the contract. Therefore, the question of whether the claim relates to the contractual arrangements or to a competition law violation³⁹ must be determined on a case-by-case basis.

3. *General Jurisdiction Courts.* – Notwithstanding the above, Russian legislation does not prevent any other person or organization that does not engage in commercial activities to initiate private enforcement action based on the general rules of the Civil Code and the Russian Competition Law⁴⁰, if that person or organization believes that their rights and interests have been violated as the result of a breach of competition law by a third party. In such cases, private enforcement action should be brought in the relevant general jurisdiction court⁴¹.

For example, private enforcement actions handled by the general jurisdiction court include claims by customers against vendors who have abused their rights and imposed unreasonable obligations on them.

However, to date this choice of venue appears to be rare for private enforce-

Plant «Oksid» v. Russian Railways, claim for unjust enrichment out of a similar violation by Russian Railways was viewed by the Ural Circuit Arbitrazh (Commercial) Court as associated with the transportation and service contract between the parties (decision No. F09-835/13 dated February 25, 2013).

⁴⁰ See citation of Art. 37(3) of the Russian Competition Law in Section 2 and footnote 9 above.

⁴¹ In accordance with the Civil Procedure Code (Art. 23, 24), Justices of Peace have competence over monetary claims valued less than RUB 50,000, otherwise a claim should be filed with a district court.

ment claims. This is quite natural, as persons and organizations that do not have contractual relations with the party which is in breach of competition law are unlikely to realize that their rights and interests have been negatively affected by the unlawful behavior of a particular third party. Moreover, the jurisdiction of the general jurisdiction courts does not contemplate that such courts have substantial expertise in economic disputes associated with competition law violations, which normally require analysis of complex financial and legal issues.

Restrictions imposed by the Russian legislation on class actions (as discussed in Section 7.1 below) make it unlikely that customers or other groups not engaged in commercial activities will be pursuing their rights by way of private enforcement actions where the general jurisdiction courts would become more actively involved.

Another issue is that the publicly available information on civil lawsuits decided by the courts of general jurisdiction is scarce and not very well organized.

V. LIMITATION PERIODS FOR PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS

The limitation period depends on the type of particular private enforcement action.

The general limitation period under the Russian Civil Code is three years from the date when the interested party learned, or should have learned, that its rights had been violated (Art. 169, 200), unless specific rules apply. This limitation period would apply to, *inter alia*, claims for damages.

Specific rules apply, for instance, to null and voidable transactions. The Russian Civil Code distinguishes between null and voidable transactions: whereas a null transaction is null *ab initio* and does not require any court decision to be deemed as such, a voidable transaction can be challenged by an interested party in court and declared invalid by a decision of the relevant court (Art. 166 of the Civil Code).

The Civil Code provides an exhaustive list of circumstances in which a transaction is deemed null *ab initio* and when a transaction can be challenged in court as a voidable transaction. Furthermore, a claim in connection with a voidable transaction may be only filed by persons expressly specified by the Civil Code, while a claim seeking nullification of an invalid transaction may be filed by any interested person, and the court itself has the right to apply for such nullification on its own initiative.

The limitation periods for claims in connection with null and voidable transaction are different. According to the Civil Code (Art. 181)⁴²:

– «1. The time limit of the statute of limitations for a claim for applying the consequences of the invalidity of a transaction deemed null is three years. The period of limitations for such a claim is counted from the day on which the performance of the transaction commenced.

– 2. The time limit of the statute of limitations for a claim for declaring a voidable transaction invalid and for the application of consequences of the invalidity thereof is one year. The period of limitations for such a claim is counted from the day of termination of the violence or duress under the influence of which the transaction has been concluded (Item 1 of Article 179) or from the day when the plaintiff learned or should have learned about other circumstances deemed a ground for declaring the transaction invalid».

Typically, claims in connection with null and voidable transactions are associated with claims for unjust enrichment.

VI. PUBLIC ENFORCEMENT VS. PRIVATE ENFORCEMENT: FOLLOW-ON AND STANDALONE ACTIONS, PARTICIPATION OF COMPETITION AUTHORITIES

Russian legislation allows for both follow-on and standalone actions.

1. *Follow-on actions under Russian law.* – Most cases studied for the purposes of the present analysis were so

⁴² Translation by «Garant», URL: <http://base.garant.ru/3812516/>.

called 'follow-on' actions, where claimants acted on the basis of administrative decisions of the FAS or court decisions that established a violation of competition law by the defendant.

While it is always beneficial to a private claimant to litigate on the basis of a legally valid court decision or undisputed FAS decision, certain specifics should be noted:

– Based on the available court practice, it appears that for a follow-on action to be successful it is very important that the relevant FAS decision and/or court ruling on the violation of competition law should refer not only in general terms to unlawful actions or omissions by the relevant party, but explicitly state that the party has caused a breach of antimonopoly legislation and specify the details of the breach⁴³;

– If the court/FAS decision does not specifically name the claimant as a party whose rights have been infringed by the violation, the claimant must provide sufficient evidence of the infringement of its rights and, if applicable, of losses caused⁴⁴;

– At the same time, in a number of cases the higher arbitrazh (commercial) courts ruled that a violation of antimonopoly law *per se* (as established by a court/FAS decision), will automatically be deemed to be a tort, with the legal consequences that entails⁴⁵. Therefore, the claimant must bring sufficient evidence for a tort claim in case the relevant court/FAS decision only establishes a fact of competition law violation;

– The Russian courts are generally not

bound by precedent⁴⁶. For example, a decision in connection with the similar violation would not have a binding effect on subsequent claims, including if committed by the same defendant, but in relation to another claimant⁴⁷. In the absence of guidance issued by the Plenums of the higher courts, this can lead to controversial and inconsistent application of the law in similar cases.

2. *Standalone actions under Russian law.* – There are no restrictions on standalone actions under Russian law. The Plenum Decision (item 20) expressly states that the choice of venue in which to bring a claim is at the sole discretion of the claimant, who may initiate either administrative (public) enforcement via the FAS or private enforcement in court, or even both procedures simultaneously. However, to date standalone actions have made up a relatively smaller proportion of private enforcement claims in Russia.

Such claims are usually of a dual nature – first, a claim to establish a violation of competition law and secondly a claim for a particular remedy, e.g., a claim for damages, unjust enrichment, injunction, or restoration of violated rights, etc., as the case may be. This imposes an additional burden on the claimant, who would need to prove the violation of competition law without the benefit of the expertise of the FAS, and may need to engage an independent professional expert to give evidence in the proceedings in support of the claim⁴⁸.

For example, *Voskresensk Mineral Fertilizers v. Apatit* mentioned in Section 3.4.

⁴³ See in particular decision of the Moscow Arbitrazh (Commercial) Court No. A40-29415/11-153-220 dated July 18, 2011.

⁴⁴ Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A40-2196/11-50-19 dated October 3, 2011.

⁴⁵ Kulik Y. Results: Civil Claims - the way to sustainable practice // *Vedomosti* of November 28, 2010. See also Supreme Arbitrazh (Commercial) Court ruling No. VAS-6205/12 dated May 31, 2012 and Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A40-121970/11-23-1037 dated August 30, 2012.

⁴⁶ Other than decisions by Plenums of the higher courts on interpretation of law and final

decisions that are material to the case being decided.

⁴⁷ In *ProdImport v. the Ministry of Economic Development and the Ministry of Industry and Trade* (Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A40-2196/11-50-19 dated October 3, 2011) the claimant referred to the decision in a similar lawsuit brought by GPK Rubezh against the same defendants. The court ruled that this other decision should have no prejudicial effect.

⁴⁸ Kulik Y. Civil remedies available in case of violation of competition laws: claim for damages // *Konkurenziya i Pravo*, No. 3, May-June 2011, p. 38.

above was a standalone action⁴⁹ where the court came to the conclusion that there was indeed an abuse of a dominant position by Apatit acting as supplier and that Apatit had been unjustly enriched. In another case – *Baltika v. Russky Solod*⁵⁰ – the court, on the contrary, dismissed the claim even though a violation of competition laws was established by the FAS.

Interestingly, we have seen that the FAS may sometimes be unwilling to support a standalone claim. In the same case of *Voskresensk Mineral Fertilizers v. Apatit*, the FAS did not uphold the claim on the basis that the claimant had not filed any complaint on the matter with the FAS prior to filing the lawsuit, and the arrangement in question had not been declared by the FAS as violating competition law⁵¹.

3. *Conflict of actions.* – Issues may arise from the simultaneous pursuit of administrative proceedings by the FAS and court proceedings initiated by a private claimant and/or public authority.

(i) *Conflict of court proceedings.* – The Arbitrazh (Commercial) Procedure Court (Art. 130(9)) enables the court to suspend proceedings if it finds that there is another court proceeding associated with the relevant claim and that the claim cannot be decided before the other proceedings have been determined. There are, however, no priority rules with respect to such conflicting proceedings. Therefore, should there be court proceedings relating to the administrative liability imposed on a party by the FAS, and a separate

claim by a private claimant based on the same alleged violation of competition law, either of these proceedings may be suspended by court. Some experts believe that it would be more efficient to suspend proceedings relating to the administrative liability, as the question of the violation would be analyzed by the court in the private action and is material to the outcome of such proceedings⁵². In practice, however, it is more likely that the private enforcement proceedings would be suspended in such cases, and not the administrative proceedings brought by the FAS⁵³.

(ii) *Conflicts in relation to limitation periods.* – In the Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision⁵⁴ in *VUMN v. Tatneft*, a claim for damages was dismissed as a result of the expiry of the limitation period. The limitation period was calculated by the court starting from the date when the violation of competition law by Tatneft took place, and not from the date of the formal court decision which recognized the violation. Given this approach by the courts, it would be in the best interests of a claimant to initiate a private enforcement action as soon as it has found that its rights have been infringed, even though such private enforcement action could then be suspended by the court until the public enforcement proceedings are determined.

4. *Liability issues.* – Another problematic issue relates to the various forms of liability which can be imposed on a person who has violated competition law.

⁴⁹ Although the claimant referred to another case where Apatit was found to be abusing its dominant position against other market players, this was not accepted by the court, as the subject matter of the other case was the supply of goods over a different time period and, hence, in different market conditions.

⁵⁰ North-Western Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A56-32803/2009 dated April 12, 2010.

⁵¹ *Voskresensk Mineral Fertilizers v. Apatit* case, 9th Arbitrazh (Commercial) Appellate Court decision No. 09AP-10029/2009-GK of July 29, 2009.

⁵² The Russian Competition Law (Art. 48(5)) envisages that administrative proceedings by FAS

should be ceased in case a court decision comes into effect, which finally decided on the fact of violation of absence of violation of competition laws. See Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurenzii»: Problems of private enforcement, p. 7.

⁵³ See, e.g., Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A40-12966/10-72 dated December 20, 2011. It appears that the courts follow a broad interpretation of recommendations set out in the Plenum Decision (item 20) that suggests that the courts should suspend proceedings until final decision by FAS.

⁵⁴ Decision No. KG-A40/8152-11 dated August 8, 2011.

Generally, the following types of liability may be applicable⁵⁵:

- tortious liability to other market participants arising in connection with private enforcement actions;
- administrative liability in the form of fixed-sum fine;
- administrative liability in the form of a turnover-based fine;
- administrative liability in the form of compliance with the decisions and directives of the FAS⁵⁶.

In this respect the wording of Art. 48(5) of the Russian Competition Law is unfortunate. It suggests that the FAS should terminate its administrative proceedings in respect of a violation of competition law where a final judgment has already been given on the question of whether that violation did or did not occur. Thus, a literal interpretation suggests that the FAS is not authorized to impose any liability on a person where it has already been established by a court that a violation has taken place. This appears to be an omission by the legislator and could lead to unequal treatment of persons that have been found to be in violation of competition laws by the FAS as opposed to by court in a private action⁵⁷.

Under such circumstances, the court reviewing the private enforcement claim is not authorized to raise the issue of administrative liability in the same proceedings in the absence of a prior FAS decision on liability⁵⁸. Moreover, cases arising out of administrative proceedings initiated by the FAS are subject to the exclusive jurisdiction of the state arbitration courts and cannot be handled by the courts of general jurisdiction⁵⁹.

Another issue here is that the Russian Constitutional Court in one case reviewed

legislation that makes it lawful to simultaneously impose both fixed-sum fines and turnover-based fines⁶⁰. In the same case, the Constitutional Court also elaborated on the nature of turnover-based fines and came to a conclusion that such fines are a justified compensatory measure aimed at balancing private and public interests. This interpretation concerns some experts⁶¹, who note that the compensatory measures in public enforcement actions in the form of turnover-based fines may conflict and overlap with the compensatory measures in private enforcement actions, and on a large scale this could lead to excessive punishment of the infringer.

The lack of certainty on questions of liability under Russian competition law may be further illustrated by the questionable court decision in *Baltika v. Russky Solod*⁶². Despite that the fact of violation of competition law had already been established by the FAS, the court dismissed the claim for damages on the ground that the defendant had already incurred liability for the violation in the form of turnover-based fine and no tortious liability should apply.

5. *Participation of the FAS.* – The right of the FAS to participate in court proceedings associated with antimonopoly law violations is envisaged by Art. 23 of the Russian Competition Law. There is, however, no mandatory requirement for the FAS to participate in a court proceeding arising out of a private enforcement action. The FAS may be involved as a third party in a case on the initiative of either the parties or the court. There is also a view that FAS participation is more important in standalone actions, and is unnecessary in follow-on actions⁶³.

According to the Plenum Decision

⁵⁵ Note that Russian law does not envisage criminal liability for legal entities. Criminal liability may be applied to officers of a company that violated competition laws. Accordingly, administrative liability in form of disqualification is only applicable to natural persons.

⁵⁶ Art. 37(2) of the Russian Competition Law.

⁵⁷ Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurencii»: Problems of private enforcement, p. 8.

⁵⁸ Art. 28.1 (1.2) of the Russian Code of Administrative Offences.

⁵⁹ Art. 23.1(3) of the Russian Code of Administrative Offences.

⁶⁰ Decision No. 11-P dated June 24, 2009.

⁶¹ Report of NP «Sodeistvie Razvitiyu Konkurencii»: Problems of private enforcement, p. 10.

⁶² 13th Appellate Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A56-32803/2009 dated April 12, 2010.

⁶³ Kulik Y. Civil remedies available in case of violation of competition laws: claim for damages // *Konkurenciya i Pravo*, No. 3, May-June 2011, p. 39.

(item 21), when handling lawsuits associated with alleged violation of competition law, the arbitrazh (commercial) courts should notify the FAS and ensure that it is given the opportunity to participate in the proceedings. The role of the FAS within the proceedings should be considered by the court based on the nature of the dispute in each particular case.

It should be noted that in some cases court decisions were overruled by the higher courts due to the fact that the FAS was not informed of the proceedings and was unable to participate⁶⁴.

6. *Statistics on Russian private and public enforcement.* – Public enforcement

citizens. According to the FAS Report on competition in 2011⁶⁵, 57% of the total 11,276 administrative proceedings by the FAS in 2011 were initiated on the basis of such private complaints.

The statistics available for the general jurisdiction courts do not specify the number of cases associated with competition law violations. The statistics for arbitrazh (commercial) courts provide information on the number of cases heard with the FAS's participation, however no official data is available on the number of private enforcement cases or the number of such cases heard without the FAS's participation. As at the end of the first half of 2012⁶⁶:

The total number of claims heard in the arbitrazh (commercial) courts of the first instance with participation of the FAS	4,464 (1,592 upheld)
including:	
– challenging decisions and other acts issued by FAS	4,241 (1,520 upheld)
– challenging results of an auction or bidding	63 (13 upheld)
– contracts alleged to be null and void	11 (6 upheld)
– claims to compel the counterparty to enter into agreement	3 (1 upheld)
– claims to compel compliance with decisions and directives by FAS	5 (3 upheld)
– imposing a turnover-based fine (brought by FAS)	2 (2 upheld)
– claims to amend or terminate an agreement	0

appears to be the principal venue for competition law violation cases. This is also due to the proactive role of the FAS, which has significantly extended its powers and capacity in the recent years.

At the same time, there is a developing trend that a large number of investigations by the FAS are initiated on the basis of notifications of unlawful behavior submitted by market participants and regular

VII. FUTURE POSSIBLE TRENDS: CLASS ACTIONS, LEGAL FEES, ETC.

1. *Class actions.* – Currently, there is no legal basis for class actions arising out of competition law violations in Russia. As opposed to joint liability issues regulated by Art. 1080 of the Russian Civil Code, joint actions by claimants remain poorly regulated.

⁶⁴ Moscow Circuit Arbitrazh (Commercial) Court decision No. KG-A40/745-11 dated February 21, 2011.

⁶⁵ Available at URL: http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30065.html. See pages 125-126.

⁶⁶ Available at URL: http://www.arbitr.ru/_up-

img/B5A9B397977F5884A5D7B04070A8D03C_2.pdf. Based on the data available in the legal databases of «Konsultant Plus» we were able to identify around 10 cases arising out of private enforcement actions heard by courts in 2012, however, such data can only be used as indicative and cannot be relied on same as on the official statistics.

Russian law doctrine distinguishes between public-sphere claims to protect the rights of an unidentified group of persons on the one hand, and private claims to protect rights of multiple persons whose rights have been infringed on the other. Unlike in some other jurisdictions, the combination of two approaches in one case is not possible, therefore, public enforcement is always separate from private enforcement.

Like in many countries with the continental system, a private claim under Russian law is admissible if it is aimed at protection of an individual right of the claimant, which breach must be proven by the claimant. In circumstances where multiple persons claim infringement of their rights by the same unlawful act of a third party, Russian courts handle such claims individually, as in each case they need to establish whether the infringement of the individual right has occurred and what negative consequences have arisen for the particular claimant.

(i) *Claims to protect rights of an identified group.* – Russian law envisages that, in cases governed by federal law, a civil lawsuit may be initiated by a person acting for the benefit of another person, unidentified group of persons, the state, its constituent entities (regions), or municipalities⁶⁷.

Few legal concepts available for protection of rights of an unidentified group of persons that are based on the above provision have certain deficiencies that restrict their use for enforcement actions in the area of competition law:

– Russian law allows for claims aimed at the protection of an unidentified group of persons to be made by the state prosecutor officer (*prokuror*). Such claims lie within public sphere and do not trigger consequences of private enforcement. The law expressly states that state prosecutor officers are exempt from the duty of bringing evidence of the infringement of individuals' rights when bringing a lawsuit for the benefit of an unidentified

group of persons⁶⁸. Court decisions with respect to claims raised by the state prosecutor officer may be used further by interested parties (e.g., customers), who would need to initiate individual follow-on actions on their own initiative and, like in other follow-on actions, in each case provide sufficient evidence that their rights have indeed been infringed by the violation that was the subject matter of the state prosecutor officer's claim⁶⁹;

– The Federal Law «On Protection of Customers' Rights» (Art. 46) provides that certain customer protection organizations have the right to bring lawsuits aimed at the protection of customers' rights. However, the court in such a case would similarly not be awarding private remedies to the affected customers. Subject to the court's decision, a party that was found liable for violation of the rights of an unidentified group of customers may be obliged to notify the general public of the court's decision via the mass media, which might lead to customers filing further private claims;

– The Russian Competition Law (Art. 23(6)) envisages the right of the FAS to bring claims to the arbitrazh (commercial) courts to prevent competition law violations. Interestingly, the Plenum Decision (item 6) noted that the Russian Competition Law (Art. 23(1) item 2(i)) envisages the right of the FAS to issue a directive (*predpisanie*) on termination or alteration of an agreement executed in violation of competition law, and if the FAS establishes that the same party has entered into agreements with similar unlawful provisions with other counterparties, the FAS may, even in the absence of requests from such counterparties, oblige it to contact them and offer to terminate or alter the relevant agreements. This can be viewed as a form of substitute for class actions, but commencement of such a claim and the issuance of relevant directives remains solely the prerogative of the FAS.

(ii) *Group claims under Russian law.* – While both the Civil Procedure Code⁷⁰

⁶⁷ Art. 4(3) of the Civil Procedure Code.

⁶⁸ Art. 131(3) of the Civil Procedure Code.

⁶⁹ The Supreme Court decision No. 86-Vpr11-4 dated September 20, 2011.

⁷⁰ Art. 40.

and the Arbitrazh (Commercial) Procedure Code⁷¹ envisage the possibility of joint actions, they impose the following criteria for such joint actions to be considered by the courts:

- the subject matter of the dispute relates to common rights and (or) duties of several plaintiffs;
- the rights and (or) duties of plaintiffs have the same legal grounds; and
- the subject matter of the dispute relates to rights and duties of the same legal nature.

Additionally, it is required that each of the plaintiffs appears in the proceedings independently, though participants in a joint action may entrust one or several participants of the joint action to represent them. Thus, it is not envisaged that a person or entity which would not itself qualify as a plaintiff (e.g., an industry association or non-governmental organization) could bring such joint private enforcement action.

Chapter 28.2 of the Arbitrazh (Commercial) Procedure Code, which regulates cases relating to the protection of rights of groups of people, is not helpful in this regard either. Its rules apply only to claims that arise out of a single legal relationship with multiple parties, and the identities of all of the parties must be established prior to the commencement of the hearing of the claim and within the time period set by court. Clearly, in cases where multiple persons' rights have been infringed by a competition law violation, the requirement of the single and common legal relationship would not be met

⁷¹ Art. 46.

⁷² The 9th Appellate Arbitrazh (Commercial) Court decision No. 09AP-22376/2010 dated September 9, 2010.

⁷³ Kulik Y. Civil remedies available in case of violation of competition laws: claim for damages // *Konkurenziya i Pravo*, No. 3, May-June 2011, p. 44; Maleshin D. Russian model of group claim // *Vestnik of the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court*, 4/2010, p. 79, 81: available at: <http://www.law.msu.ru/file/13423/download/13423>; Abolonin G.O. Group claims. Moscow: Wolters Kluwer, 2011, p. 99.

⁷⁴ See the Constitutional Court decision No. 1-P dated January 23, 2007. It should be noted that position of the state arbitrazh (commercial) courts on the matter is sometimes different from

and accordingly tort cases cannot be dealt with under this procedure⁷².

The deficiencies of Russian law with regards to class actions have been raised by scholars and practitioners in the sphere of competition law on multiple occasions⁷³.

2. *Legal Fees*. – Generally, the amount of legal fees is subject to the freedom of contract and may be negotiated by the parties to the legal services agreement. Legal fees can be charged in the form of a flat fee, fixed fee for each hearing or based on hourly rates.

The concept of success fee is still questionable under Russian law. The available court practice, including that of the Russian Constitutional Court, does not always recognize the enforceability of success fee arrangements⁷⁴. Accordingly, lawyers are sometimes not willing to risk the full amount of the fees and prefer to divide the remuneration under the legal services contract into two parts: one part as fixed remuneration and the other part as success fee.

The successful party may claim compensation for legal fees (along with other costs associated with the proceedings⁷⁵) from the defeated party⁷⁶. Until recently courts have been quite reluctant to award large sums by way of compensation of legal fees, for example, where large law firms have billed hourly rates on a case and the resultant legal fees have been significant. Often, courts have exercised their right to reduce the amount awarded by way of compensation for legal fees as

the position of the general jurisdiction courts, compare 13th Appellate Arbitrazh (Commercial) Court decision No. A56-34010/2011 dated January 19, 2012 and Leningrad Oblast Court ruling No. 33-2948/2011 dated June 9, 2011. See also Art. 16 of the Professional Advocates Code of Ethics that does not recommend charging success fee other than in monetary claims.

⁷⁵ Art. 94 and 100 of the Civil Procedure Code. Similar provisions are envisaged by the Arbitrazh (Commercial) Procedure Code Art. 106 and 110.

⁷⁶ Art. 98(1) of the Civil Procedure Code and Art. 110(1) of the Arbitrazh (Commercial) Procedure Code: where the claim has been satisfied only partially, the legal fees and other costs would be awarded on pro rata basis to the initial value of the claim.

they found appropriate⁷⁷. Recently the trend has been for the state arbitrazh (commercial) courts to be more liberal in this respect, and less restrictive in awarding substantial amounts in compensation for legal fees.

In any event, for the court to award compensation for legal fees to the successful party, the relevant costs must have actually been paid by that party to its legal advisor.

3. *Competition Road Map*. – The FAS together with various governmental bodies and non-governmental organizations holds consultations, workshops and conferences aimed at further development of Russian competition law⁷⁸.

The recently adopted Road Map for Development of Competition and Improvement of Antimonopoly Policy⁷⁹ specifies among its priorities, *inter alia*,

measures to improve customer protections (item 7). It envisages that draft federal laws will be prepared by the FAS, the Ministry of Justice and the Ministry of Economic Development in 2013-2014, which cover the following areas:

- implementation of the ability to initiate joint actions (group claims) by a group of claimants, including legal entities;
- the ability to award multiple sets of damages for competition law violations and to distribute the damages recovered between the parties whose rights have been infringed by the relevant violation.

Therefore, it may be envisaged that the FAS will take the lead on further improving the competition protection regime in Russia and combating the deficiencies discussed above.

ROMAN DASHKO - ANASTASIA DERGACHEVA -
VALENTINA SEMENIKHINA

⁷⁷ Art. 100 of the Civil Procedure Code and Art. 110(2) of the Arbitrazh (Commercial) Procedure Code: «The expenses for the services of a representative, incurred by the party to whose benefit a judicial act is delivered, are recovered by the [commercial] court [at a written request of

such person] from the [defeated] party participating in the case, within reasonable limits».

⁷⁹ See the FAS report on competition advocacy in 2011-2012 available at URL: http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30072.html.

⁷⁹ Government Decree No. 2579-r dated December 28, 2012.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Private enforcement of Antitrust Law in Brasil

Summary: I. INTRODUCTION. – II. HISTORICAL BACKGROUND. – III. THE NEW BRAZILIAN COMPETITION LAW. – 1. Conducts. – 2. Mergers. – IV. CURRENT BRAZILIAN COMPETITION INSTITUTIONS. – 1. CADE. – 2. SEAE. – Secretariat for Economic Monitoring. – V. MOST SUBSTANTIAL CHANGES IN THE NEW BRAZILIAN COMPETITION SYSTEM. – 1. New Pre-Merger Analysis System. – 2. Agility, Legal Certainty and Economic Timing. – 3. New Criteria for Notification of Mergers and Acquisitions. – 4. New Criteria for Fines. – 5. Cartels, Leniency Agreements and Settlements. – VI. PRIVATE ACTIONS FOR DAMAGES (PRIVATE ENFORCEMENT). – VII. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION

Competition policy and legislation in Brazil are relatively young as the country's economy opened to free trade and free market only two decades ago.

Besides its youth, competition enforcement in Brazil has grown soundly, especially in the last decade or so, with new and effective investigative tools such as the leniency program, authorized dawn raids and wire-tapping.

Competition decision-making in Brazil has shown maturity also by sanctioning state-owned giants, long-standing cartels and huge and aggressive quasi-monopolists with record fines and other penalties.

CADE is struggling since 2002 to confirm its prerogatives in the banking and financial sectors against a Government decision¹ dated 2001 that deemed the Central Bank of Brazil, the financial and banking regulator, as responsible for scrutinizing conducts and reviewing transactions.

The Competition System in Brazil has very recently gone through a deep change as the merger review system shifted from a post-merger to a pre-merger one, bringing many challenges to the country's competition authorities as we point below.

In this work we will review the historical background of the creation of a Competition Law and Policy in Brazil, as well as the ancient and current institutions and specific legislation dealing with conducts and mergers and acquisitions.

Furthermore, we will analyze the approved new competition legislation for Brazil, which was effective May, 29th, 2012, with important changes in relation to the unification of institutions, new merger review mechanism, new criteria for submission of transactions and new criteria for imposing fines and other sanctions.

Finally, we offer a brief analysis of the status of private antitrust enforcement in Brazil and the enormous possibilities to increase such activity in the country.

II. HISTORICAL BACKGROUND

The history of competition law and policy in Brazil dates from 1962, when CADE – the Administrative Council for Economic Defense – was created through Law n. 4.137 as a consulting Government commission with powers only to present recommendations to the Executive branch as at that time the State controlled prices in most sectors, and many of the country's largest enterprises were either state owned or publicly sanctioned private monopolies.

Law n. 8.884/94 transformed CADE into an independent administrative tribunal with extensive new powers. Its decisions became final and appealable only to the judicial courts.

The promulgation of the new competition law in Brazil followed major economic changes brought by the 1988 Constitution and the "Real Plan" that created a new currency and implemented strict fiscal policies, as well as re-opened the economy through the elimination of in-

¹ Parecer AG.U. GM - 20, of April, 5th, 2001. Available at: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/>

ternational trade barriers and launched a broad privatization process.

All these economic adjustments carried intensive and progressive in-flow of foreign capital into the country what, among other reasons, culminated with many operations of mergers and acquisitions.

In order to perform competition and antitrust scrutiny, Law n. 8.884/94 also created two secretariats to help CADE: the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in the Ministry of Finance, responsible for instructing merger and acquisition cases and presenting recommendations to CADE; and the Secretariat of Economic Law in the Ministry of Justice, in charge of instructing conduct cases and presenting recommendations to CADE also.

This three-agency system was then called “The Brazilian Competition Policy System - BCPS”.

III. THE NEW BRAZILIAN COMPETITION LAW

1. *Conducts*. – The Brazilian Constitution provides unequivocal basis for competition policy. Article 173, paragraph 4 provides that “[t]he law shall repress the abuse of economic power that aims at the dominance of markets, the elimination of competition, and the arbitrary increase of profits”.

Article 170 ponders also that the “economic order” shall be “based on the appreciation of the value of human labor and on free enterprise”. It establishes that some principles must be respected, including “free competition”, “consumer protection”, “private property” and “social role of property”.

As a corollary of Constitutional provisions, Article 1 of the current Brazilian Competition Law (Law n. 12.529/11) states that the statute’s objective is to “set out antitrust measures in keeping with such constitutional principles as free enterprise and open competition, the social role of property, consumer protection, and restraint of abuses of economic power”.

Articles 36 and 88 of Law n. 12.529/11 are considered the most substantive provi-

sions of Brazil’s current competition law. Differently from the laws of many other Jurisdictions, that separately proscribe anticompetitive agreements and abusive conduct by single firms, Article 36 deals with all types of anticompetitive conduct. In turn, mergers, acquisitions, and similar transactions are addressed in Article 88.

Article 36 of the law provides that “any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed a violation of the economic order”.

The specified effects are (1) to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise; (2) to dominate/control a relevant market of a certain product or service; (3) to increase profits on a discretionary basis; and (4) to abuse dominance.

The article defines that the “market control/dominance” violation described in item (2) does not include control achieved by means of “competitive efficiency”. Another provisions states that market control is “presumed” when a company or group of companies holds a 20 per cent share, and vests CADE with authority to change the 20 per cent presumption with respect to specific sectors of the economy.

Article 36, § 3º presents an extensive but illustrative (*numerus apertus*) list of conducts that are considered unlawful if they produce the effects enumerated in the first part of Article 36. The listed practices include various kinds of horizontal and vertical agreements and unilateral abuses of market power. But, again, they are only examples of possible unlawful practices and do not exhaust the possible other conducts not listed.

With respect to horizontal agreements, the list covers collusion among competitors, including agreements to fix prices or terms of sale, divide markets, rig bids, and limit research and development. The listed vertical agreements include resale price restraints and other restrictions affecting sales to third parties (including limits on sales volumes and profit margins), as well as price discrimination and tying.

As to unilateral conducts, the list specifies various actions to exclude or difficult new entrants or existing rivals, including refusals to deal and limitations on access to inputs or distribution channels.

Other unilateral practices cited in Article 36, § 3° are those to impose unreasonable contractual terms or conditions, “bar the use of industrial or intellectual property”, “unreasonably sell products below cost”, discontinue production or other business activities without good cause, “affect third-party prices by deceitful means”, hoard or destroy raw materials and intermediate or finished goods (including agricultural products), “require or grant exclusivity in mass media advertisements”, impair the operation of manufacturing or distribution equipment, impose “abusive prices”, or “unreasonably increase the price of a product or service”.

2. *Mergers.* – Article 88 of Law n. 8.884 is the one applicable to mergers and its § 5° reads that:

Mergers and acquisitions that imply the elimination of competition in a substantial portion of the relevant market, or that may create or strengthen a dominant position or may result in the control of relevant market of goods or services shall be prohibited, except in exceptional conditions set forth in § 6° of this article.

Section 6° of Article 88 provides that a transaction submitted for review may be approved if it meets all four of the following conditions: “(1) It is intended to “increase productivity; improve quality of product or service; cause an increased efficiency or foster technological or economical development. (2) It generates benefits that are equitably allocated between the merging parties and consumers. (3) It does not eliminate ‘a substantial portion of the relevant market for a product or service’. (4) Its provisions are no more restrictive than necessary to obtain the beneficial effects”.

The current Horizontal Merger Guidelines state (paragraph 2) that “the rule of reason [is] the fundamental principle in

the review of mergers”, attributing this proposition to the statement of objectives set out in Article 1 of the Competition Law.

This language, along with that of Article 88 itself, could be construed to place the burden on the merging parties of showing that their transaction is economically beneficial.

In practice, however, CADE has not imposed such a requirement, intervening only when it concludes that, on balance, there would be a significant lessening of competition. Thus, Section 6° of Article 88 is considered to establish an efficiencies defense, to be applied only in the case of mergers that are otherwise deemed anticompetitive.

Such a provision is found in some form in the merger review systems of several countries, allowing the approval of otherwise anticompetitive mergers on the grounds of overriding national interest. To date, however, no merger or acquisition in Brazil has been approved under this provision.

Article 88 Section 3° also requires that transactions must not be consummated before clearance from CADE and empowers CADE to sanction the non-compliance with the requirement by imposing a fine of not less than BRL 60 thousand and up to 60 million (USD \$24,900 to USD \$24.9 million), besides annulment.

While most notifications submitted under Article 88 relate to mergers and acquisitions, some are for agreements involving distribution, franchising, licensing, joint ventures and private consortia.

The chapeau of Article 88 establishes special notification thresholds for mergers, stating that notification is mandatory when, cumulatively: “(i) at least one of the groups involved in the transaction had total turnover in the previous year of BRL 750 million (USD 375 million) within Brazil; (ii) at least another group involved in the transaction had total turnover in the previous year of BRL 75 million (USD 37,5 million) within Brazil.

² Competition Law and Policy in Brazil - A peer review. Inter-American Development Bank and Organization for Economic Co-operation and

Development. 2005. Accessible at: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>.

Transactions notified to CADE under Article 88 may be decided in three possible ways: unconditioned approval, approval with conditions, or denial.

IV. CURRENT BRAZILIAN COMPETITION INSTITUTIONS

1. *Cade*. – Law n. 12.529 deems CADE as “an independent federal agency”, associated with the Ministry of Justice for budgetary purposes (Art. 4). CADE’s role in competition law enforcement is to adjudicate alleged violation of the law and impose appropriate remedies and fines as well as make a final review and determination for mergers and acquisitions.

CADE is composed of: (i) the Administrative Tribunal of Economic Defense; (ii) the General Superintendence; and (iii) the Department of Economic Studies. The administrative tribunal consists of a President and six Commissioners appointed by the President of the Republic and approved by the National Senate for not renewable terms of 4 years (Art. 6). Appointees must be citizens of more than thirty years of age and “renown for their legal or economic knowledge” and “unblemished reputation”. They may be removed from office only after not appealable court decision for certain criminal or administrative offences specified by law (Art. 7). Members of CADE, while in office, may not undertake outside employment (except of an academic nature) or engage in political activities.

Law n. 12.529/11 also provides for an independent Chief Counsel for CADE who is appointed by the Minister of Justice, after consultation with the Attorney General of the Republic, and commissioned by the President of the Republic after Senatorial approval.

The Chief Counsel serves under the same conditions as applied to Commissioners with respect to qualifications, and removal (Art. 16). However, its term of office shall be of 2 years, with the possibility of one re-appointment.

The Chief Counsel’s statutory duties are to provide legal advice to CADE, render opinions on cases pending before CADE for judgment, defend the agency in

court, arrange for judicial execution of its decisions, and (with CADE’s preliminary approval) enter into settlements of cases pending in court (Art. 15).

From November, 2002 on a representative of the General Prosecutor’s Office also seats at CADE public hearings and handles cases submitted to CADE for review. CADE may request the General Prosecutor’s representative to enforce CADE decisions in court and take other judicial action in furtherance of the Prosecutor’s statutory duty to protect the economic order. A description of the Public Prosecutor’s role and relation to other Brazilian legal agencies appears below.

2. *SEAE - Secretariat for Economic Monitoring*. – The Secretariat for Economic Monitoring – SEAE is headed by a Secretary appointed (and dismissible) by the Minister of Finance and has three main responsibilities: (1) to perform certain competition advocacy functions under the competition law, (2) to provide economic analysis for economic regulatory programs (including analysis of prices), and (3) to monitor market conditions in Brazil.

V. MOST SUBSTANTIAL CHANGES IN THE NEW BRAZILIAN COMPETITION SYSTEM

On November 30th, 2011 Law n. 12.529 was enacted restructuring the Brazilian Competition Policy System (BCPS).

As seen above, by its provisions the current Administrative Council for Economic Defense (CADE), will be composed of two main bodies: one decision-making – the Competition Tribunal – and the other an instruction and recommendation one – the General Superintendence – in place to the former Secretariat of Economic Law (SDE) previously placed in the Ministry of Justice.

In addition to these structural changes, the new law redefines the functions of the Secretariat of Economic Monitoring of the Ministry of Finance (SEAE), focusing on the activities of “competition advocacy”, including within the public sector.

The “new CADE” and SEAE will form

then the new Brazilian Competition Policy System - BCPS.

The new Brazilian Competition Law is effective since May 29th, 2012.

1. *New Pre-Merger Analysis System.* – One of the main changes brought by the new law is the introduction of the pre-merger analysis system, in line with what most world leading antitrust Jurisdictions already do.

Previously (under past Law n. 8.884/94), transactions had to be notified to competition authorities up to 15 business days after its consummation (binding agreement).

The new legislation intends to avoid legal uncertainty and transactional costs associated with any decision by CADE to disinvest in a scenario where subsequent acts to the transaction were already accomplished and implemented.

It is natural that after a while, companies involved in a merger or acquisition seek economic advantage of synergies, making a separation of operationally complex business processes and routines.

Intuitively, it is also more difficult to reverse a merger or acquisition ever undertaken than to prevent that it initially exists, that is, when it is just a set of intentions and understandings.

Despite legislative changes in line with international best practices, there is a considerable gap between the written law and the reality of daily practice.

Thus, in a crucial moment of antitrust transition in the country, much has been debated over how to avoid that the new pre-merger analysis system implies significant delays in the implementation of operations.

2. *Agility, Legal Certainty and Economic Timing.* – There is reasonable consensus in the Brazilian antitrust community on the inefficiency and anachronism of maintaining a system with several different instances, involving multiplication of opinions and repetition of hearings and meetings.

With the new law, merger cases will initially be scrutinized only by the General Superintendence, which could ap-

prove them without consulting the Tribunal, except for the possibility of a callback of the case by any member of the Tribunal.

If there is no callback, the tribunal will only be triggered when the General Superintendent concludes that the operation generates or may generate harm to competition, and, therefore, requires some State intervention, situation in which the case will be sent to the Tribunal for final decision.

In the system of the new law, cases of potentially anticompetitive conduct will be analyzed preliminarily as “administrative investigations” (AIs), passing to a higher stage of “administrative processes” (APs) when evidences become more robust and deserve further analysis.

All APs must be reviewed by the Tribunal, even in the case that the Superintendent concludes that no company or individual involved in the investigations shall be sanctioned.

However, if an AI does not present sufficient evidence it will not go further to the next stage (the AP) and will be terminated.

Following the procedure in merger cases, any member of the Tribunal may question the termination of an IA and call it back for further analysis.

Another significant change introduced by the new law is related to the role of the Federal Prosecutor’s Office. Under the new system, the Federal Prosecutor’s Office opinion on merger and acquisition cases will no longer be mandatory. That, however, in our view, does not preclude its general participation in line with its institutional functions and prerogatives, including the protection of diffuse interests of society.

With respect to potentially anticompetitive conducts, the new law maintained an outstanding performance of the prosecutors regarding the investigations and the implementation of the leniency program.

Another important innovation was the creation of the Department of Economic Studies of CADE, serving both the Superintendence and the Tribunal. This legal innovation responds to the growing so-

phistication of antitrust economic analysis, often permeated by complex econometric opinions and studies.

The new law also strengthens the independence and autonomy of the members of the Tribunal and the General Superintendent. The terms of the President and Board members (Commissioners) of the Tribunal are extended from 2 to 4 years, removing the possibility of renewal. Commissioners' terms will be unmatched in order to allow substitutions to occur in order to preserve as much institutional integrity as possible. The General Superintendent, in turn, will have a renewable 2-year-term.

3. New Criteria for Notification of Mergers and Acquisitions. – Another relevant change that intends to offer more flexibility in the analysis of mergers and acquisitions concerns the amendment of the criteria for notification of transactions in order to reduce the amount of transactions submitted to CADE.

Current parameters have led to an excessive number of notifications with little competitive impact.

Past law provided that operations in which any of the participants had shown revenues exceeding BRL 400 million (US\$ 200 million) in Brazil, or that resulted in a concentration equal to or greater than 20 per cent of a relevant market should be submitted.

Under the new legislation, the criterion of market share is removed and introduced an "additional criteria" on revenue through which the second (or other) parties to the operation will have to present a revenue (turn over) of at least BRL 75 million (US\$ 37 million) in Brazil, besides an upgraded main party BRL 750 million (US\$ 375 million) revenue criterion.

That is, in current reality, any operation performed by a large economic agent, albeit in conjunction with other(s) small economic agent(s), should be compulsorily notified to CADE for review.

With the new law criteria, operations without any impact on the market will no

longer be notified, saving public and private resources and time.

With regard to new revenue criteria, it is to be highlighted that an important provision establishes a safeguard to CADE, which within one year from the date of consummation of a transaction, may require the submission of operations that do not fit the revenue criteria described generically by the law.

4. New Criteria for Fines. – Differently from the past legislation that provided that undertakers could be fined for anti-competitive behavior from 1 (one) per cent up to 30 (thirty) per cent of their gross total revenue; the new law sets that fines will range from 0.1 (zero point one) per cent up to 20 (twenty) per cent of the revenue in the specific "branch of business" where the conduct took effect (taxes³ excluded).

For executives, fines may reach up to 20 (twenty) per cent of fines imposed to companies and the rules of responsibility are based on negligence, not strict liability as it used to be under past legislation.

Also, under past legislation, fines for executives could vary from 10 (ten) per cent up to 50 (fifty) per cent of the fines imposable to the companies involved.

It seems a little detail difference in the wordings "imposed" and "imposable", but they, in fact, carry a substantial distinction in terms of the possible amount of fines.

"Imposable" means what is possible, not the actual sanction. If the criteria are that fines to companies may range from 0.1 to 20 per cent, then the percentage of fines applicable to executives may be calculated over the possible ranging of fines related to companies (from 0.1 to 20 per cent), and not over the percentage effectively imposed to companies.

5. Cartels, Leniency Agreements and Settlements. – It is well recognized that one of the most effective tools for fighting cartels is leniency. This assertion is also valid for the Brazilian reality. Many im-

³ Past and new law mention that only one type

of tax («*imposto*») is to be excluded from the calculation of fines.

portant cases of cartels in Brazil only arrived at a conviction on the grounds of leniency.

The new law brings significant changes in relation to the leniency program. Under current applicable legal texts, leaders of a cartel could never start or join a leniency agreement.

This is reversed by the new law and no restrictions are made on that direction, ideally creating more incentives to support the Brazilian leniency program, increasing the countries anti-cartel policy.

The law also extends the effects of leniency to the same group of companies (*de jure or de facto*) and employees involved in the conduct.

Such changes bring more legal certainty to possible applicants and, therefore, have the potential to increase the effectiveness of such policy.

On the other hand, recent CADE regulations have modified the basis for settlements in cartel cases. Under the new regulations, parties involved in a cartel practice now must mandatorily confess guilt or, at least, admit participation in the practice in order to be able to start negotiating a settlement with CADE.

VI. PRIVATE ACTIONS FOR DAMAGES (PRIVATE ENFORCEMENT)

It is worldwide acknowledged the compensatory and deterrent potential of antitrust private lawsuits for damages and their contribution to a healthy competitive environment, increased social well-being and the protection of public interest.

According to a research by Connor and Helmers⁴ analyzing international cartels prosecuted in various Jurisdictions in the world between 1990 and 2005, 38% of the economic consequences imposed to

participants in international cartels came from private lawsuits.

Civil antitrust claims in Brazil that have the scope of repairing damages caused by anticompetitive practices are independent from CADE's proceedings⁵.

While the administrative procedure aims at the imposition of a fine for an administrative violation, the lawsuit seeks compensation for damages caused or the cessation of the conduct. There is, of course, a superposition of the effects of these two proceedings.

In both, it is possible to obtain cessation of anticompetitive practice and that the offending agent that caused the damage suffers economic loss, either by paying administrative fines or by compensating the victims.

This type of lawsuit is prescribed by the Brazilian Federal Constitution, the Civil Code and Law n. 12.529/11 (the Competition Law). Such claims have strong potential for deterrence of anticompetitive practices and thus to enforce antitrust law and policy, as they allow the repair of damages, what is not the case for the administrative procedures within CADE.

A study published in 2008⁶, concerning almost 400 court cases in Brazil, concluded that most of private antitrust lawsuits are filed in the rich and central states of Minas Gerais, São Paulo and Rio Grande do Sul, and in the "Financial Products and Services" and "Fuels" sectors.

Other conclusions of that paper are that: (1) the number of court decisions on the matter have grown significantly since 2006; (2) lawsuits that deal with anticompetitive practices in the civil sphere are not necessarily based on the provisions of the Competition Law; and (3) that there is a general lack of knowledge about the ap-

⁴ John Connor e Gustav Helmers, Statistics on Modern Private International Cartels, 1990 - 2005, in Working Paper No. 7-1 American Antitrust Institute. Accessible at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#Paper-Download.

Apud Gisela Ferreira Mation, *As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil*. III Prêmio SEAE/2008. Available at: http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/estudantes-de-graduacao.

http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/estudantes-de-graduacao.

⁵ Jayme Vita Roso, *Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira*. LTr. São Paulo, 1998.

⁶ Gisela Ferreira Mation, *As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil*. III Prêmio SEAE/2008. Available at: http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/estudantes-de-graduacao.

plication of the Brazilian Competition Law in the civil sphere.

Recommendation 6.2.20 from OECD⁷ advises CADE to “treat the civil antitrust lawsuits for damages as an opportunity for competition advocacy and to disseminate information about the competition impact of these disputes”, pointing the need for mapping such lawsuits:

«In this sense, CADE should also commit to develop a database that contains information about the volume, nature and outcome of civil actions for antitrust damages, filed pursuant to Article 29 of Law n. 8.884/94 and other laws, such as the Code of Consumer Protection and code of Civil Procedure, which can serve as a parameter for antitrust damage claims. Such information is needed to assess whether private antitrust actions are helping or hurting the enforcement of competition law in the country».

In a recently published work entitled “Private Enforcement against International Cartels in Latin America: the U.S. Perspective”, Crane⁸ stresses that the characteristics of the Latin America environment that affect most lawsuits by private agents with claim for damages caused by anticompetitive practices are: (i) aggregation of demands; (ii) access to information; and (iii) administrative and judicial antitrust knowledge and skills.

The Brazilian context is apparently quite advantageous in terms of aggregation of demands and mechanisms of collective actions.

This seems to be a sensitive issue even in countries where private enforcement is considered much more developed. The European Commission White Paper⁹, for example, suggests that Member States take measures to promote:

«(1) Lawsuits brought by qualified entities, such as consumer associations, state bodies or trade associations, on be-

half of identified victims or, in a relatively limited number of cases, identifiable victims; and

(2) Collective proceedings by accession, in which victims expressly decide to combine their individual claims in a single action».

In general, such mechanisms are now available under Brazilian law.

The mechanisms of collective protection of free competition in the Brazilian Judiciary are: (1) public civil actions (*ações civis públicas*); and (2) collective actions for protection of homogeneous individual rights (*ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos*).

Although many individual consumers are legitimated to file antitrust lawsuits, there is a natural difficulty for both, the filing of an individual claim itself, and the mutual articulation among interested individuals.

It is precisely in an effort to aggregate such different individual demands that the Prosecutor’s Office in Brazil can be of crucial aid.

One of the great difficulties of antitrust lawsuits in the civil sphere is the access to information necessary to prove the conduct and the damage. This problem is reflected in both the lack of knowledge of the existence of a conduct by individuals or entities to file a legitimate lawsuit against those who caused the damage, as well as the difficulty in estimating the damage.

The results of a jurisprudence research¹⁰ related to legislative reference and carried out in 2008 show that Law n. 8.884/94 is still quite less used to ground antitrust damage claims than others legal statutes, as the Civil Code and the Code of Consumer Protection, even in cases where terms referring directly to anticompetitive conducts are used, such as “tying arrangement” and “cartel”.

search Paper n. 231. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1120069>.

⁹ Commission of European Communities. White Paper on damages actions for breach of Community rules in the antitrust field. Available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf. 4-5.

¹⁰ GISELA FERREIRA MATION, *op. cit.*, p. 67.

⁷ Competition Law and Policy in Brazil - A peer review, Inter-American Development Bank and Organisation for Economic Co-operation and Development, 2005. Accessible at <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>.

⁸ DANIEL A. CRANE, *Private enforcement against International Cartels in Latin America: a U.S. Perspective*, April 2008. Cardozo Legal Studies Re-

Furthermore, Law n. 12.529/11 (or its predecessor Law n. 8.884/94) is used also to substantiate claims in respect of conducts that do not fall within the scope of competition law, such as “disloyal competition” or “dumping”. This data indicate both a degree of unawareness about the Competition Law as well as that under the Brazilian legal culture such instruments are not used in the most appropriate manner.

In this context, CADE has a pivotal role in making its decisions the most public possible, easing the access to information and reducing the lack of familiarity of individuals and institutions involved with the competition law.

In the recent and so called “Gas Cartel Case”¹¹, CADE for the first time made specific and direct recommendations for victims to go to court in order to get possible compensation for their damages.

The reporting and leading vote¹² on the case specifically stressed that the sanction imposed by CADE was dedicated primarily to address the harm caused to competition as a means of guiding economic activity in Brazil.

CADE explained that the fine imposed by the Council did not repair the material and moral damages caused to individuals and that the compensation for such damage should be engendered by the appropriate judicial process.

For CADE, the most effective route in Brazil for that intent is the public civil action. According to art. 1, section V of Law n. 7.347/85, a public civil action may be filed in relation to an “infringement of the economic order and the popular economy”. Such specific lawsuit is an essential element for the general policy of protection of competition.

For that reason, CADE submitted the decision to the representative of the Prosecutor’s Office for examining the possibility of structuring a public civil action in that endeavor.

CADE also reasoned that it was noteworthy the possibility of the filing of private lawsuits by victims of the cartel in

seeking compensation for damages. Also, that the usefulness of private lawsuits for the promotion of competition had already been proven in foreign Jurisdictions.

In the United States, for instance, where the law provides that those affected by a cartel are entitled to an amount equivalent to three times the compensation ordinarily applicable to private litigation has already become a key part of antitrust policy in the country. It is a further disincentive to breaking the law.

Further on, the Brazilian Competition authority clarified that in the country; however, private lawsuits for damages caused by cartels are still rare. In that context, the country loses an important factor to discourage the practice of collusion and victims are not properly compensated.

Given the need to stimulate and promote the filing of private lawsuits by victims of that sanctioned cartel, CADE found imperative to disclose such possibility to the potential interested parties. For that reason, a copy of the decision was immediately sent to the following organizations: 1) Federal Council of Medicine, 2) the National Confederation of Industry, 3) National Association of Private Hospitals, 4) Brazilian Federation of Hospitals, and 5) Ministry of Health. It was expected that those agents had better ability to identify and notify potential applicants for compensation of damages.

Another important point presented by CADE, refers to the provision of evidence for lawsuits for damages. CADE’s decision on the case contains only the authority’s interpretation of the evidence. The documents themselves, including those electronic, can not be provided to the public by CADE, which is committed to maintaining the confidentiality of such material. The lack of access to regular and electronic documents clearly impairs the ability of victims to demand appropriate compensation.

For this reason, CADE recommended to the courts involved in the criminal investigation related to the process to publicize all documents obtained at the begin-

¹¹ Case Law n. 8012.009888/2003-70. Available at: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551201660.pdf.

¹² Reporting commissioner Fernando de Magalhães Furlan. Available at: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?59d92dfb3aef0212e234c199ab>.

ning of the investigation. More than six years had gone through already since documents were seized. The Brazilian authority pondered that they no longer had relevant business value and, therefore, there would be no harm in disclosing them.

Such documents had been examined by the main competitors of each company involved, what reinforced the view that they had no more value to those concerned.

Moreover, the Council settled that no personal information was found in the documents obtained. Therefore, no harm to privacy would be encountered in the disclosure of such documents.

CADE finally ruled that if there was an objection to the full disclosure of documents, it was alternatively possible to provide only the information specified in the decision, which focus and content were associated essentially only to the unlawful practice.

As a positive result of this new approach by CADE towards civil antitrust litigation in Brazil is the information that the Association of Hospitals of Minas Gerais has obtained, at the 28th Civil Court of Belo Horizonte, an injunction requiring companies sanctioned by CADE (Praxair, Air Liquide Brazil, Linde Gases, Air Products Brazil and SBI) to reduce the prices charged by the medicinal gas (oxygen) supply to 260 hospitals in that Brazilian state.

VII. CONCLUSIONS

Competition policy in Brazil celebrated 50 years of existence in 2012.

Many new challenges will continue to defy the Administrative Council for Economic Defense (CADE) this year such as the transition and implementation of a brand new law that incorporates a pre-merger analysis system and enables the unification of agencies.

Such challenges come after an international recognition of the work of CADE in the last recent years. The agency was elected “Agency of the Year - Americas” in 2011 by the editorial board and by the subscribers of the English publication *Global Competition Review*, considered

one of the most respected in the world on the subject. In the 2013 version of GCR Prize, CADE was again nominated as a finalist in 3 categories: Agency of the Year - Americas, Merger Control Matter of the Year - Americas and Behavioral Matter of the Year - Americas, even though did not win any.

The Brazilian Congress approved last October the New Competition Law for the country which brings many novelties and challenges as they were detailed above.

However, beyond legislative changes, it is crucial that Brazilian competition enforcers and business community accompany the spirit and fundamentals of this new legislative approach.

Undertakers in Brazil have got used to a post-merger analysis system that, in one hand, means less legal and regulatory certainty, but on the other, allows businesses to go on with their natural integration process until final decision.

In that context, competition enforcers in Brazil are also accustomed to work without deadlines as in the current system any diligence or document request suspends the flow of the case.

The challenge, therefore, is that both, undertakers and enforcers learn together how to navigate in these “unknown waters”.

Examples and experiences from other Jurisdictions are very helpful but do not overcome the need for constructive, open and respectful dialogue between enforcers and business representatives, as well as clear and extensive guidelines.

The transition period from current legislation and practice to the new system is the key to its success. Specialized law and consultancy firms must adapt their internal procedures, filling the gap between corporate and antitrust professionals as under the new merger review system, corporate “engineering” must be designed with the participation of antitrust specialists.

Challenges include also responsibilities towards investigation and scrutiny of conduct cases, as much of the attention and resources will certainly be directed to the merger review transitional process.

CADE has built its name and credibility worldwide based on principles of transparency, due process, professionalism and knowledge as well as on the firm belief on mutual respect, sense of balance and maturity.

The "New CADE" has many challenges ahead, but the future of Competition in Brazil relies also on the achievements and lessons from its past.

On the subject of antitrust private litigation in Brazil, it is clear that it is still a developing issue in the country. Recent researches have shown that the legal culture towards private claims for antitrust damages is yet incipient.

However, recent court rulings in Brazil have used CADE's findings on cartel cases as a reference for deciding in favor of victims of such collusive agreements.

It is, therefore, vital that CADE maintains its approach towards bringing as much information, evidence and clarification as possible to help private agents harmed by anticompetitive conducts to pursue their rights in court.

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Bibliography

CADE's Administrative Proceeding n. 08012.009888/2003-70. Industrial and Medi-

cine Gases Companies Cartel. Date of Decision: September 1st. 2010. Available at: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?40e032c64fc459ab44d5230759>; Competition Law and Policy in Brazil - A peer review. Inter-American Development Bank and Organization for Economic Co-operation and Development. 2005. Accessible at <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>; CONNOR, JOHN E HELMERS, GUSTAV. «Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005». Working Paper No. 07-01 do «American Antitrust Institute». Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload. APUD MATION, GISELA FERREIRA. «As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil». III Prêmio SEAE/2008. Available at http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/estudantes-de-graduacao; CRANE, DANIEL A. «Private Enforcement against International Cartels in Latin America: a U.S. Perspective» (April, 2008). Cardozo Legal Studies Research Paper n. 231. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1120069>; MATION, GISELA FERREIRA. «As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil». III Prêmio SEAE/2008. Available at http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iii-premio-seae/estudantes-de-graduacao; Parecer AGU GM - 020, of April, 5th, 2001. Available at: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413>; 7. ROSSO, JAYME VITA. «Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira». LTr. São Paulo: 1998.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Private enforcement of Antitrust Law in the United States of America

Summary: I. SOURCES OF ANTITRUST LAW – II. ENFORCEMENT – III. TYPES OF PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS – IV. ARBITRATION – V. JURISDICTION – VI. STATUTE OF LIMITATIONS – VII. PLEADING REQUIREMENTS – VIII. EVIDENCE – IX. STANDING AND ANTITRUST INJURY – X. CLASS ACTIONS – XI. LEGAL FEES – XII. REMEDIES – XIII. RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT.

Antitrust law plays a critical role in the U.S. economy. The success of the law is dependent upon a combination of public and private enforcement. As recognized by the U.S. Supreme Court: “Every violation of the antitrust laws is a blow to the free-enterprise system envisaged by Congress. This system depends on strong competition for its health and vigor, and strong competition depends, in turn, on compliance with antitrust legislation. In enacting these laws, Congress had many means at its disposal to penalize violators. It could have, for example, required violators to compensate federal, state and local governments for the estimated damage to their respective economies caused by the violations. But, this remedy was not selected. Instead, Congress chose to permit all persons to recover three times their actual damages every time they were injured in their business or property by an antitrust violation”¹. Litigation asserted by private plaintiffs based on alleged vio-

lations of the United States antitrust laws is an essential part of the effective enforcement of U.S. antitrust law. Private antitrust litigation serves the purposes of ensuring that anti-competitive conduct uncovered, the individuals harmed are adequately compensated, and deterring future anti-competitive conduct². According to one leading scholar, “private litigation probably does more to deter antitrust violations than all the fines and incarceration imposed as a result of criminal enforcement by the [Department of Justice]”³. As recognized even by some Federal Trade Commission (FTC) Commissioners, however, private enforcement of the antitrust laws can lead to abuse. FTC Commissioner Thomas Roche and former FTC Chairman William Kovacic have characterized private enforcement as “scandalous”⁴ and “poison”⁵.

I. SOURCES OF ANTITRUST LAW

Antitrust law in the United States has two sources: federal and state statutes. Each of these statutory sources are accompanied by case law and regulations adopted by the federal and state authorities. The federal antitrust law is codified in the Sherman Act⁶, the Clayton Act⁷, the Robinson-Patman Act⁸ and the Wilson Tariff Act⁹.

¹ *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251, 262 (1972).

² ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS, *Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis for Forty Cases*, 42 *U.S.F. L. Rev.* 879 (2007-2008). For a discussion of the considerations involved in determining whether to initiate a private enforcement action see Michael D. Hausfeld, *Initiation of a Private Claim*, in *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* (Albert A. Foer & Jonathan W. Cuneo eds. 2010) 111.

³ ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS, *Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis for Forty Cases*, 42 *U.S.F. L. Rev.* 879, 880 (2007-2008). See also ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, 2011 *B.Y.U. L. Rev.* 315 (2011).

⁴ J. THOMAS ROSCH, *Remarks to the Antitrust Modernization Commission 9 (June 8, 2006)* available at www.ftc.gov/speeches/rosch/Rosch-AMC%20Remarks.June8.final.pdf.

⁵ Comments of William Kovacic reported in FTC: Watch No. 708 (Nov. 19, 2007) at 4.

⁶ The Sherman Antitrust Act of 1890, 26 Stat. 209, codified at 15 U.S.C. §§ 1-7 (hereinafter the Sherman Act).

⁷ The Clayton Antitrust Act of 1914, 38 Stat. 730, codified at 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53 (hereinafter the Clayton Act).

⁸ The Robinson-Patman Act of 1936, 49 Stat. 1526 codified at 15 U.S.C. § 13.

⁹ 15 U.S.C. § 8 For a discussion of the historical development of U.S. antitrust law, see *An Intellectual History of American Antitrust Law* (Dan Crane & Herbert Hovenkamp eds. 2012).

In addition to these federal statutes, each of the individual U.S. states has laws regulating competition. The State of New York, for example, adopted the Donnelly Act in 1899¹⁰. Similar to the Sherman Act, the Donnelly Act prohibits price fixing, bid rigging, territorial and customer allocations, monopolization, boycotts, and tying arrangements. It also provides for private rights of action and tremble damages. Although state antitrust law is often overlooked in the international context, it is an important source of antitrust law in the United States¹¹.

According to the U.S. Supreme Court, federal antitrust law does not automatically preempt the application of state antitrust law to the same conduct¹². Each of the states may also apply their respective state antitrust laws to the same conduct. This can result in conduct permissible under the federal antitrust laws being prohibited under the state antitrust laws. In *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* the U.S. Supreme Court held that vertical minimum price maintenance is not automatically prohibited under the federal antitrust laws¹³. According to the Court, "Minimum resale price maintenance can stimulate interbrand competition-the competition among manufacturers selling different brands of the same type of product-by reducing intrabrand competition-the competition among retailers selling the same brand. The promotion of interbrand competition is important because "the primary purpose of the antitrust laws is to protect [this type of] competition. A single manufacturer's use of vertical price restraints tends to eliminate intrabrand price competition; this in turn encourages retailers to invest in tangible or intangible services or promotional efforts that aid the manufacturer's position as against rival manufacturers". Many individual states, however, still prohibit resale price maintenance under their respective state antitrust laws even though

the same conduct is permissible under federal antitrust law. Although a discussion of the state laws and procedures is beyond the scope of this contribution, state antitrust law should not be overlooked as an influential element in private enforcement in the United States.

II. ENFORCEMENT

United States antitrust law relies on a combination of public and private enforcement. At the federal level, the public enforcement of antitrust law is entrusted to the United States Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC). The Antitrust Division of the DOJ was established in 1933. The mission of the Antitrust Division is "the promotion and maintenance of competition in the American economy"¹⁴. Both the DOJ and the FTC have the authority to enforce Sections 2, 3, 7 and 8 of the Clayton Act. The DOJ and FTC have attempted to mitigate the inefficiencies associated with overlapping jurisdiction by entering into a series of agreements allocating cases between them¹⁵.

At the state level, the public enforcement responsibilities generally reside with the respective states attorney generals. As many of these state attorney generals are directly elected partisan positions, the decision to bring enforcement actions under state antitrust law is often said to be influenced by political considerations. In addition to the ability to apply their state antitrust laws to the allegedly anti-competitive conduct, the states may assert claims under federal antitrust law. According to Section 4C of the Clayton Act, the states may bring actions in federal court on behalf of the citizens of their state for alleged violations of the federal antitrust laws¹⁶. These *parens patriae* actions are similar to private class actions in that the members of the class have the right to opt out of the *parens patriae* liti-

¹⁰ The Donnelly Act is codified at NY CLS Gen Bus § 340 *et seq.*

¹¹ For a discussion of state antitrust law see American Bar Association, *State Antitrust Practice and Statutes* (4th ed. 2009).

¹² *Rice v. Norman Williams Co.*, 458 U.S. 654 (1982).

¹³ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹⁴ Antitrust Division Manual (4th ed.) I-2.

¹⁵ Antitrust Division Manual (4th ed.) VII-4-VII-10.

¹⁶ 15 U.S.C. § 15c.

gation and pursue claims on their own. Failure to opt out means that the members of the class are bound by the result of the litigation¹⁷. As *parens patriae* actions must meet the standing requirements imposed on private plaintiffs, such actions have encountered mixed success¹⁸. As discussed below, in order to meet the standing requirements to bring an antitrust claim, the plaintiff must be directly injured by the alleged anti-competitive conduct¹⁹. Indirect purchasers generally lack standing to bring a claim under the federal antitrust statutes²⁰. As the states are often bringing claims on behalf of consumers, and consumers are typically indirect purchasers, the states attorney generals have a difficult time meeting the standing requirement.

The Clayton Act was adopted in 1914 in response to the general perception that the Supreme Court had been too lenient in the application of the Sherman Act. The principal provisions of the Clayton Act, which is far more detailed than the Sherman Act, include (1) a prohibition on anticompetitive price discrimination; (2) a prohibition against certain tying and exclusive dealing practices; (3) an expanded power of private parties to sue and obtain treble (triple) damages; (4) a labor exemption that permitted union organizing; and (5) a prohibition against anticompetitive business practices.

III. TYPES OF PRIVATE ENFORCEMENT ACTIONS

There are generally two types of private claims depending on the type of re-

¹⁷ 15 U.S.C. § 15c(b)(2) and (3).

¹⁸ *Parens patriae* actions are not generally considered class actions. *LG Display Co., Ltd. v. Madigan*, 665 F.3d 768 (7th Cir. 2011); *Washington v. Chimei Innolux Corp.*, 659 F.3d 842 (9th Cir. 2011).

¹⁹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

²⁰ *Delaware Valley Surgical Supply Inc. v. Johnson & Johnson*, 523 F.3d 1116 (9th Cir. 2008); *Kloth v. Microsoft Corp.*, 444 F.3d 312 (4th Cir. 2006).

²¹ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc.*, 395 U.S. 100, 114 (1969); *Messner v. Northshore University Healthsystem*, 669 F.3d 802, 815 (7th Cir. 2012); *Cordes & Co. Fin. Servs., Inc. v. A.G. Edwards & Sons, Inc.*, 502 F.3d 91,

lief sought. A private party may bring a claim for damages (Section 4 Clayton Act) or injunctive relief (Section 16 Clayton Act). According to Section 4 of the Clayton Act: “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States... and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”. In order to bring a claim for damages under Section 4 of the Clayton Act, the plaintiff must allege (1) a violation of the antitrust laws, (2) antitrust injury (3) causation²¹. In addition, Section 16 of the Clayton Act allows a private plaintiff to make a claim for injunctive relief. Although there are subtle differences in the requirements for a claim for damages under Section 4 and a claim for injunctive relief under Section 16 of the Clayton Act, these three core requirements are the same²². Although claims under Section 16 are more common in merger cases (because the merger is frequently challenged prior to its consummation), private plaintiffs often bring claims for both damages and injunctive relief in the same case unless the alleged anti-competitive has been discovered by the antitrust agencies and discontinued²³.

IV. ARBITRATION

United States courts will generally recognize arbitration clauses in contracts even if the claim is based on alleged antitrust violations²⁴. The basic justification

105 (2d Cir. 2007); *Blessing v. Sirius XM Radio Inc.*, 2001 WL 1194707 (S.D.N.Y. Mar. 29, 2011).

²² *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 111 (1986).

²³ The fact that a merger does not qualify as a reportable transaction under the Hart Scott Rodino Antitrust Improvement Act or has been cleared by the DOJ and FTC does not preclude a private claim. For a more detailed discussion of the requirements and procedure for challenging mergers, see M. Sean Royall & Adam J. di Vincenzo, *When Mergers Become A Private Matter: An Updated Antitrust Primer*, 26 *Antitrust* 41 (2012).

²⁴ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 625 (1985). This general rule applies even though the agreed arbit-

for this position relates to the deference given to arbitration clauses in agreements and the confidence in the ability of arbitration panels to achieve the same public purpose of the antitrust laws as the courts would achieve. According to the U.S. Supreme Court:

“[W]hen first enacted in 1890 as Section 7 of the Sherman Act, the treble-damages provision was conceived of primarily as a remedy for the people of the United States as individuals; when reenacted in 1914 as Section 4 of the Clayton Act, it was still conceived primarily as opening the door of justice to every man, whenever he may be injured by those who violate the antitrust laws, and giving the injured party ample damages for the wrong suffered. And, of course, the antitrust cause of action remains at all times under the control of the individual litigant: no citizen is under an obligation to bring an antitrust suit, and the private antitrust plaintiff needs no executive or judicial approval before settling one. It follows that, at least where the international cast of a transaction would otherwise add an element of uncertainty to dispute resolution, the prospective litigant may provide in advance for a mutually agreeable procedure whereby he would seek his antitrust recovery as well as settle other controversies”²⁵.

The basic requirement imposed by the Supreme Court for the arbitrability of antitrust claims is that the prospective litigant must be in the position to effectively “vindicate its statutory cause of action in the arbitral forum, the statute will continue to serve both its remedial and deterrent function”²⁶. As most arbitration rules

give the arbitrator the right to award the relief that is available under the applicable substantive laws²⁷, most courts will recognize the arbitrability of antitrust disputes.

V. JURISDICTION

The U.S. legal system distinguishes between subject matter jurisdiction and personal jurisdiction. In private antitrust cases, the court must have both subject matter jurisdiction as well as personal jurisdiction over the parties. Subject matter jurisdiction refers to the ability of the court to address the subject matter which is at the basis of the dispute. According to Section 4 of the Clayton Act, the federal courts have exclusive subject matter jurisdiction over private antitrust cases brought under the federal antitrust laws. As this jurisdiction is exclusive, a private antitrust action based on federal antitrust law may not be brought in front of a state court. Nonetheless, private claims based on violations of state antitrust law may be brought before a state court.

In practice, personal jurisdiction tends to be more of an issue than subject matter jurisdiction in private antitrust cases in the United States. Personal jurisdiction means refers to the court’s authority to decide a dispute, as against a particular person. A court has jurisdiction over individuals based on citizenship, residence or domicile or for legal entities based on state of incorporation or principal place of business. In addition, a court may have personal jurisdiction over a natural or legal person outside the state where the court is located if the defendant has min-

tration might be before a foreign arbitration tribunal. *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 13 (1972). According to the Supreme Court in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 629 (1985), «concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and international tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties’ agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context».

²⁵ CHARLES H. BROWER, *Arbitration and Antitrust: Navigating the Contours of Mandatory Law*,

59 *Buff. L. Rev.* 1127 (2011); PETER E. GREENE, PETER S. JULIAN & JULIE BEDARD, *Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America*, 19 *Eur. Bus. L. Rev.* 43 (2008); GEORGIOS I. ZEKOS, *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law*, 25 *J. Int’l Arb.* 1 (2008).

²⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 638 (1985).

²⁷ According to Rule R-43(a) of the Commercial Rules of Arbitration of the American Arbitration Association, for example, the arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement.

imum contacts with the forum state such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice²⁸.

VI. STATUTE OF LIMITATIONS

A claim brought by a private plaintiff based on an alleged violation of the federal antitrust laws must be commenced within four years after the cause of action accrued²⁹. A claim begins to accrue when the defendant first commits the anti-competitive act³⁰. There are four notable exceptions to the strict application of the statute of limitations. The running of the statute of limitations may be tolled if the defendant fraudulently concealed the violation³¹. The doctrine of fraudulent concealment in the context of an antitrust case has been formulated as a three-part test: the party pleading fraudulent concealment must have fraudulently concealed facts which are the basis of the claim, the plaintiff failed to discover those facts and the plaintiff exercised due diligence³². If, however, the plaintiff knew or with reasonable diligence should have known of the violation, the court will not toll the statute of limitations based on fraudulent concealment³³. Second, the tolling of the statute of limitations is suspended when any civil or criminal proceeding is instituted by the United States to prevent, restrain, or punish violations of any of the antitrust laws³⁴. The suspension lasts during the pendency of the public enforcement action and for one year

thereafter. This exception applies even to challenges by the FTC to mergers under the Clayton Act³⁵. Third, a court may exercise its discretion and toll the statute based on equitable considerations (equitable estoppel)³⁶. There is no catalog of legitimate considerations for equitable estoppel. The doctrine of equitable estoppel suspends the running of the statute of limitations during the period in which the defendant took active steps to prevent the plaintiff from suing³⁷. For example, if the parties are engaged in settlement discussions and the defendant agrees not to plead the statute of limitations, the court may apply equitable estoppel to prevent the defendant from relying on this defense³⁸. Finally, the statute of limitations is tolled once a class action is filed³⁹. The tolling is valid for all putative class members and lasts until the decision is made on class certification.

VII. PLEADING REQUIREMENTS

The liberal requirements imposed on a plaintiff in the United States when bringing its complaint serve as one characteristic of the U.S. legal system which distinguishes it from all others. In order to bring an antitrust claim, a private plaintiff merely needs to file a short and plain statement of the claim showing that the plaintiff is entitled to relief⁴⁰. The plaintiff is not required to substantiate its claim by providing evidence. “[T]he factual allegations must [merely] be enough to raise a right to relief above the speculative

²⁸ *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). For a discussion of personal jurisdiction in the international context, see Spencer Waller, *Antitrust and American Business Abroad* § 5.4 (2011 Supp.).

²⁹ Clayton Act Section 4b.

³⁰ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 401 U.S. 321, 338 (1971).

³¹ *Klehr v. A.O. Smith Corp.*, 521 U.S. 179, 194 (1997).

³² *GO Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 508 F.3d 170, 178 (4th Cir. 2007).

³³ *GO Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 508 F.3d 170, 178 (4th Cir. 2007); *Information Exchange Systems, Inc. v. First Bank Nat. Ass'n*, 994 F.2d 478 (8th Cir. 1993).

³⁴ Section 5(i) of the Clayton Act.

³⁵ *Minnesota Mining & Manufacturing v. New Jersey Wood Finishing Co.*, 381 U.S. 311 (1965).

³⁶ *American Pipe and Constr. Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974).

³⁷ *In re Copper Antitrust Litigation*, 436 F.3d 782, 790 (7th Cir. 2006).

³⁸ *Singletary v. Continental Ill. Nat'l Bank and Trust Co. of Chicago*, 9 F.3d 1236, 1241 (7th Cir. 1993).

³⁹ *Crown, Cork & Seal Co. v. Parker*, 462 U.S. 345, 354 (1983). The filing of a claim under state antitrust law will not effect a tolling of the federal antitrust claim because this would amount to a state law amending a federal statute. *Eichman v. Fotomat Corp.*, 880 F.2d 149 (9th Cir. 1989); *Drumm v. Sizeler Realty Company, Inc.*, 817 F.2d 1195 (5th Cir. 1987).

⁴⁰ Fed. R. Civ. P. Rule 8(a)(2).

level⁴¹. This has come to be known as the plausibility test⁴²: For a complaint to be sufficient, the claim asserted must be one that, in light of the factual allegations, its success is at least plausible. As formulated by the Second Circuit: “To present a plausible claim, the pleading must contain something more than a statement of facts that merely creates a suspicion of a legally cognizable right of action. It must allege facts that would be sufficient to permit a reasonable inference that the defendant has engaged in culpable conduct: A claim has facial plausibility when the plaintiff pleads factual content that allows the court to draw the reasonable inference that the defendant is liable for the misconduct alleged⁴³.”

The significance of these liberal pleading standards in the dynamics of private antitrust litigation in the United States should not be overlooked. Together with class certification (discussed below, *infra* § XI), fulfillment of the pleading requirements is a critical stage in the litigation. This is because it occurs at an early stage – often prior to the expensive stage of the litigation. If the defendant can dispose of the plaintiff’s claim by convincing the court that the plaintiff has failed to meet the pleading requirements, the defendant will be able to save a significant amount of costs. Conversely, if the plaintiff can survive a motion to dismiss for failure to meet the pleading requirements, it can move into the discovery stage of the litigation – which is often costly for the defendant. Consequently, the outcome of the dispute over the proper pleading may determine whether the parties settle the dispute.

VIII. EVIDENCE

Although the pleading rules do not require the plaintiff to submit evidence for its claim beyond the plausibility test, the plaintiff must present sufficient evidence prior to trial to survive a motion for summary judgment. A court will grant a motion for summary judgment – typically after the parties have conducted their discovery – if there are no triable issues as to material facts and the matter may be resolved as a matter of law⁴⁴. In making this decision, the court views the evidence in a light most favorable to the non-moving party⁴⁵. The significance for the parties is that the summary judgment avoids the time, costs and uncertainty of a trial.

The standard of proof in a private enforcement action is a preponderance of the evidence. This is a lesser standard than the standard of beyond a reasonable doubt which is applied in criminal antitrust cases. Plaintiffs in private antitrust cases in the United States gain access to the evidence by relying on the discovery rules codified in the Federal Rules of Civil Procedure⁴⁶. Discovery typically includes written interrogatories, depositions and production and inspection of documents. Due to the broad scope of the plaintiff’s discovery rights and the often one-sided nature of the burdens of discovery, this procedural aspect of private enforcement plays an important role in the process. Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of

⁴¹ Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 556 (2007).

⁴² Anderson News, L.L.C. v. American Media, 2012 WL 1085948 (2d Cir. April 3, 2012). For further discussion see Richard A. Epstein, Of Pleading and Discovery: Reflections on Twombly and Iqbal with Special Reference to Antitrust, 2011 *U. Ill. L. Rev.* 187 (2011); Richard Raleigh, & Marcus A. Huff, Bell Atlantic Corp. v. Twombly: A Review of the Plausibility Pleading Standard, 55 *Fed. Law.* 32 (2008).

⁴³ Anderson News, L.L.C. v. American Media,

Inc., 2012 WL 1085948 at *16 (2d Cir. April 3, 2012).

⁴⁴ Fed. R. Civ. P. Rule 56(a).

⁴⁵ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 456 (1992); Celotex Corp. v. Catrett, 477 U.S. 317 (1986).

⁴⁶ For an overview of how private plaintiffs gain access to the requisite evidence, see Joseph Goldberg and Dan Gustafson, Obtaining Evidence, in *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* (Albert A. Foer & Jonathan W. Cuneo eds. 2010) 170.

persons having knowledge of any discoverable matter⁴⁷. For “good cause”, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action⁴⁸. It is not necessary that the information requested be admissible at trial. The requirement is only that the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. The party resisting discovery has the burden to establish the lack of relevance.

Although the discovery rights of the parties are quite broad, the judge in the case has the authority to impose limits on the frequency and extent of the use of discovery. The judge may limit discovery in any of the following circumstances⁴⁹:

- the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;

- the party seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the action to obtain the information sought; or

- the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit.

One important limitation on the broad discovery rights of private litigants is the attorney-client privilege. A party may not secure discovery from another party which is privileged⁵⁰. There are various privileges in U.S. law including the attorney-client privilege, the work product privilege and the privilege against self-incrimination. The attorney-client privilege generally applies to oral and written communications between an attorney and his or her client⁵¹. There are, however, important limitations to the attorney-client privilege. For example, if the communication is made to a third party, the privilege is lost.

⁴⁷ Fed. R. Civ. P. Rule 26(b)(1).

⁴⁸ Fed. R. Civ. P. Rule 26(b)(1). It is widely held that this broad discovery, together with the relatively lenient pleading standards, has the potential to be abused. Note, Modeling the Effect of One-Way Fee Shifting on Discovery Abuse in Private Antitrust Litigation, 78 *N.Y.U. L. Rev.* 1887 (2003); Frank Easterbrook, Discovery as Abuse, 69 *B.U. L. Rev.* 635 (1989).

⁴⁹ Fed. R. Civ. P. Rule 26(b)(2).

The doctrine of attorney work product is slightly different from the attorney-client privilege although there may be some overlap. The work product doctrine protects documents and other material developed or obtained by a lawyer in the course of preparing for litigation⁵². In contrast to the attorney-client privilege, the work product does not necessarily have to be part of a communication between the lawyer and the client. Another distinction is that the court may order disclosure of the attorney work product if the party seeking access to such work product can show that it has a substantial need of the materials in the preparation of its case and it is not otherwise possible to obtain the substantial equivalent of the otherwise privileged materials without undue hardship⁵³.

Although discovery is carried out under the supervision of the court, the judge does not typically get involved in the process. The parties are required to confer as soon as practical after the lawsuit is filed to arrange for discovery⁵⁴. Although the judge takes a passive role in the process, the judge has the authority to impose sanctions if a party fails to comply with its discovery obligations⁵⁵. Not only may the judge hold the non-complying party in contempt of court, the judge may require the non-complying party to bear the costs of the other party, adopt an inference adverse to the non-complying party or even dismiss the case⁵⁶.

IX. STANDING AND ANTITRUST INJURY

The Clayton Act allows private enforcement actions for damages as well as for injunctive relief for “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws”. If read literally, the

⁵⁰ Fed. R. Civ. P. Rule 26(b)(1).

⁵¹ *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383 (1981).

⁵² Fed. R. Civ. P. Rule 26(b)(3); *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).

⁵³ Fed. R. Civ. P. Rule 26(b)(3).

⁵⁴ Fed. R. Civ. P. Rule 26(f).

⁵⁵ Fed. R. Civ. P. Rule 37.

⁵⁶ *Frame v. S-H, Inc.*, 967 F.2d 194, 203 (5th Cir. 1992); *Sciambra v. Graham News*, 892 F.2d 411 (5th Cir. 1990).

Clayton Act would allow a broad range of individuals and firms to assert claims based on alleged violations of the antitrust laws even if those individuals or firms were not directly injured by the anti-competitive conduct. In recognition of the potential for excessive enforcement, the courts have imposed standing requirements on plaintiffs in private antitrust cases. The most important standing requirement is that the plaintiff must have had suffered "injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes the defendants' acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive acts made possible by the violation"⁵⁷. The antitrust injury requirement applies to private claims for damages under Section 4 of the Clayton Act as well as to claims for injunctive relief under Section 16 of the Clayton Act⁵⁸. Standing is tested prior to class certification⁵⁹. The purpose of the antitrust injury requirement relates to the rationale for allowing private enforcement of antitrust violations. It is to ensure that the plaintiff only recovers for conduct which the antitrust laws were designed to prevent⁶⁰.

The antitrust injury requirement has the effect of precluding a significant number of potential claimants. Indirect purchasers, for example, do not have standing under the Sherman Act to bring a private claim because it is assumed that they did not suffer antitrust injury if they purchased from vendors operating in a competitive market⁶¹. In addition, antitrust injury is a significant barrier in merger cases brought by a competitor. Courts tend to assume that a competitor is con-

cerned with increased competition and not decreased competition⁶². Loss or damage due merely to increased competition does not constitute such injury⁶³. Rather, the parties who typically suffer injury as a result of an anti-competitive merger are the customers of the merging parties.

X. CLASS ACTIONS

Private litigation in the U.S. is expensive. Moreover, the general rule is that each party must pay its own legal fees regardless of the outcome of the litigation. In this context, a system dependent upon private enforcement needs to address the dissuasive effect of this risk. The primary method by which plaintiffs in the U.S. fund antitrust litigation is by a class action under Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. A class action allows a group of similarly situated plaintiffs to pool their resources and risks to pursue their claims. Class certification – *i.e.*, the stage of the litigation where the court determines whether a class action is appropriate – is often determinative of the success of private litigation.

The basic idea behind class actions is to "enhance the efficacy of private actions by permitting citizens to combine their limited resources to achieve a more powerful litigation posture"⁶⁴. The requirements for class certification for antitrust actions are the same as for other types of class actions under federal law. The requirements codified in Federal Rules of Civil Procedure 23(a) and 23 (b)(3) are often broken down into the following six elements: (1) numerosity, (2) commonality,

⁵⁷ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 489 (1977).

⁵⁸ *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

⁵⁹ *In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation*, 169 F.R.D. 493, 504 (S.D.N.Y. 1996)

⁶⁰ *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 344 (1990).

⁶¹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). In response to the Illinois Brick doctrine, about half of the individual states have adopted "Illinois Brick repealer statutes" which specifically permit indirect purchasers to sue for violations of state antitrust law. The Supreme Court

has recognized the validity of these state statutes. *California v. ARC Am. Corp.*, 490 U.S. 93, 98 (1989).

⁶² *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986); *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95, 100 (5th Cir. 1988); *Sprint Nextel Corp. v. AT&T*, 2011 WL 5188081 (D.D.C. Nov. 2, 2011).

⁶³ *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 111 (1986)

⁶⁴ *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251, 262 (1972). For a discussion of the advantages and disadvantages of class actions, see Newberg on Class Actions (4th ed. Supp. 2009) § 18.22.

(3) typicality, (4) adequacy of representation, (5) predominance and (6) superiority⁶⁵. The purpose of these requirements, according to the Supreme Court, is to ensure “that the named plaintiffs are appropriate representatives of the class whose claims they wish to litigate”⁶⁶. Plaintiffs bear the burden of establishing by a preponderance of the evidence that the requirements for class certification exist⁶⁷. The relevant inquiry is not whether the plaintiffs will prevail on the merits, but rather whether the requirements of class certification required by statute are fulfilled⁶⁸. The same standard for class certification apply regardless of whether class certification is sought prior to or after settlement. Prior to approving the pre-certification settlement, the court must determine whether the requirements for certification are met⁶⁹.

1. The numerosity component requires that the number of potential class members be so large that joinder of all members is impracticable⁷⁰. In order to fulfill

the numerosity requirement, the class must be so numerous that joinder of all members is impractical⁷¹. It is not necessary that the plaintiff identify a precise number of potential members of the class; an approximation will suffice⁷². Although the number 40 is often used as a rule of thumb for the requisite number of plaintiffs⁷³, there is no “magic number” needed to meet the numerosity requirement⁷⁴. In antitrust cases, the number of affected class members is typically so high that the numerosity is easily fulfilled⁷⁵. It would, however, likely preclude class certification of a claim by a sole distributor.

2. Commonality requires that there are questions of law or fact that are common to the class⁷⁶. According to some courts, commonality is satisfied where common questions generate common answers apt to drive the resolution of the litigation⁷⁷. Similar to the numerosity requirement, the commonality requirement is often not a significant issue in cartel cases because the effect of a cartel is widespread and

⁶⁵ Fed. R. Civ. P. Rules 23(a) and 23(b)(3). Although class actions may be based on Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(1) or (2), these alternatives are seldom relied upon in antitrust litigation. For a more detailed discussion, see Newberg on Class Actions (4th ed. Supp. 2009) § 18.24.

⁶⁶ Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541 (2011).

⁶⁷ Messner v. Northshore University Healthsystem, 669 F.3d 802, 811 (7th Cir. 2012); Ramos v. Simplexgrinnell LP, 796 F.Supp 2d 346, 353 (E.D.N.Y. 2011); In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, 267 F.R.D. 291, 298 (N.D. Cal. 2010).

⁶⁸ Messner v. Northshore University Healthsystem, 669 F.3d 802, 811 (7th Cir. 2012); In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, 267 F.R.D. 291, 299 (N.D. Cal. 2010).

⁶⁹ Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 620 (1997); Sullivan v. DB Investments, Inc., 667 F.3d 273, 319 (3rd Cir. 2011); Bicking v. Mitchell Rubenstein & Associates, 2011 WL 5325674 at *2 (E.D. Va. 2011).

⁷⁰ The right of joinder allows the plaintiff to include in the lawsuit as a defendant any persons against whom any right to relief is asserted against them jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences, and any question of law or fact common to all defendants will arise in the action. Fed. R. Civ. P. Rule 20(a). However, the plaintiff still has to observe the jurisdictional require-

ments over each defendant. Fed. R. Civ. P. Rule 82. This makes joinder a cumbersome mechanism in antitrust cases where there are a large number of potential defendants. The impracticality standard does not require the lead plaintiff to show that joinder would be impossible. In re HealthSouth Corp. Sec. Litig., 257 F.R.D. 260, 273 (N.D. Ala. 2009); In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 504 (S.D.N.Y. 1996).

⁷¹ Fed. R. Civ. P. Rule 23(a)(3).

⁷² In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 509 (S.D.N.Y. 1996); Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum Co., 147 F.R.D. 51, 55 (S.D.N.Y. 1993); In re Art Materials Antitrust Litig., 100 F.R.D. 367 (N.D. Ohio 1983).

⁷³ Ramos v. Simplexgrinnell LP, 796 F.Supp 2d 346, 353 (E.D.N.Y. 2011). Newberg on Class Actions (4th ed. Supp. 2009) § 18.4: “[T]he plaintiff whose class exceeds 40 persons has a reasonable chance of satisfying the Rule 23(a) prerequisite on the basis of that fact alone”. But the rule of thumb is not a threshold. In Meijer, Inc. v. Warner Chilcott Holdings Co., 246 F.R.D. 293, 306 (D.D.C. 2007), for example, a class of 30 putative plaintiffs satisfied the numerosity requirement.

⁷⁴ In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 509 (S.D.N.Y. 1996)

⁷⁵ In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 509 (S.D.N.Y. 1996)

⁷⁶ Fed. R. Civ. P. Rule 23(a)(1).

⁷⁷ Sullivan v. DB Investments, Inc., 2011 WL 6367740 (3rd Cir. Dec. 20, 2011).

uniform. It is not necessary to show that all issues are common. According to the Supreme Court, "even a single common question will do"⁷⁸. Courts have not generally struggled with the commonality requirement in antitrust cases: "Where an antitrust conspiracy has been alleged, courts have consistently held that the very nature of a conspiracy antitrust action compels a finding that common questions of law and fact exist"⁷⁹.

3. In order to fulfill the typicality requirement, the claims of the representative parties must be typical of the claims of the class⁸⁰. The purpose of the typicality requirement is to make sure that the claims of the plaintiff are not "so different from the claims of the absent class members that their claims will not be advanced by plaintiff's proof of his own individual claim"⁸¹. The respective claims of the class members do not have to be perfectly identical⁸². It is generally required that the class representatives are part of the class and possess the same interest and suffer the same injury as the class members⁸³. Courts will inquire whether other members have the same or similar injury, whether the action is based on conduct which is not unique to the named plaintiffs and whether other class members have been injured by the same course of conduct⁸⁴. In the context of price fixing, the class representative's

claim is generally considered typical even if the class members purchased different quantities, at different prices or even a different mix of products⁸⁵.

4. Adequacy means that the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class⁸⁶. As recognized by the Supreme Court, this requirement tends to overlap with the typicality requirement⁸⁷. The basic difference is that the adequacy requirement includes a consideration of the competency and conflicts of the class counsel⁸⁸. The purpose of the adequacy requirement is to "uncover conflicts of interest between named parties and the class they seek to represent"⁸⁹. The courts generally apply a two prong test to determine whether the adequacy requirement is met: (1) the interests of the representatives must not conflict with the interests of the class members and the representatives and (2) their attorneys must be able to prosecute the action vigorously⁹⁰.

5. The questions common to the class must predominate over the questions affecting individual members. The proposed class must be sufficiently cohesive to warrant adjudication by representation and assesses whether a class action would achieve economies of time, effort and expense, and promote uniformity of decision vis-à-vis similarly situated persons⁹¹.

⁷⁸ Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541 (2011).

⁷⁹ In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, 267 F.R.D. 291, 300 (N.D. Cal. 2010) quoting In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litigation, 2006 WL 1530166 at *3 (N.D. Cal. 2006).

⁸⁰ Fed. R. Civ. P. Rule 23(a)(3).

⁸¹ Deiter v. Microsoft Corp., 436 F.3d 461, 467 (4th Cir. 2006).

⁸² Wymer v. Huntington Bank Charleston, 2011 WL 5526314 at *3 (S.D.W.Va. 2011); In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 511 (S.D.N.Y. 1996).

⁸³ General Tel. Co. v. Falcon, 457 U.S. 147, 156 (1982); In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, 267 F.R.D. 291, 300 (N.D. Cal. 2010).

⁸⁴ Hanon v. Dataproducts Corp., 976 F.2d 497, 508 (9th Cir. 1992); In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, 267 F.R.D. 291, 300 (N.D. Cal. 2010); In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 511 (S.D.N.Y. 1996).

⁸⁵ In re Dynamic Random Access Memory An-

titrust Litigation, 2006 WL 1530166 at *4 No. (N.D. Cal. 2006); In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, 267 F.R.D. 291, 300 (N.D. Cal. 2010).

⁸⁶ Fed. R. Civ. P. Rule 23(a)(4).

⁸⁷ Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541, 2551 (2011); Amchem Prods. v. Windsor, 521 U.S. 591, 626 (1997).

⁸⁸ Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541, 2551 (2011); Amchem Prods. v. Windsor, 521 U.S. 591, 626 (1997).

⁸⁹ Cordes & Co. Financial Services, Inc. v. A.G. Edwards & Sons, Inc., 502 F.3d 91, 99 (2d Cir. 2007).

⁹⁰ General Tel. Co. v. Falcon, 457 U.S. 147, 157 (1982); Cordes & Co. Financial Services, Inc. v. A.G. Edwards & Sons, Inc., 502 F.3d 91, 99 (2d Cir. 2007); In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation, 169 F.R.D. 493, 512 (S.D.N.Y. 1996).

⁹¹ Kottaras v. Whole Foods Market, Inc., 2012 WL 259862 at *6 (D.D.C. Jan. 30, 2012); Messner v. Northshore University Healthsystem, 669 F.3d

One common characteristic of class actions on which the courts have focused is whether the evidence of the anti-competitive behavior is generally the same for all of the plaintiffs: Evidence is common to the class if the same evidence could be used to prove an element of the cause of action for each member of the class⁹². The focus of the predominance inquiry is on the liability of the defendants and not of the damages⁹³. The predominance requirement is not fulfilled if individual issues will overwhelm the common questions and render the class action valueless⁹⁴.

6. Finally, the class action must be superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The obvious alternative is to require the plaintiffs to each pursue their own claims. Assuming that the other requirements for a class action are fulfilled, forcing the plaintiffs to pursue individual claims would often lead to considerable overlap and inefficient uses of limited judicial resources. In addition, it might dissuade the plaintiff from bringing their claims – which would be contrary to one of the fundamental purposes of class actions⁹⁵. The superiority requirement is often fulfilled if there are a large number of class members⁹⁶ or their claims are individually so small that they would unlikely pursue them outside the class⁹⁷.

If the requirements are fulfilled, the court must certify the class – it is not within the court’s discretion⁹⁸. However,

the court’s certification decision is not final and the court can decertify a class at any time during the case. The requirements are not tested using a pleading standard⁹⁹. Instead, the plaintiff “must affirmatively demonstrate his compliance with the Rule – that is, he must be prepared to prove that there are in fact sufficiently numerous parties, common questions of law or fact, etc.”¹⁰⁰. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or a class may be divided into subclasses¹⁰¹. For example, in a price fixing case, the foreign purchasers may constitute a separate class from the domestic purchasers.

If class certification is granted, notice must be given to the putative class members. If the individual class members can be identified through reasonable effort, then they must be individually notified¹⁰². Otherwise, the standard is the best notice that is practicable under the circumstances¹⁰³. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

- the nature of the action;
- the definition of the class;
- the class claims, issues, or defenses;
- that a class member may enter an appearance through an attorney;
- that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
- the time and manner for requesting exclusion; and

802, 813 (7th Cir. 2012); *Sullivan v. DB Investments, Inc.*, 667 F.3d 273, 297 (3rd Cir. 2011).

⁹² *Kottaras v. Whole Foods Market, Inc.*, 2012 WL 259862 at * 6 (D.D.C. Jan. 30, 2012); *Blades v. Monsanto Co.*, 400 F.3d 562, 566 (8th Cir. 2005).

⁹³ *Ramos v. Simplexgrinnell LP*, 796 F.Supp.2d 346, 359 (E.D.N.Y. 2011); *Bolanos v. Norwegian Cruise Lines Ltd.*, 212 F.R.D. 144, 148 (S.D.N.Y. 2002).

⁹⁴ *In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation*, 169 F.R.D. 493, 517 (S.D.N.Y. 1996).

⁹⁵ *Newberg on Class Actions* (4th ed. Supp. 2009) § 18.39.

⁹⁶ *Blessing v. Sirius XM Radio Inc.*, 2011 WL 1194707 at * 11 (S.D.N.Y. Mar. 29, 2011); *In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation*, 169 F.R.D. 493, 527 (S.D.N.Y. 1996).

⁹⁷ *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation*, 267 F.R.D. 291, 314 (N.D. Cal. 2010).

⁹⁸ *Shady Grove Orthopedic Assocs., P.A. v. Allstate Ins. Co.*, 599 U.S. ____ (2010).

⁹⁹ As discussed above, in order to bring a claim for a violation of the federal antitrust rules the pleading rules only require a private plaintiff to file a short and plain statement of the claim showing that the plaintiff is entitled to relief.

¹⁰⁰ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011). The legal issues involving class certification are typically addressed without discovery. *Newberg on Class Actions* (4th ed. Supp. 2009) § 18.47.

¹⁰¹ Fed. R. Civ. P. Rule 23(c)(4).

¹⁰² Fed. R. Civ. P. Rule 23(c)(2)(B).

¹⁰³ See Katherine Kinsella and Shannon Wheatman, *Class notice and claims administration*, in *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* (Albert A. Foer & Jonathan W. Cuneo eds. 2010) 264.

– the binding effect of a class judgment on members¹⁰⁴.

The general rule, which is based on the due process guarantees anchored in the U.S. Constitution¹⁰⁵, is that a potential class member can opt out of the class. Otherwise, the class member is bound by the results of the class action. One exception to the opt-out rule is where allowing the potential class members to opt out of the class would cause prejudice to the rights of the remaining class members¹⁰⁶. An example of this might be where the defendants have limited funds to satisfy judgments in favor of the class and the individual plaintiffs who have opted out. In *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, the U.S. Supreme court held that this exception to the opt-out rule only applies if (1) the funds of the defendants are inadequate to satisfy all claims, (2) the entire fund is devoted to paying the injured victims and (3) the class description includes everyone with a claim¹⁰⁷.

If a class action has been filed, it is not necessary that the lead plaintiff pursue the case all the way through trial. The plaintiff can decide to settle with all or any of the individual defendants. However, the court must approve the settlement and notice must be given to the absent class members¹⁰⁸. This approval and notice requirement applies even if the settlement is reached prior to certification of the class by the court¹⁰⁹. The possibility for a settlement with less than all of the defendants creates a dynamic which is sometimes strategically leveraged by plaintiffs. Because the liability for antitrust violations is joint and several, the non-settling defendants remain potentially liable for the entire damages¹¹⁰.

XI. LEGAL FEES

The costs of pursuing litigation in the U.S. are high. The costs include not only

¹⁰⁴ Fed. R. Civ. P. Rule 23(c).

¹⁰⁵ *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812 (1985).

¹⁰⁶ Fed. R. Civ. P. Rule 23(b)(1)(B).

¹⁰⁷ *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 839-842 (1999).

¹⁰⁸ Fed. R. Civ. P. Rule 23(e).

¹⁰⁹ See, e.g., *Gupta v. Penn Jersey Corp.*, 582 F. Supp. 1058 (E.D. Pa. 1984).

the fees of the lawyers, but also of the economic experts – who are currently a necessity in most cases – as well as administrative costs such as the costs associated with discovery. Even if the plaintiff wins the case, the general rule in the United States is that each party pays its own legal fees.

In contrast to many civil law jurisdictions, contingency fees are common in the United States. Under a contingency fee arrangement, the private plaintiff agrees to share a portion of the judgment awarded to the plaintiff in the event of a successful verdict or settlement¹¹¹. It is not atypical in contingency fee arrangements that the plaintiff bear all or a portion of the out of pocket costs incurred in pursuing the claim.

Attorney compensation in the context of a class action is somewhat different. It would be impractical to require the lead attorneys to negotiate and conclude engagements with all members of the class. Moreover, if an attorney representing the lead class member were limited to the portion of the judgment awarded to her client, they would have little incentive to invest the time and money into vigorously pursuing the case. The attorneys representing the lead plaintiff are required to submit their costs to the court for approval. The attorneys are then paid out of the judgment or settlement amount. The class then divides whatever remains.

XII. REMEDIES

As discussed above, a private plaintiff or a class or plaintiffs may seek injunctive relief and/or damages for violations of the federal U.S. antitrust laws. In recognition of the importance of private enforcement actions, the Clayton Act allows the plaintiff in a private antitrust case to receive “three-fold the damages by him sustained”¹¹². The

¹¹⁰ *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).

¹¹¹ The reliance on a contingency fee to finance the litigation may have an effect on the settlement of that litigation. LUCIAN ARYE BEBCHUK & ANDREW T. GUZMAN, *How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Fee Arrangements on Settlement Terms*, 1 *Harv. Negot. L. Rev.* 53 (1996).

¹¹² Section 4 of the Clayton Act.

possibility of having to pay treble damages is also a strong inducement to settle the case rather than take the risk of an adverse verdict. Antitrust class actions are typically settled for less than treble damages¹¹³. This dynamic has led some observers to criticize the system as creating a disproportionate incentive to file a frivolous lawsuit¹¹⁴. On the other hand, there are critics who point out that the system seldom results in the imposition of treble damages on guilty firms as contemplated by the Clayton Act because they settle rather than take the risk of treble damages¹¹⁵.

The plaintiff in a private enforcement action also has the possibility to recover the costs of the lawsuit and a reasonable attorney's fees¹¹⁶. This applies even in cases where the plaintiff is suing for injunctive relief rather than damages¹¹⁷. The basic requirement is that the plaintiff prevails in its claims. Only the fees associated with the successful claims may be awarded¹¹⁸. The purpose of allowing the plaintiffs to recover reasonable attorney fees is to encourage the private enforcement of the antitrust laws as well as to deter conduct in violation of the antitrust laws¹¹⁹.

XIII. RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT

In the United States, many private antitrust claims are filed as follow-on claims to public enforcement actions. Public enforcement actions are frequently initiated following an amnesty application of a cartel participant. In the United States, a cartel participant who is the first to report the existence of the cartel to the Department of Justice may achieve immunity

from public prosecution. The amnesty is enjoyed by not only the company but all current and former employees who agree to cooperate. Consequently, the applicant is only exposed to single civil damages related to its participation in the cartel. Although this amnesty does not preclude private claims, the amnesty rules have important implications for private cases. The amnesty applicant may avoid treble damages and joint and several liability in the private cases if the amnesty applicant cooperates with the plaintiffs in the private case¹²⁰. This requires the applicant to provide the plaintiffs with a full account of all facts known to the cooperator that are potentially relevant to the civil action, providing all documents that are "potentially relevant" to the civil action that are within its custody or control in a timely manner and using its best efforts to secure and facilitate cooperation. In view of the liberal pleading rules – *i.e.*, the plaintiff does not have to provide concrete evidence of an antitrust violation in its initial claim – this cooperation requirement plays a significant role in the leniency process and ties the public and private cases together. The plaintiff must keep in mind that the DOJ may revoke its grant of amnesty during the process¹²¹.

Although the public enforcement action based on federal antitrust law does not toll the statute of limitations for private enforcement actions, there may be advantages to a private plaintiff for waiting on the outcome of the private enforcement action. The primary advantage is that a guilty verdict in a public enforcement case (civil or criminal) can be used as *prima facie* evidence in private case of the underlying violation of the antitrust

¹¹³ Newberg on Class Actions (4th ed. Supp. 2009) § 18.57.

¹¹⁴ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* 59 (2005).

¹¹⁵ ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, 2011 *BYU L. Rev.* 315 (2011); ROBERT H. LANDE, *Why Antitrust Damage Levels Should be Raised*, 16 *Loy. Consumer L. Rev.* 329 (2004).

¹¹⁶ Clayton Act Section 4.

¹¹⁷ Clayton Act Section 26. Blue Cross Blue

Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic, 152 F.3d 588, 595 (7th Cir. 1998).

¹¹⁸ Blue Cross Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic, 152 F.3d 588, 595 (7th Cir. 1998).

¹¹⁹ Azizian v. Federated Dept. Stores, Inc., 499 F.3d 950, 959 (9th Cir. 2007).

¹²⁰ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, § 213(b), 118 Stat. 665, 666 (codified as amended at 15 U.S.C. § 1 note).

¹²¹ Stolt Nielsen, S.A. v. United States, 442 F.3d 177 (3rd Cir. 2006).

laws¹²². This rule does not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken. Conversely, a guilty verdict in the private case is not *prima facie* evidence of guilt in the public case because there is a higher burden of proof in public cases than in private

cases. In a public case, the government must prove its case beyond a reasonable doubt. In a private case, the plaintiff need only prove its case by a preponderance of the evidence.

ANDRE FIEBIG

¹²² 15 U.S.C. § 16(a).

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Private enforcement of Antitrust Law in China

Summary: I. INTRODUCTION – II. JURISDICTION – III. STANDING – IV. EVIDENCE AND BURDEN OF PROOF – 1. Collecting evidence – 2. Expert witness – 3. Confidential information – 4. Burden of proof – V. STATUTE OF LIMITATION – VI. REMEDIES – 1. Invalidity of contract – 2. Damages – VII. LEGAL COSTS.

I. INTRODUCTION

China had been considering enactment of an antitrust law at least ten years before the Anti-monopoly Law finally was passed in 2007 and took effect on August 1, 2008. Together with the Anti-unfair Competition Law, it marked the completion of main framework of competition laws in China.

The goal of the Anti-monopoly Law is to prevent and restrain monopoly conducts, protect fair competition, enhance economic efficiency, safeguard interests of consumers and the society, and promote healthy development of market economy¹. After EU model, the Anti-monopoly Law prohibits monopoly agreements, abuse of dominant market position and concentrations that lead, or may lead to elimination or restriction of competition².

There are three authority agencies responsible for public enforcement of Anti-monopoly Law in China. The Ministry of Commerce (“MOFCOM”) reviews concentrations³; the National Development and Reform Commission (“NDRC”) is responsible for price related monopoly cases⁴; and the State Administration of Industry and Commerce (“SAIC”) enforces

remaining cases⁵, i.e. non-price related monopoly cases. These three authority agencies all set up Anti-monopoly Bureaus to specifically assume anti-monopoly responsibilities. They work independently but are coordinated by the Anti-monopoly Commission which was established by the State Council (or the central government) to organize, coordinate and guide anti-monopoly enforcement⁶.

Public enforcement may be empowered to appropriate departments at provincial level to take charge of enforcement of the Anti-monopoly Law⁷. For example, in the recent luxury liquor RPM case, NDRC authorized Guizhou Province Pricing Administration and Sichuan Province Development and Reform Commission to investigate and impose RMB 247 million (about USD 39.8 million) and RMB 202 million (about USD 32.6 million) respectively on Guizhou Moutai and Sichuan Wuliangye.

Public enforcement of the Anti-monopoly Law gradually shows its teeth. Apart from review of concentration of undertakings which steadily increases to around 200 cases a year, Anti-monopoly authority agencies also strengthen their enforcement against monopoly agreement and abuse of dominant position, which could be illustrated by above liquor RPM case.

But no matter in terms of impact or number of cases, private enforcement of Anti-monopoly Law is playing an equally or even more important role. More and more big companies, multinational or local, are being or have been sued under

¹ Article 1 of the Anti-Monopoly Law: This Law is enacted for the purpose of preventing and restraining monopolistic conducts, protecting fair competition in the market, enhancing economic efficiency, safeguarding the interests of consumers and social public interest, promoting the healthy development of the socialist market economy. English Version of Anti-monopoly Law is available on: http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm.

² Article 3 of the Anti-Monopoly Law: For the purposes of this Law, “monopolistic conducts”

are defined as the following: (1) monopolistic agreements among business operators; (2) abuse of dominant market positions by business operators; and (3) concentration of business operators that eliminates or restricts competition or might be eliminating or restricting competition.

³ <http://fdj.mofcom.gov.cn/>.

⁴ <http://jjs.ndrc.gov.cn/default.htm>.

⁵ <http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdz/>.

⁶ Article 9 of the Anti-Monopoly Law.

⁷ Article 10 of the Anti-Monopoly Law.

Anti-monopoly Law, such as Microsoft⁸, Johnson and Johnson⁹, Tencent¹⁰, Baidu¹¹, etc. Anti-monopoly Law is increasingly utilized by private parties as shell to protect interest from being infringed or as sword to attack competitors.

This article is going to introduce the major aspects of private enforcement of Anti-monopoly Law, covering jurisdiction, standing, collective redress, evidence and burden of proof, statute of limitation, remedies and legal costs.

As a starting point, relevant substantive and procedural laws include Anti-monopoly Law, the General Principles of the Civil Law, the Contract Law, the Tort Liabilities Law, the Civil Procedure Law and relevant administrative regulations and judicial interpretations¹². The most important source of private enforcement perhaps is the Provisions of the Supreme People's Court on Certain Issues Relating to the Application of Law in Hearing Cases Involving Civil Disputes Arising out of Monopoly Conducts (the "Judicial Interpretation"), which is issued by the Supreme People's Court on May 3, 2012 and took effective on June 1, 2012. Before the official version was published, a draft had been released for public consultation on April 26, 2011. Comparison between these two versions may be helpful to reveal true intention of the Supreme People's court.

General speaking, private enforcement of China's Anti-monopoly Law borrows many rules from IP civil litigation, mainly because both of them are recognized as highly technical and professional knowledge are necessary for a competent judge to hear the case. It is true that monopoly dispute litigations are flooded with economic terms, such as market definition, SSNIP, market power, efficiency, etc.

These features set monopoly dispute cases apart from ordinary civil cases, such as contracts and torts. Accordingly, it is understandable that monopoly dispute cases are adjudicated by judges of IP division of court only.

However, it is not sufficient to protect consumer interests from being harmed by monopoly conducts. Lack of effective collective redress and collection of evidence constitutes major obstacles. Tremendous efforts have been made to mitigate such hardship but many problems could not merely be solved by judicial interpretations of the Supreme People's Court because they are more related to basic civil procedures and even fundamental legal philosophy, such as concerns of abuse of litigation or U.S. style "litigation culture". Judicial interpretation could only alleviate problems to the extent not conflicting with the Civil Procedure Law. Resolution of these fundamental issues rests on determination of which group entitled to more protection, innocent companies or arguably more innocent consumers.

It still has long way to go to establish an effective private enforcement of Anti-monopoly law in China. Fortunately, it is not unpromising.

II. JURISDICTION

China's court system is composed of four levels, the Supreme People's Court, high people's court, intermediate people's court and basic people's court. The Supreme People's Court is at the highest level and is the court of last resort of all cases in China. High people's court is at level of provinces, intermediate people's court at level of prefectures, and basic people's court at level of counties, all called local people's courts. But not all

⁸ Microsoft was accused of excessive pricing by Guangzhou Kam Hing Textile Dyeing Co. which brought such counterclaim in November 2012.

⁹ Johnson & Johnson Medical (China) Ltd. was sued by its distributor Rainbow in and the damage claim was dismissed by the Shanghai No. 1 Intermediate People's Court in 2012.

¹⁰ Qihoo 360 sued Tencent for abuse of market dominant position by tying and exclusive dealing, claiming RMB 150 million (\$23.79 million).

The case was recently ruled against Qihoo 360 by Guangdong Provincial Higher People's Court in March 2013.

¹¹ Baidu was sued by Renren for abuse of dominant position in the online search market in 2009.

¹² Judicial interpretation is not law; however, it has binding effect on the court and could be cited as legal source. It could only be issued by the Supreme People's Court.

courts have jurisdiction over monopoly dispute cases.

Jurisdiction is determined by the level of court and the place where the court is located. The former jurisdiction is called grade jurisdiction and the later territory jurisdiction. Grade jurisdiction over first-instance cases varies based on factors of impact, complexity, nature, foreign elements, damage claimed, etc.¹³. For example, basic courts are excluded from hearing cases involving foreign elements and IP cases. Monopoly civil dispute is one type of cases which shall be heard only by intermediate or higher people's courts, unless basic people's courts obtain approval from the Supreme People's Court¹⁴. Moreover, a court is further divided into different divisions according to the nature of case, for example, civil division, criminal division, administrative division, etc. More specifically, monopoly civil dispute cases are adjudicated by IP division. It means judges hearing monopoly dispute cases generally have IP law backgrounds.

To determine which court has territorial jurisdiction of monopoly disputes will take into account specific circumstance of the case and is based on Civil Procedure Law and relevant judicial interpretations concerning jurisdiction over contract or torts disputes¹⁵. The general rule of territorial jurisdiction (also called "general territory jurisdiction") is that the case shall be heard by the court of the place where the defendant has domicile¹⁶. Except the general jurisdiction, special territory jurisdiction applies to contract and tort disputes. Where monopoly disputes civil case arises out of contract, it shall be under the jurisdiction of the court of the place where the contract is performed; where the case is claimed as being infringed, it is under the jurisdiction of the court of the place where the tort is com-

mitted¹⁷. Jurisdiction of monopoly disputes arising out of contract also could be chosen by both sides upon written agreement among the location of the defendant or plaintiff's domicile, location of the subject matter, performance or execution of the contract, or location materially connected to the dispute¹⁸.

Even though the cause of action of dispute originally is not monopoly conduct, the case shall be transferred to people's court which has the jurisdiction if the people's court accepting the case has no such jurisdiction, as long as the defendant raises a defense based on Anti-monopoly Law or the case should be adjudicated under Anti-monopoly Law¹⁹.

One thing worth noting is that Anti-monopoly Law has extraterritorial jurisdiction, which is very rare in Chinese laws. Like many other countries' antitrust laws, China's Anti-monopoly Law provides that it is applicable to monopoly conducts outside the territory of China if such conduct has effect of eliminating or restraining competition in domestic market of China²⁰.

III. STANDING

An important issue in private enforcement of antitrust law is who has standing to bring a claim for remedy. In the U.S., federal antitrust law only allows direct purchaser to bring a claim for damage. However, China's Anti-monopoly Law and Monopoly Dispute Judicial Interpretation are silent on this issue.

The only provision related to standing issue seems to be Article 50 of Anti-monopoly Law, which says "where the monopoly conduct of an undertaking has caused losses to another person, it shall bear civil liabilities according to law". According to these words, it is not unrea-

¹³ For example, according to general rule of grade jurisdiction stipulated by Civil Procedure Law, intermediate people's courts shall have jurisdiction as courts of first instance over major cases involving foreign element, cases having major impact on its area, and cases designated by the Supreme People's Court; high people's courts shall have jurisdiction as courts of first instance over civil cases that have major impact in its

province. There are other more detailed rules concerning grade jurisdiction.

¹⁴ Article 3 of the Judicial Interpretation.

¹⁵ Article 4 of the Judicial Interpretation.

¹⁶ Article 21 of the Civil Procedure Law.

¹⁷ Article 23 and 28 of the Civil Procedure Law.

¹⁸ Article 34 of the Civil Procedure Law.

¹⁹ Article 5 of the Judicial Interpretation.

²⁰ Article 2 of the Anti-monopoly Law.

sonable to interpret it as anyone who suffers loss, directly or indirectly, caused by monopoly conduct has right to bring a claim.

But to discuss standing of indirect purchaser separately perhaps is not as meaningful as in the U.S. Unlike U.S., China lacks effective collective redress such as U.S. style class action which will be discussed in more details below, neither individual indirect purchaser nor lawyer has sufficient financial motive and ability to pursue an indirect purchaser claim which requires very complex pass-through analysis. In this sense, indirect purchaser standing issue, allowed or not, would not change the landscape of private enforcement of Anti-monopoly Law in a meaningful way, except that very limited number of cases may be brought by public interest lawyers who know they are very unlikely to succeed.

Another standing issue is whether victim has to resort to administrative agencies first before being allowed to bring a claim to a court. One example of such rule is civil cases involving securities such as insider trading, in which plaintiff may not directly bring a lawsuit against the infringer to a court if Securities Regulatory Commission doesn't affirm the relevant act as constituting a violation. By contrast, Monopoly Dispute Judicial Interpretation explicitly states that such rule doesn't apply to monopoly disputes and a court shall accept a civil lawsuit directly filed by a plaintiff without any requirement of precedent administrative procedures²¹.

Collective redress is one of the most important components of private enforcement of antitrust law. Without effective collective redress, Anti-monopoly Law hardly could protect consumer interests by compensating their loss.

There are three types of collective redress under Civil Procedure Law: joint action, representative action, and public interest action. Joint action is that where different persons' subject matter or action is the same or of the same category, the

court can combine their actions upon the consent of these persons. If persons have common rights and obligations with respect to the subject matter of action and one person's act is recognized by other persons, such an act binds other persons; if persons have no common rights and obligations, an act of one person has no binding effect²². Persons comprising a party may elect representatives among themselves to act for them. The act of these representatives shall bind all litigants of the party without approval thereof on all respects except modification or relinquishment of claims, admission of claims of the opposing party, or settlement²³.

Where the subject matter of action is of the same category and the number of victims is large but uncertain when the lawsuit is brought, the court may issue a public notice, stating the circumstance and claims of the case and informing those entitled to register with the court within a certain period of time. It is group action. Victims also can elect their representatives to proceed with the suit as in joint action. The court may consult with complainants for determining representative if they fail to elect such representatives by themselves. Binding effect of acts of representatives is the same as in joint action. The judgments or written orders rendered by the court bind all those who have registered with the court. More importantly, such judgments or written orders shall apply to those who have not registered but bring complaint in period of limitation of the action²⁴.

Public interest action was newly introduced to the Civil Procedure Law in 2012. The Law says that government agencies and organizations which are prescribed by laws are entitled to bring a lawsuit with the court against conducts which damage public interest, such as environment pollution and conducts infringing multiple consumer' legal interests²⁵. However, it is not clear which government agencies and organizations having stand-

²¹ Article 2 of the Judicial Interpretation.

²² Article 52 of the Civil Procedure Law.

²³ Article 53 of the Civil Procedure Law.

²⁴ Article 54 of the Civil Procedure Law.

²⁵ Article 55 of the Civil Procedure Law.

ing to bring a suit for consumers under Anti-monopoly the Law because there is no agencies and organizations are explicitly authorized by Laws to do so on behalf of consumers. Such government agencies and organization are very likely to be Administration of Industry and Commerce («AIC») and official consumer associations, because Protection of Consumer Rights and Interests Law provides that AIC and Consumers Associations have duties and responsibilities to take measures to protect consumers' interests. Nonetheless, Protection of Consumer Rights and Interest Law fails to explicitly say AIC and official consumer association can bring a suit on behalf of consumers²⁶. It is not surprising because Protection of Consumer Rights and Interests became effective in 1993, way before 2012 when public interest action was introduced. Moreover, how to implement public interest action remains unknown because specific aspects are lacking, such as who is entitled to damages and how to allocate them, etc.

However, all three types of collective redress probably are unable to effectively protect consumer interests in practice, because they barely tackle difficulties caused by small but numerous losses sustained by individual consumers. First, joint action is not a kind of collective redress in the strict sense because it merely combines multiple actions into one which is mainly for economic judicial process rather than for bringing as many consumers as possible to the case. In fact, when there are thousands and millions victims, joint action no doubt will be paralyzed by flood of legal documents produced for bringing those victims into the procedure. Second, group action seems to help guarantee a consistent result for different victims because the judgment binds those who even haven't register with the court, but it cannot guarantee a fair result to protect all the victims equally. Those who register with the court may obtain compensations without leaving anything to those who have not regis-

tered. Moreover, group action is unable to reduce judicial cost much because those victims who want to get compensation still have to initiate legal procedure. Obviously, they lack such financial motives. Eventually, violators may easily escape from liabilities. Third, as set forth above, public interest action is far from being mature and effective to protect consumer interest in many aspects.

It is hard to deny that collective redress is well under-developed in China. The standard is to see whether there is a mechanism which is able to encourage private enforcement by aggregating financial interest to a level high enough to motivate lawyers to bring a lawsuit. It seems impossible to have such an effective collective redress without opt-out mechanism given that it is criticized and highly debated inside and outside the U.S. The essence of such debate actually is about which value should prevail, deterrence effect of antitrust law or prevention of abuse of class action by providing inappropriate incentive for lawyers.

Heavily influenced by civil law tradition, China is unlikely to introduce opt-out class action into civil procedure law in the near future. Thus, marginal incentive for victims and lawyers to be involved in this kind of case definitely will be taken advantage by infringers to rip off consumer interests.

IV. EVIDENCE AND BURDEN OF PROOF

Rule of evidence is very critical, if not the most important, for the plaintiff to win every kind of civil cases. Given the complex and facts-intensive nature of monopoly dispute, rule of evidence is even more important in such cases. If plaintiff has no effective means to obtain necessary evidence, it is very hard or even impossible for victims to get remedies.

1. *Collecting evidence.* – China has a typical inquisitorial judicial system, in which the judge controls major aspects of a trial, including collection of evidence.

²⁶ Article 28, 31 and 32 of the Protection of Consumer Rights and Interests Law.

Although the general principle is that it is the duty of a party to provide evidence, the Civil Procedure Law provides that if a party is unable to collect the evidence itself due to objective reasons or if the court considers the evidence necessary for the trial of the case, the court shall investigate and collect the evidence²⁷. Another article further prescribes that the court shall have such right to make investigation and collect evidence from the relevant entities or individuals²⁸. In practice, however, the court's resources are very limited, no matter in terms of finance resources or time which is available for the judge to investigate and collect evidence. It is especially true for monopoly dispute cases.

It could not say that the Supreme People's Court and the legislatures are blind to this severe problem that the court basically has no means to help victims to collect necessary evidence which is mainly possessed by the defendant who usually refuses to turn over. The Supreme People's Court prescribed that where there is evidence proving that a party possesses evidence but refuses to provide without justifiable reasons, if the opposite party alleges the content of such evidence is disadvantageous to the evidence possessor, such allegation can be presumed as having been established²⁹. Such provision seems to alleviate hardship of victims; however it doesn't resolve the problem completely because many times the plaintiff has no knowledge of what evidence the defendant might have, not to mention having evidence to prove that the defendant possess such evidence. For instance, how could a victim know what document containing information of a cartel the defendant has, if such cartel is secret?

Perhaps having realized rule of evidence is very unfriendly to victims in a monopoly dispute case, the Supreme People's Court furthers efforts of tipping the scale in favor of the plaintiff. For example,

the plaintiff may use the defendant's publicly disclosed information as evidence to prove that the defendant has market dominant position. The court may determine that the defendant is dominant in the relevant market if the information disclosed so proves, unless there is sufficient evidence to the contrary³⁰. But it is still far from being encouraging the victim to win the case.

2. *Expert witness.* – A highlight of private enforcement of Anti-monopoly Law in China is introducing expert witness to the trial. The Judicial Interpretation provides that a party may ask one or two persons with special knowledge to illustrate specialized issues in the trial³¹. A party may also apply with the court to entrust professional institutions or professionals with market survey or economic analysis reports on specialized issues³². Such professional institutions or professionals may be determined by both parties through consultation upon the consent of the court, and shall be designated by the court if consultation fails³³. Credibility of such market survey or economic analysis is determined under the relevant rule concerning «appraisal conclusions» in the Civil Procedure Law and other judicial interpretations³⁴.

3. *Confidential information.* – Confidential information contained in the evidence is entitled to protection by the court. Both Civil Procedure Law and Judicial Interpretation provide that evidence involving state secrets, trade secrets and personal privacy shall not be presented in the public trial³⁵. Judicial Interpretation further provides that the court, upon its own decision or party's request, may take measures to restrict or prohibit reproduction of relevant evidence, present relevant evidence only to attorneys or order relevant persons to sign confidentiality undertakings³⁶.

²⁷ Article 64 of the Civil Procedure Law.

²⁸ Article 67 of the Civil Procedure Law.

²⁹ Article 75 of the Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Proceedings.

³⁰ Article 10 of the Judicial Interpretation.

³¹ Article 12 of the Judicial Interpretation.

³² Article 13 of the Judicial Interpretation.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ Article 68 of the Civil Procedure Law and Article 11 of the Judicial Interpretation.

³⁶ Article 11 of the Judicial Interpretation.

4. *Burden of Proof.* – Switch of burden of proof helps overcome the main hurdle that is caused by hardship of collecting necessary evidence for the plaintiff to win the case. Allocation of the burden of proof is well recognized as decisive in many cases. Fortunately, the Supreme People's Court fully understands this issue and tries to mitigate plaintiff's burden through switching it between parties.

In general, a party to an action has a duty to provide evidence in support of his allegations. It means that the plaintiff shall prove elements of the claim and the defendant has burden to provide evidence to support his defense³⁷. The Supreme People's Court sufficiently takes into account plaintiff's hardship of collecting necessary evidence and switches some burden of proof from the plaintiff to the defendant.

For example, according to Anti-monopoly Law, it seems that the plaintiff has to prove that the agreement in the case has effect of excluding and restraining competition because, under Anti-monopoly Law, monopoly agreements refer to agreements, decisions or other concerted conducts which eliminate or restrict competition³⁸. In the Judicial Interpretation, the Supreme People's Court provides that in horizontal monopoly agreement cases, the defendant has duty to prove that alleged agreement has no effect of excluding or restraining competition³⁹. There is no "per se" illegal rule in China's Anti-monopoly Law because even in hard-core cartel Anti-monopoly Law doesn't exclude possibility for the defendant to escape liabilities by defenses of R&D, small undertakings, economic depression, etc. Switching burden of proof by the Supreme People's Court reflects "per se" illegal rule to some extent.

One interesting thing is that the final version of Judicial Interpretation deletes same treatment of switching burden of

proof from the plaintiff to the defendant in RPM cases, which were included in the draft version for public consultation. In a RPM case, the judgment of a Shanghai intermediate court stated that the plaintiff has to prove that vertical agreement, including RPM agreement, has effect of excluding or restraining competition to demonstrate the existence of monopoly agreement. The decision was rendered right after the Judicial Interpretation was formally published. It is hard to say that it merely was coincident. The Supreme People's Court and lower courts may be affected by Leegin case in the U.S.⁴⁰.

In cases of abuse of market dominant position, the plaintiff needs to prove that defendant has such position and abusive conduct, but if the defendant is a public utility enterprise or business operators with lawful exclusive status, dominant position is presumed according to the specific circumstances of the market structure and competition situations, unless it is rebutted by sufficient evidence to the contrary⁴¹.

V. STATUTE OF LIMITATION

Under Chinese Civil Law and Civil Procedure Law, limitation of action doesn't exclude plaintiff's right to bring a lawsuit but gives the defendant a defense. If the defendant doesn't raise the defense, the judge will neither explain the issue to remind the defendant to do so, nor applies to the case automatically⁴². There are two types of limitation of actions in Chinese civil procedure law: standard limitation and special limitation. Except as otherwise stipulated by laws⁴³, such as damage for body injury, claims arising out of unqualified goods, etc., standard limitation of two years applies to all types of civil cases⁴⁴. Special limitations vary from 6 months to 3 years. Notwithstanding that most types of civil disputes have

³⁷ Article 64 of the Civil Procedure Law.

³⁸ Article 13 of the Anti-monopoly Law.

³⁹ Article 7 of the Judicial Interpretation.

⁴⁰ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).

⁴¹ Article 64 of the Judicial Interpretation.

⁴² Article 3 of the Provisions of the Supreme

People's Court on Several Issues concerning the Application of Statute of limitations during the Trial of Civil Cases.

⁴³ Article 141 of the General Principles of the Civil Law.

⁴⁴ Article 135-136 of the General Principles of the Civil Law.

same period of limitation of actions, running, suspension and discontinuation of limitation may differ. Limitation of action matters in monopoly civil dispute cases not only because it is related to whether the plaintiff could win the case but also to how to calculate damages.

Period of limitation of action for monopoly civil dispute cases is two years, because there is no special stipulation in Anti-monopoly Law. As general rule of running of limitation⁴⁵, the Judicial Interpretation reinstates that the limitation for damages shall begin to run from the date on which a plaintiff becomes aware of or should have become aware of the infringement of its rights or interests⁴⁶.

But the Judicial Interpretation gives special stipulation regarding discontinuation of limitation of action. The complexity is caused by interaction between private enforcement and public enforcement. General rule of discontinuation of limitation is that "a limitation of action shall be discontinued if a lawsuit is brought or if one party makes a claim or agrees to fulfill the obligation"⁴⁷, and a new limitation shall be counted from the time of the discontinuance. In monopoly dispute cases, causes of discontinuance include report to enforcement agencies. The limitation discontinues on the date when the complainant reports the monopoly conduct to the enforcement agencies. If the enforcement agency decides to not accept the case, to withdraw the case or terminate the investigation, the limitation of action starts to run anew from the date when the complainant becomes aware of or should have become aware of such decision of the agency. If the enforcement agency finds monopoly conducts after investigation, the limitation shall be calculated anew from the date when the plaintiff becomes aware of or should have become

aware of such decision of the agency becomes legally effective⁴⁸.

In many instances, monopoly conducts are continuous and last for more than two years before the plaintiff is aware of such violation and files the lawsuit. If the defendant defends by arguing that limitation is over, the Judicial Interpretation stipulates that, under this circumstance, damage shall be "calculated from the time two years before the date on which the plaintiff files the lawsuit to the people's court"⁴⁹.

One point worth noting is that a maximum period of limitation is twenty years, regardless of suspension or discontinuance of limitation, unless there is special circumstance under which people's court may extend the period⁵⁰. Of course, such maximum period also applies to monopoly dispute cases.

VI. REMEDIES

If the plaintiff sustains losses caused by the defendant's monopoly conducts, the court can order the defendant to assume civil liabilities⁵¹. The main methods of assuming civil liability include cessation of infringements, removal of obstacles, elimination of dangers, return of property, compensation for losses, etc.⁵².

1. *Invalidity of contract.* – The Judicial Interpretation provides that if terms of contract violate mandatory provisions of the Anti-monopoly Law, other laws or administrative regulations, relevant terms are invalid⁵³. The liability arising from invalidity of contract is to reconstitute the property acquired under the contract to other party, and if the property cannot be reconstituted or restitution is not necessary, compensation shall be made at its estimated price⁵⁴. Moreover, the party who

⁴⁵ Article 137 of the General Principles of the Civil Law.

⁴⁶ Article 15 of the Judicial Interpretation.

⁴⁷ Article 140 of the General Principles of the Civil Law.

⁴⁸ Article 16 of the Judicial Interpretation.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Article 137 of the General Principles of the Civil Law.

⁵¹ Article 14 of the Judicial Interpretation.

⁵² Article 134 of the General Principle of Civil Law. Other methods include restoration of original condition, repair, reworking or replacement, payment of breach of contract damages, elimination of ill effects and rehabilitation of reputation and extension of apology.

⁵³ Article 15 of the Judicial Interpretation.

⁵⁴ Article 58 of the Contract Law.

has fault shall compensate the other party for losses caused by such fault, and if both parties have faults, each party is liable respectively according to its fault⁵⁵.

2. *Damages.* – Punitive damage is very rare in Chinese laws⁵⁶. Apparently, the Anti-monopoly Law doesn't make punitive damage available for victims of monopoly conducts. But upon the plaintiff's request, the damage may include the reasonable expenses incurred by the plaintiff to investigate and stop the monopoly conduct⁵⁷, which may include attorney fee.

Although there is no explicit language in the Anti-monopoly Law and the Judicial Interpretation directly addressing victims' entitlement to attorney fee if they win, judicial interpretations of the Trademark Law and the Copyright Law may provide support if the judge intends to grant victims attorney fee. Both in judicial interpretation of the Copyright Law⁵⁸ and the Trademark Law⁵⁹, the Supreme People's Court almost identically provides that upon request of party and based on circumstances of the case, courts can include in damages attorney fee which is pursuant to regulations of relevant government departments. Defendants may argue that lack of language itself demonstrate that the Supreme People's Court doesn't have such intention. But it is not impossible for courts to have discretion to include attorney fee in damages as reasonable expense to stop the infringement.

One thing worth noting is that in China attorneys are allowed to represent

clients upon contingency fee as long as the rate is not higher than 30% except in some categories of cases, such as criminal cases, administrative cases and collective redress cases⁶⁰.

VII. LEGAL COSTS

Except attorney fee, Parties have to pay litigation fees, which may include case acceptance fee⁶¹, application fee⁶², and costs incurred by the witnesses, authenticators, interpreters and adjusters for appearing before court, such as travel expenses, accommodation expenses, living expenses, and subsidy for missed work⁶³. The case acceptance fees shall be prepaid by the plaintiff⁶⁴.

Losing party bears litigation fee and where the party partially wins or loses the case, the court may determine the amount of the litigation fees to be respectively borne by the parties according to the circumstances⁶⁵. The Civil Procedure Law also specifically states that the losing party shall pay for the expense of witness, which include traffic expense, accommodation and meals, and the losses of working time, no matter which party calls the witness⁶⁶.

If a party has difficulty of paying litigation fees, he may apply for judicial aid for postponement, reduction or exemption of the litigation fees; only natural person is eligible for exemption⁶⁷. Reduction and exemption of the litigation fees generally are conditioned on financial distress of a person or an entity. Postponement of litigation fees apply to spe-

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ For instance, article 96 of Food Safety Law prescribes that besides claiming damages, a consumer may require the producer or the seller to pay 10 times price received, if the food is fails to meet the safety standards or the seller knowingly sells such food. But compensation of ten times food price arguably is not punitive damage, because it is relative low if compared to the damages caused to the body.

⁵⁷ Article 14 of the Judicial Interpretation.

⁵⁸ Article 26 of the Interpretation of the Supreme People's Court Concerning the Application of Laws in the Trial of Civil Disputes of Copyright.

⁵⁹ Article 17 of the Interpretation of the Supreme People's Court Concerning the Applica-

tion of Laws in the Trial of Civil Disputes of Trademarks.

⁶⁰ Articles 12 and 13 of the Measures for the Administration of Attorney Fee.

⁶¹ Case acceptance fee is paid to the court for adjudicating the case.

⁶² Application fee is mainly paid to the court for enforcement of decision, preservation measures, payment order, bankruptcy, etc.

⁶³ Article 6 of the Measures for the Payment of Litigation Fees.

⁶⁴ Article 20 of the Measures for the Payment of Litigation Fees.

⁶⁵ Article 29 of the Measures for the Payment of Litigation Fees.

⁶⁶ Article 74 of the Civil Procedure Law.

⁶⁷ Article 44 of the Measures for the Payment of Litigation Fees.

cific types of cases, such as social insurance benefits, marine accident, traffic accident, medical treatment accident, or other personal injury accident and claiming, which don't explicitly include business dispute cases.

However, above judicial aid institution perhaps cannot effectively mitigate financial obstacles faced by victims of monopoly conducts. Inherent complexity of monopoly dispute case usually will cause

huge expense for the plaintiff, for example expense for expert witness and economic analysis. The plaintiff facing such financial burden is unlikely able to resort to judicial aid because it results from case itself instead of plaintiff's financial distress. Accordingly, if there is nothing to effectively make monopoly dispute cases affordable for victims, remedies actually are not approachable.

TIE HU

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il concetto di aiuto di Stato

Sommario: I. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AIUTO DI STATO. – II. IL TRASFERIMENTO DI RISORSE STATALI E GLI AIUTI *DE MINIMIS*. – 1. L'attribuibilità allo Stato. – 2. L'attribuzione di un vantaggio economico. – 3. Aiuti di stato *de minimis*. – III. IL CRITERIO DELLA SELETTIVITÀ. – 1. Principi generali. – 2. La selettività geografica. – 3. La selettività materiale: principi guida. – 4. Valutazione *prima facie* del carattere selettivo. – 5. Giustificazione del vantaggio accordato alla luce della natura e struttura del sistema fiscale di riferimento. – IV. L'ALTERAZIONE DELLA CONCORRENZA ED IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO DEGLI STATI MEMBRI. – 1. La nozione generale. – 2. L'alterazione della concorrenza. – 3. Il pregiudizio al commercio degli Stati membri. – 4. Questioni puramente locali. – 5. Effetto apprezzabile.

I. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AIUTO DI STATO

Perché si realizzi la fattispecie di “aiuto di Stato” è necessario, ai sensi dell'art. 107 TFUE, che siano sussistenti, in via cumulativa, i seguenti presupposti:

1) deve trattarsi di un intervento imputabile allo Stato o effettuato mediante risorse statali;

2) tale intervento deve attribuire un vantaggio economico al beneficiario ed avere carattere selettivo;

3-4) l'intervento deve inoltre avere un impatto sugli scambi tra gli stati membri e distorcere la concorrenza nel mercato comune.

L'art. 107 § 1 TFUE, nel definire il proprio ambito di applicazione, parla di aiuti concessi «dagli stati ovvero mediante risorse statali sotto qualsiasi forma» e si riferisce, pertanto, a tutte le sovvenzioni finanziate con pubblico denaro.

La C. giust. UE, mediante un'interpretazione focalizzata più sull'effetto di una misura che sulla sua forma, ha dato alla nozione di “Stato” una portata molto ampia al fine di prevenire ogni tentativo di

aggiramento: essa deve, pertanto, essere interpretata in modo da ricomprendere le suddivisioni territoriali di questo (province, comuni, municipalità, dipartimenti, regioni, comunità autonome, ecc.¹), così come ogni organismo pubblico, o anche privato, che lo Stato istituisce o designa per gestire l'aiuto. La circostanza che la misura sia oggetto di una politica degli Stati membri, ad esempio, sociale o previdenziale, o che sia stata posta in essere al fine di raggiungere un particolare obiettivo economico-sociale non la sottrae alla qualifica di aiuto ed allo scrutinio che ne segue (fatto salvo quanto di dirà al § III).

Si ricorda d'altro canto che, anche in presenza delle condizioni sopra elencate, non sono considerati aiuti di Stato le misure economiche a vantaggio di talune imprese ove queste costituiscano il corrispettivo delle prestazioni effettuate da tali imprese beneficiarie per adempiere ad obblighi di servizio pubblico².

II. IL TRASFERIMENTO DI RISORSE STATALI E GLI AIUTI *DE MINIMIS*

1. *L'attribuibilità allo Stato*. – Ciò che conta per qualificare una misura di aiuto come tale è che si tratti di un comportamento imputabile allo Stato.

Il giudice comunitario ha ritenuto che fossero imputabili allo Stato gli aiuti accordati attraverso un ente istituito quale ente speciale con legge di uno Stato, posto sotto la vigilanza e la garanzia dell'autorità legislativa, i cui compiti erano disciplinati da disposizioni normative e il cui direttore generale e gli altri dirigenti erano di nomina governativa. A nulla rilevava la sussistenza di altri elementi, attinenti all'organizzazione interna del settore pubblico, così come l'esistenza di norme che garantivano l'autonomia di

¹ C. giust. UE, 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 4013.

² C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, in *Racc.* 2003, p. I-7747.

questo ente rispetto ad altri organi pubblici³.

L'imputabilità alla Stato di aiuti concessi mediante un'impresa può, più in generale, essere dedotta sulla base di indizi risultanti dalle circostanze e dal contesto del caso di specie quali, ad esempio, l'integrazione dell'impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, il suo *status* giuridico, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, nonché qualsiasi altra caratteristica che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta⁴.

D'altro canto, è necessario distinguere nella condotta di un'impresa controllata dallo Stato tra *acta jure gestionis* e *acta jure imperii*, nel senso che solo le prime forme d'intervento rilevano della logica di mercato, mentre le seconde vanno esaminate come interventi dell'autorità pubblica e possono dunque condurre alla concessione di vantaggi imputabili allo Stato. Nella sentenza *Stardust Marine*, la C. giust. UE si è soffermata sulla dimostrazione del controllo statale ai fini dell'imputabilità di una misura adottata da un ente privato controllato dallo Stato al potere pubblico, affermando che «(...) anche nel caso in cui lo Stato sia in grado di controllare un'impresa pubblica e di esercitare un'influenza dominante sulle operazioni di quest'ultima, l'esercizio effettivo di tale controllo nel caso concreto non può essere automaticamente pre-

sunto. Un'impresa pubblica può agire con maggiore o minore indipendenza, a seconda del grado di autonomia ad essa concesso dallo Stato. Pertanto, il solo fatto che un'impresa pubblica si trovi sotto il controllo dello Stato non è sufficiente per imputare a quest'ultimo misure adottate da tale impresa. Resterebbe pertanto ancora da verificare se le autorità pubbliche debbano ritenersi aver avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure»⁵.

Anche la nozione di "impiego di risorse statali" è stato oggetto di chiarimenti da parte della giurisprudenza. Tale requisito sussiste laddove l'aiuto abbia un impatto sul bilancio dello Stato, o mediante la concessione di proprie risorse o mediante la rinuncia a riscuotere quanto gli è dovuto.

In proposito, la sentenza che limita in maniera più significativa la definizione di "risorse statali" è *PreussenElektra*⁶, in cui la C. giust. UE ha affermato che l'obbligo, imposto a imprese private di fornitura di energia elettrica, di acquistare a prezzi minimi prefissati l'energia elettrica prodotta da fonti di energia rinnovabili non determina alcun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali alle imprese produttrici di tali tipo di energia elettrica.

La sentenza è criticabile, poiché nonostante nel caso di specie non ci fosse un vero e proprio trasferimento di risorse statali, esso riguardava un trasferimento di risorse da privato a privato che era stato imposto dalla legge. Secondo la giurisprudenza della stessa C. giust. UE, precedentemente descritta, tutte le risorse sulla cui allocazione lo Stato può esercitare un'influenza decisiva sono da considerarsi, ai fini dell'applicazione dell'art. 107 TFUE, statali; inoltre, la stessa C. giust. UE aveva fin dalla sentenza *Steinike*⁷ affermato che anche i sistemi di finanziamento di misure di sostegno a

³ Si vedano le sentenze C. giust. UE, 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. I-1603 e 12 dicembre 1996, causa T-358/94, *Air France c. Commissione*, *Racc.* 1997, p. II-2109.

⁴ C. giust. UE, 16 maggio 2002 causa C-482/99, *Francia c. Commissione (Stardust Marine)*, in *Racc.* 2002, p. I-4397.

⁵ C. giust. UE, 16 maggio 2002, "*Stardust Marine*", cit., punto 52.

⁶ C. giust. UE, 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, in *Racc.* 2001, p. I-2099.

⁷ C. giust. UE, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike*, in *Racc.* 1977, p. 595, punto 24.

certe imprese attraverso l'imposizione di contribuzioni sui privati rientra nella nozione aiuto statale, come nel caso delle tasse di scopo. La sentenza *PreussenElektra* introduce invece un'ingiustificata disparità di trattamento tra i trasferimenti di risorse da privato a privato che avvengono per effetto di disposizioni di legge e quelli che avvengono attraverso l'imposizione di tasse o contributi parafiscali, aprendo così la strada a diverse forme di aggiramento della normativa sugli aiuti di Stato.

Un altro limite alla nozione di "risorsa statale" è da ritrovarsi nella sentenza *Slo-man Neptun*⁸, nella quale C. giust. UE ha affermato che l'esclusione di certe imprese di navigazione dalle disposizioni locali per il lavoro dipendente era intesa «unicamente a modificare, in favore delle imprese di navigazione marittima, le condizioni alle quali vengono costituiti i rapporti contrattuali tra le dette imprese e i loro dipendenti»⁹. La conseguente differenziazione rispetto alle altre imprese nella base di calcolo dei contributi previdenziali, nonché l'eventuale perdita di gettito tributario, dovevano essere considerate "inerenti" al quadro normativo e non costituivano un mezzo per accordare alle imprese interessate un vantaggio determinato.

Sulla stessa linea di *Slo-man Neptun*, nella causa *Kirsammer*, la C. giust. UE ha confermato che il non assoggettamento di certe imprese (le piccole imprese) al regime nazionale di protezione dei lavoratori dal licenziamento abusivo, avente l'effetto di non sottoporre tali imprese alle ritenute destinate a alimentare il fondo per il regime di cassa integrazione, non comportava alcun trasferimento, diretto o indiretto, di risorse statali. Esso costituiva piuttosto «il frutto di una scelta legislativa volta a prevedere una specifica disciplina giuridica dei rapporti fra datori di lavoro e lavoratori nelle piccole imprese e ad evitare che queste ultime siano gravate da

oneri finanziari tali da ostacolarne lo sviluppo»¹⁰.

Per le stesse ragioni, in *Viscido* la C. giust. UE ha precisato che «l'esclusione di una sola impresa dalla normativa generalmente applicata in materia di contratti di lavoro a tempo determinato non dà luogo ad alcun trasferimento, diretto o indiretto, di risorse statali verso tale impresa»¹¹.

Ne segue, quale regola generale, che il mancato introito fiscale derivante dall'applicazione di una determinata misura nazionale, laddove non costituisca la principale finalità ma sia qualificato solo come "conseguenza inerente" alla stessa, non costituisce aiuto di Stato.

Per un lungo periodo vi è stata incertezza circa la natura cumulativa o alternativa del requisito che la misura sia imputabile ad uno Stato e che sia attuata mediante risorse statali. Con la citata sentenza *Slo-man Neptun* la C. giust. UE ha chiarito che «i vantaggi concessi con mezzi diversi dalla risorse statali esulano dall'ambito di applicazione [dell'art. 107 TFUE]». Tale posizione è stata chiaramente ribadita, nonostante la divergente interpretazione data dalla Commissione, nelle successive e già citate sentenze *PreussenElektra* e *Stardust Marine*.

2. *L'attribuzione di un vantaggio economico.* – Le modalità di concessione degli aiuti possono assumere le forme più svariate, e non solo quelle più tradizionale di sovvenzioni non rimborsabili, di sovvenzioni tese a ripianare le perdite, o di prestiti a tasso agevolato.

Uno sgravio fiscale, per esempio, costituisce una perdita per lo Stato, che ha l'effetto di mettere il soggetto al quale si applica in una situazione privilegiata rispetto ad altri contribuenti e quindi costituisce un aiuto. A questo riguardo, si osserva che la perdita di risorse per l'erario nazionale deve essere valutata al momento in cui la misura è concessa: è irrilevante la possibilità che in futuro la per-

⁸ C. giust. UE, 17 marzo 1993, causa C-72/91 e C-73/91, *Slo-man Neptun*, in *Racc.* 1993, p. I-887.

⁹ C. giust. UE, 17 marzo 1993, "*Slo-man Neptun*", cit., punto 21.

¹⁰ C. giust. UE, 30 novembre 1993, causa C-

189/91, *Kirsammer-Hack*, in *Racc.* 1993, p. I-6185, punto 17.

¹¹ C. giust. UE, 7 maggio 1998, cause riunite C-52/97, C-53/97 e C-54/97, *Viscido e altri c. Poste Italiane*, in *Racc.* 1998, p. 5514.

dita erariale iniziale possa essere compensata da gettito fiscale indotto dallo sviluppo di attività economiche risultante dall'incentivo concesso, conducendo ad un aumento netto delle risorse fiscali a favore del tesoro. Quindi, uno Stato membro non può invocare che uno sgravio fiscale non costituisca un aiuto per il semplice fatto che esiste un'aspettativa di recuperare la perdita di risorse erariali¹².

Nel caso di tributi parafiscali¹³, si deve fare una distinzione tra imposizione ed uso degli stessi. L'esenzione dal pagamento di un tributo può, evidentemente, costituire un aiuto di Stato. Parimenti, l'utilizzo di tributi parafiscali a favore di determinati beneficiari può anche costituire aiuto, con la differenza che in quest'ultimo caso è necessario che essi siano concessi «mediante risorse statali»: in *Pearle*¹⁴, per esempio, un'organizzazione di diritto pubblico rappresentativa della categoria degli ottici olandesi, la HBA, aveva imposto ai propri membri il pagamento di un contributo obbligatorio «a destinazione specifica», volto cioè a finanziare una campagna pubblicitaria collettiva a favore delle imprese del settore dell'ottica. Nel determinare se i servizi prestati con le campagne pubblicitarie costituissero aiuti di Stato, la C. giust. UE ha evidenziato che, ancorché la HBA fosse un ente pubblico, non risultava che la campagna pubblicitaria fosse stata finanziata con risorse lasciate a disposizione delle autorità nazionali. Al contrario, i fondi utilizzati dallo HBA ai fini del finanziamento della campagna pubblicitaria in oggetto erano stati raccolti presso gli stessi membri, beneficiari della campagna, mediante i contributi obbligatori di cui sopra. Dal momento che le spese sopportate dall'ente pubblico ai fini della detta campagna erano state interamente compensate dai contributi imposti alle imprese beneficiarie, la C. giust. UE ha ri-

tenuto che l'intervento dello HBA non potesse essere considerato volto alla creazione di un vantaggio, costitutivo di un onere supplementare per lo Stato o per la stessa HBA.

Anche la concessione di benefici "indiretti" può essere ritenuto aiuto di Stato. Nella decisione *Decoder*¹⁵ (confermata sia dal Trib. CE che dalla C. giust. UE), la Commissione ha stabilito che la concessione di incentivi economici in favore di privati cittadini per l'acquisto di decoder televisivi per la ricezione di programmi di TV digitale a pagamento costituiva un aiuto indiretto per gli operatori del mercato della televisione digitale, il cui bacino di utenza veniva ampliato e i profitti aumentati. I problemi associati con l'inclusione di vantaggi indiretti tra gli aiuti di Stato sono evidenti, poiché essi possono risultare estremamente difficili sia da provare che da quantificare, rendendo sempre più labili i confini di applicazione dell'art. 107 TFUE.

Infine, le misure che impongono oneri alle imprese non possono essere considerate aiuti di Stato, se non nel caso in cui specifiche imprese ne siano esentate, poiché in tal caso sarebbe l'esenzione ad essere considerata come aiuto di Stato. Ciò emerge chiaramente dalla sentenza *Ferring*¹⁶. In quel caso, i grossisti distributori del settore farmaceutico in Francia non erano stati assoggettati ad un contributo sulle vendite dirette, destinato a finanziare la Cassa nazionale di assicurazione malattia, che era stata posta unicamente a carico dei laboratori farmaceutici. Premesso che in Francia la distribuzione dei medicinali avviene sia attraverso i grossisti distributori, sia i laboratori farmaceutici che praticano la vendita, e che i due canali sono chiaramente in concorrenza tra loro, la C. giust. UE ha stabilito che il più favorevole trattamento riservato ai grossisti, equivalente ad un'esenzione fi-

¹² Trib. UE, 6 marzo 2002, causa T-92/00 e T-103/00, *Ramondín SA*, in *Racc.* 2002, p. II-1385.

¹³ Quelli, cioè, che pur essendo riscossi dallo Stato sono destinati non a coprire spese d'interesse generale ma a soddisfare fini economici (parafiscalità economica) e fini sociali (parafiscalità sociale) nell'interesse specifico di coloro che li pagano.

¹⁴ C. giust. UE, 15 luglio 2004, causa C-345/02, *Pearle*, in *Racc.* 2004, p. I-7139.

¹⁵ Dec. Comm.UE, 24 gennaio 2007, n. 2007/374/CE, C52/2005, in G.U.C.E. L147, 8 luglio 2007, p. 1.

¹⁶ C. giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.* 2001, p. I-9067.

scales, costituiva un aiuto di Stato idoneo a rafforzare la posizione concorrenziale dei grossisti distributori nei confronti dell'altro canale di distribuzione dei medicinali.

3. *Gli aiuti di stato de minimis*. – La Commissione – inizialmente nella comunicazione relativa agli aiuti *de minimis*¹⁷, successivamente nel Reg. n. 69/01 e più di recente nel Reg. n. 1998/06¹⁸ –, ha chiarito la propria posizione in merito all'applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE agli aiuti d'importanza minore ("*de minimis*").

Tali misure sono state adottate sulla base dell'esperienza acquisita negli anni, da cui è risultato che gli aiuti che non superino, nell'arco di tre anni, la soglia di 200.000 Euro (come da ultimo fissata) non incidono sugli scambi tra Stati membri e/o non falsano né minacciano di falsare la concorrenza, e non rientrano pertanto nel campo di applicazione dell'articolo 107 § 1 TFUE.

Il limite previsto dal Reg. si applica agli aiuti concessi alle imprese di qualsiasi settore, ad eccezione di quelli elencati all'art. 1 § 1 del citato regolamento¹⁹.

La natura *de minimis* di un aiuto è definita solo in base all'ammontare, che non deve superare i 200.000 euro²⁰ nell'arco di tre esercizi finanziari²¹. Tali massimali si applicano, pertanto, a prescindere dalla forma dell'aiuto o dall'obiettivo perseguito ed indipendentemente dal fatto che l'aiuto concesso dallo Stato membro sia finanziato interamente o parzialmente con risorse di origine comunitaria.

¹⁷ G.U. C-68 del 6 marzo 1996, p. 9.

¹⁸ Regolamento 1998/2006/Ce della Commissione, 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore (*de minimis*), in G.U.C.E. L379 del 28 dicembre 2006, p. 5.

¹⁹ Si tratta delle seguenti eccezioni: *a*) aiuti concessi a imprese attive nel settore della pesca e dell'acquacoltura che rientrano nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 104/2000 del Consiglio [10]; *b*) aiuti concessi a imprese attive nel settore della produzione primaria dei prodotti agricoli di cui all'allegato I del trattato; *c*) aiuti concessi in determinate circostanze a imprese attive nella trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli elencati nell'allegato I del trattato; *d*) aiuti ad attività connesse all'esportazione verso paesi terzi o Stati membri, ossia aiuti direttamente collegati ai quantitativi esportati, alla co-

In conformità a quanto previsto anche dal Reg. n. 1628/06 per gli aiuti regionali, ai sensi del considerando 13 solo l'aiuto c.d. "trasparente" è valutabile come *de minimis*.

Si tratta, in sostanza, di misure per le quali è possibile calcolare con precisione l'importo (o il c.d. "equivalente sovvenzione lordo") *ex ante*, senza che sia necessario effettuare un'analisi del rischio. Questo calcolo preciso può essere realizzato, ad esempio, per quanto riguarda le sovvenzioni, i contributi in conto interessi e le esenzioni fiscali limitate. Per contro, gli aiuti concessi sotto forma di conferimenti di capitale non sono considerati come aiuti *de minimis* "trasparenti", a meno che l'importo totale dell'apporto pubblico sia inferiore alla soglia *de minimis*; gli aiuti concessi sotto forma di prestiti sono trattati come aiuti *de minimis* trasparenti se l'equivalente sovvenzione lordo è stato calcolato sulla base dei tassi di interesse praticati sul mercato al momento della concessione²².

Gli aiuti *de minimis* non costituiscono aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 § 1, poiché essi non incidono sugli scambi tra Stati membri e/o non falsano né minacciano di falsare la concorrenza: di conseguenza, non sussiste alcun obbligo di notifica degli stessi, ma essi devono comunque essere concessi nel rispetto di una procedura tesa a garantire il rispetto dei criteri *de minimis*.

A questo proposito, ai sensi dell'art. 3, § 1 e 2 del Reg., gli Stati possono scegliere tra due diversi sistemi: il primo prevede

stituzione e gestione di una rete di distribuzione o ad altre spese correnti connesse con l'attività d'esportazione; *e*) aiuti condizionati all'impiego preferenziale di prodotti interni rispetto ai prodotti d'importazione; *f*) aiuti ad imprese attive nel settore carbonifero ai sensi del regolamento (CE) n. 1407/2002; *g*) aiuti destinati all'acquisto di veicoli per il trasporto di merci su strada da parte di imprese che effettuano trasporto di merci su strada per conto terzi; *h*) aiuti concessi a imprese in difficoltà.

²⁰ Art. 2 § 2. La stessa disposizione prevede che il limite sia di 100.000 EUR per le imprese attive nel settore del trasporto su strada.

²¹ Il periodo viene determinato facendo riferimento agli esercizi finanziari utilizzati dall'impresa nello Stato membro interessato.

²² Si veda a tale proposito l'art. 2 § 4 del regolamento.

che lo Stato che intenda concedere un aiuto *de minimis* informi l'impresa beneficiaria dell'importo potenziale dell'aiuto e dal suo carattere *de minimis*, con esplicito riferimento al Reg. Inoltre, prima di concedere l'aiuto, lo Stato deve richiedere all'impresa interessata una dichiarazione relativa a qualsiasi altro aiuto *de minimis* ricevuto durante i due esercizi finanziari precedenti e nell'esercizio finanziario in corso, al fine di accertare di poter erogare il nuovo aiuto *de minimis*. Si tratta, pertanto, di verificare che il nuovo aiuto non faccia salire l'importo complessivo degli aiuti ricevuti nei due esercizi precedenti al di sopra del tetto massimo. In alternativa, lo Stato può istituire un registro centrale degli aiuti *de minimis*, contenente informazioni complete su tutti gli aiuti *de minimis* concessi.

Gli Stati membri sono tenuti a registrare e riunire tutte le informazioni necessarie ad accertare che le condizioni del Reg. n. 1628/06 siano state soddisfatte. In particolare, i dati riguardanti gli aiuti *de minimis* individuali devono essere conservati per dieci anni dalla data della concessione, ed i dati relativi a un regime di aiuti *de minimis* vengono conservati per dieci esercizi finanziari dalla data in cui è stato concesso l'ultimo aiuto a norma del regime di cui trattasi. Su richiesta scritta, lo Stato membro interessato deve trasmettere alla Commissione, entro 20 giorni lavorativi ovvero entro un termine più lungo fissato nella richiesta, tutte le informazioni che la Commissione ritiene necessarie per accertare se siano state rispettate le condizioni del presente regolamento, con particolare riferimento all'importo complessivo degli aiuti *de minimis* ricevuti dalle singole imprese (art. 3, § 3 del Reg.).

Il Reg. è destinato ad essere valido fino al dicembre 2013. Nel frattempo, nel maggio 2012, la Commissione ha adottato una *Comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di stato dell'UE*²³, volta a delineare una nuova strategia per la realizzazione di tre obiettivi: *i*) promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclu-

siva in un mercato interno competitivo; *ii*) concentrare il controllo *ex ante* della Commissione sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno rafforzando nel contempo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato; *iii*) razionalizzare le norme e accelerare i tempi di decisione. Nell'ambito del perseguimento del secondo obiettivo, la Commissione si propone di procedere ad un'eventuale revisione del regolamento *de minimis*, sulla base di una valutazione d'impatto dettagliata, tenendo conto della situazione in tutti gli Stati membri e nel mercato interno nel suo insieme, nonché delle implicazioni a livello di bilancio di una tale revisione, onde valutare se l'attuale soglia corrisponde ancora alle condizioni di mercato²⁴. Qualora, poi, si decida di aumentare l'entità e la portata di misure di aiuto esentate dall'obbligo di notifica, è evidente che aumenterebbero le responsabilità degli Stati membri nel garantire la corretta applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, in particolare il rispetto *ex ante* delle norme sugli aiuti di Stato delle misure *de minimis*. Ciò significa che gli Stati membri dovranno mettere in opera meccanismi atti ad assicurare una migliore cooperazione con la Commissione in termini non solo di qualità e tempestività della trasmissione di informazioni e della preparazione delle notifiche, ma anche di efficace controllo sulla conformità degli aiuti *de minimis* ai criteri previsti dal diritto dell'Unione²⁵.

III. IL CRITERIO DELLA SELETTIVITÀ

1. *I principi generali.* – La nozione di "selettività" ai sensi dell'art. 107 TFUE si compone essenzialmente di due elementi: il primo è quello geografico, il quale comporta che una misura sia da considerarsi selettiva se le imprese situate in una parte specifica del territorio di uno Stato sono assoggettate ad un trattamento più favorevole rispetto alle imprese situate nel resto del territorio; il secondo è quello materiale, che impone di guardare a tutte le

²³ COM/2012/0209 final.

²⁴ Vd. punto 20.

²⁵ Vd. punto 21.

forme di trattamento differenziato cui possono essere assoggettate le imprese in ragione di un intervento dello Stato. Mentre la giurisprudenza relativa al primo di questi due elementi è più cristallina e consolidata, quella relativa al secondo è più controversa e richiede una trattazione più ampia e dettagliata.

2. *La selettività geografica.* – La recente giurisprudenza ha chiarito la nozione di selettività geografica secondo i criteri qui di seguito descritti²⁶.

In sostanza, vi sono tre situazioni in cui può porsi la questione della qualificazione di aiuto di una misura volta a beneficiare imprese situate in un'area limitata geograficamente all'interno di uno Stato.

In un primo caso, se il governo centrale di uno Stato decide unilateralmente di adottare una misura, quale per esempio un'agevolazione fiscale, limitandone la portata con riguardo ad un'area geografica che non rappresenta l'intero Stato, ma solo una parte del suo territorio, tale misura sarà per sua natura selettiva.

La seconda situazione riflette un modello di ripartizione delle competenze in materia fiscale in cui tutti gli enti territoriali dello stesso livello (Regioni, Comuni o altri) possono liberamente adottare, nel limite delle competenze di cui dispongono, misure per le imprese (quali ad esempio l'aliquota d'imposta applicabile) nel territorio di loro competenza. Una misura adottata da un ente territoriale in questa seconda situazione non è selettiva, poiché non risulta possibile individuare un "modello" (nel nostro esempio, un livello impositivo) a livello centrale che possa rappresentare il parametro di riferimento.

In una terza situazione, un ente regionale o territoriale, nell'esercizio di poteri sufficientemente autonomi rispetto al potere centrale, introduce misure a beneficio unicamente alle imprese situate all'interno del territorio di sua competenza (p. es. stabilisce un'aliquota fiscale inferiore a quella nazionale).

Quest'ultimo scenario apre la strada a valutazioni più complesse: il contesto giuridico rilevante per valutare la selettività di una misura fiscale potrebbe limitarsi all'area geografica interessata dal provvedimento qualora l'ente territoriale, segnatamente in virtù del suo statuto e dei suoi poteri, ricopra un ruolo determinante nella definizione del contesto politico ed economico in cui operano le imprese presenti nel territorio di sua competenza. Affinché, pertanto, una decisione presa in simili circostanze possa essere considerata come adottata nell'esercizio di poteri sufficientemente autonomi, è innanzitutto necessario che tale decisione sia stata adottata da un'autorità regionale o territoriale dotata, sul piano costituzionale, di uno statuto politico e amministrativo distinto da quello del governo centrale. Inoltre, la decisione in questione deve essere stata presa senza possibilità di un intervento diretto da parte del governo centrale in merito al suo contenuto. A questo proposito si osserva che l'obbligo, per un ente infra-statale, di prendere in considerazione l'interesse dello Stato al fine di rispettare i limiti delle competenze attribuite al medesimo ente non costituisce, in linea di principio, un elemento che lede l'autonomia procedurale di quest'ultimo, allorché esso adotta una decisione nei limiti di tali competenze; d'altro canto, l'autonomia procedurale non esclude che, allo scopo di prevenire i conflitti, venga istituito un procedimento di concertazione, sempreché la decisione finale presa in esito a tale procedimento sia adottata dall'ente infra-statale e non dal governo centrale.

Infine, perché una misura applicabile alle imprese presenti nella regione non presenti il carattere di selettività geografica, è necessario che le conseguenze economiche della stessa non siano compensate da sovvenzioni o contributi provenienti da altre Regioni o dal governo centrale; tuttavia, il semplice fatto che da una valutazione complessiva dei rapporti finanziari tra lo Stato centrale ed i suoi enti

²⁶ Si vedano in particolare: C. giust. UE, 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione (Azzorre)*, in *Racc.* 2006 p. I-7115; C. giust. UE, 11 settembre 2008, cause riunite C-428/06 a

C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja*, in *Racc.* 2008, p. I-6747; C. giust. UE, 10 settembre 2009, causa T-75/03, *Banco Comercial dos Açores c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-143.

infra-statali risulti che sussistono trasferimenti finanziari dal suddetto Stato verso questi ultimi non può, in quanto tale, essere sufficiente a dimostrare che tali enti non si assumono le conseguenze economiche delle misure da essi adottate e che, pertanto, non godono di un'autonomia finanziaria, dato che siffatti trasferimenti possono spiegarsi con motivi che non presentano alcun legame con le suddette misure fiscali²⁷.

3. *La selettività materiale: principi guida.* – La metodologia utile a determinare se una misura abbia carattere generale o specifico si articola in due fasi. La prima fase consiste nel dimostrare (con onere della prova a carico della Commissione) che la misura ha carattere *prima facie* selettivo, favorendo essa talune imprese o talune produzioni. La seconda fase (con onere della prova a carico dello Stato membro) consiste nel verificare se l'apparente selettività possa essere giustificata dalla natura o dallo schema generale del sistema.

A grandi linee, l'analisi del carattere selettivo di una misura statale a norma dell'art. 107 § 1 TFUE è analoga ad un tradizionale controllo di non-discriminazione: ogni differenza tra imprese e settori economici che si trovino in situazioni giuridiche e fattuali comparabili deve essere giustificata in maniera obiettiva e non può spingersi oltre quanto sia attribuibile alla differenza di circostanze che giustifica l'applicazione di differenti regimi. Nella causa *Ferring*, la C. giust. UE ha infatti stabilito che la circostanza per la quale certe imprese sono trattate in maniera differenziata da una misura statale non implica automaticamente che la misura conceda un vantaggio selettivo a norma dell'art. 107 § 1, poiché non sussiste alcun vantaggio quando la differenza di trattamento sia «giustificata da ragioni inerenti la logica del sistema»²⁸.

L'esistenza di un vantaggio per talune

imprese o produzioni e la sua natura selettiva sono spesso presentati, nella letteratura accademica, come due condizioni che meritano separata analisi; di fatto, però, il criterio della selettività in numerosi casi non viene nemmeno citato tra i requisiti che devono essere soddisfatti perché sussista un "aiuto di Stato"²⁹. Ciò pare avvenire soprattutto nel contesto di casi in cui il beneficiario dell'aiuto è chiaramente identificabile in quanto, per esempio, destinatario di aiuti destinati a coprire le spese di fornitura di un servizio pubblico: in tali circostanze, è evidente che la questione chiave è unicamente quella di definire se l'aiuto costituisca un vantaggio per l'impresa ed il requisito della selettività potrebbe considerarsi automaticamente soddisfatto.

In casi, invece, in cui la misura non abbia destinatari evidentemente identificabili, il giudice comunitario vaglia con attenzione anche la sussistenza del requisito della selettività.

4. *Valutazione prima facie del carattere selettivo.* – Secondo la giurisprudenza delle Corti, vengono in rilievo in questa prima fase tre elementi: la definizione di un contesto di riferimento, l'identificazione di un gruppo imprese che potrebbero essere considerate in una situazione giuridica e fattuale simile, e, infine, la valutazione se la misura crei un trattamento differenziato tra queste ultime e le imprese beneficiarie.

La determinazione del contesto di riferimento assume un'importanza maggiore nel caso di misure fiscali, dal momento che l'esistenza stessa di un vantaggio può essere accertata solo rispetto a un livello di tassazione definito "normale": in questi casi, il carattere *prima facie* selettivo di una misura a viene facilmente dedotto dalla sussistenza, nella misura in esame, di una "deroga" (per esempio, un'esenzione) rispetto ad uno schema generale³⁰.

L'importanza del contesto di riferi-

²⁷ C. giust. UE, 11 settembre 2008, "Unión General de Trabajadores de La Rioja", cit., punto 135.

²⁸ C. giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.* 2001, p. I-9067, punto 17.

²⁹ C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, in *Racc.* 2003, p. I-7747, punto 75, e

C. giust. UE, 3 marzo 2005, causa C-172/03, *Heiser*, in *Racc.* 2007, p. I-1627, punto 27.

³⁰ C. giust. UE, 17 giugno 1999 in causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-3671, punti 32-34.

mento può avere come conseguenza negativa di rendere la valutazione di selettività più difficile, allorché la misura in esame non possa, o possa solo con difficoltà, essere rapportata ad un contesto di riferimento più ampio.

Nel caso *Gibilterra*, ad esempio, il Trib. UE³¹ aveva chiarito che, per considerare una misura fiscale selettiva, è necessario preliminarmente identificare ed esaminare il regime “comune” o “normale” nel sistema fiscale applicabile nell’area geografica di riferimento. Il Trib. UE aveva ritenuto che, omettendo di procedere a tale esame, la Commissione non avesse chiarito in che modo certi elementi del sistema fiscale notificato costituivano deroghe ed esso era, pertanto, da considerarsi selettivo.

Da tale decisione si dedurrebbe che l’identificazione di un contesto di riferimento sia un passo necessario ai fini della valutazione di selettività: successivamente, però, nello stesso caso *Gibilterra*³², la C. giust. UE ha respinto tale posizione. Pur ammettendo che, secondo la propria giurisprudenza, la determinazione del contesto di riferimento assume un’importanza maggiore nel caso delle misure fiscali, dal momento che l’esistenza stessa di un vantaggio può essere accertata solo rispetto a un livello di tassazione definito “normale” la C. giust. UE ha sostenuto che, contrariamente al ragionamento del Trib. UE, tale giurisprudenza non fa dipendere la qualificazione di un sistema fiscale come “selettivo” dal fatto che quest’ultimo sia concepito in maniera che le imprese che beneficiano eventualmente di un vantaggio siano, in generale, assoggettate agli stessi oneri fiscali delle altre imprese, ma godano di deroghe – di guisa, cioè, che il vantaggio selettivo possa essere identificato come la differenza tra l’onere fiscale normale e quello sopportato da tali prime imprese. Infatti, un tale modo di comprendere il criterio di selettività presupporrebbe che un regime fiscale, per poter essere qualificato come se-

lettivo, sia concepito secondo una determinata tecnica regolamentare, con la conseguenza che talune norme tributarie nazionali sfuggirebbero immediatamente al controllo in materia di aiuti di Stato per il solo fatto di rientrare in un’altra tecnica regolamentare, benché produttive, in diritto e/o di fatto, dei medesimi effetti. Così sarebbe, ad esempio, nel caso di un sistema fiscale che, anziché prevedere regole generali per la totalità delle imprese, alle quali derogare a favore di talune di esse, conduca ad un risultato identico rettificando e combinando le norme tributarie in maniera che la loro stessa applicazione porti a una pressione fiscale differenziata per le diverse imprese.

In mancanza di alternative, pertanto, il contesto di riferimento può in taluni casi essere costituito dalla stessa misura in esame. Nel caso *Gibilterra*, la C. giust. UE ha concluso che il sistema fiscale proposto – un’imposizione che era modulata in funzione del numero di dipendenti e delle dimensioni degli immobili commerciali occupati – ancorché fondato su criteri in sé generali, operava di fatto una discriminazione tra società, escludendo a priori da qualsivoglia imposizione le società “offshore”, in quanto queste ultime non avevano dipendenti né occupavano immobili commerciali.

D’altro canto, secondo la sentenza *Gibilterra* occorre tenere presente che una pressione fiscale differente, risultante dall’applicazione di un regime fiscale “generale”, non può essere sufficiente, in sé, a dimostrare la selettività di un’imposizione ai fini dell’art. 107 TFUE; infatti, per poter essere ritenuti costituire vantaggi selettivi, i criteri d’imposizione prescelti da un regime fiscale devono essere anche idonei a caratterizzare le imprese beneficiarie in virtù delle proprietà loro peculiari quale categoria privilegiata, così da potersi concludere che tale regime favorisce “talune” imprese o “talune” produzioni. Nel caso in esame, tuttavia, la circostanza che le società “offshore” non fos-

³¹ Trib. UE, 18 dicembre 2008, cause riunite T-211/04 e T-215/04, *Gibilterra*, in *Racc.* 2008, p. II-3645.

³² C. giust. UE, 15 novembre 2011, causa C-106/09, *Gibilterra*, non ancora pubblicata.

sero tassate non poteva essere ritenuta dalla C. giust. UE una conseguenza casuale del regime in esame, bensì il risultato ineluttabile del fatto che i criteri d'imposizione erano concepiti precisamente in modo che le società "offshore", le quali per loro natura non hanno dipendenti né occupano immobili commerciali, non avessero di cosa essere tassate.

Da tutto ciò si deduce che la circostanza che il fatto che non vi sia una chiara deroga od eccezione ad uno schema impositivo non deve necessariamente portare alla conclusione che la misura in esame ha carattere generale, ma soltanto alla considerazione che lo *standard* nei confronti del quale l'esistenza di un trattamento differente dovrebbe essere comparato è costituito dalla misura stessa.

In questa fase entra dunque in gioco la valutazione dell'obbiettivo perseguito dalla misura in esame: esso aiuta infatti a delimitare il gruppo di imprese il cui trattamento dovrebbe essere tenuto in considerazione quando si esaminano gli effetti della misura. Nel caso di Gibilterra, poiché l'obbiettivo della misura era di introdurre un sistema generale di tassazione per tutte le imprese stabilite a Gibilterra, il gruppo di imprese il cui trattamento era da tenere in considerazione per stabilire la selettività era costituito da tutte le imprese ivi stabilite.

L'obbiettivo perseguito dalla misura in esame assume un ruolo più ambiguo nella sentenza del Trib. Ue *British Aggregates*³³, relativa ad una ecotassa imposta sui materiali granulosi utilizzati in edilizia (gli "aggregati"), che prevedeva un'esenzione in favore di quelli che derivavano da sottoprodotti o scarti di altri processi di lavorazione ("aggregati secondari") nonché quelli riciclati.

La Commissione aveva ritenuto che l'ambito di applicazione dell'esenzione fosse giustificato dalla logica e dalla natura del regime fiscale introdotto dal Regno Unito, che perseguiva alcuni obiettivi di natura ambientale.

Nel concordare con le valutazioni della Commissione, il Trib. UE osservava

che, in mancanza di armonizzazione a livello comunitario, gli Stati Membri sono legittimati ad istituire ecotasse settoriali, al fine di raggiungere taluni obiettivi ambientali, ed, in particolare, di definire le loro priorità in materia di tutela ambientale e di determinare di conseguenza i beni o servizi che decidono di assoggettare ad un'ecotassa. Ne deriverebbe, in linea di principio, «che la sola circostanza che un'ecotassa costituisca una misura circoscritta, che ha ad oggetto alcuni beni o servizi specifici e non è riconducibile ad un sistema generale di tassazione applicabile all'insieme delle attività analoghe che esercitano un impatto comparabile sull'ambiente, non permette di ritenere che le attività analoghe, non assoggettate a tale ecotassa, beneficino di un vantaggio selettivo».

Tale argomentazione si distacca notevolmente dal *test* in tre fasi precedentemente elaborato dalla C. giust. UE, nella misura in cui la valutazione della natura selettiva o meno di una misura si risolve, di fatto, in una valutazione di legittimità o meno dell'obbiettivo che essa persegue.

La C. giust. UE ha successivamente annullato la sentenza del Trib. UE, chiarendo preliminarmente che l'art. 107 § 1 TFUE «non distingue a seconda delle cause o degli obiettivi di una misura statale, ma definisce tale misura in funzione dei suoi effetti (...). Il Trib. Ue ha violato l'art. [107 § 1 TFUE] affermando (...) che gli Stati membri sono liberi, nell'ambito di una ponderazione dei diversi interessi in gioco, di definire le loro priorità in materia di tutela ambientale e di determinare di conseguenza i beni o servizi che decidono di assoggettare ad un'ecotassa, ragion per cui la circostanza che un'ecotassa non sia applicabile all'insieme delle attività analoghe che esercitano un impatto comparabile sull'ambiente non permette di ritenere che le attività analoghe, non assoggettate a tale ecotassa, beneficino di un vantaggio selettivo. (...) Tale approccio, basato unicamente sulla considerazione dell'obbiettivo ambientale perseguito, esclude a priori la possibilità di

³³ Trib. UE, 13 settembre 2006, causa T-210/02, *British Aggregates*, in *Racc.* 2006, p. II-789.

qualificare “vantaggio selettivo” il fatto che operatori che si trovano in situazioni analoghe rispetto all’obiettivo non vengano assoggettati alla tassa, e ciò a prescindere dagli effetti della misura fiscale in questione, sebbene l’art. [107 § 1 TFUE] non distingua a seconda delle cause o degli obiettivi di una misura statale, ma definisca tale misura in funzione dei suoi effetti»³⁴.

La C. giust. UE ha pertanto rinviato la causa al Trib. UE, che nel 2012³⁵, sulla base dei principi enunciati dalla stessa, ha ritenuto che la misura in esame avesse natura selettiva e costituisse, pertanto, un aiuto di Stato. In particolare, il Trib. UE ha richiamato la necessità di definire in primo luogo il sistema di riferimento, cioè il principio di tassazione normale che sottostà alla misura in esame. Nel caso di specie, il regime normale di tassazione che costituiva il quadro di riferimento riposava solo sulla nozione dello sfruttamento commerciale di un materiale assoggettato in quanto «aggregato», indipendentemente dalle proprietà fisico-chimiche della composizione, della taglia o del valore commerciale dei materiali di cui esso può essere composto. Passando a valutare la comparabilità delle situazioni in questione, il Trib. UE ha ritenuto di non poter ignorare l’obiettivo ambientale perseguito dalla misura in esame «dal momento che gli elementi che caratterizzano situazioni differenti e quindi il loro carattere comparabile debbono in particolare essere determinati e valutati alla luce dell’obiettivo e dello scopo dell’atto che istituisce la distinzione di cui trattasi nonché di principi e obiettivi del settore nel quale rientra tale atto»³⁶. Con riferimento, pertanto, all’obiettivo perseguito, il Trib. UE ha ritenuto che, nei fatti, taluni materiali esentati si trovassero in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella di altri materiali assoggettati alla tassa: ciò integrava una differenziazione

fiscale idonea a produrre l’esistenza di vantaggi selettivi.

Il Trib. UE, infine, ha esaminato la possibilità che tale differenziazione fiscale potesse essere giustificata dalla natura e dall’economia del sistema fiscale istituito dalla misura in esame, concludendo che, nel caso di specie, essa non lo era.

Simili questioni caratterizzano il successivo caso *Ossidi d’azoto (NOx)*³⁷. Il Trib. UE aveva stabilito che un sistema di scambio di diritti di emissione per gli ossidi d’azoto comunicato dall’Olanda, che consentiva ad alcune imprese di comprare o vendere diritti di emissione non era selettivo sulla base del fatto che le imprese che potevano fruire di tale possibilità erano in una situazione, di fatto e di diritto, diversa dalle altre imprese, che invece erano assoggettate ad un obbligo *tout court* di ridurre le proprie emissioni. La misura controversa si applicava a tutti gli impianti industriali aventi dimensioni superiori ad una determinata soglia (di fatto, in Olanda operavano circa 250 imprese, parti di grandi gruppi industriali, aventi tali caratteristiche) che di fatto, costituivano, secondo il Trib. UE, un gruppo diversificato di imprese: siccome la misura controversa riguarda le imprese più inquinanti, l’Olanda aveva adottato un criterio di selezione oggettivo, conforme allo scopo perseguito, vale a dire la tutela dell’ambiente, e alla logica interna del sistema.

La C. giust. UE, d’altro canto, ha iniziato la propria analisi chiarendo che la natura di aiuto di una misura viene determinata sulla base dei suoi effetti, e non della tecnica legislativa adottata. La circostanza, poi, che il numero di imprese che possono aspirare al beneficio di una misura sia assai rilevante, o che tali imprese appartengano a settori di attività diversi, non è sufficiente per far venir meno il carattere selettivo della misura medesima e,

³⁴ C. giust. UE, 22 dicembre 2008, C-487/06 *British Aggregates*, in *Racc.* 2008 p. I-10515, punti 85-87.

³⁵ Trib. UE, 7 marzo 2012, causa T-210/02 *British Aggregates (2)*, non ancora pubblicata.

³⁶ Trib. UE, 7 marzo 2012, *British Aggregates (2)*, punto 68.

³⁷ Trib. UE, 10 aprile 2008, causa T-233/04, *Olanda c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-591 e C. giust. UE, 8 settembre 2011, causa C-279/08, *Commissione c. Olanda*, non ancora pubblicata.

quindi, per escludere la sua qualificazione come aiuto di Stato. Nel caso, poi, in cui la misura esaminata sia retta da criteri oggettivi di applicazione orizzontale, neppure tale circostanza rimette in discussione il suo carattere selettivo, perché sarebbe solo idonea a dimostrare che gli aiuti controversi rientrano in un regime di aiuti e non di un aiuto individuale.

Tutto ciò premesso, la C. giust. UE ha considerato che ciascuna impresa le cui attività producano emissioni di ossido d'azoto debbano conformarsi agli obblighi in materia di limitazione o di riduzione di tali emissioni; però, al fine di ottemperare agli obblighi che così incombono loro in forza della normativa nazionale, soltanto le imprese rientranti nella misura controversa dispongono delle possibilità di scambio oggetto di esame, il che costituisce per esse un vantaggio di cui altre imprese che si trovano in analoga situazione non beneficiano. Tale constatazione, per la C. giust. UE, è stata sufficiente a stabilire che la misura controversa introduce una differenziazione tra imprese in situazione analoga.

La differenza tra la decisione del Trib. UE e della C. giust. UE risiede nel criterio usato per circoscrivere l'ambito di applicazione della misura: il Trib. UE ha fatto riferimento alla quantità di ossidi, stabilendo che «considerazioni di carattere ecologico giustificano la distinzione tra le imprese che emettono elevate quantità di NOx e le altre imprese»³⁸; pertanto, la limitazione delle imprese beneficiarie dell'agevolazione era fatta secondo criteri oggettivi, in conformità all'obiettivo della misura, cioè la tutela dell'ambiente. In contrasto, come nel caso *British Aggregates*, la C. giust. UE ha ritenuto che considerazioni di carattere ambientale non sono determinanti al momento di stabilire se una misura costituisca aiuto di Stato, ma piuttosto al fine di valutarne la compatibilità con il mercato comune ai sensi dell'art. 107 § 3: «le considerevoli emissioni di NOx delle imprese rientranti nella misura controversa e il parametro specifico di riduzione che su tali imprese

grava non sono sufficienti a sottrarre tale misura alla qualificazione come misure selettive (...). Infatti, (...) una siffatta differenziazione tra le imprese, fondata su un criterio quantitativo, cioè il criterio della capacità termica totale installata (...), non può considerarsi inerente ad un sistema inteso a ridurre l'inquinamento di origine industriale e, quindi, giustificata soltanto da considerazioni di ordine ecologico»³⁹.

La sentenza chiarisce pertanto che anche differenziazioni effettuate sulla base di criteri oggettivi e ragionevoli può creare selettività: in questo caso, solo la imprese più inquinanti beneficiavano dello scambio, imprese che avrebbero avuto più difficoltà a ridurre le emissioni e che, pertanto, avrebbero avuto più bisogno di un sistema di scambio.

5. *Giustificazione del vantaggio accordato alla luce della natura e struttura del sistema fiscale di riferimento.* – Occorre infine rammentare che la verifica del carattere selettivo di un vantaggio accordato attraverso il sistema fiscale include l'esame della possibile giustificazione del vantaggio accordato alla luce della natura e struttura del sistema fiscale di riferimento. Tale giustificazione, che spetta allo Stato membro fornire, può escludere la natura selettiva e quindi non rendere applicabili le norme in materia di aiuti di Stato alle misure fiscali.

Benché in questa fase sia importante, per lo Stato interessato, evidenziare l'obiettivo perseguito dalla misura, raramente vengono addotte circostanze di fatto atte a provare l'idoneità della misura controversa a raggiungere tale scopo.

Un lucido esempio si ritrova nella citata sentenza *Ossidi d'Azoto*. In questo caso, la Corte ha vagliato la possibilità che, nonostante la misura fosse *prima facie* selettiva, la limitazione del beneficio ad alcune imprese potesse essere giustificata dalle loro rilevanti emissioni di NOx e del proporzionale parametro di riduzione che gravava su di esse. Di fatto, però, pur accettando in linea di principio che consi-

³⁸ C. giust. UE, 8 settembre 2011, *Commissione c. Olanda*, cit., punto 99.

³⁹ C. giust. UE, 8 settembre 2011, *Commissione c. Olanda*, cit., punto 76.

derazioni di carattere ambientale potessero rilevare ai fini della valutazione della giustificabilità delle agevolazioni in questione, essa ha concluso che la distinzione tra impianti più o meno inquinanti non potesse considerarsi “inerente” ad un regime diretto a ridurre l’inquinamento di origine industriale e pertanto necessariamente giustificato dal suo obiettivo ambientale. Dal punto di vista dell’impatto ambientale, ogni emissione di NOx deve essere ritenuta nociva, indipendentemente dalle dimensioni dell’impianto da cui proviene: pertanto, una differenziazione tra imprese fondata unicamente su un criterio quantitativo del tipo di quello applicato dalla misura esaminata non può considerarsi di per sé giustificabile anche alla luce dell’obbiettivo di tutela ambientale che essa persegue.

Occorre inoltre osservare che, una volta accolta, come ha fatto la C. giust. UE, una forma di valutazione della selettività basata sugli “effetti”, diventa difficile per gli Stati membri legittimare una misura alla luce della natura e della logica del sistema: ciò è confermato dal fatto che la C. giust. UE ha accettato in rarissimi casi tale giustificazione. Uno tra i pochi esempi è costituito dalla sentenza *GIL Insurance*⁴⁰, pronunciata relativamente ad una controversia riguardante la riscossione, sui contratti di assicurazione relativi agli elettrodomestici, ai viaggi e alle automobili nel Regno Unito, di un’imposta sui premi assicurativi (“*IPT, Insurance Premium Tax*”) ad un’aliquota più elevata rispetto a quella applicabile agli altri premi assicurativi (aliquota base). L’obiettivo di una tale differenziazione era di frenare la tendenza consistente, in particolare per i fornitori di elettrodomestici, nel sostituire progressivamente i contratti di servizi di riparazione e di manutenzione degli elettrodomestici dati in locazione o messi in vendita, assoggettati all’IVA all’aliquota base del 17,5%, con contratti di assicurazione accessori ai contratti di locazione o di vendita, al fine di usufruire

dell’esenzione dall’IVA di cui beneficiavano le operazioni di assicurazione. L’aliquota, pertanto, risultava essere stata infatti introdotta per lottare contro comportamenti intesi a trarre profitto dalla disparità tra l’aliquota base dell’*IPT* e quella dell’IVA, che erano all’origine di un mancato guadagno in termini di entrate: l’aliquota più elevata dell’*IPT* appariva dunque come un prelievo regolatore inteso a dissuadere specificamente la conclusione dei contratti di assicurazione collegati. Alla luce di queste considerazioni, la C. giust. UE ha ritenuto che l’applicazione dell’aliquota più elevata dell’*IPT* ad una parte determinata dei contratti di assicurazione doveva essere considerata giustificata dalla natura e dalla struttura del sistema nazionale di imposizione delle assicurazioni.

Né questa, né le poche altre sentenze⁴¹ in cui la C. giust. UE ha accettato argomentazioni fondate sulla “natura e struttura logica del sistema”, paiono enunciare regole in qualche modo generalizzabili: l’applicazione di tale criterio resta pertanto piuttosto casuale e scarsamente sistematizzata.

IV. L’ALTERAZIONE DELLA CONCORRENZA ED IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO DEGLI STATI MEMBRI

1. *La nozione generale.* – Le due condizioni previste dall’art. 107 § 1 – cioè la distorsione della concorrenza e il pregiudizio al commercio comunitario – appaiono, sulla base della formulazione della relativa disposizione, come formalmente separate; di fatto, esse sono strettamente collegate tra loro al punto che, fin dall’inizio degli anni 80, la C. giust. UE le ha considerate congiuntamente ed ha stabilito, con succinti ragionamenti, che l’aiuto che rafforzi la posizione di un’impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari è già di per sé una circostanza tale da consentire alla Commissione di ritenere che esso sia

⁴⁰ C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-308/01, *GIL Insurance Ltd e altri contro Commissioners of Customs & Excise*, in *Racc.* 2004, p. I-4777.

⁴¹ Vd. anche le sentenze C. giust. UE, 14 aprile

2005, causa C-128/03, *AEM*, in *Racc.* 2005, p. I-2861 e C. giust. UE, 9 dicembre 1997, causa C-353/95, *Ladbroke Racing*, in *Racc.* 1997, p. I-7007.

«tale da incidere sugli scambi tra stati membri e minacci di falsare la concorrenza tra le imprese nei diversi stati membri»⁴².

Successivamente, nella sentenza *Alzetta*, il Trib. CE ha ribadito che «allorché un aiuto finanziario concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto»⁴³.

Come per gli articoli 101 e 102 TFUE, anche le distorsioni di concorrenza potenziali sono sufficienti ad integrare il divieto di cui all'art. 107 TFUE, mentre solo qualora i vantaggi statali vengano accordati a favore di imprese che non operano su mercati aperti alla concorrenza, il divieto diviene inapplicabile, ma solo per il tempo durante il quale la concorrenza non opera in tali mercati. Infatti, una misura statale dichiarata non rientrare nel campo di applicazione dell'art. 107 TFUE, perché intesa come operante in un mercato inizialmente chiuso alla concorrenza, deve, quando il mercato è successivamente liberalizzato, essere soggetta a un nuovo esame come aiuto esistente, poiché il requisito dell'effetto sulla concorrenza e le ripercussioni in termine di alterazione degli scambi divengono applicabili a tutti i settori che sono aperti alla concorrenza⁴⁴.

A differenza di quanto avviene in materia di posizione dominante e di controllo delle concentrazioni, la definizione del mercato rilevante nella valutazione di un aiuto non poggia su approfondite analisi di mercato, tanto che la Commissione stessa ha affermato che «l'analisi si incentra sul beneficiario dell'aiuto e sull'industria o sul settore in cui questi opera piuttosto che sull'individuazione dei vincoli concorrenziali ai quali il beneficiario dell'aiuto è soggetto»⁴⁵. Tale approccio è giu-

ustificato anche da ragioni di carattere pratico: infatti, quando l'aiuto è concesso individualmente ad un'impresa che produce o vende un solo prodotto, la determinazione del mercato rilevante è indubbiamente possibile; allorché, però, l'aiuto è concesso a numerose imprese o a gruppi di imprese, in molti casi diventa impossibile individuare ed analizzare su quali mercati rilevanti esse siano attive. Le corti comunitarie hanno pertanto avalato, nella maggioranza dei casi, un'identificazione molto sommaria del mercato rilevante anche se si registrano casi in cui è stato posto l'accento sull'importanza della definizione del mercato anche in materia di aiuti di Stato⁴⁶.

2. *L'alterazione della concorrenza.* – Circa la condizione per la quale un aiuto debba falsare la concorrenza, occorre notare che l'alterazione della concorrenza può manifestarsi sia nei rapporti fra produttori nazionali, sia nei rapporti fra questi e i loro concorrenti negli altri Stati membri. Per stabilire se la concorrenza è falsata, bisogna infatti tener conto della concorrenza potenziale e non solamente di quella attuale: sulla base dello stesso principio, un aiuto può essere vietato se rende più difficile la creazione di imprese che sarebbero nate in sua assenza. Anche la concorrenza di sostituzione deve essere presa in esame: un aiuto alla produzione di tessuti naturali, per es., può ostacolare lo sviluppo di tessuti artificiali. Infine non è necessario provare che la concorrenza, attuale o potenziale, sia effettivamente falsata, bastando che di ciò esista una minaccia seria⁴⁷.

La Commissione, come anticipato, non è obbligata a condurre un'analisi economica dettagliata delle condizioni concorrenziali del mercato e la possibilità che queste vengano alterate. Tale requi-

⁴² C. giust. UE, 17 settembre 1980, in causa 730/79, *Philip Morris*, in *Racc.* 1980, p. 2671, punti 11 e 12.

⁴³ Trib. UE, 15 giugno 2000, in causa T-313/97, *Alzetta*, in *Racc.* 2000, p. II-2319, punti 80-81.

⁴⁴ Trib. UE, 15 giugno 2000, *Alzetta*, cit.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di con-

correnza G.U.C.E. C372, 9 dicembre 1997, p. 5, nota 1.

⁴⁶ Trib. UE, 28 febbraio 2002 causa T-155/98, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-1179, punto 71, e 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *Le Levant c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-267, punti 123-124.

⁴⁷ Trib. UE, 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3207.

sito viene pertanto ad essere presunto, nel momento in cui si sia dimostrato che vi sia un pregiudizio agli scambi intracomunitari⁴⁸.

In linea di massima, la C. giust. UE ha accettato analisi basate sul criterio della “plausibilità” come sufficienti a dimostrare la sussistenza di un’alterazione: per esempio, la concessione di un aiuto in un settore caratterizzato da intensa concorrenza porta ad una inevitabile distorsione (quantomeno potenziale), a prescindere dalle dimensioni del beneficio concesso: «se il vantaggio è ridotto, la concorrenza è falsata in maniera ridotta, ma essa è nondimeno falsata»⁴⁹; anche le modeste dimensioni dell’impresa beneficiaria sono ininfluenti ai fini della qualificazione della misura. Lo stesso vale per gli aiuti concessi in mercati dove esistono sovraccapacità produttive: qualsiasi aiuto è idoneo a incidere sugli scambi degli Stati membri e falsare la concorrenza, in quanto la conservazione dell’impresa beneficiaria sul mercato impedisce ai concorrenti di accrescere la loro quota di mercato attraverso un aumento delle esportazioni, e questo anche se la quota di mercato nazionale della beneficiaria è minoritaria⁵⁰.

Più di recente, il Trib. UE ha espressamente ribadito che «qualsiasi aiuto concesso ad un’impresa che eserciti le sue attività sul mercato comunitario è idoneo a causare distorsioni di concorrenza e ad incidere sugli scambi fra Stati membri»⁵¹.

La sentenza *Hotel Cipriani*⁵², nell’esulare dalla sopra descritta casistica relativa alla prova, ha introdotto una distinzione in funzione della natura, più o meno generale, delle misure di aiuto. Secondo il

Trib. UE, per quanto concerne gli aiuti individuali, è necessario verificare se la motivazione della decisione impugnata si basi su elementi concreti per dimostrare che il provvedimento esaminato possa incidere sugli scambi intracomunitari e sulla concorrenza, quali, in particolare, la dimensione dell’impresa beneficiaria, le sue attività di esportazione, l’importo dell’aiuto: si richiederebbe pertanto alla Commissione un’analisi economica concreta della situazione del mercato⁵³. In sede di esame dei regimi settoriali di aiuto, la Commissione non può nemmeno limitarsi a un’analisi in astratto, ma deve basarsi su elementi concreti, relativi, per esempio, alle caratteristiche del regime di aiuti o del mercato interessato, per valutare l’incidenza dell’aiuto⁵⁴. Viceversa, per quanto concerne i regimi multisettoriali di aiuto, dalla giurisprudenza si evince che la Commissione può limitarsi a studiare le caratteristiche del programma in questione onde stabilire se, a causa degli importi o delle percentuali elevate degli aiuti, delle caratteristiche degli investimenti sostenuti o di altre modalità previste dal programma, quest’ultimo dia un notevole vantaggio ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti e sia tale da favorire essenzialmente le imprese che partecipano agli scambi fra Stati membri⁵⁵. Di fatto, nel delineare questa sistematizzazione, il Trib. UE pare aver interpretato, in maniera eccessivamente libera, alcuni precedenti relativi ad aiuti individuali, quali le sentenze *Bremer Vulkan*⁵⁶ e *Le Levant*⁵⁷, in cui non veniva richiesta alla Commissione una dettagliata analisi di mercato, ma veniva semplicemente messa

⁴⁸ C. giust. UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione* (“*Tubemeuse*”), *Racc.* 1990, I-959.

⁴⁹ Trib. UE, 30 aprile causa T-214/95, *Vlaams Gewest c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-717, punto 46.

⁵⁰ C. giust. UE, 21 marzo 1991, C-305/89, *Alfa Romeo*, in *Racc.* 1991, p. I-1603.

⁵¹ Trib. UE, 11 giugno 2009, causa T-222/04, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-1877.

⁵² Trib. UE, 28 novembre 2008, causa T-254/00, *Hotel Cipriani*, in *Racc.* 2008 p. II-3269.

⁵³ Trib. UE, 22 febbraio 2006, *Le Levant c. Commissione*, cit., punti 123 e 124.

⁵⁴ C. giust. UE, 19 ottobre 2000, cause riunite

C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-8855, punto 69, con la quale la C. giust. UE, ha annullato la decisione impugnata per insufficienza di motivazione, poiché la Commissione aveva omesso di prendere in considerazione la mancata liberalizzazione del settore interessato del cabotaggio con le isole del Mediterraneo, all’epoca dei fatti rilevanti.

⁵⁵ C. giust. UE, 14 ottobre 1987, *Germania c. Commissione*, causa 208/85 in *Racc.* 1987, p. 4013, punto 18.

⁵⁶ C. giust. UE, 24 ottobre 1996, C-329/93 *Bremer Vulkan* in *Racc.* 1996, p. I-5151.

⁵⁷ Trib. UE, 22 febbraio 2006, *Le Levant c. Commissione*, cit.

in luce la totale mancanza, nella lettera di addebiti, di qualsiasi informazione da cui si potesse dedurre l'esistenza di una distorsione della concorrenza.

L'obbligo della Commissione di determinare l'esistenza di una distorsione della concorrenza è ulteriormente attenuato laddove l'aiuto sia stato concesso senza preventiva notifica: infatti, l'obbligo a carico della Commissione di fornire una simile prova «finirebbe con il favorire gli Stati membri che concedono aiuti in violazione dell'obbligo di notifica ... danneggiando quegli Stati che notificano gli aiuti ancora in fase di progetto»⁵⁸.

3. *Il pregiudizio al commercio degli Stati membri.* – Il requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario definisce la linea di confine tra il campo d'applicazione del diritto comunitario e nazionale: gli aiuti di Stato che hanno ripercussioni solo all'interno di un territorio nazionale sono soggetti esclusivamente alla legge di quello Stato. Di fatto, la crescente interdipendenza delle economie nazionali e l'espansione del commercio intracomunitario hanno portato, nel tempo, ad una sempre più frequente applicazione dell'art. 107 § 1 TFUE.

Considerato il nesso inestricabile tra distorsione di concorrenza ed effetto sugli scambi tra Stati membri, anche quest'ultima nozione deve essere letta nel senso di potenziale⁵⁹, piuttosto che concreta, alterazione delle condizioni di commercio tra Stati membri. La C. giust. UE ha in proposito avuto modo di osservare che, qualora uno Stato membro conceda un aiuto ad un'impresa, la sua produzione interna ne risulta o può risultarne preservata o accresciuta, il che comporta che le possibilità di scambio di prodotti originari da altri Stati membri e il mercato dove l'impresa beneficiaria produce risul-

tano diminuiti⁶⁰. Il Trib. UE ha precisato tale orientamento ancora più chiaramente nella sentenza *CETM*⁶¹, nella quale ha affermato che, ogniqualvolta lo Stato finanzia un aiuto a un'impresa attraverso le risorse statali, esso rafforza la posizione dell'impresa beneficiaria rispetto alle altre imprese competitive nel mercato interno, cosicché queste ultime devono considerarsi minacciate dall'aiuto.

La prova che la Commissione deve fornire è pertanto molto modesta: in *Belgio c. Commissione*⁶², per esempio, la C. giust. UE ha ritenuto che il fatto che l'impresa beneficiaria esportasse circa il 40% della propria produzione in altri Stati membri e che il mercato fosse caratterizzato da un eccesso di capacità fosse sufficiente, nonostante la breve durata dell'aiuto, a dimostrare un pregiudizio al commercio intracomunitario; similmente, in *BAI*⁶³, il Trib. UE ha ritenuto che l'aiuto ad un'impresa di navigazione fosse idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri sulla base del semplice fatto che l'impresa beneficiaria effettuava collegamenti fra città situate in Stati membri diversi e si trovava in concorrenza con compagnie marittime stabilite in altri Stati membri. La Commissione può pertanto accertare che gli aiuti in esame sono idonei a incidere sugli scambi tra gli Stati membri senza che sia necessario delimitare il mercato rilevante ed esaminare la sua struttura nonché i rapporti di concorrenza che ne derivano⁶⁴: se ne desume che il giudice comunitario trae, dal trattamento preferenziale accordato ad un'impresa, la conseguenza che la sua competitività sarà rafforzata, e ciò non potrà non avere un pregiudizio sul commercio intracomunitario. Nei casi in cui la Commissione si è soffermata sull'analisi delle condizioni di mercato, essa ha preso in considerazione elementi quali la partecipa-

⁵⁸ Trib. UE, 30 gennaio 2002, causa T-35/99, *Keller c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-261, punto 85.

⁵⁹ C. giust. UE, 29 aprile 2004, C-372/97, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-3679, punto 44.

⁶⁰ C. giust. UE, 21 marzo 1990, *Belgio c. Commissione*, cit., punto 43.

⁶¹ Trib. UE, 29 settembre 2000, *CETM c. Commissione*, cit.

⁶² C. giust. UE, 21 marzo 1990, *Belgio c. Commissione*, cit.

⁶³ Trib. UE, 28 gennaio 1999 in causa T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-139.

⁶⁴ Trib. UE, 15 giugno 2000, *Alzetta*, cit., punto 95.

zione del beneficiario agli scambi intracomunitari, le quote di mercato dei concorrenti principali, il grado di intensità della concorrenza ed le caratteristiche peculiari del mercato in questione (per esempio, l'eccesso di capacità)⁶⁵.

Il giudice comunitario ha peraltro elaborato, sulla base della propria esperienza, dei principi guida (che, di fatto, ammontano e vere e proprie presunzioni), in base alle quali si desume un pregiudizio al commercio intracomunitario ogni qualvolta l'aiuto concesso da uno Stato rinforza la posizione di un'impresa rispetto ai suoi concorrenti sul mercato interno; non è necessario, per esempio, che l'impresa beneficiaria dell'aiuto partecipi direttamente alle esportazioni: infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto ad un'impresa, la produzione interna può risultrne invariata o aumentare, con la conseguenza che le possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro prodotti nel mercato di questo Stato membro ne sono diminuite⁶⁶.

Parimenti, non è escluso che l'aiuto concesso a un'impresa attiva solo a livello locale, o regionale possa incidere sugli scambi tra Stati membri. In *Altmark*⁶⁷, per esempio, la C. giust. UE ha stabilito, in relazione ad un'impresa attiva nella gestione di servizi di trasporto locale o regionale (e non di servizi di trasporto al di fuori del suo Stato d'origine), che quando uno Stato membro concede una sovvenzione pubblica a un'impresa, la fornitura di servizi di trasporto da parte della suddetta impresa può risultrne invariata o incrementata, con la conseguenza che le possibilità delle imprese aventi sede in altri Stati membri di fornire i loro servizi di trasporto sul mercato di tale Stato membro ne risultano diminuite.

In *Alzetta*⁶⁸, il Trib. CE ha dato per scontato che un regime di interventi a favore di imprese attive nel trasporto merci

intracomunitario avrebbe avuto un pregiudizio sul commercio comunitario, anche se più dell'80% dei beneficiari era costituito da imprese molto piccole, dedite esclusivamente al trasporto locale, constatando che il carattere locale dell'attività non rappresentava un criterio che consentisse di escludere ripercussioni sugli scambi.

Dalla descritta giurisprudenza si desume che la prova del pregiudizio intracomunitario non sembri richiedere altro che la mera constatazione del fatto che l'impresa beneficiaria è attiva su un mercato che, direttamente o indirettamente, è caratterizzato dall'importazione o esportazione di beni o dalla fornitura transazionale di servizi. È irrilevante, a tal proposito, che i mercati effettivamente pregiudicati abbiano dimensione locale, regionale, nazionale o comunitaria, e quale si la loro definizione dal punto di vista geografico o merceologico.

Con riguardo ai programmi d'aiuto, la Commissione può limitarsi a studiarne le caratteristiche onde stabilire se, a causa dell'entità o dell'alta percentuale delle sovvenzioni, del tipo di investimenti incentivati o di altre modalità del programma stesso, questo porti un notevole vantaggio ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti e sia tale da favorire essenzialmente le imprese che partecipano agli scambi tra gli Stati membri; per contro, stabilire quante imprese beneficiranno del programma e quanto aiuto sarà concesso a ciascuna di esse non è necessario⁶⁹.

4. *Questioni puramente locali.* – La Commissione non ha riscontrato alcun pregiudizio al commercio intracomunitario con riguardo a questioni puramente locali quali possono essere, per esempio, aiuti per la ristrutturazione ed il mantenimento di una piscina in una piccola città tedesca⁷⁰, gli aiuti per la costruzione di *ski lift* in regioni frequentate esclusivamente

⁶⁵ Dec. Comm. UE, 14 ottobre 1998, G.U.C.E. 1999 L 198 15.

⁶⁶ C. giust. UE, 13 luglio 1988, causa 102/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1989, p. 4067, punto 19.

⁶⁷ C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, in *Racc.* 2003, p. I-7747.

⁶⁸ Trib. UE, 15 giugno 2000, in causa T-313/97, cit.

⁶⁹ Trib. UE, 15 giugno 2000, *Alzetta*, cit.

⁷⁰ Dec. Comm. UE, 21 dicembre 2000, n. 258/2000 *Germania «Piscina ricreativa di Dorsten»*, G.U. C-172, 16 giugno 2001, p. 16.

dalla popolazione locale ivi residente⁷¹, gli aiuti a tutela di alcune imprese operanti nella laguna di Venezia⁷² o ancora gli aiuti per le stazioni di servizio del gas in Piemonte⁷³; per contro, la Commissione ha ritenuto che sussistesse un pregiudizio al commercio intracomunitario nel caso di aiuti alla costruzione di parchi tematici, atti a rafforzare l'offerta turistica da parte di una determinata località e ad aumentare, pertanto, il flusso turistico⁷⁴. Nell'inevitabile incertezza circa i confini di applicazione dell'art. 107 TFUE e della normativa nazionale, si può comunque affermare che sia la Commissione che i giudici comunitari abbiano generalmente adottato l'interpretazione più estensiva possibile.

Nella propria Comunicazione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato⁷⁵, la Commissione ha chiarito che affinché una misura possa essere considerata priva di incidenza sugli scambi intracomunitari, è necessario che lo Stato membro dimostri: 1) che l'aiuto non attiri capitali nella regione in questione; 2) che i beni o servizi prodotti dal beneficiario siano destinati al mercato locale e/o che siano caratterizzati da una zona di attrazione limitata dal punto di vista geografico; 3) che l'incidenza sui consumatori degli Stati membri limitrofi sia soltanto marginale e 4) che la quota di mercato detenuta dal beneficiario sia minima indipendentemente dalla definizione del mercato e che il beneficiario non appartenga ad un gruppo più ampio di imprese.

5. *Effetto apprezzabile*. – Rispetto alla giurisprudenza relativa agli artt. 101 e 102 TFUE, in questo settore il giudice comunitario ad oggi non ha ancora ricono-

sciuto alcun requisito di "apprezzabilità" rispetto sia alla distorsione della concorrenza che del pregiudizio al commercio tra gli stati membri.

In base alla consolidata giurisprudenza precedentemente descritta, infatti, né l'esiguità dell'ammontare di un aiuto, né la piccola dimensione dell'impresa beneficiaria escludono la presenza di "aiuto" ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE, soprattutto qualora il settore nel quale opera l'impresa che ne fruisce sia caratterizzato da una forte concorrenza; tantomeno sussiste alcuna presunzione di compatibilità con il mercato comune per gli aiuti concessi alle piccole e medie imprese (c.d. PME), o una soglia al di sotto della quale si possa ritenere che non si verifichi alcuna distorsione della concorrenza o pregiudizio allo scambio intracomunitario.

Quando un settore è caratterizzato dalla presenza di un elevato numero di piccole imprese, un aiuto, anche modesto sul piano individuale, ma potenzialmente a disposizione di tutte le imprese del settore, o di una loro amplissima parte, può avere ripercussioni sugli scambi tra Stati membri⁷⁶; in tal caso, inoltre, qualora vi sia una molteplicità di operazioni ammissibili, la Commissione non può essere tenuta a tener conto dell'importo esatto degli aiuti versati e del numero preciso dei beneficiari⁷⁷.

Il rigido approccio seguito dal giudice comunitario sul punto emerge con chiarezza è evidente nel caso *Heiser*⁷⁸, relativo ad uno sgravio fiscale concesso ad alcuni dentisti dal governo austriaco. Benché il vantaggio fiscale effettivamente goduto dai professionisti fosse di ammontare ridotto ed inferiore alla soglia *de minimis* allora vigente, la C. giust. UE ha rilevato che, in teoria, l'importo delle deduzioni di

⁷¹ Dec. Comm. UE, 27 febbraio 2002, n. 860/2001 - *Austria "Area sci Mutterer Alm"*, G.U. C-150, 22 giugno 2002, p. 8.

⁷² Dec. Comm. UE, 25 novembre 1999, n. 394/2000, "*Venezia e Chioggia*", G.U. L 150, 23 giugno 2000, p. 50.

⁷³ Dec. Comm. UE, 26 novembre 2003, n. 63/2006, "*Riduzione dell'inquinamento nella Regione Piemonte*", G.U. L 32 4 febbraio 2006, p. 82.

⁷⁴ Dec. Comm. UE, 17 settembre 2003, n. 167/2004, "*Parco di divertimento Mitica Benidorm*", G.U. L 61, 27 febbraio 2004, p. 66.

⁷⁵ Comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-136, 16 giugno 2009, p. 3.

⁷⁶ C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-3679, punto 57.

⁷⁷ C. giust. UE, 15 giugno 2000, *Alzetta*, cit., punto 87.

⁷⁸ C. giust. UE, 3 marzo 2005, causa C-172/03, *Heiser*, in *Racc.* 2005, p. I-1627.

cui essi potevano beneficiare non era assoggettato ad alcun limite massimo: pertanto, non risultava accertato che la misura in esame potesse fruire della regola *de minimis*.

Resta fermo, naturalmente, che per gli aiuti di ammontare inferiore alle soglie attualmente previste dal Reg. 1998/06 in merito all'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE agli aiuti d'importanza minore (*de minimis*), la Commissione è vincolata al rispetto delle regole previste dalla stesso.

PAOLISA NEBBIA

Bibliografia

M. EBNER - E. GAMBARO «La nozione di aiuto di Stato», in *Concorrenza e aiuti di Stato* (a

cura di) A. SANTA MARIA, Torino, 2006; M. HEIDENHAIN, «The concept of State aid - general principles; de minimis», in *European State Aid Law*, (edited by) M. HEIDENHAIN, München, 2010; P. Rossi, «Gli aiuti concessi dagli Stati», in *Disciplina della Concorrenza nella UE*, (a cura di) A. FRIGNANI e S. BARIATTI, Padova, 2013; A. BARTOSCH, «The concept of selectivity?» in *Research Handbook on European State Aid law*, (a cura di) E. SZYSCZACK, Cheltenham, 2011; M. PREK - S. LEFEVRE, «The requirement of selectivity in the recent case-law of the European Court of Justice» in *European State Aid Law Quarterly* 2, 2012, p. 335-345; P. NICOLAIDES - I.E. RUSU, «The concept of selectivity: an even wider scope», in *European State Aid Law Quarterly* 2, 2012, p. 791-803; L. HANCHER, «The general framework», in *EU State aids*, (edited by) L. HANCHER - T. OTTERVANGER, P.J. SLOT, London, 2012.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le deroghe al principio generale d'incompatibilità ex art. 107 §§ 2 e 3 TFUE e il Regolamento generale di esenzione per categoria

Sommario: I. LE DEROGHE AL PRINCIPIO GENERALE DI INCOMPATIBILITÀ IN GENERALE. – II. AIUTI COMPATIBILI *IPSO IURE* CON IL MERCATO INTERNO EX ART. 107 § 2 TFUE. – 1. Aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori. – 2. Aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali. – 3. Aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica Federale di Germania. – III. AIUTI CHE POSSONO ESSERE CONSIDERATI COMPATIBILI CON IL MERCATO INTERNO EX ART. 107 § 3 TFUE. – 1. Aiuti a finalità regionale ex art. 107 § 3, lett. a) e c), TFUE - Cenni. – 2. La realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo ed il grave turbamento dell'economia di uno Stato membro ex art. 107 § 3, lett. b), TFUE. – 3. Promozione della cultura e conservazione del patrimonio ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. d), TFUE. – 4. Altre categorie di aiuti ex art. 107 § 3, lett. e), TFUE. – IV. IL REGOLAMENTO GENERALE DI ESENZIONE PER CATEGORIA. – 1. Aiuti agli investimenti ed all'occupazione. – 2. Aiuti per la tutela ambientale. – 3. Aiuti e capitale di rischio. – 4. Aiuti alla ricerca, sviluppo ed innovazione. – 5. Aiuti alla formazione ed in favore dei lavoratori svantaggiati e disabili.

I. LE DEROGHE AL PRINCIPIO GENERALE DI INCOMPATIBILITÀ IN GENERALE

Ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE, gli aiuti di Stato, «salvo deroghe contemplate dai trattati», non sono compatibili con il mercato interno qualora, incidendo sugli scambi intracomunitari, falsino o minaccino di falsare il gioco della concorrenza. Questo divieto di massima non è assoluto né incondizionato¹. È lo stesso art. 107 TFUE che ne fissa le deroghe, prevedendo al § 2 gli aiuti compatibili *ipso iure* ed al § 3 quegli aiuti che possono essere giudicati compatibili dalla Commissione europea in forza di una propria valutazione discrezionale. Tutte le deroghe al principio in parola debbono interpretarsi in senso restrittivo².

¹ C. giust. UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri*, in *Racc.* 1996, p. 1-3547, punto 36.

Esistono altre deroghe che esulano dall'indagine della presente sezione. Si tratta di quelle previste: (i) dall'art. 93 TFUE, relative al coordinamento dei trasporti ed al rimborso delle servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio; (ii) dall'art. 106 § 2 TFUE, concernenti i servizi di interesse economico generale; e (iii) dalla disciplina sugli aiuti c.d. *settoriali*, vale a dire quei regimi ammessi, ad esempio, con riferimento all'audiovisivo, alla radiodiffusione, all'emittenza radiotelevisiva, all'energia elettrica (costi non recuperabili), ai servizi postali, alla costruzione navale, all'industria siderurgica, alla pesca ed all'acquacoltura, all'agricoltura ed ai trasporti.

II. AIUTI COMPATIBILI *IPSO IURE* CON IL MERCATO INTERNO EX ART. 107 § 2 TFUE

L'art. 107 § 2 TFUE, stabilisce la compatibilità *di diritto* con il mercato interno delle seguenti tre categorie di aiuti di Stato, in quanto ritenute *a priori* non produttive di effetti distorsivi sulla concorrenza:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;

b) gli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica Federale di Germania che risentono della divisione della nazione, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

Prima della loro concessione da parte dello Stato membro, gli aiuti rientranti in una delle citate categorie devono essere notificati, ai sensi dell'art. 108 § 3 TFUE, alla Commissione europea che sarà te-

² C. giust. UE, 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. 1-6857, punto 49.

nuta ad effettuare una mera valutazione di coincidenza delle misure proposte con i requisiti formali e tecnici previsti dalla disposizione in parola, senza poter esercitare alcun potere discrezionale in relazione alla compatibilità dell'aiuto³.

1. *Aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori.* – La compatibilità automatica degli aiuti a carattere sociale è determinata dalla pacifica considerazione che dette misure non sono rivolte ad alcuna impresa o produzione bensì al singolo consumatore finale, il quale, per definizione, non è in grado di esercitare alcuna influenza distorsiva sul gioco della concorrenza.

Al fine di riscontrare se un aiuto di Stato sia accordato senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti «è necessario verificare se i consumatori beneficiano dell'aiuto in questione a prescindere da chi sia l'operatore economico che fornisce il prodotto o il servizio atto a perseguire l'obiettivo sociale invocato dallo Stato membro interessato»⁴. Può essere considerato un aiuto a carattere sociale quello della fornitura di prestazioni di servizi a tassi ridotti in favore di utenti che versano in condizioni disagiate⁵. L'esenzione in parola non si applica laddove una misura, di cui i beneficiari diretti sono i consumatori, determini un vantaggio indiretto per taluni operatori di un determinato settore⁶. Gli aiuti a carattere sociale possono rappresentare anche un valido sistema di sostegno finanziario per

garantire migliori collegamenti aerei e facilitare la mobilità dei viaggiatori permettendo di ridurre il prezzo dei biglietti per alcune categorie di passeggeri, quali studenti, pensionati e residenti delle isole⁷.

2. *Aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali.* – Con riferimento agli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali, la Commissione europea, accertata l'esistenza di una calamità naturale o di un evento eccezionale, autorizza aiuti fino al 100% a titolo di indennizzo dei danni materiali. La Commissione europea tende a dare un'interpretazione restrittiva delle nozioni di "calamità naturale" e di "evento eccezionale"; nella prassi, ha considerato come calamità naturali i terremoti⁸, le valanghe, le frane, le inondazioni⁹, le piogge abbondantissime ed i venti caldi di scirocco¹⁰, mentre tra gli eventi eccezionali ha ricompreso la guerra, i disordini interni, gli scioperi, gravi incidenti nucleari o industriali ed incendi che causano perdite estese¹¹.

Questi aiuti sono considerati compatibili soltanto nei limiti in cui ristabiliscono l'equilibrio turbato, esistente tra imprese o rami di produzione prima del verificarsi dell'evento. L'aiuto, che non può risultare in una compensazione eccessiva del danno, deve essere commisurato ai danni causati dagli eventi eccezionali o calamitosi, atteso che la distruzione materiale

³ C. giust. UE, 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris Holland BV c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 2671, punto 17.

⁴ Trib. UE, 5 agosto 2003, cause riunite T-116/01 e T-118/01, *P&O European Ferries (Vizcaya), SA (T-116/01) e Diputación Foral de Vizcaya (T-118/01) c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-2957, punto 163.

⁵ Dec. Comm. UE, 29 novembre 2000, n. 2001/247/CE, C(2000)3931, in G.U.C.E. L 89, 29 marzo 2001, p. 28.

⁶ Trib. UE, 15 giugno 2010, causa T-177/07, *Mediaset S.p.A. c. Commissione europea*, in *Racc.* 2010, p. II-2341, punto 75.

⁷ Dec. Comm. UE, 14 giugno 2012, Aiuto di Stato n. SA. 34643 (2012/N), C(2012) 4107 final.

⁸ In data 19 dicembre 2012, la Commissione europea ha autorizzato l'Italia ad attuare un regime di aiuti di Stato per 2,66 miliardi di euro a

sostegno della ripresa dell'agricoltura italiana dai danni provocati dai terremoti che hanno colpito Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto il 20 e 29 maggio 2012. V. comunicato stampa della Commissione europea del 19 dicembre 2012, n. IP/12/1418; Dec. Comm. UE, 17 ottobre 2012, Aiuto di Stato n. SA.33083 (2012/C) (*ex* 2012/NN) ed Aiuto di Stato n. SA.35083 (2012/C) (*ex* 2012/NN), C(2012) 7128 final.

⁹ Dec. Comm. UE, 14 agosto 2009, Aiuto di Stato n. 210/2009, C(2009)6486.

¹⁰ Dec. Comm. UE, 27 giugno 2011, Aiuto di Stato n. SA. 32683 (2011/N), C(2011) 4682 definitivo.

¹¹ Si vedano gli Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013, in G.U.U.E. C-319, 27 dicembre 2006, p. 1.

dei beni deve essere una conseguenza diretta e comprovata di detti eventi. Sono necessarie, quindi, la ricorrenza di un chiaro collegamento causale tra i danni e l'evento calamitoso o eccezionale ed una valutazione il più possibile precisa dei danni subiti dai soggetti interessati¹². Le notifiche di misure di aiuti a titolo di indennizzo dei danni causati da avverse condizioni atmosferiche vanno corredate con adeguate e puntuali informazioni meteorologiche¹³.

Il legislatore nazionale, con l'art. 47 della l. 24 dicembre 2012, n. 234 (non applicabile al settore dell'agricoltura)¹⁴, è intervenuto nella materia, sottoponendo la concessione di aiuti *ex art.* 107 § 2, lett. b), TFUE, alle seguenti condizioni:

a) l'area geografica nella quale il beneficiario esercita la propria attività economica rientri fra quelle per le quali è stato dichiarato lo stato di emergenza ai sensi degli artt. 2, comma 1, e 5 della l. 24 febbraio 1992, n. 225;

b) vi sia prova che il danno, nelle sue componenti di danno emergente e di lucro cessante, è conseguenza diretta dell'evento calamitoso;

c) l'aiuto pubblico, anche se concesso da diverse autorità, di livello statale, regionale o locale, non superi complessivamente l'ammontare del danno subito;

d) l'aiuto pubblico, cumulato con eventuali altri risarcimenti del medesimo danno, provenienti da altre fonti, non superi complessivamente l'ammontare del danno, maggiorato dell'importo dell'eventuale premio assicurativo pagato per l'anno in corso.

3. *Aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica Federale di Germania.* – Sugli aiuti concessi a determinate regioni tedesche per compensare gli svantaggi economici discendenti dalla divisione della Germania, malgrado dette

misure paiano aver perduto la loro utilità pratica, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che non è corretto ritenere che la lett. c), § 2, art. 107 TFUE, sia stata implicitamente abrogata in seguito alla riunificazione tedesca; a conferma di questa posizione, vi è la nuova formulazione della disposizione in commento, in base a cui il Consiglio, cinque anni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e su proposta della Commissione europea, può abrogare la deroga ivi contenuta.

La richiamata previsione deve essere interpretata restrittivamente, in quanto l'espressione «divisione della Germania» si riferisce storicamente alla demarcazione della linea di separazione tra le due zone nel 1948, mentre gli «svantaggi economici provocati da tale divisione» riguardano esclusivamente quelli determinati dall'isolamento causato dalla creazione o dalla conservazione di questa linea di confine, come l'interclusione di certe regioni, l'interruzione delle vie di comunicazione o, ancora, la perdita degli sbocchi naturali di alcune imprese che necessitano di essere sostenute sia per potersi adattare alla nuova situazione sia per sopravvivere a tali svantaggi¹⁵. Per la conseguenza, gli aiuti *ex lett. c)*, § 2, art. 107 TFUE, dovranno essere destinati solamente a compensare gli svantaggi economici provocati *direttamente* dalla divisione geografica della Germania¹⁶.

III. AIUTI CHE POSSONO ESSERE CONSIDERATI COMPATIBILI CON IL MERCATO INTERNO EX ART. 107 § 3 TFUE

L'art. 107 § 3 TFUE, stabilisce che «*possono considerarsi compatibili*» con il mercato interno:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, op-

¹² C. giust. UE, 26 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e a. - Scalas, Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna*, in G.U.U.E. C-131, 3 giugno 2006, p. 5, punto 79.

¹³ Dec. Comm. UE, 27 settembre 2005, Aiuto di Stato n. 402/2005, C(2005) 3694, in G.U.U.E. C-308, 6 dicembre 2005, p. 10.

¹⁴ In G.U.R.I., 4 gennaio 2013, n. 3.

¹⁵ Trib. UE, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-3663, punto 129.

¹⁶ C. giust. UE, 30 settembre 2003, causa C-301/96, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. I-9919, punto 72.

pure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'art. 349 TFUE, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione europea in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione europea.

Nell'applicazione dell'art. 107 § 3 TFUE, la Commissione europea dispone di un ampio potere discrezionale che deve essere utilizzato verificando l'impatto dell'aiuto sulla concorrenza e sul commercio intracomunitario al fine di valutare se gli aiuti menzionati nella suddetta previsione «possono considerarsi compatibili» col mercato interno¹⁷. Questo potere è ben più ampio di quello conferito all'esecutivo comunitario in applicazione della deroga prevista dal § 2 dell'art. 107 TFUE, in base al quale la Commissione europea si limita soltanto a verificare l'esistenza di determinate condizioni formali. Nell'esercizio di detto potere, la Commissione europea deve conciliare gli obiettivi della libera concorrenza e della solidarietà comunitaria, nel rispetto del principio della proporzionalità¹⁸. La discrezionalità di cui si discute implica che il sindacato esercitato dal giudice comunitario sulla decisione della Commissione europea si limiti alla

verifica dell'osservanza delle norme di procedura e dell'obbligo di motivazione ex art. 296 TFUE, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di un errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere. Non spetta al giudice comunitario sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione europea¹⁹.

1. *Aiuti a finalità regionale ex art. 107 § 3, lett. a) e c), TFUE - Cenni.* – Per una completa trattazione sugli aiuti di Stato a finalità regionale ex art. 107 § 3, lett. a) e c), TFUE, si rimanda alla relativa voce in questo Dizionario. Qui, ci si limita a mettere in evidenza come la deroga contenuta nella lett. a) riguardi le regioni nelle quali la situazione economica sia estremamente sfavorevole rispetto all'Unione europea nel suo complesso; mentre quella contenuta nella lett. c) abbia una portata più ampia, permettendo lo sviluppo di determinate regioni, senza essere limitata dalle condizioni economiche previste dalla lett. a)²⁰. Atteso che gli aiuti di cui alla lett. c) sono destinati a regioni comunque meno svantaggiate rispetto a quelle di cui alla lett. a), detti aiuti potranno essere ammessi in misura molto limitata ed una piccola parte del territorio nazionale di uno Stato membro potrà beneficiarne. Si tratta di aiuti destinati a porre rimedio a squilibri regionali in uno Stato membro, anche se la situazione economica complessiva è di livello superiore rispetto alla media comunitaria. Per l'apprezzamento degli aiuti in parola, la Commissione europea applica gli *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013* che rimarranno in vigore sino al 31 dicembre 2013²¹.

2. *La realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo ed il grave turbamento dell'economia di uno Stato membro ex art. 107 § 3, lett. b),*

¹⁷ C. giust. UE, 17 settembre 1980, causa 730/79, cit., in *Racc.* 1980, p. 2671, punti 24-26.

¹⁸ Trib. UE, 12 dicembre 1996, causa T-380/94, *Aiuffass e Akt c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-2169, punto 54.

¹⁹ Trib. UE, 11 luglio 2002, causa T-152/99,

Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) c. Commissione, in *Racc.* 2002, p. II-3049, punto 48.

²⁰ C. giust. UE, 14 ottobre 1979, causa 248/84, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 4013, punto 19.

²¹ In G.U.U.E. C 54, 4 marzo 2006, p. 13.

TFUE. – Per «importante progetto di comune interesse europeo», secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, si deve intendere un progetto facente parte di un programma transnazionale europeo sostenuto congiuntamente da diversi Stati membri o che si inserisca in un'azione concordata da diversi Stati membri al fine di fare fronte ad una minaccia comune, come l'inquinamento ambientale²². Affinché un progetto sia valutato «di comune interesse europeo» non è necessario che tutti gli Stati membri vi partecipino. Non rientra in questa definizione un investimento teso a rafforzare la posizione dell'Unione europea nei mercati di esportazione ed a garantire la sua indipendenza da importazioni²³. La Commissione europea ha considerato che un aiuto specifico a favore di un investimento di un'unica società in un particolare settore non possa essere considerato compatibile col mercato comune in base alla deroga in commento²⁴; allo stesso modo è stata valutata una misura (i) destinata ad imprese pubbliche di uno Stato membro e non dell'Unione europea nel suo insieme, e (ii) non avente ad oggetto un progetto concreto, preciso e ben definito²⁵.

Il «grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» deve incidere sull'economia nazionale nel suo complesso e non soltanto su singole regioni, aree o specifici settori produttivi e la sua gravità (e conseguente compatibilità col TFUE) deve essere valutata con riferimento al

contesto comunitario (e non a quello di un singolo Stato membro)²⁶. Qualsiasi deroga ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. b), TFUE che autorizzi aiuti di Stato deve garantire che tali misure siano limitate a quanto necessario per raggiungere l'obiettivo dichiarato.

La deroga in commento è stata applicata dalla Commissione europea per concedere aiuti per fare fronte a crisi economiche. Nel caso *Industria greca*, è stato autorizzato un regime di aiuti in favore delle imprese elleniche per fronteggiare la grave situazione economica del Paese che aveva imposto rigorose misure di politica economica, tra cui la totale eliminazione dell'indicizzazione dei salari, un'imponente riforma fiscale ed una manovra restrittiva della politica monetaria e creditizia²⁷.

In realtà, è con la crisi finanziaria mondiale dell'autunno del 2008 che questa deroga è divenuta di rilevanza cruciale, rappresentando la base giuridica su cui fondare le misure di aiuto necessarie per affrontare la crisi sistemica del settore bancario dell'Unione europea. Detta crisi è stata considerata come un grave turbamento non di uno Stato membro ma dell'intero mercato interno, data l'eccezionalità di una situazione che stava mettendo a rischio il funzionamento dei mercati finanziari²⁸. Dall'inizio della crisi, la Commissione europea ha pubblicato sei comunicazioni afferenti al sostegno pubblico agli enti finanziari, fondate sull'art. 107 § 3, lett. b), TFUE²⁹.

²² C. giust. UE, 8 marzo 1988, cause riunite 62/87 e 72/87, *Exécutif Régional Wallon c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 1573, punto 22.

²³ Concl. Lenz, 19 gennaio 1988, cause riunite 62/87 e 72/87, *Exécutif Régional Wallon c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 1573, punti 25, 37 e 38.

²⁴ Dec. Comm. UE, 15 novembre 1988, n. 89/254/CEE, in G.U.C.E. L 106, 18 aprile 1989, p. 34.

²⁵ Dec. Comm. UE, 4 luglio 2006, n. 2006/748/CE, relativa all'aiuto di Stato C-30/2004 (*ex NN 34/2004*), in G.U.U.E. L 307, 7 novembre 2006, p. 219.

²⁶ Dec. Comm. UE, 27 giugno 1984, n. 84/508/CEE, in G.U.C.E. L 283, 27 ottobre 1984, p. 42; Trib. UE, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, cit., punto 167.

²⁷ Dec. Comm. UE, 7 ottobre 1987, n. 88/167/CEE, in G.U.C.E. L 76, 22 marzo 1988, p. 18.

²⁸ Dec. Comm. UE, 20 febbraio 2009, Aiuto di Stato n. 97/2009, C(2009) 1288 definitivo.

²⁹ Comunicazione della Commissione – L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, in G.U.U.E. C-270, 25 ottobre 2008, p. 8; comunicazione della Commissione - La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza, in G.U.U.E. C-10, 15 gennaio 2009, p. 2; comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario, in G.U.U.E. C-72, 26 marzo 2009, p. 1; comunicazione della Commissione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-195, 19 agosto 2009, p. 9; comunica-

Nel medesimo quadro di crisi, questa disposizione ha inoltre rappresentato la base giuridica del c.d. *Quadro Unionale Temporaneo* che ha permesso agli Stati membri di adottare misure di aiuto di Stato supplementari, tese ad agevolare l'accesso delle imprese ai finanziamenti per permettere loro di investire in tali circostanze eccezionali³⁰.

3. *Promozione della cultura e conservazione del patrimonio ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. d), TFUE.* – La deroga in esame è stata introdotta nel 1992 dal Trattato di Maastricht, inserendo la cultura tra le politiche comunitarie cui espressamente si riferisce l'art. 167 TFUE, laddove prevede che l'Unione europea contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune³¹. La cultura è anche l'oggetto dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³². Il termine "cultura", secondo la Commissione europea, va interpretato restrittivamente ed applicato al contenuto ed alla natura del prodotto cul-

turale in esame e non al mezzo utilizzato o alla sua distribuzione. In ogni caso, «le esigenze in materia d'istruzione e di democrazia di uno Stato membro sono da considerarsi distinte dalla promozione della cultura» di cui all'art. 107 § 3, lett. d), TFUE³³.

La Commissione europea è tenuta a verificare che il fine per cui l'aiuto di Stato viene richiesto sia di natura culturale. Deve accertare che la misura: *i*) sia volta a perseguire uno specifico obiettivo culturale (ad es., la diffusione di determinate lingue, quali il basco, il catalano o il galiziano) o abbia una evidente vocazione alla tutela del patrimonio; *ii*) sia idonea allo scopo (vale a dire, che sia proporzionata ed abbia un effetto incentivante); *iii*) abbia un limitato impatto sul gioco della concorrenza³⁴. Inoltre, è necessario che il prodotto culturale sia chiaramente identificato o identificabile.

Grande rilevanza in questo ambito hanno gli aiuti alla produzione cinematografica e televisiva, attività considerate fondamentali per il buon funzionamento delle democrazie dell'Unione europea. Nella comunicazione sul cinema³⁵, la

zione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in G.U.U.E. C-329, 7 dicembre 2010, p. 7; comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in G.U.U.E. C-356, 6 dicembre 2011, p. 7.

³⁰ Comunicazione della Commissione - Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria, in G.U.U.E. C-6, 11 gennaio 2011, p. 5. Si noti che la validità delle norme afferenti al quadro unionale temporaneo è cessata in data 31 dicembre 2011. Con riferimento alle ipotesi di salvataggio e ristrutturazione di imprese in difficoltà, si veda, nel quadro degli aiuti di Stato con obiettivi orizzontali, la comunicazione della Commissione, Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, in G.U.U.E. C-244, 1° ottobre 2004, p. 2.

³¹ Il comma 4 dell'art. 167 TFUE prevede che: «L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture».

³² In G.U.C.E. C-364, 18 dicembre 2000, p. 1.

³³ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, in G.U.U.E. C-257, 27 ottobre 2009, p. 1, punto 34.

³⁴ Dec. Comm. UE, 31 maggio 2012, Aiuto di Stato n. SA.34138 (2012/N), C(2012)3700 final.

³⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive, COM/2001/0534 def., in G.U.C.E. C-43, 16 febbraio 2002, p. 6, come modificata dai seguenti provvedimenti: comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul seguito alla comunicazione della Commissione su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (comunicazione sul cinema) del 26 settembre 2001 (pubblicata nella G.U.C.E. C-43 del 16 febbraio 2002), in G.U.U.E. C-123, 30 aprile 2004, p. 1; comunicazione della Commissione relativa alla proroga della comunicazione facente seguito alla comunicazione della Commissione relativa a taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (comunicazione sul cinema) del 26 settembre 2001, in G.U.U.E. C-134, 16 giugno 2007, p. 5; comunicazione della Commissione relativa ai criteri di valutazione degli aiuti di Stato di cui alla comuni-

Commissione europea ha enunciato i seguenti quattro specifici criteri di compatibilità per autorizzare gli aiuti alla produzione cinematografica e televisiva:

i) gli aiuti devono avere ad oggetto un prodotto culturale. Ogni Stato membro deve garantire che il contenuto della produzione sovvenzionata sia di natura culturale in base a criteri nazionali verificabili;

ii) il produttore deve essere libero di spendere almeno il 20% del bilancio del film in altri Stati membri senza subire riduzioni della sovvenzione prevista dal regime. La Commissione europea ha quindi accettato come criterio di ammissibilità la territorializzazione in termini di spesa fino ad un massimo dell'80% dei costi di produzione di un film o di un'opera televisiva che usufruiscano di sovvenzioni;

iii) l'intensità degli aiuti – vale a dire, l'importo dell'aiuto espresso in percentuale rispetto ai costi ammissibili – deve essere limitata al 50% del bilancio di produzione, al fine di stimolare le normali iniziative commerciali proprie di un'economia di mercato ed evitare una corsa agli aiuti tra gli Stati membri. I film *difficili* e con risorse finanziarie modeste non sono soggetti a detto limite. La Commissione europea ritiene che, in base al principio di sussidiarietà, spetti a ciascuno Stato membro definire il concetto di «film difficile e con risorse finanziarie modeste» secondo i parametri nazionali;

iv) onde garantire la neutralità dell'effetto incentivante degli aiuti e per evitare che lo Stato membro che eroga la sovvenzione attiri o protegga le attività in questione, non sono consentiti ulteriori aiuti a specifiche attività cinematografiche (ad es., la postproduzione)³⁶.

4. *Altre categorie di aiuti ex art. 107 § 3, lett. e), TFUE.* – L'art. 107 § 3, lett. e),

cazione della Commissione relativa a taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (comunicazione sul cinema) del 26 settembre 2001, in G.U.U.E. C-31, 7 febbraio 2009, p. 1.

³⁶ Dec. Comm. UE, 16 luglio 2008, Aiuto di Stato n. 60/2008, C(2008) 3501 definitivo.

³⁷ C. giust. UE, 18 maggio 1993, cause riunite C-356/90 e C-180/91, *Regno del Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-2323, punto 26.

³⁸ Trib. UE, 22 ottobre 1996, causa T-266/94, *Foreningen af Jernskibs*, in *Racc.* 1996, p. II-1399,

TFUE, attribuisce al Consiglio il potere di creare discrezionalmente, deliberando su proposta della Commissione europea, nuove categorie di aiuti in deroga al generale principio di incompatibilità, allargando in questo modo «*il ventaglio degli aiuti che possono essere considerati compatibili*»³⁷. Alla Commissione europea spetta il compito di apprezzare la compatibilità delle misure in parola ex art. 108 § 3 TFUE; la discrezionalità dell'esecutivo comunitario deve restare nell'alveo delle condizioni fissate dal Consiglio³⁸.

IV. IL REGOLAMENTO GENERALE DI ESENZIONE PER CATEGORIA

Il Reg. 994/98/CE del Consiglio autorizza la Commissione europea ad adottare appositi regolamenti di esecuzione atti a dichiarare che, ex art. 107 TFUE, sono compatibili con il mercato interno e non sono soggetti all'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE, i seguenti aiuti di Stato: a favore delle piccole e medie imprese (PMI); a favore della ricerca e dello sviluppo; a favore della tutela dell'ambiente; a favore dell'occupazione e della formazione; e quegli aiuti conformi alla carta approvata dalla Commissione europea per ciascuno Stato membro per l'erogazione degli aiuti a finalità regionale³⁹.

In base a detta delega, la Commissione europea ha adottato il Reg. 800/2008/CE («Regolamento»)⁴⁰ – entrato in vigore il 30 agosto 2008 e che si applicherà sino al 31 dicembre 2013 – in cui vengono contemplate 26 categorie di aiuti che non occorre notificare alla Commissione europea. Tutte queste categorie possono essere applicate alle PMI, imprese che svolgono un ruolo cruciale per la creazione di occupazione, fungendo da stabilizzatore sociale e da volano economico. La definizione di

punto 169. Cfr., Dec. Comm. UE, 8 agosto 2008, Aiuti di Stato n. 68/2008 e n. 69/2008, C(2008)4356.

³⁹ Reg. 994/98/CE del Consiglio del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali, in G.U.C.E. L 142, 14 maggio 1998, p. 1.

⁴⁰ Reg. 800/2008/CE della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato, in G.U.U.E. L 214, 9 agosto 2008, p. 3.

PMI è contenuta nell'Allegato I del Regolamento: sono da considerarsi "microimprese", "piccole imprese" e "medie imprese" quelle che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro e/o il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro. All'interno della categoria delle PMI, si definisce "piccola impresa" un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo e/o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro e "microimpresa" un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo e/o un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro⁴¹.

1. *Aiuti agli investimenti ed all'occupazione.* – Ai sensi dell'art. 14 del Regolamento, sono considerati compatibili con il mercato interno gli aiuti alle *piccole imprese* di nuova costituzione che non superino: *i*) i 2 milioni di euro per le piccole imprese che svolgono la propria attività economica in regioni ammissibili alla deroga di cui all'art. 107 § 3, lett. *a*), TFUE; *ii*) 1 milione di euro per le piccole imprese che svolgono la propria attività economica in regioni ammissibili alla deroga *ex art.* 107 § 3, lett. *c*), TFUE. L'intensità di aiuto non supera: *i*) nelle regioni *ex art.* 107 § 3, lett. *a*), TFUE, il 35% dei costi ammissibili sostenuti nei primi 3 anni dalla costituzione dell'impresa ed il 25% nei due anni successivi; *ii*) nelle regioni *ex art.* 107 § 3, lett. *c*), TFUE, il 25% dei costi ammissibili sostenuti nei primi tre anni dalla costituzione dell'impresa ed il 15% nei due anni successivi. Tali intensità possono essere aumentate del 5% nelle regioni *ex art.* 107 § 3, lett. *a*), TFUE, con un prodotto interno lordo *pro capite* inferiore al 60% della media UE-25, nelle regioni con una densità di popolazione inferiore ai 12,5 abitanti/km² e nelle piccole isole con una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, nonché per altre comunità delle stesse dimensioni che risentono di un isolamento

analogo. Sono costi ammissibili le spese legali, amministrative e di consulenza direttamente connesse alla costituzione della piccola impresa, nonché i costi effettivamente sostenuti nei primi 5 anni dalla costituzione dell'impresa (tra cui, ad es., le spese di affitto di impianti/apparecchiature di produzione e quelle inerenti energia, acqua, e riscaldamento).

L'art. 15 del Regolamento permette la concessione di aiuti agli investimenti ed all'occupazione in favore delle PMI qualora l'intensità dell'aiuto non superi: *i*) il 20% dei costi ammissibili nel caso delle "piccole imprese"; *ii*) il 10% dei costi ammissibili nel caso delle "medie imprese". Sono ammissibili i seguenti costi: *i*) i costi per gli investimenti materiali ed immateriali; oppure *ii*) i costi salariali stimati per i posti di lavoro creati direttamente dal progetto di investimento, calcolati su un periodo di 2 anni.

Per la prima volta, il legislatore comunitario si occupa espressamente del tema dell'imprenditoria femminile: l'art. 16 autorizza regimi di aiuti in favore di piccole imprese di recente costituzione a partecipazione femminile. Detti aiuti non debbono superare il valore di 1 milione di euro per impresa e l'intensità dell'aiuto non deve superare il 15% dei costi ammissibili dei primi 5 anni dalla costituzione dell'impresa. Tra i costi ammissibili, vi rientrano i contributi assistenziali per figli e familiari, compresi eventualmente i costi a copertura del congedo parentale.

2. *Aiuti per la tutela ambientale.* – La promozione di uno sviluppo sostenibile «costituisce uno dei principali pilastri della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, assieme alla competitività e alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico»⁴². La materia è, inoltre, regolata dalla Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale, applicabile sino al 31 dicembre 2014⁴³.

⁴¹ V. Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, in G.U.U.E. L 125, 20 maggio 2003, p. 36.

⁴² Considerando 45 del Reg. 800/2008/CE.

⁴³ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale, in G.U.U.E. C-82, 1

aprile 2008, p. 1. V. anche: Dec. Consiglio, 10 dicembre 2010, n. 2010/787/UE, sugli aiuti di Stato per agevolare la chiusura di miniere di carbone non competitive, in G.U.U.E. L 336, 21 dicembre 2010, p. 24; orientamenti relativi a determinati aiuti di Stato nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra

Con l'art. 18 del Regolamento, si considerano compatibili col mercato interno gli aiuti agli investimenti che consentono alle imprese di andare oltre le norme comunitarie o di innalzare il livello di tutela ambientale in assenza di norme comunitarie. Gli investimenti sovvenzionati devono soddisfare una delle seguenti condizioni alternative: *i)* consentire al beneficiario di innalzare il livello di tutela ambientale risultante dalle sue attività, al di là delle soglie fissate da norme comunitarie applicabili, indipendentemente dall'esistenza di una normativa nazionale obbligatoria più rigorosa delle norme comunitarie; *ii)* consentire al beneficiario di innalzare il livello di tutela ambientale risultante dalle sue attività in assenza di norme comunitarie. L'intensità di aiuto non supera il 35% dei costi ammissibili. Essa può essere tuttavia aumentata di 20 punti percentuali per gli aiuti concessi alle "piccole imprese" e di 10 punti percentuali per gli aiuti concessi alle "medie imprese". I costi ammissibili, da verificarsi anche attraverso una indagine controfattuale, corrispondono ai sovraccosti d'investimento necessari a raggiungere un livello di tutela ambientale superiore a quello contemplato dalle norme comunitarie applicabili, senza tenere conto dei vantaggi e dei costi operativi.

Il successivo art. 19 ammette regimi di aiuto afferenti agli investimenti per l'acquisto di mezzi di trasporto nuovi che consentono alle imprese attive nel settore del trasporto di superare le norme comunitarie di tutela ambientale o di innalzare il livello di tutela ambientale in assenza di norme comunitarie. L'art. 20 favorisce lo sviluppo delle PMI, prevedendo aiuti che consentano a dette imprese di adeguarsi a nuove norme comunitarie che innalzano il livello di tutela ambientale e non sono ancora in vigore. In questo caso, l'intensità dell'aiuto non supera il 15% dei costi

ammissibili per le "piccole imprese" ed il 10% dei costi ammissibili per le "medie imprese" se la realizzazione ed il completamento degli investimenti hanno luogo più di 3 anni prima della data d'entrata in vigore delle norme; essa non supera il 10% per le "piccole imprese" se la realizzazione ed il completamento degli investimenti hanno luogo tra 1 e 3 anni prima della data d'entrata in vigore delle norme.

Con riferimento agli aiuti agli investimenti per la tutela dell'ambiente che permettono risparmi energetici, di cui all'art. 21, è interessante notare che i calcoli dei costi ammissibili debbono essere certificati da un revisore dei conti. Sia per gli aiuti agli investimenti per la tutela dell'ambiente nella cogenerazione ad alto rendimento (art. 22) che per quelli volti a promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili (art. 23), l'intensità di aiuto non supera il 45% dei costi ammissibili e può essere aumentata di 20 punti percentuali per gli aiuti concessi alle "piccole imprese" e di 10 punti percentuali per gli aiuti concessi alle "medie imprese". Sono previsti anche aiuti per la realizzazione di studi in materia ambientale (art. 24) e sotto forma di sgravi da imposte ambientali di cui alla direttiva 2003/96/CE (art. 25)⁴⁴.

3. *Aiuti e capitale di rischio.* – Per la prima volta, gli aiuti sotto forma di capitale di rischio vengono ricompresi in un regolamento di esenzione (artt. 28 e 29 del Regolamento). La Commissione europea definisce capitale di rischio «il finanziamento equity e quasi-equity ad imprese nelle fasi iniziali della loro crescita (fasi seed, start-up e di espansione), compresi gli investimenti informali effettuati dai business angels, il venture capital e le borse alternative specializzate nelle PMI, comprese le imprese a forte crescita»⁴⁵.

dopo il 2012, in G.U.U.E. C-158, 5 giugno 2012, p. 4; e comunicazione della Commissione che modifica la comunicazione della Commissione orientamenti relativi a determinati aiuti di Stato nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra dopo il 2012, in G.U.U.E. C-387, 15 dicembre 2012, p. 5.

⁴⁴ Dir. 2003/96/CE del Consiglio, 27 ottobre 2003, che ristruttura il quadro comunitario per la

tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, in G.U.U.E. L 283, 31 ottobre 2003, p. 51.

⁴⁵ Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese, in G.U.U.E. C-194, 18 agosto 2006, p. 2. V. comunicazione della Commissione recante modifica degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti in capi-

Il capitale di rischio rappresenta un fattore determinante per l'innovazione, la crescita economica e la creazione di posti di lavoro, specialmente per le PMI. L'intervento assume la forma di partecipazioni in un fondo di investimento di *private equity* orientato al profitto, gestito secondo criteri commerciali e finanziati almeno in misura del 50% da investitori privati. Le rate di investimento realizzate dal fondo di investimento non devono superare 1,5 milioni di euro per impresa destinataria su un arco di 12 mesi. Il fondo deve fornire almeno il 70% degli stanziamenti complessivi investiti a favore di PMI sotto forma di *equity* e *quasi-equity*.

4. *Aiuti alla ricerca, sviluppo ed innovazione.* – Ai sensi dell'art. 173 § 1 TFUE, l'Unione europea e gli Stati membri hanno il compito di svolgere, nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, un'azione volta a «favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico». Gli aiuti in parola, disciplinati negli artt. da 30 a 37 del Regolamento, tendono a stimolare la crescita economica, permettendo specie alle PMI, di avere accesso alle innovazioni tecnologiche, al trasferimento di tecnologia ed a personale altamente qualificato⁴⁶.

L'art. 33 permette alle PMI di ottenere aiuti a copertura delle spese relative alla concessione ed al riconoscimento di brevetti e di altri diritti di proprietà industriale, sancendo che i costi ammissibili ricomprendono tutti i costi connessi con l'ottenimento e la difesa di diritti di proprietà industriale (ivi inclusi i costi di traduzione necessari per il riconoscimento del diritto di proprietà industriale in varie giurisdizioni). Con riguardo agli aiuti per servizi di consulenza in materia di innovazione e per servizi di supporto all'innovazione, specificamente riservati alle PMI dall'art. 36, l'aiuto non può superare l'importo di 200.000 euro per singolo beneficiario per un periodo di 3 anni. Tra i costi

ammissibili, rientrano, ad es., quelli relativi a servizi di trasferimento di tecnologie, consulenza in materia di acquisizione, protezione e commercializzazione dei diritti di proprietà intellettuale e di accordi di licenza.

Gli aiuti a «nuove imprese innovative» (art. 35) non possono superare la soglia di 1 milione di euro e vanno concessi *una tantum* soltanto a «piccole imprese»: i) esistenti da meno di 6 anni al momento della concessione dell'aiuto; e ii) i cui costi di ricerca e sviluppo non siano inferiori al 15% del totale dei propri costi operativi in almeno uno dei 3 anni precedenti la concessione dell'aiuto oppure, nel caso di una «start-up», nella revisione contabile del suo periodo fiscale corrente, quale certificato da un revisore dei conti esterno.

Una PMI ha la possibilità di poter utilizzare le capacità tecniche di personale altamente qualificato ricorrendo agli aiuti di Stato previsti dall'art. 37. Il personale, che deve avere un'anzianità di almeno 2 anni, viene messo a disposizione da organismi di ricerca o da grandi imprese e non andrà a sostituire risorse umane della PMI ma dovrà ricoprire funzioni nuove relative ad attività di ricerca, sviluppo ed innovazione. L'intensità di aiuto non supera il 50% dei costi ammissibili (tra cui rientrano le spese per l'agenzia di collocamento e l'indennità di mobilità per il personale messo a disposizione) per un periodo massimo di 3 anni per impresa e per persona.

5. *Aiuti alla formazione ed in favore dei lavoratori svantaggiati e disabili.* – L'art. 145 TFUE prevede che gli Stati membri e l'Unione europea debbano adoperarsi per «sviluppare una strategia coordinata a favore dell'occupazione, e in particolare a favore della promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici». La promozione della formazione e dell'assunzione di lavoratori svantaggiati e disabili rappresenta dunque un obiettivo fonda-

tale di rischio nelle piccole e medie imprese, in G.U.U.E. C-329, 7 dicembre 2010, p. 4.

⁴⁶ V. la Disciplina comunitaria in materia di

aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, in G.U.U.E. C-323, 30 dicembre 2006, p. 1.

mentale dell'Unione europea e dei suoi Stati membri.

Con riferimento agli aiuti alla formazione, l'art. 38 del Regolamento distingue tra "formazione generale" (la formazione che comporti insegnamenti non applicabili esclusivamente o prevalentemente alla posizione, attuale o futura, occupata dal dipendente presso l'impresa beneficiaria, ma che fornisca qualifiche ampiamente trasferibili ad altre imprese o settori di occupazione) e "formazione specifica" (la formazione che comporti insegnamenti direttamente e prevalentemente applicabili alla posizione, attuale o futura, occupata dal dipendente presso l'impresa beneficiaria e che fornisca qualifiche che non siano trasferibili ad altre imprese o settori di occupazione, o lo siano solo limitatamente). L'art. 39 prevede che l'intensità di aiuto non debba superare il 25% dei costi ammissibili per la formazione specifica ed il 60% dei costi ammissibili per la formazione generale; detta intensità può essere aumentata, fino all'80% dei costi ammissibili, di 10 punti percentuali se la formazione è destinata a lavoratori svantaggiati o disabili o per aiuti concessi alle "medie imprese" e di 20 punti percentuali per gli aiuti concessi alle "piccole imprese"⁴⁷.

Per i "lavoratori svantaggiati" – vale a dire quegli individui che: *i*) non hanno un impiego regolarmente retribuito da almeno 6 mesi; *ii*) non possiedono un diploma di scuola media superiore o professionale; *iii*) hanno superato i 50 anni di età; *iv*) vivono soli con una o più persone a carico; *v*) sono occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; *vi*) sono membri di una minoranza nazionale all'interno di uno Stato membro che hanno necessità di consolidare le proprie

esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile (art. 2.18) – l'art. 40 regola gli aiuti per la loro assunzione sotto forma di integrazioni salariali. L'intensità di aiuto non può superare il 50% dei costi salariali per un periodo non superiore a 12 mesi successivi all'assunzione; nel caso di lavoratore "molto svantaggiato" (quel soggetto che sia disoccupato da almeno 24 mesi *ex art.* 2.19), i costi salariali rilevanti saranno quelli relativi ad un periodo massimo di 24 mesi successivi all'assunzione.

Gli aiuti di Stato relativi ai "lavoratori disabili" (quei lavoratori che, ai sensi dell'art. 2.20, sono riconosciuti tali dall'ordinamento nazionale di riferimento oppure che siano affetti da impedimenti accertati) vengono disciplinati negli artt. 41 e 42. Il primo ammette degli aiuti nella medesima forma (integrazioni salariali) prevista dall'art. 40; in questo caso, l'intensità di aiuto non deve superare il 75% dei costi salariali sostenuti nel periodo in cui il lavoratore disabile è stato assunto. Gli aiuti fissati nell'art. 42 tendono a compensare i sovraccosti connessi all'occupazione di detti lavoratori; l'intensità di aiuto non può essere superiore al 100% dei costi ammissibili che sono più ampi di quelli contemplati dall'art. 41, includendo, ad esempio, i costi per l'adeguamento dei locali e per l'acquisto di ausili tecnologici dedicati a lavoratori disabili⁴⁸.

NICCOLÒ LANDI

Bibliografia

F. FERRARO, «L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria», in *Dir. Un. eur.*, 2012, 2, pp. 335 ss.; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, Londra, 2012; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, pp. 800 ss.

⁴⁷ In materia, trova applicazione anche la comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità di aiuti di Stato alla formazione soggetti a notifica individuale, in G.U.U.E. C-188, 11 agosto 2009, p. 1.

⁴⁸ V. anche la comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità degli aiuti di Stato a favore dei lavoratori svantaggiati e disabili soggetti a soglia di notifica individuale, in G.U.U.E. C-188, 11 agosto 2009, p. 6.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Gli aiuti di Stato, l'art. 106 § 2 TFUE e la compensazione di obblighi di servizio pubblico

Sommario: I. FINANZIAMENTO DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E ART. 106 § 2 TFUE: LA SCELTA TRA "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE" E "CRITERIO DELL'AUTO DI STATO". – II. LE SENTENZE *ALTMARK* E *BUPA* E I PROBLEMI DI CARATTERE PROCEDURALE E DI PRIVAZIONE DELL'EFFETTO UTILE DELL'ART. 106 § 2 DERIVANTI DALL'ACCOGLIMENTO INTEGRALE DEL "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE". – III. LA RISPOSTA FORNITA NEL "PACCHETTO ALMUNIA" DEL 2011-2012, TRA COMPENSAZIONI *DE MINIMIS*, CONFERMA DELLE CONDIZIONI *ALTMARK* E (RI)VALUTAZIONE DELL'ART. 106 § 2. – IV. (*Segue*) LO STATO DELL'ARTE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA E DEL DIRITTO DERIVATO E L'ESISTENZA DI UNA GERARCHIA TRA GLI ATTI DI DIRITTO DERIVATO CONTENUTI NEL "PACCHETTO ALMUNIA".

I. FINANZIAMENTO DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E ART. 106 § 2 TFUE: LA SCELTA TRA "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE" E "CRITERIO DELL'AUTO DI STATO"

Il diritto UE consente agli Stati membri di compensare i costi sostenuti dalle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale (di seguito anche SIEG), al fine di agevolare lo svolgimento delle missioni di interesse pubblico loro affidate.

La questione è capire in che misura e fino a che punto una tale compensazione possa ritenersi compatibile con i Trattati,

¹ Cfr. la Dec. Comm. UE, 28 novembre 2005, relativa all'applicazione dell'articolo 106 § 2 del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, in G.U.U.E. L 312 del 29 novembre 2005, p. 67, la Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, in G.U.U.E. C-297, 29 novembre 2005, p. 4, la Dir. 2005/81/CE, 28 novembre 2005, che modifica la Dir. 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, in G.U.U.E. L 312, 29 novembre 2005, p. 47.

² Cfr. la Dec. 2012/21/UE, 20 dicembre 2011, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del Trattato FUE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli

considerato il rischio di distorsioni da essa prodotte sul mercato.

Le istituzioni UE si sono confrontate a più riprese sul tema, pervenendo a posizioni molto differenti tra loro. In effetti, è difficile trovare altri settori nei quali siano così numerose, non solo le integrazioni, puntualizzazioni e modifiche apportate dai giudici di Lussemburgo alla loro precedente giurisprudenza, ma anche e soprattutto i contrasti e i *revirements* emersi all'interno della Corte di giustizia, tra quest'ultima e il Tribunale, tra gli stessi avvocati generali, tra gli organi giurisdizionali UE e la Commissione europea. Le esigenze di chiarezza e certezza del diritto hanno, dunque, indotto la Commissione ad adottare una serie di misure, sia di indirizzo che di carattere vincolante, allo scopo di fornire un inquadramento più sistematico alla materia. Si tratta del "pacchetto Monti-Kroes" del 2005¹ e di un ulteriore pacchetto di misure elaborato da Joaquín Almunia, Vice-Presidente della Commissione nonché Commissario europeo per la concorrenza, che ha sostituito il precedente e che è stato adottato nel biennio tra il dicembre 2011 e l'aprile 2012².

Il problema che le istituzioni UE si sono poste nel corso degli anni è stato essenzialmente quello di comprendere se, e

obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. L 7 dell'11, gennaio 2012, p. 3, la Com. Comm. UE, sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. C-8, 11 gennaio 2012, p. 4, la Com. Comm. UE relativa ad una disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, in G.U.U.E. C-308, 12 ottobre 2012, p. 3, il Reg. 360/2012/UE Comm. UE, 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato FUE agli aiuti di importanza minore (*de minimis*) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. L 114, 26 aprile 2012, p. 8.

in quali termini, l'agevolazione concessa alle imprese fosse da ritenere legittima *ex ante* in quanto non configurabile quale aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE ("criterio della compensazione"), mancando l'elemento del vantaggio economico, oppure un aiuto compatibile *ex post* con i Trattati ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE ("criterio dell'aiuto di Stato"). Per quanto riguarda gli altri presupposti richiesti per l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, infatti, non si ravvisano né problemi né significativi contrasti giurisprudenziali: perché gli artt. 107 ss. possano trovare applicazione, deve trattarsi di agevolazioni concesse, direttamente o indirettamente, mediate risorse statali³, ad imprese, cioè a soggetti esercenti attività economiche⁴, e suscettibili di incidere, anche solo in potenza, sugli scambi tra gli Stati⁵.

Il "criterio della compensazione", i cui elementi costitutivi sono abbozzati a partire dal caso *A.D.B.H.U.*⁶, viene enucleato in maniera chiara e organica per la prima volta dall'Avvocato generale Tizzano nelle conclusioni, presentate l'8 maggio 2001, nella causa *Ferring*⁷, per poi essere recepito dai giudici nella stesura della sentenza. Secondo l'Avvocato generale, nel caso di specie, vi erano numerosi e validi argomenti per escludere la natura di aiuto delle misure pubbliche volte esclusivamente a compensare il costo addizionale netto derivante dall'assolvimento di una missione di interesse generale, essendo decisivo «il fatto che esse non conferis[sero] un reale vantaggio all'impresa

incaricata della missione di interesse generale e che quindi non [fossero] idonee ad alterare le condizioni di concorrenza»⁸. L'impostazione *Ferring* è stata fortemente criticata, oltre che in dottrina, dall'Avvocato generale Léger, fautore del "criterio dell'aiuto di Stato", il quale, nelle conclusioni rese nella causa *Altmark*⁹, sulla base di ragionamenti già in parte sviluppati dai giudici in numerose pronunce¹⁰, ha ritenuto che la Corte di giustizia, in quella come nelle cause successive, non avrebbe dovuto accogliere il criterio della compensazione per tre ragioni in particolare. La prima consiste nella confusione, alla base del ragionamento svolto nella sentenza *Ferring*, tra due questioni da tenere, invece, distinte sotto il profilo giuridico: «quella della qualifica della misura come aiuto di Stato e quella della giustificazione della misura statale». La seconda consiste nella privazione dell'art. 106 § 2 «di gran parte della sua utilità» qualora fosse stata accolta l'impostazione *Ferring*. La terza e ultima ragione, infine, consiste nell'incidenza che la sentenza *Ferring* avrebbe avuto sul riparto di competenze, nel settore degli aiuti, tra Commissione e Stati membri¹¹. Sotto quest'ultimo profilo, osservava l'Avvocato generale, la circostanza che una misura compensativa di un obbligo di servizio pubblico non venisse considerata aiuto di Stato avrebbe avuto l'effetto di esentare tale misura dall'obbligo di notifica, previsto nell'art. 108 § 3 TFUE, dal conseguente obbligo di sospensione dell'erogazione concessa e, in generale, dall'esame

³ C. giust. UE, 7 maggio 1998, cause riunite C-52/97 a C-54/97, *Epifanio Viscido, Mauro Scandella e altri* e *Massimiliano Terragnolo e altri c. Ente Poste Italiane*, in *Racc.* 2000, p. I-2629, punto 13.

⁴ C. giust. UE, 16 giugno 1987, causa C-118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1989, p. 2599, punti 7-8.

⁵ C. giust. UE, 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta Mauro e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2319, punti 143-147.

⁶ C. giust. UE, 7 febbraio 1985, causa 240/83, in *Racc.* 1987, p. 538.

⁷ C. giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-53/00, in *Racc.* 2003, p. I-9067.

⁸ Concl. Tizzano, 8 maggio 2001, "Ferring", cit., punto 60.

⁹ C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, in *Racc.* 2005, p. I-7747.

¹⁰ C. giust. UE, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike e Weinlig*, in *Racc.* 1977, p. 595; C. giust. UE, 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Racc.* 1994, p. I-877; C. giust. UE, 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-229; C. giust. UE, 10 maggio 2000, causa T-46/97, *Sociedade Independente de Comunicação SA c. Commissione - "SIC"*, in *Racc.* 2000, p. II-2125; C. giust. UE, 22 giugno 2000, causa C-332/98, *Francia c. Commissione (CELF)*, in *Racc.* 2000, p. I-4833.

¹¹ Concl. Tizzano, 8 maggio 2001, "Ferring", cit., punti 75-98.

ex ante e a carattere permanente che invece la Commissione deve svolgere ai sensi dell'art. 107 §§ 2 e 3: da qui il rischio di sottrarre *in toto* il finanziamento dei servizi pubblici al controllo delle istituzioni europee.

Le argomentazioni svolte dall'Avvocato generale Léger non sono state colte dalla C. giust. UE nella causa *Altmark*, così come nelle sentenze successive. Tuttavia, da un lato, proprio con *Altmark* i giudici europei hanno introdotto rilevanti modifiche all'impianto argomentativo su cui si poggiava l'originario "criterio della compensazione", dall'altro, la Commissione, nei suoi atti di diritto derivato successivi alla pronuncia, valorizzando il nucleo concettuale del "criterio dell'aiuto di Stato", ha individuato alcune situazioni nelle quali una compensazione, pur costituendo un aiuto di Stato, può essere ritenuta compatibile ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE e, in qualche caso, esente dagli obblighi procedurali di cui all'art. 108 TFUE.

Allo stato attuale, pertanto, come sarà mostrato nei §§ seguenti, le compensazioni erogate dallo Stato alle imprese preposte alla prestazione di SIEG, a seconda delle caratteristiche che esse presentano, sono da ritenersi legittime *ex ante*, nel rispetto delle condizioni *Altmark*, oppure possono giustificarsi *ex post* ai sensi dell'art. 106 § 2.

II. LE SENTENZE *ALTMARK* E *BUPA* E I PROBLEMI DI CARATTERE PROCEDURALE E DI PRIVAZIONE DELL'EFFETTO UTILE DELL'ART. 106 § 2 DERIVANTI DALL'ACCOGLIMENTO INTEGRALE DEL "CRITERIO DELLA COMPENSAZIONE"

Con la sentenza *Altmark* la C. giust. UE limita l'ipotesi di non configurabilità dell'aiuto al rispetto cumulativo di quattro condizioni. Secondo i giudici, «in primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere defi-

niti in modo chiaro». In secondo luogo, «i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente». In terzo luogo, la compensazione non può eccedere «quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento». In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, «non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico [...] il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi»¹².

Quanto alla prima condizione, la missione di servizio pubblico deve essere conferita attraverso un atto che può assumere diverse forme giuridiche, dall'atto legislativo a quello regolamentare al contratto, e che deve precisare, tra l'altro, l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio pubblico, l'impresa e i territori interessati, la natura dei diritti esclusivi o speciali accordati all'impresa, i parametri per il calcolo della compensazione e le modalità per evitare sovra-compensazioni e per il loro eventuale recupero¹³.

Per quel che concerne la seconda condizione, ciò che conta è che sia chiaro «fin dall'inizio come sarà determinato il risarcimento» e che l'autorità prenda in considerazione solamente i costi direttamente connessi alla prestazione del servizio pubblico¹⁴.

Per quanto riguarda la terza condizione, per margine di utile ragionevole «si

¹² C. giust. UE, 24 luglio 2003, "*Altmark*", cit., punti 87-93.

¹³ Cfr. la Com. Comm. UE sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di

aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, cit., punto 52.

¹⁴ *Ibidem*, punti 55-56.

intende il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio». Nei settori in cui non esiste un'impresa comparabile all'impresa incaricata del servizio di interesse economico generale, si può fare riferimento a imprese analoghe situate in altri Stati membri o, se necessario, ad imprese di altri settori a condizione che si tenga conto delle peculiarità di ciascun settore¹⁵.

Infine, quanto alla quarta condizione, ben si comprende la presunzione su cui si poggia il ragionamento della Corte di giustizia: una procedura di gara aperta, trasparente e non discriminatoria è considerata, infatti, in grado, più di ogni altre, di assicurare il rispetto del diritto UE. In assenza di una tale procedura, le autorità pubbliche saranno obbligate ad applicare il c.d. "principio dell'investitore privato" in un'economia di mercato al fine di selezionare l'operatore cui accordare la compensazione, sulla base della medesima logica che orienta la terza condizione *Altmark* con riferimento all'individuazione dei principi che gli Stati devono seguire per evitare le sovra-compensazioni. In particolare, per quel che concerne il concetto di «impresa gestita in modo efficiente» e in mancanza di una definizione ufficiale, gli Stati membri dovrebbero applicare criteri oggettivi, economicamente riconosciuti come rappresentativi di una gestione soddisfacente, senza che il semplice fatto di generare un utile venga con-

siderato un criterio sufficiente per affermare che un'impresa è «gestita in modo efficiente». Per «impresa adeguatamente dotata dei mezzi necessari», invece, si intende un'impresa che ha le risorse indispensabili per adempiere con successo agli obblighi di servizio pubblico accordata dallo Stato¹⁶.

Con la sentenza *Altmark* si è passati, pertanto, da un approccio "permissivo" nei confronti delle politiche perseguite dai paesi membri a sostegno delle loro economie, come quello adottato dalla Corte in *Ferring*, ad un'impostazione di segno opposto, fortemente "comunitarista". La pronuncia si pone alla base della giurisprudenza successiva, sia quella del Trib. UE¹⁷ che della C. giust. UE¹⁸, oltre che di numerose decisioni adottate dalla Commissione nelle quali generalmente è stato riscontrato il mancato rispetto delle condizioni *Altmark*¹⁹ da parte dello Stato²⁰.

In particolare, assume grande rilevanza la sentenza *BUPA*²¹, nella quale il Trib. UE si confronta per la prima volta in maniera articolata e approfondita con le quattro condizioni *Altmark*, riconoscendo peraltro che la portata di dette condizioni «coincide ampiamente con quella dei criteri di cui all'art. [106 § 2 TFUE]». Proprio con riguardo ai rischi di sovrapposizione tra condizioni *Altmark* e presupposti di attuazione dell'art. 106 § 2, il Tribunale svolge alcune importanti considerazioni.

Quanto alla prima condizione, la nozione di obblighi di servizio pubblico contemplata dalla sentenza *Altmark*, ad avviso dei giudici, non diverge, in alcun modo, da quella contemplata dall'art. 106

¹⁵ *Ibidem*, punto 61.

¹⁶ *Ibidem*, punto 76.

¹⁷ Trib. UE, 16 marzo 2004, causa T-157/01, *Danske Busvognmoed c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-917; Trib. UE, 16 settembre 2004, causa T-274/01, *Valmont Nederland BV c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-3145; Trib. UE, 18 gennaio 2005, causa T-93/02, *Crédit mutuel c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-143; Trib. UE, 1° luglio 2008, causa T-266/02, *Deutsche Post c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-1233; Trib. UE, 11 giugno 2009, causa T-222/04, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2011, p. II-1877; Trib. UE, 6 ottobre 2009, causa T-8/06, *FAB Fernsehen c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-196.

¹⁸ C. giust. UE, 27 novembre 2003, cause riunite da C-34 a 38/01, *Enirisorse SPA c. Ministero*

delle finanze, in *Racc.* 2004, p. I-14243; C. giust. UE, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Racc.* 2006, p. I-2941; C. giust. UE, 1° luglio 2008, causa C-341/06 P, *Chronopost et la Poste c. Union française de l'express (UFEX) e altri*, in *Racc.* 2008, p. I-4777.

¹⁹ Cfr., a titolo esemplificativo, la Dec. Comm. UE, 24 febbraio 2011, Aiuto di Stato C-41/08 *DSB*, in G.U.U.E. L 7/1.

²⁰ Con alcune eccezioni, tra cui le Decisioni 2006 e 2007/2009, 15 settembre del 2009, relative alla concessione di compensazioni a imprese incaricate dello svolgimento del servizio pubblico di trasporti da parte delle regioni di Anhalt-Bitterfeld e Wittenberg.

²¹ Trib. UE, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, in *Racc.* 2008, p. II-81, punto 179.

§ 2. Discorso identico vale per le caratteristiche che l'incarico deve presentare.

La seconda condizione *Altmark*, e il controllo *ex ante* che essa comporta, invece, sottolinea il Tribunale, non equivale all'art. 106 § 2, improntato invece ad un controllo *ex post*. La novità della sentenza *BUPA* consiste proprio nel fatto che i giudici consentono alle autorità nazionali di apportare variazioni e aggiustamenti all'entità della compensazione che, pur continuando a dover essere predeterminata, non va intesa in termini così restrittivi come si ricaverebbe da un'interpretazione letterale della sentenza *Altmark*. Ciò, ovviamente, a condizione che i parametri vengano definiti in modo preciso, trasparente ed obiettivo.

Il mutamento di indirizzo più significativo rappresentato dalla sentenza *BUPA* riguarda la terza e la quarta condizione *Altmark*. Quanto alla terza, il Tribunale si allontana dalla sua impostazione originaria, in base alla quale il *quantum* della compensazione andava parametrato e calcolato sempre in relazione ai costi sopportati dall'impresa incaricata della gestione del SIEG. I giudici pervengono, cioè, a dissociare la compensazione dei costi sopportati, nella specie l'aiuto pubblico, dai costi sostenuti da ipotetici soggetti privati, con il risultato di ammettere, almeno in termini teorici, una sovra-compensazione, discostandosi, in questo modo, da altre sentenze da esso precedentemente rese²².

Per quel che concerne la quarta condizione *Altmark*, il Tribunale osserva che, così come è già stato rilevato in parte della giurisprudenza UE in merito ai rischi derivanti da una rigida applicazione del principio astratto dell'investitore privato nel caso in cui ad esercitare il servizio pubblico sia un monopolista²³, anche con riguardo all'ipotesi in cui si tratti di un soggetto privato esercente tale servi-

zio, le condizioni normali di mercato da utilizzare come parametro devono valutarsi con riferimento agli elementi obiettivi e verificabili che sono disponibili. Il Tribunale, tuttavia, in questo modo, nel chiarire prima che la condizione *Altmark* non può essere sempre di stretta interpretazione e poi nell'applicare il *test Altmark*, sembra confondere il piano della legittimità *ex ante* della misura statale, con quello, successivo, della compatibilità *ex post* ai sensi dell'art. 106 § 2, nell'ambito del quale avrebbe, invece, dovuto ragionare.

La sentenza *BUPA* assume particolare interesse anche laddove viene chiarito che «occorre applicare i criteri formulati nella sentenza *Altmark*, conformemente allo spirito e alla finalità che hanno presieduto alla loro enunciazione, secondo modalità adattate alle specificità della presente specie»²⁴. Il Tribunale, pertanto, sottolinea che le condizioni *Altmark* non vanno applicate in maniera identica in tutti i settori di interesse economico generale, dovendo essere di volta in volta modulate, tenuto conto della *ratio* e delle finalità che le ispira, sui diversi servizi oggetto di valutazione da parte delle corti UE. Così facendo, i giudici reinterpretano le condizioni *Altmark*, aprendo ad una loro applicazione maggiormente flessibile ed espansiva²⁵.

III. LA RISPOSTA FORNITA NEL "PACCHETTO ALMUNIA" DEL 2011-2012, TRA COMPENSAZIONI *DE MINIMIS*, CONFERMA DELLE CONDIZIONI *ALTMARK* E (RI)VALUTAZIONE DELL'ART. 106 § 2

La Comm. UE, prima con il «pacchetto Monti-Kroes», non più in vigore, e poi con il «pacchetto Almunia», tenta di fornire (in grande parte con successo) un quadro sistematico alla materia dei servizi pubblici e degli aiuti di Stato e, nel ri-

²² Cfr., ad esempio, Trib. UE, 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen, SA*, in *Racc.* 2005, p. II-2031, punto 266.

²³ Cfr., oltre a C. giust. UE, 1° luglio 2008, *Chronopost et la Poste c. Union française de l'express (UFEX) e altri*, cit., anche C. giust. UE, 3 luglio 2003, cause riunite C-81-1 P e C-93-94/01 P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese c. Union*

française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC e CRIE SA, in *Racc.* 2003, p. I-6993.

²⁴ C. giust. UE, 24 luglio 2003, "*Altmark*", cit., punto 160.

²⁵ Per un approccio simile cfr. la Dec. Comm. UE, 24 maggio 2007, *Energy Supply Slovenia*, in G.U.U.E. L 219/9.

valutare l'art. 106 § 2, risponde ad alcuni problemi procedurali che sarebbero scaturiti dall'accoglimento integrale del criterio della compensazione, *in primis* lo svuotamento di poteri in capo alla Commissione in tema di controllo degli aiuti, oltre che sostanziali, derivanti dal rischio di privazione dell'effetto utile, nel settore degli aiuti, dell'art. 106 § 2.

Il pacchetto si compone di due Comunicazioni, di una Dec. e di un Reg.

Con la Com. 2012/C 8/02 la Commissione stabilisce le condizioni in base alle quali compensazioni erogate dallo Stato per la prestazione di SIEG, in linea con il test *Altmark*, non configurano aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107.

Con la Com. 2012/C 8/03, la Commissione stabilisce le condizioni in base alle quali talune compensazioni di obblighi di servizio pubblico possono essere dichiarate compatibili ai sensi dell'art. 106 § 2. Si tratta di agevolazioni nei confronti delle quali il diritto UE accorda, per un verso, un trattamento più favorevole rispetto agli aiuti concessi per la prestazione di servizi che non siano di interesse economico generale e, per l'altro, un trattamento meno favorevole rispetto a quelle compensazioni che, rispettando il test *Altmark*, non costituiscono *ab origine* aiuti di Stato. Si tratta, peraltro, di compensazioni che devono essere sottoposte all'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 108 § 3.

Tra le principali condizioni di compatibilità²⁶, occorre ricordarne alcune in particolare: nella Com. è previsto che, per essere ritenuto compatibile, l'aiuto deve essere concesso per lo svolgimento di un SIEG effettivo, definito correttamente ai sensi dell'art. 106 § 2, preceduto da un atto di incarico che specifichi obblighi di servizio pubblico e modalità di calcolo della compensazione ed erogato nel rispetto delle norme dell'Unione sull'aggiudicazione degli appalti. Inoltre, la Commissione chiarisce che la durata del pe-

riodo di incarico deve essere giustificata in base a criteri oggettivi e comunque non deve superare il tempo necessario per l'ammortamento dell'attività più significativa richiesta per l'erogazione del servizio da parte dell'impresa la quale, peraltro, ha l'obbligo di rispettare la Dir. 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese²⁷.

Quanto all'importo della compensazione – il cui calcolo, qualora l'incarico sia attribuito ad una pluralità di imprese, deve avvenire allo stesso modo per ciascuna di esse –, la Commissione precisa che non può eccedere quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, compreso un margine di utile ragionevole. In particolare, il costo netto necessario per l'ottemperamento degli obblighi di servizio pubblico può essere calcolato sulla base di due metodologie: la prima consiste nella «differenza tra il costo netto per il fornitore del servizio soggetto ad un obbligo di servizio pubblico e il costo netto o utile del medesimo fornitore in assenza di tale obbligo»²⁸; la seconda nella «differenza tra i costi e le entrate di un fornitore incaricato dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, quali specificati e stimati nell'atto di incarico»²⁹.

Con riferimento alla nozione di «margine di utile ragionevole», con tale espressione si intende, generalmente³⁰, «il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata dell'atto di incarico, tenendo conto del livello di rischio»³¹, che varia a seconda del settore interessato, del tipo di servizio e delle caratteristiche del meccanismo di compensazione.

Quanto alla sovra-compensazione, la

²⁶ Cfr., in particolare, i punti 2.2-2.10 della Com., cit.

²⁷ Dir., 16 novembre 2006, in G.U.U.E. L 318, 17 novembre 2006, p. 17.

²⁸ Cfr. il punto 25 della Com., cit.

²⁹ *Ibidem*, punto 28.

³⁰ Ma non sempre, come specificato nel punto 34 della Com., cit.

³¹ *Ibidem*, punto 33.

Commissione chiarisce che essa, seppure generalmente configurabile quale aiuto di Stato, «può essere trattenuta come utile ragionevole aggiuntivo se stabilito nell'atto di incarico» a condizione che risulti da incrementi di efficienza più elevati del previsto³².

Per quel che riguarda, infine, gli obblighi di trasparenza imposti alle imprese incaricate del servizio, nella Com. è stabilito che lo Stato membro interessato deve pubblicare, su internet o in altro modo adeguato, una serie di informazioni, tra cui l'atto di incarico e gli importi di aiuto ad esse erogati.

Nella Dec. 2012/21/UE la Commissione stabilisce che taluni tipi di compensazione dei SIEG costituiscono aiuti di Stato compatibili con i Trattati sulla base dell'art. 106 § 2 TFUE, in linea con la Com. 2012/C 8/03, con la differenza che, nella Dec., tali aiuti sono esonerati dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3. La Dec. 2012/21/UE sostituisce, in questo modo, la Dec. 2005/842/CE con la quale erano stati precisati significato e portata dell'eccezione di cui all'art. 106 § 2. Quanto all'ambito di applicazione della Dec. 2012/21/UE, l'art. 2 §§ 1 e 2 dispone che essa riguarda le compensazioni di importo annuo inferiore a 15 milioni di euro – escluso il settore dei trasporti –, quelle per la prestazione dei servizi forniti da ospedali, quelle erogate in relazione all'assistenza sanitaria, all'assistenza di lunga durata, ai servizi per l'infanzia, all'accesso e alla reintegrazione nel mercato del lavoro, all'edilizia sociale e all'inclusione sociale di gruppi vulnerabili, quelle volte a coprire i costi derivanti dallo svolgimento di attività connesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole e quelle relative ad aeroporti e porti con un traffico annuale medio non superiore a 200 000 passeggeri per gli aeroporti e a 300 000 passeggeri per i porti. Nella Dec. è scritto, inoltre, che deve trattarsi, in tutti i casi di agevolazioni potenzialmente rientranti nel suo oggetto e nel suo scopo, di un incarico all'impresa che sia inferiore ai dieci anni, «a meno che l'esigenza

di un investimento significativo non giustifichi una durata superiore»³³.

La Commissione, pertanto, individua alcuni servizi rispetto ai quali il finanziamento concesso dallo Stato è da ritenersi compatibile con il diritto UE, a prescindere dall'importo della compensazione, e, per tale ragione, esentato dalla notifica alle istituzioni europee. Nel farlo, essa opera un distinguo tra compensazioni di importo limitato, a prescindere dal tipo di attività svolta, e compensazioni anche superiori ai 15 milioni di euro ma relative a particolari tipologie di servizi. In entrambi i casi la presunzione è che si tratti di agevolazioni insuscettibili di pregiudicare lo sviluppo degli scambi e la concorrenza in misura contraria agli interessi dell'Unione. C'è però una differenza rispetto alla decisione n. 2005/842/CE: in considerazione del forte sviluppo del mercato nei settori di interesse economico generale, la Commissione sceglie di abbassare il limite dell'importo delle compensazioni che possono essere esentate dall'obbligo di notifica preventiva, originariamente identificato in 30 milioni di euro.

Per quel che concerne le condizioni di compatibilità degli aiuti, esse sono sostanzialmente equivalenti a quelle previste per gli aiuti compatibili – ma soggetti all'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 108 § 3 TFUE – disciplinati nella Com. 2012/C 8/03³⁴.

L'ultimo atto ricompreso nel “pacchetto Almunia” è il Reg. *de minimis* 360/2012, dove viene fissato un massimale al di sotto del quale le misure di compensazione, non corrispondendo a tutti i criteri dell'art. 107 TFUE, non sono da considerarsi aiuti di Stato ai sensi di quest'ultima norma e vanno quindi ritenuti esenti dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE. Le condizioni (cumulative) in base alle quali una compensazione pubblica può rientrare nel campo di applicazione del Reg. sono previste nei §§ 2-8 dell'art. 2 Reg. In primo luogo, l'importo complessivo della compensazione non deve superare i 500.000 euro nel-

³² *Ibidem*, punto 47.

³³ Cfr. il *considerando* 12 della Dec., cit.

³⁴ *Ibidem*, artt. 3-9.

l'arco di tre esercizi finanziari; in secondo luogo, il massimale deve essere espresso «in termini di sovvenzione diretta in denaro», al lordo di qualsiasi imposta o altro onere, ovvero, se è concesso in forma diversa da una sovvenzione diretta in denaro, è l'importo equivalente lordo dell'aiuto; in terzo luogo, deve trattarsi di agevolazioni rispetto alle quali è possibile calcolare con precisione «l'equivalente sovvenzione lordo *ex ante* senza che sia necessario effettuare un'analisi del rischio ("aiuti trasparenti)»; in quarto luogo, gli aiuti *de minimis* non possono essere cumulati non solo con aiuti previsti da altri regolamenti *de minimis* ma anche con altre compensazioni riguardanti lo stesso servizio di interesse economico generale, sulla base degli altri atti che compongono il pacchetto di misure del 2011-2012, a prescindere quindi dal fatto che costituiscono aiuti di Stato o meno.

IV. (Segue) LO STATO DELL'ARTE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA E DEL DIRITTO DERIVATO E L'ESISTENZA DI UNA GERARCHIA TRA GLI ATTI DI DIRITTO DERIVATO CONTENUTI NEL "PACCHETTO ALMUNIA"

Dalla lettura congiunta della sentenza *Altmark* e del "pacchetto *Almunia*" possono essere svolte alcune considerazioni d'insieme sulla compensazione di obblighi di servizio pubblico nel diritto dell'UE. In primo luogo, la Com. 2012/C 8/03 comprime – in misura maggiore rispetto a quanto fatto in *Altmark* e nel "pacchetto Monti-Kroes" – l'autonomia degli Stati nella concessione di agevolazioni ad operatori economici di grandi dimensioni per la prestazione di servizi pubblici. A differenza sia delle piccole imprese che delle imprese incaricate della gestione di servizi sociali di interesse generale, esentate *ex ante* dall'obbligo di notifica ai sensi, le prime, del regolamento *de minimis*, le seconde, della Dec. 2012/21/UE, la Com. 2012/C 8/03 prevede che dette compensazioni debbano essere sempre sottoposte all'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE. Peraltro, la Commissione utilizza, per la prima volta in maniera chiara, cri-

teri e principi, particolarmente restrittivi, ispirati all'analisi economica del diritto.

In secondo luogo, dall'analisi della Com. 2012/C 8/03³⁵ sembra evincersi che senza lo svolgimento di una gara d'appalto, con riferimento all'attribuzione dell'incarico all'impresa esercente il servizio pubblico, un aiuto di Stato non potrebbe essere mai dichiarato compatibile, differentemente da quanto stabilito nella sentenza *Altmark* e nel "pacchetto Monti-Kroes" nei quali l'esistenza di una tale procedura, seppure ritenuta auspicabile, non era considerata indispensabile ai fini, rispettivamente, dell'esenzione dall'applicazione dell'art. 107 e della qualificazione dell'aiuto come compatibile ai sensi dell'art. 106 § 2.

Infine, per esigenze di certezza del diritto, è possibile individuare una gerarchia tra le misure contenute nel "pacchetto *Almunia*", rispondente alla logica seguente: se la compensazione rispetta i requisiti richiesti dal Reg. "*de minimis*", essa non è da considerarsi quale aiuto di Stato; se non rientra nell'oggetto e nello scopo del Reg., potrebbe comunque rispettare le condizioni *Altmark* e dunque non essere considerata, anche in questo caso, aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE; qualora uno o più requisiti *Altmark* non siano integrati, la misura potrebbe rientrare nel campo di applicazione della Dec. 2012/21/UE e dunque essere ritenuta un aiuto esente dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3; in caso contrario, sarà soggetta a notifica, in base a quanto previsto nella Com. 2012/C 8/03. Allo stato attuale, peraltro, è ancora dubbio se l'art. 106 § 2 sia utilizzabile qualora non possano trovare applicazione né le condizioni *Altmark* né il "pacchetto *Almunia*", ad esempio nel caso di sovra-compensazione.

DANIELE GALLO

Bibliografia

BRACO, «Le financement des services d'intérêt économique général en droit de l'Union européenne», in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2012, p. 85 ss.; D. GALLO, *I servizi*

³⁵ Cfr. il punto 19 della Com., cit.

di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea, Milano, 2010; KAMARIS, «The reform of EU state aid rules for services of general economic interest in times of austerity», in *European Competition Law Review*, 2012, p. 55 ss.; RENZULLI, «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», in *European Public Law*, 2008, p. 399 ss.; SAUTER, «Case T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of The European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr», in *Common Market Law Review*, 2009, p. 269 ss.; SAUTER, «The Altmark package mark II: new rules for State aid and the compensation of services of general economic interest», in *European Competition Law*

Review, 2012, p. 307 ss.; SINNAEVE, «What's new in SGEI in 2012? - An overview of the Commission's SGEI package», in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, p. 347 ss.; SZYSZCZAK, «Modernising State Aid and the Financing of SGEI», in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, p. 1 ss.; E. SZYSZCZAK - J.W. VAN DE GRONDEN (eds.), *Financing Services of General Economic Interest*, The Hague, 2013; J.-M. THOUVENIN, «The Altmark Case and Its Consequences», in *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, (eds.) M. KRAJEWSKI - U. NEERGAARD - J. VAN DE GRONDEN, The Hague, 2009, p. 103 ss.; T. VON DANWITZ, «The Concept of State Aid in Liberalized Sectors», in *Market Integration and Public Services in the European Union*, (ed. by) M. CREMONA, Oxford, 2011, p. 103 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il rapporto tra l'art. 107 TFUE e le altre norme dei Trattati

Sommario: I. L'ART. 107 TFUE COME NORMA GENERALE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO. – II. IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO E IL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE. – III. IL RAPPORTO TRA DIVIETO DI AIUTI DI STATO E NORME SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI OVVERO SULLE IMPOSIZIONI INTERNE. – IV. L'INCIDENZA DELL'APPLICAZIONE DI ALTRE NORME DEL TRATTATO NEI PROCEDIMENTI DI PUBLIC O PRIVATE ENFORCEMENT.

I. L'ART. 107 TFUE COME NORMA GENERALE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Nel contesto del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea l'art. 107 TFUE costituisce una disposizione rilevante, in linea di principio, rispetto a tutte le categorie di imprese (concetto, quest'ultimo, com'è noto, definito in maniera uniforme dallo stesso diritto dell'Unione e più comprensivo rispetto al diritto nazionale). Tuttavia, accanto ad esso si trovano nel TFUE altre due disposizioni espressamente dedicate agli aiuti in due settori specifici, e precisamente l'agricoltura e i trasporti¹. La ragione di questa scelta è facilmente rinvenibile nelle peculiarità di questi settori, che sconsigliavano l'applicazione pura e semplice delle norme sulla politica di concorrenza; per questo motivo sono state introdotte nel Trattato regole derogatorie, sia pure, come si vedrà, con contenuto diverso.

Peraltro, anche in tali materie l'art. 107 TFUE costituisce una disposizione di riferimento sotto un duplice profilo. Da un lato, la nozione stessa di "aiuto di Stato" non può che essere individuata, per tutti i settori, compresi quelli soggetti a regole speciali, in quella generale dell'art. 107 TFUE. Dall'altro, anche sul piano procedurale la disciplina degli artt. 107 e 108 TFUE risulta applicabile in via generale

salvo che siano stabilite espresse eccezioni.

Una conferma di tale ricostruzione si ritrova anzitutto in materia di agricoltura. Attesa la peculiarità della materia, già l'originario art. 42 del Trattato CEE (divenuto oggi art. 42 TFUE) aveva previsto addirittura che le regole di concorrenza non fossero applicabili alla produzione e al commercio di prodotti agricoli, se non nella misura determinata dagli atti di diritto derivato in materia di organizzazione comune dei mercati e di attuazione della politica agricola comune.

Com'è stato rilevato di recente anche dalla Corte di giustizia², l'evoluzione della normativa dell'Unione in materia di agricoltura ha progressivamente eroso l'ambito nel quale la normativa in materia di aiuti di Stato doveva considerarsi inapplicabile.

Una disciplina generale dell'attuazione delle regole di concorrenza in materia agricola è stata dapprima dettata col regolamento CEE n. 26/62 (oggi sostituito dal regolamento CE n. 1184/2006): in forza di tale regolamento la disciplina del Trattato in materia di aiuti di Stato trova applicazione in materia di agricoltura, con l'esclusione dell'art. 107 § 2 TFUE. Ciò comporta una significativa differenza procedurale, poiché la Commissione, pur ricevendo preventiva comunicazione dei progetti di aiuto, non ha il potere di opporsi alla concessione degli aiuti stessi da parte degli Stati.

Peraltro, tale disciplina ha ormai un ambito applicativo del tutto residuale, poiché per la maggior parte dei prodotti agricoli sono state istituite organizzazioni comuni di mercato, all'interno delle quali è prevista l'applicabilità integrale delle re-

¹ Per un'ipotesi particolare in cui è stata ritenuta l'esistenza di un regime speciale in materia di aiuti, applicabile addirittura ad aiuti concessi prima dell'adesione di uno Stato all'Unione europea, v. Trib. UE, 1° luglio 2009, cause riunite T-273/06 e 297/06, *ISD Polska c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-2181 e, in pari data, causa T-

288/06, *Regionalny Fundusz Gospodarczy c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-2247.

² C. giust. UE, 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e altri c. Regione Autonoma della Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2006, p. I-1875.

gole del Trattato anche in materia di aiuti di Stato, sia pure con riserva della preminenza della disciplina speciale prevista dai singoli regolamenti³.

In materia di trasporti l'effetto derogatorio rispetto alle norme del Trattato sugli aiuti di Stato risulta altrettanto significativo, per il fatto che esistono vasti ambiti sottratti all'applicazione della procedura di controllo. In direzione opposta, occorre peraltro tener conto della scelta della Corte di mantenersi fedele, nell'interpretazione delle pertinenti disposizioni, alla nozione di aiuto elaborata sul piano generale e della risalente affermazione secondo cui in linea di principio gli aiuti ai trasporti non sarebbero sottratti al regime ordinariamente applicabile per effetto dell'attuale art. 103 TFUE⁴.

Mentre in taluni settori, come il trasporto aereo, è stato ritenuto possibile dar seguito a tale principio⁵, nel settore del trasporto terrestre il percorso seguito appare di segno opposto, come si ricava dalla nota sentenza *Altmark Trans* e dalla giurisprudenza successiva in relazione alla qualificazione delle sovvenzioni attribuite dalle autorità statali alle imprese esercenti attività di trasporto pubblico locale. Tale ipotesi si inserisce, come noto, in un quadro normativo del tutto peculiare, poiché esiste da tempo una disciplina uniforme dell'Unione europea in materia di attribuzione di obblighi di servizio pubblico e di

concessione delle conseguenti compensazioni, oggi compendiata nel regolamento CE n. 1370/07⁶. Questa disciplina uniforme, ove applicabile, ha carattere esaustivo, in quanto detta in modo completo le regole cui le autorità nazionali debbono attenersi nella concessione delle compensazioni, assorbendo ogni considerazione collegata all'art. 103 TFUE ed escludendo altresì l'obbligo di notifica preventiva alla Commissione⁷.

Peraltro, rispetto alle ipotesi escluse dall'ambito di applicazione di tale normativa sovranazionale⁸, la Corte ha espressamente richiamato la nozione di "aiuto di Stato" quale ricavabile dall'attuale art. 107 TFUE e ha ritenuto possibile valutare la fattispecie alla luce dei quattro requisiti in cui tale nozione si sostanzia⁹: in particolare, essa ha affermato che tali sovvenzioni possono non attribuire un vantaggio economico alle imprese di trasporto qualora sussistano alcune specifiche condizioni in ordine all'esistenza degli obblighi di pubblico servizio e alle modalità con cui viene determinata l'entità delle compensazioni. Peraltro, tale metodo di qualificazione delle misure nazionali come aiuti non pare utilizzato con esclusivo riferimento al settore dei trasporti, ma trova applicazione ogniqualevolta lo Stato giustifichi la concessione di determinati vantaggi alle imprese con l'imposizione di obblighi di pubblico servizio¹⁰.

³ C. giust. UE, 26 giugno 1979, causa 177/78, *Pigs and Bacon Commission c. McCarren and Company Limited* - "Mc Carren", in *Racc.* 1981, p. 2161; 12 dicembre 2002, causa C-456/00, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-11972; 26 maggio 2005, causa C-283/03, *A.H. Kuipers c. Productschap Zuivel* - "Kuipers", in *Racc.* 2005, p. I-4255. Peraltro, la violazione delle regole di un'organizzazione comune di mercato, anche quando assuma la forma dell'aiuto di Stato, dovrebbe essere fatta valere con l'ordinario procedimento di infrazione: v., tra le altre, Corte giust. UE, 12 luglio 1990, causa 35/88, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1990, p. I-3125.

⁴ C. giust. UE, 12 ottobre 1978, causa 156/77, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.* 1978, p. 1881.

⁵ V., a titolo di esempio, per due casi in cui non è stato neppure posto in dubbio che le norme del Trattato sugli aiuti fossero applicabili in materia di trasporto aereo, Trib. UE, 17 dicembre 2008, causa T-196/04, *Ryanair c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-3643; 28 marzo 2012, causa T-123/09, *Ryanair c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁶ Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, in G.U.U.E. L 315 del 3 dicembre 2007, p. 1 ss.

⁷ Trib. UE, 16 marzo 2004, causa T-157/01, *Danske Busvognmænd c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-923.

⁸ V., in tal senso, C. giust. UE, 7 maggio 2009, causa C-504/07, *Antrop e altri c. Carris e STCP* - "Antrop e altri", in *Racc.* 2009, p. I-3867.

⁹ C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* - "Altmark", in *Racc.* 2003, p. 7747; 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo c. Presidenza del Consiglio dei Ministri (II)* - "Traghetti del Mediterraneo (II)", in *Racc.* 2010, p. I-5243.

¹⁰ Cfr., di recente, C. giust. UE, 2 settembre 2010, causa C-399/08 P, *Commissione c. Deutsche Post*, in *Racc.* 2010, p. I-7831.

II. IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO E IL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE

Naturalmente, il problema di garantire un coordinamento con il divieto di aiuti di Stato contemplato nell'attuale art. 107 TFUE non si è posto soltanto rispetto alle altre norme del Trattato che riguardano direttamente tale materia, ma anche con norme di carattere più generale. Tra queste occorre anzitutto menzionare il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 c. 6 TFUE, che costituisce una norma di portata particolarmente ampia, come dimostra la circostanza che spesso nella giurisprudenza della Corte di giustizia essa è stata utilizzata per ricavarne obblighi non espressamente previsti nel sistema dei Trattati¹¹.

Tale disposizione è stata sin da tempi non recenti valorizzata nel settore della politica di concorrenza. Infatti, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che, anche quando risultino applicabili le disposizioni del Trattato che sono direttamente rivolte alle imprese, esse debbono comunque essere esaminate anche in combinazione con il principio di leale cooperazione¹². In particolare, da ciò si è fatto discendere che agli Stati membri incombe l'obbligo di non adottare misure legislative, regolamentari o amministrative che abbiano l'effetto di rafforzare o favorire comportamenti vietati dagli attuali artt. 101 e 102 TFUE (ad esempio, con l'omologazione di accordi anticoncorrenziali o di decisioni di associazioni di imprese, ovvero con la fissazione di tariffe obbligatorie¹³).

¹¹ Cfr., ad esempio, C. giust. UE, 5 novembre 2002, causa C-466/98, *Commissione c. Regno Unito*, e, in pari data, causa C-467/98, *Commissione c. Danimarca*; causa C-468/98, *Commissione c. Svezia*; causa C-469/98, *Commissione c. Finlandia*; causa C-471/98, *Commissione c. Belgio*; causa C-472/98, *Commissione c. Lussemburgo*; causa C-475/98, *Commissione c. Austria*; causa C-476/98, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 2002, p. I-9427.

¹² V. già C. giust. UE, 16 novembre 1977, causa 13/77, *SA G.B. Inno-B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB) - "G.B. Inno-B.M."*, in *Racc.* 1977, p. 2115.

¹³ Tra le tante, C. giust. UE, 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc c. Sàrl «Au blé vert» e altri - "Leclerc"*, in *Racc.* 1985, p. 1; 30 aprile 1986, cause

Tuttavia, un'analogo applicazione del principio di leale cooperazione, in combinazione con l'art. 107 TFUE, in materia di aiuti di Stato è stata esclusa dalla Corte di giustizia, pur con una isolata decisione¹⁴. In tale caso il principio di leale cooperazione era stato evocato per estendere la nozione di aiuto ad un meccanismo di finanziamento stabilito come obbligatorio dello Stato ma posto a carico di imprese private attraverso l'acquisto di energia prodotta da fonti rinnovabili a un prezzo minimo. Si trattava dunque di una fattispecie in qualche modo speculare rispetto a quelle esaminate in relazione agli artt. 101 e 102 TFUE, ma la Corte di giustizia ha ritenuto che in questo caso non vi fosse spazio per il principio di leale cooperazione, in quanto gli obblighi degli Stati membri non potevano essere diversi da quelli definiti puntualmente da tali disposizioni, rivolte direttamente ad essi (e non alle imprese).

Uno spazio certamente maggiore al principio di leale cooperazione è riconosciuto nel campo del recupero degli aiuti di Stato, ove esso deve informare sia la condotta della Commissione sia degli Stati membri.

In proposito, la Corte di giustizia ha costantemente ribadito che, in presenza di difficoltà nel recupero di aiuti illegali, spetta agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione collaborare in maniera tale da garantire la piena efficacia delle norme del Trattato¹⁵. In particolare, è fatto obbligo allo Stato membro, qualora invochi l'impossibilità di esecuzione della deci-

riunite da 209 a 213/84, *Pubblico ministero c. L. Asjes e altri - "Asjes"*, in *Racc.* 1986, p. 1425; 1° ottobre 1987, causa 311/85, *VZW Vereniging van Vlaamse Reisebureaus c. VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten - "VVR"*, in *Racc.* 1987, p. 3801; 3 dicembre 1987, causa 136/86, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Yves Aubert - "BNIC"*, in *Racc.* 1987, p. 4789; 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Repubblica Federale di Germania c. Delta-Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft GmbH - "Delta-Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft"*, in *Racc.* 1994, p. I-2517; 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1998, p. I-3851.

¹⁴ Si tratta di C. giust. UE, 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra AG c. Schlesweg AG - "PreussenElektra"*, in *Racc.* 2001, p. I-2099.

¹⁵ Tale orientamento è stato inaugurato con le

sione di recupero, di comunicare immediatamente alla Commissione gli eventuali problemi incontrati ovvero le conseguenze non previste della decisione stessa, proponendone all'occorrenza una modifica¹⁶. Allo stesso tempo, di fronte a una siffatta comunicazione la Commissione dovrebbe collaborare in buona fede con lo Stato membro interessato per risolvere le difficoltà che si siano concretamente presentate¹⁷; peraltro, tale obbligo è stato sino ad oggi affermato in via puramente astratta, ma la Corte non ne ha mai chiarito la portata in maniera dettagliata mostrando di ritenerlo in sostanza recessivo rispetto agli obblighi imposti agli Stati¹⁸.

Più in generale, si deve riconoscere che l'obbligo di leale cooperazione tra Stati membri e Commissione caratterizza certamente l'intero procedimento di controllo in materia di aiuti di Stato. Tuttavia, in presenza della disciplina particolarmente puntuale contenuta negli artt. 107 e 108 TFUE ma anche nel regolamento CE n. 659/1999 e nella ulteriore normativa di attuazione, tale obbligo non può che strutturarsi secondo le forme e le procedure espressamente dettate a tal fine, mentre non sembra probabile che

emergano significativi ambiti in cui il principio espresso nell'art. 4 TUE possa conformare l'attività rispettiva degli Stati e della Commissione¹⁹.

III. IL RAPPORTO TRA DIVIETO DI AIUTI DI STATO E NORME SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI OVVERO SULLE IMPOSIZIONI INTERNE

Peraltro, il problema del coordinamento dell'attuale art. 107 TFUE con altre norme di diritto primario è stato sollevato soprattutto con riferimento alle norme concernenti la libera circolazione delle merci e specialmente al divieto di restrizioni quantitative e misure ad effetto equivalente (oggi previsto dall'art. 34 TFUE). Così, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dovuto affrontare, sin da tempi non recenti, il problema di definire la rispettiva portata di questi due gruppi di norme rispetto a fattispecie astrattamente rilevanti sotto entrambi i profili.

Infatti, com'è stato subito notato, le conseguenze risultano significativamente diverse a seconda che una certa misura nazionale sia assimilata a una restrizione quantitativa all'importazione ovvero a un

sentenze C. giust. UE, 15 gennaio 1986, causa 52/84, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.* 1986, p. 89; 2 febbraio 1989, causa 94/87, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1987, p. 175; 10 giugno 1993, causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1993, p. I-3146.

¹⁶ Occorre peraltro dire che nella maggior parte dei casi gli Stati membri si sono limitati a invocare l'impossibilità di esecuzione, ma non hanno dimostrato di aver fatto tutto quanto necessario per garantire il rispetto del principio di leale cooperazione: fra le tante, C. giust. UE, 23 febbraio 1995, causa C-349/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1995, p. I-393; 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1995, p. I-673; 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* 2000, p. I-4897; 22 marzo 2001, causa C-261/99, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2001, p. I-2537; 26 giugno 2003, causa C-404/00, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2003, p. I-6706; e, più recentemente, 22 dicembre 2010, causa C-304/09, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2010, p. I-13903; 5 maggio 2011, causa C-305/09, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2011, p. I-3225; 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata.

¹⁷ Alla giurisprudenza già citata si aggiungono C. giust. UE, 12 maggio 2005, causa C-415/03,

Commissione c. Grecia, in *Racc.* 2005, p. I-3875, e 13 novembre 2008, causa C-214/07, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2008, p. I-8357.

¹⁸ Ad esempio, C. giust. UE, 14 dicembre 2006, cause riunite da C-485 a C-490/03, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2006, p. I-11887, non ha preso espressamente posizione sul rilievo dello Stato sottoposto a procedimento di infrazione secondo cui la Commissione aveva mancato di fornire una risposta a determinati quesiti, nonostante si fosse a ciò impegnata. Analogamente, C. giust. UE, 6 dicembre 2007, causa C-280/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2007, p. I-181, ove la contestazione rivolta alla Commissione (cui si imputava di aver tenuto una condotta contraddittoria ingenerando incertezza sulla portata dell'obbligo di recupero) è stata sostanzialmente pretermessa, sul rilievo che lo Stato non aveva comunque adottato alcuna iniziativa concreta diretta al recupero.

¹⁹ Naturalmente, ciò non esclude che una cooperazione tra Stati membri e Commissione possa svilupparsi su base facoltativa, al fine di favorire l'efficienza del procedimento di controllo in materia di aiuti di Stato: v., in particolare, il Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti (2009/C 136/04), in G.U.C.E. C 136 del 16 giugno 2009, p. 13 ss.

regime di aiuti di Stato. La principale differenza risiede nel carattere incondizionato e nella conseguente efficacia diretta propria del divieto delle restrizioni quantitative o delle misure ad effetto equivalente: pertanto, non essendo previsto un procedimento analogo alla valutazione di compatibilità degli aiuti di Stato, il giudice nazionale può immediatamente disapplicare le norme interne che determinino una violazione di tale regola.

Proprio il rischio di una contraddizione nel trattamento di una stessa misura – qualora questa fosse considerata contemporaneamente soggetta al divieto di restrizioni quantitative e al divieto di aiuti di Stato – ma anche il timore di un pregiudizio al potere discrezionale attribuito alla Commissione dall'attuale art. 108 TFUE hanno dunque inizialmente indotto la Corte di giustizia a escludere, in linea di principio, che il carattere di aiuto rendesse una misura nazionale di per sé contraria anche alle norme sulla libera circolazione delle merci²⁰. In tale prospettiva solo gli aspetti di un regime di aiuti ritenuti dissociabili dalla disciplina complessiva dello stesso avrebbero potuto essere valutati sulla base del parametro dell'attuale art. 34 TFUE.

Tuttavia, questo orientamento è stato rapidamente modificato probabilmente nel timore che un numero eccessivo di misure nazionali potessero essere sottratte all'ambito di applicazione delle sin-

gole norme sulla libera circolazione delle merci soltanto per il fatto della loro astratta qualificabilità come aiuti di Stato²¹. È stato così affermato che le norme sulla libera circolazione delle merci e il divieto di aiuti di Stato perseguono lo scopo comune di favorire la libera circolazione delle merci in condizioni di concorrenza e dunque debbono essere applicate in maniera cumulativa²². Così, non solo il divieto di restrizioni quantitative o misure ad effetto equivalente ma anche la disposizione relativa al riordinamento dei monopoli commerciali, entrambe dotate di efficacia diretta, sono state reputate rilevanti anche di fronte a provvedimenti nazionali che possono avere natura di aiuto²³.

Nel contempo, la Corte di giustizia ha sviluppato un analogo indirizzo interpretativo rispetto al divieto di dazi doganali e tasse ad effetto equivalente ovvero al divieto di imposizioni interne discriminatorie e protezionistiche.

In particolare, un chiaro punto di intersezione tra tali disposizioni e l'attuale art. 107 TFUE è stato rinvenuto nelle ipotesi in cui un regime di aiuti si fondi su un meccanismo di finanziamento incompatibile con tale divieto, poiché un simile meccanismo, perlopiù costituito da tributi parafiscali, può frequentemente essere compreso anche nell'ambito di applicazione degli attuali artt. 30 o 110 TFUE²⁴. Ma anche in tal caso la eventuale

²⁰ Per queste argomentazioni, v. C. giust. UE, 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli & Volpi Spa c. Ditta Paolo Meroni - "Iannelli"*, in *Racc.* 1977, p. 558.

²¹ In tal senso sembra aver avuto una certa rilevanza anche la circostanza che la qualificazione di certe misure come aiuti di Stato era stata richiamata da alcuni Governi nelle loro difese – nel procedimento di infrazione – rispetto alla contestazione di una violazione del divieto di restrizioni quantitative: v., a titolo esemplificativo, C. giust. UE, 24 novembre 1982, causa 249/81, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* 1982, p. 4005; 7 maggio 1985, causa 18/84, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1985, p. 1344; 5 giugno 1986, causa 103/84, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1986, p. 1759. La Corte di giustizia ha in proposito valorizzato anche la circostanza che, anche ove si fosse trattato di aiuti, essi risultavano comunque non notificati.

²² C. giust. UE, 13 marzo 1979, causa 91/78, *Hansen GmbH & Co. c. Hauptzollamt Flensburg - "Hansen GmbH"*, in *Racc.* 1979, p. 935; 20 marzo

1990, causa C-21/88, *Du Pont de Nemours italiana Spa c. Unità sanitaria locale n. 2 di Carrara - "Du Pont de Nemours italiana"*, in *Racc.* 1990, p. I-916.

²³ Così, nella citata sentenza 13 marzo 1979, "Hansen GmbH", la Corte ritenne che un aumento di aliquota per i prodotti importati destinato a favorire l'amministrazione tedesca dei monopoli per l'alcool, anche se configurava una sovvenzione, contrastasse con l'allora art. 37 del Trattato; nella sentenza 24 novembre 1982, "Commissione c. Irlanda", cit., una campagna promozionale a favore dei prodotti nazionali finanziata con risorse statali, pur astrattamente qualificabile come sovvenzione in favore dell'organismo istituito ai fini di tale campagna, è stata reputata in contrasto col divieto di restrizioni quantitative.

²⁴ V., ad esempio, C. giust. UE, 11 marzo 1992, cause riunite da C-78 a C-93/90, *Sociétés Compagnie Commerciale de l'Ouest e altri c. Receveur principal des douanes de La Pallice-Port - "Compagnie Commerciale de l'Ouest"*, in *Racc.*

qualificazione della misura nazionale quale aiuto di Stato non può impedire che essa debba essere verificata alla luce di ulteriori disposizioni del Trattato e che a queste ultime sia data applicazione in ragione della loro efficacia diretta²⁵.

IV. L'INCIDENZA DELL'APPLICAZIONE DI ALTRE NORME DEL TRATTATO NEI PROCEDIMENTI DI *PUBLIC O PRIVATE ENFORCEMENT*

Tale complessivo orientamento interpretativo è dunque diretto a valorizzare l'effetto utile delle norme del TFUE in materia di libera circolazione delle merci e del divieto di imposizioni interne discriminatorie e protezionistiche, evitando che esse possano essere pregiudicate dalla concorrente applicazione dell'art. 107 TFUE per il fatto che gli aiuti presuppongono sempre una valutazione latamente discrezionale della Commissione sulla loro compatibilità.

In proposito, la Corte di giustizia ha spesso sottolineato tale diversità mantenendo apparentemente ferma la necessità di una separazione tra le rispettive modalità di applicazione delle varie disposizioni interessate²⁶. Da ciò si è ricavato, ad esempio, il corollario che la pendenza di un procedimento di controllo dinanzi alla

Commissione sulla base della disciplina in materia di aiuti di Stato non può di per sé precludere l'avvio di un procedimento di infrazione per la violazione di una distinta norma del Trattato²⁷. Parimenti, la Corte ha più volte affermato, sia pure su un piano puramente astratto, la dissociabilità tra la valutazione del tributo, da effettuarsi secondo le norme di divieto di imposizioni interne o di tasse ad effetto equivalente a dazi doganali, e il controllo sulla destinazione del gettito, per il quale soltanto rilevano le norme in materia di aiuti di Stato²⁸.

Occorre tuttavia precisare che l'applicazione cumulativa delle norme sopra menzionate del Trattato insieme con l'art. 107 TFUE non è priva di conseguenze pratiche, che possono manifestarsi sia nell'ambito del procedimento di controllo svolto dalla Commissione sia nei procedimenti di *private enforcement* dinanzi ai giudici nazionali. Infatti, nonostante che nella giurisprudenza sopra richiamata la Corte di giustizia abbia costantemente fatto salve le rispettive attribuzioni della Commissione e delle autorità giudiziarie nazionali in materia di aiuti di Stato, l'eventuale contrarietà di una misura nazionale ad altre norme del Trattato la rende di per sé sola inapplicabile. Sarebbe dunque contraddittorio non tener conto di

1992, p. I-1847, riguardante una fattispecie in cui la misura nazionale (un tributo parafiscale prelevato sui prodotti petroliferi e destinato a finanziare un ente pubblico a carattere industriale e commerciale) è stata valutata alternativamente ai sensi degli allora artt. 12 e 95 del Trattato CEE.

²⁵ C. giust. UE, 21 maggio 1980, causa 73/79, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1980, p. 1534, relativa ad un sovrapprezzo applicato allo zucchero nazionale ed importato ma destinato a finanziare gli aiuti per l'adattamento delle imprese nazionali all'organizzazione comune di mercato; 29 aprile 1982, causa 17/81, *Pabst & Richarz KG c. Hauptzollamt Oldenburg - "Pabst & Richarz KG"*, in *Racc.* 1982, p. 1334, riguardante un intervento di sgravio fiscale che si applicava in egual misura all'alcool nazionale e importato nonostante che l'alcool smerciato dall'amministrazione nazionale monopolista non fosse stata assoggettata in precedenza a una tassazione equivalente rispetto all'alcool importato; 23 aprile 2002, causa C-234/99, *Niels Nygård c. Svineafgiftsfonden - "Nygård"*, in *Racc.* 2002, p. I-3676, riguardante un contributo alla produzione di suini vivi applicabile sia a quelli macellati sul territorio nazionale sia a

quelli esportati ma diretto a coprire un onere gravante solo sui primi.

²⁶ V., ad esempio, C. giust. UE, 25 giugno 1970, causa 47/69, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1972, 1970, p. 488; 11 marzo 1992, "Compagnie Commerciale de l'Ouest", cit.

²⁷ Questo è quanto era, ad esempio, avvenuto nel caso deciso da C. giust. UE, 21 maggio 1980, *Commissione c. Italia*, cit.; cfr. anche, a contrario, C. giust. UE, 20 gennaio 1985, causa 290/83, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1985, p. 445.

²⁸ V., ancora, C. giust. UE, 11 marzo 1992, "Compagnie Commerciale de l'Ouest", e 23 aprile 2002, "Nygård", citate, cui si possono aggiungere C. giust. UE, 11 giugno 1992, cause riunite C-149 e C-150/91, *Sanders Adour SnC e Guyomarc'h Orthez Nutrition animale SA c. Directeur des services fiscaux des Pyrénées Atlantiques - "Sanders"*, in *Racc.* 1992, p. I-3918; 16 dicembre 1992, causa C-17/91, *Georges Lornoy en Zonen NV e altri c. Stato belga - "Lornoy"*, in *Racc.* 1992, p. I-6546; 27 ottobre 1993, causa C-72/92, *Herbert Scharbatke GmbH c. Repubblica Federale di Germania - "Scharbatke"*, in *Racc.* 1993, p. I-5525; 17 luglio 2008, causa C-206/06, *Essent Netwerk Noord BV c.*

tale elemento quando si debba dare applicazione all'art. 107 TFUE.

Da tale necessità di coordinamento è stata dunque tratta nella giurisprudenza più recente la conseguenza che una misura di aiuto non può mai essere considerata compatibile col mercato comune ove sia in contrasto con altre disposizioni del Trattato²⁹, come il divieto di restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione³⁰, il divieto di dazi doganali e tasse ad effetto equivalente o di imposizioni interne³¹ o anche disposizioni riguardanti altre libertà di circolazione³² ovvero le regole di concorrenza applicabili alle imprese³³. Evidentemente, per questa via la valutazione di compatibilità compiuta dalla Commissione deve essere integrata prendendo in considerazione anche altre disposizioni del Trattato, dalla cui violazione non può che farsi discendere l'impossibilità di autorizzare l'aiuto.

Se è vero che la *ratio* di una simile tecnica di coordinamento è facilmente comprensibile, essa può tuttavia destare alcune perplessità, nella misura in cui sembra istituire una sorta di inespresa gerarchia tra l'art. 107 TFUE e le altre norme del Trattato sopra richiamate, poiché l'ap-

plicazione del primo è necessariamente condizionata al controllo dell'osservanza delle seconde (mentre, come emerge dalla citata giurisprudenza della Corte di giustizia, non è possibile il contrario).

GIACOMO BIAGIONI

Bibliografia

A. BIONDI - M. FARLEY, «The relationship between State aid and the single market», in *Research Handbook on European State Aid Law*, (a cura di) E. SZYSCZAK, Cheltenham, 2011, p. 277 ss.; J.Y. CHEROT, «La Cour procède à une analyse pédagogique des bases juridiques de l'intervention de la Commission concernant les aides d'État dans le secteur agricole», in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, 2006, p. 123 ss.; C. GIOLITO, «La procédure de contrôle des aides d'État peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions de droit communautaire?», in *EC State Aid Law Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alpen aan den Rijn, 2008, p. 145 ss.; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, London, 2012, p. 120 ss.; E. ORRÙ, «Il sostegno finanziario pubblico nel settore dei servizi di trasporto», in *Il diritto del mercato del trasporto*, (a cura di) S. ZUNARELLI, Padova, 2008, p. 183 ss.; M. SCHMAUCH, *EU Law on State Aid to Airlines*, Berlin, 2012.

Aluminium Delfzijl BV ed altri - "Essent Network", in *Racc.* 2008, p. I-5497.

²⁹ Per un caso in cui è stato richiamato quale parametro un principio generale di diritto, e precisamente il principio della parità di trattamento, v. C. giust. UE, 15 aprile 2008, causa C-390/06, *Nuova Agricast Srl c. Ministero delle Attività Produttive* - "Nuova Agricast", in *Racc.* 2008, p. I-2577. In taluni casi i parametri individuati lasciano peraltro un'ampia discrezionalità alla Commissione: v. C. giust. UE, 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-2801.

³⁰ C. giust. UE, 19 settembre 2002, causa C-113/00, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p.

I-7601; e, in pari data, causa C-114/00, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-7657.

³¹ C. giust. UE, 3 maggio 2001, causa C-204/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* 2001, p. I-3175; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261 e C-262/01, *Stato Belga c. Eugene Van Calster e Felix Cleeren* - "Van Calster", in *Racc.* 2003, p. I-12272.

³² Rispetto alla libertà di stabilimento, v. C. giust. UE, 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 2000, p. I-6857.

³³ Con riferimento al divieto di intese, C. giust. UE, 15 giugno 1993, causa C-225/91, *Matra SA c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-3203.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La disciplina degli aiuti di Stato a finalità regionale

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. I NECESSARI PRESUPPOSTI PER LA DETERMINAZIONE DELLE REGIONI AMMISSIBILI. – III LE CARTE A FINALITÀ REGIONALE E DICHIARAZIONE DI COMPATIBILITÀ. – IV. OBBLIGO DI NOTIFICA DEGLI AIUTI A FINALITÀ REGIONALE. – V. IL POTERE DISCREZIONALE DELLA COMMISSIONE NELLA VALUTAZIONE DI COMPATIBILITÀ DI UNA MISURA: PROBLEMATICHE TECNICO-PROCESSUALI.

I. DISPOSIZIONI RILEVANTI NEL TRATTATO ISTITUTIVO

Il TFUE all'art. 107 § 3 lett. a) e c) prevede due ipotesi di intervento statale a finalità regionale potenzialmente compatibili:

i) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita è anormalmente basso, oppure caratterizzata da grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni ultraperiferiche¹, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

ii) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune re-

gioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse.

Oltre a prevedere un generale divieto di erogazione di misure statali a vantaggio di talune imprese o categorie di imprese, l'art. 107 TFUE espressamente ammette una serie di deroghe in forza delle quali talune misure statali sono *per se* considerate compatibili con il mercato interno oppure *sono* suscettibili di essere qualificate come compatibili con questo.

Gli aiuti c.d a finalità regionale rientrano in questa seconda categoria rispetto cui sussiste, in ogni caso e salvo eccezioni predefinite, l'obbligo di notifica preventivo alla Commissione europea².

Sin dall'inizio del processo di integrazione europeo, pertanto, il legislatore UE si è premurato di sottolineare come sebbene l'intervento statale di sussidio ad un'impresa o un intervento settoriale dovesse essere oggetto di un divieto perentorio, in taluni contesti regionali le peculiari caratteristiche morfologiche nonché even-

¹ Il territorio dell'Unione europea comprende otto regioni c.d. ultraperiferiche espressamente disciplinate all'art. 349 TFUE (*ex* articolo 299, § 2, commi 2-4 TCE) recentemente modificato dalla decisione del Consiglio europeo, 29 ottobre del 2010, in G.U.U.E. L 325, 9 dicembre 2010, p. 4 secondo cui «Tenuto conto della situazione socio-economica strutturale della Guadalupa, della Guyana francese, della Martinica, della Riunione, di Saint Barthélemy, di Saint Martin, delle Azorre, di Madera e delle isole Canarie, aggravata dalla loro grande distanza, dall'insularità, dalla superficie ridotta, dalla topografia e dal clima difficili, dalla dipendenza economica da alcuni prodotti, fattori la cui persistenza e il cui cumulo recano grave danno al loro sviluppo, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta misure specifiche volte, in particolare, a stabilire le condizioni di applicazione dei trattati a tali regioni, ivi comprese politiche comuni. Alorché adotta le misure specifiche in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. Le misure di cui al primo comma riguardano in particolare politiche doganali e commerciali, politica fiscale, zone franche, politiche in materia di agricoltura e

di pesca, condizioni di fornitura delle materie prime e di beni di consumo primari, aiuti di Stato e condizioni di accesso ai fondi strutturali e ai programmi orizzontali dell'Unione. Il Consiglio adotta le misure di cui al primo comma tenendo conto delle caratteristiche e dei vincoli specifici delle regioni ultraperiferiche senza compromettere l'integrità e la coerenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ivi compresi il mercato interno e le politiche comuni». In forza dell'art. 355 TFUE, che determina l'ambito di applicazione territoriale del diritto primario UE, l'Unione europea intrattiene rapporti di partenariato con le regioni ultraperiferiche di cui *supra*.

² Ai sensi ad esempio del 7° considerando del Reg. 1628/2006 della Commissione, del 24 ottobre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti di Stato per investimenti a finalità regionale Testo rilevante ai fini del SEE (oggi rispettivamente artt. 107 e 108 TFUE), in G.U.U.E. L 302 del 1 novembre 2006, p. 29: «Sono esentati dall'obbligo di notificazione gli aiuti che soddisfano tutte le condizioni del presente regolamento. I regimi di aiuti a finalità regionale esentati a norma del presente regolamento devono contenere un espresso riferimento ad esso».

tuali condizioni di natura economica di tipo strutturale di uno Stato membro potessero giustificare l'ammissione di un sostegno al fine di garantire un perequato riparto delle risorse economiche.

La *ratio* sottostante a queste deroghe si comprende alla luce del più ampio obiettivo perseguito dal legislatore europeo di garantire uno sviluppo armonioso delle attività economiche nel territorio dell'Unione, nonché una più forte coesione a livello economico e sociale (artt. 4 e 174 TFUE)³. Questo approccio trova pieno riscontro nella giurisprudenza più risalente secondo cui le deroghe al libero gioco della concorrenza previste dal Trattato in favore degli aiuti regionali sono «fondate sulla solidarietà comunitaria, obiettivo fondamentale del Trattato come comprovato dal suo preambolo». Nell'esercizio del suo potere discrezionale (v. *infra* § V), è compito della Commissione «provvedere a conciliare gli obiettivi della libera concorrenza e della solidarietà comunitaria, nel rispetto del principio di proporzionalità»⁴.

³ Va comunque sottolineato che la finalità di coesione economica all'interno dell'Unione europea perseguita anche attraverso altri strumenti di diritto derivato quali, ad esempio, i Regolamenti inerenti ai Fondi Strutturali, non prevale né può prescindere dall'obbligo di rispettare il principio della libera concorrenza disposta dai Trattati istitutivi, dovendosi necessariamente coordinare a questa. Il rapporto di necessario coordinamento è del resto normalmente indicato nei diversi atti legislativi come, ad esempio, l'art. 7 del Reg. 2052/88 del Consiglio, 24 giugno 1988, relativo alle missioni dei Fondi a finalità strutturali, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti degli altri strumenti finanziari esistenti, in G.U.C.E. L 185, 15 luglio 1988, p. 9; confermato dal successivo Reg. 1260/1999 del Consiglio, 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali, in G.U.C.E. L 161, 26 giugno 1999, p. 1, art. 12. Riferimenti specifici di coordinamento con la disciplina di cui all'art. 107 TFUE si ritrovano anche nel più recente Reg. 1083/2006 del Consiglio, 11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul fondo europeo di sviluppo regionale, sul fondo sociale europeo e sul fondo di coesione, in G.U.U.E. L 2010, 31 luglio 2006, che abroga il Reg. 1260/1999. Si pensi ad esempio all'art. 54 secondo cui per gli aiuti concessi dagli Stati ai sensi dell'art. 87 (oggi 107 TFUE) i programmi operativi devono rispettare i massimali di aiuti stabiliti dalla disciplina in materia di Aiuti di Stato; nonché all'art. 55 che

In questo specifico contesto l'azione della Commissione appare quindi preordinata ad una razionalizzazione dell'intervento pubblico avente una finalità regionale, piuttosto che ad una limitazione dello stesso.

Se quindi nella deroga *supra* (a) la Commissione vaglia la situazione specifica occupazionale o disagevole di una regione parametrandola allo *status* del restante territorio europeo complessivamente considerato⁵, per quanto concerne l'eccezione contenuta nella lettera (c) il termine di raffronto è, invece, la situazione media nazionale⁶: in questa seconda ipotesi la Commissione ha il potere di dichiarare compatibili sovvenzioni dirette ad incentivare talune attività economiche o talune regioni economiche al fine di promuoverne lo sviluppo. Non deve pertanto stupire il dato normativo espresso nel TFUE secondo cui solo rispetto a questa seconda ipotesi il vaglio della Commissione dovrà considerare l'effetto incidente della misura statale sugli scambi intraeuropei.

esclude l'applicazione della disciplina dei progetti generatori di entrate ai progetti disciplinati ai sensi dell'art. 107 TFUE.

⁴ A riguardo è stato precisato dal Trib. UE, 12 dicembre 1996, causa T-170/06, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques de soie naturelle c. Commissione* - "Aiufluss", in *Racc.* 1996, p. II-2169, punto 54, come «Il peso della solidarietà comunitaria può variare a seconda delle situazioni, ed ha effetti più rilevanti a danno della concorrenza nelle situazioni di crisi descritte nel n. 3, lett. a), che non nelle ipotesi. In tale contesto, la Commissione è tenuta a valutare gli effetti settoriali dell'aiuto regionale progettato, anche per quanto riguarda le regioni che possono rientrare nell'ambito di applicazione del n. 3, lett. a), al fine di evitare che attraverso una misura di aiuto si crei un problema settoriale nell'ambito della Comunità più grave del problema regionale iniziale».

⁵ Questa funzione riconosciuta alla prima deroga di cui all'art. 107 § 3 TFUE è stata esplicitata dalla stessa Commissione europea sin dalla prima Comunicazione sugli Orientamenti in materia di Aiuti di Stato a finalità regionale, in G.U.C.E. C-74, 10 marzo 1998, punto 9, dove è stato precisato come la deroga in questione riguarderebbe solamente la situazione economica particolarmente sfavorevole di alcune regioni rispetto alla Comunità nel suo complesso.

⁶ C. giust. UE, 14 ottobre 1979, causa C-248/84, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. I-4013, punto 19.

Come illustrato dalla Commissione europea nei propri Orientamenti adottati in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013 (“gli Orientamenti”), recependo la giurisprudenza pertinente⁷, l'intervento a finalità regionale implica un bilanciamento tra gli effetti positivi in termini di vantaggi allo sviluppo conseguibili dalla ragione sfavorita e le conseguenti distorsioni della concorrenza.

Nella prospettiva europea di divieto degli aiuti alle imprese, appare allora maggiormente accettabile un'alterazione del mercato al fine di salvaguardare lo sviluppo delle regioni rientranti nella categoria di cui alla lettera a) preordinata al recupero delle regioni caratterizzate da un tenore di vita della popolazione “anormalmente basso” nonché da un “grave” livello di disoccupazione, rispetto ad interventi fondati sulla deroga di cui alla lett. c) che, eccezionalmente, ammette interventi di tipo economico svincolati da un qualsiasi collegamento o limite di tipo strutturale, economico nonché sociale⁸.

Tale distinzione, elaborata in termini di preminenza dell'obbiettivo perseguibile dallo Stato, riflette d'altronde la più consolidata giurisprudenza in materia di aiuti secondo cui l'aiuto “al funzionamento” è generalmente vietato. L'aiuto “al funzionamento” costituisce la modalità di ausilio economico statale più semplice e comune anche nell'ambito degli aiuti a finalità regionale. Potendo sgravare le imprese dei costi inerenti alla propria ge-

stione corrente oppure alle proprie normali attività, per consolidata giurisprudenza è una forma di aiuto qualificata di per sé idoneo a falsare la concorrenza⁹ e quindi atti ad incidere negativamente sugli scambi tra gli Stati membri¹⁰.

Imponendo la verifica dell'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri, requisito necessario per constatare l'esistenza di un aiuto vietato, il legislatore europeo ha pertanto espressamente imposto una analisi di compatibilità in una prospettiva di mercato unico anche quando fondata sulla deroga di cui all'art. 107 § 3 lett. c) TFUE. Il legislatore ha così *a priori* evitato un possibile svilimento dell'efficacia della disciplina UE in materia di aiuti di Stato nonché un'alterazione del quadro socioeconomico europeo per l'aver concesso agli Stati una giustificazione al divieto generale *ex art.* 107 TFUE riconducibile alle sole esigenze regionali interne.

II. I NECESSARI PRESUPPOSTI PER LA DETERMINAZIONE DELLE REGIONI AMMISSIBILI

Proprio in considerazione della diversa dimensione in cui si colloca la possibilità per lo Stato di sostenere lo sviluppo regionale contemplato dalle due deroghe di cui all'art. 107 § 3 TFUE (v. *supra* § I), diversi sono i presupposti necessari per la *delimitazione geografica* delle regioni c.d. ammissibili al beneficio di interventi statali a finalità regionale.

⁷ Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013, in G.U.U.E. C-54, 4 marzo 2006, p. 13, punto 5.

⁸ C. giust. UE, 14 ottobre 1979, *Germania c. Commissione*, cit., punto 19.

⁹ Cfr. *ex multae* sentenze della C. giust. UE, 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-6857, punto 30, e 9 luglio 2011, causa C-71/09, *Comitato Venezia vuole vivere e a c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 136; sentenze del Trib. UE, 8 giugno 1995, causa T-459/93, *Siemens c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-1675, punti 48 e 77, 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-3207, punto 83, 27 novembre 2003, causa T-190/00, *Regione Sicilia c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-5015, punto 130; 9 settembre 2009, cause riunite da T-30/01 a T-32/01 e da T-86/02 a T-88/02, *Territorio Histórico de Alava - Diputación Foral de Alava e a. c.*

Commissione, in *Racc.* 2009, p. II-2919, punto 226.

¹⁰ C. giust. UE, 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 267, punto 11; C. giust. UE, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-2289, punto 84; C. giust. UE, 20 novembre 2003, causa C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie e GEMO*, in *Racc.* 2003, p. I-13769, punto 41. Sotto questo profilo è opportuno sottolineare come nel progetto di Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale per il periodo 2014 - 2020, reperibile sul sito della DG COMP, con esplicito riferimento ai regimi di aiuto al funzionamento la Commissione specifica di considerare esistente l'aiuto al funzionamento semplicemente «quando è probabile che in assenza di aiuto il livello di attività economica nella zona oppure nella regione in questione risulti notevolmente ridotto a causa dei problemi che l'aiuto è destinato a risolvere».

Con riferimento alla prima deroga, inerente ad eventuali aiuti diretti a migliorare il tenore di vita e occupazionale delle regioni sfavorite, si è optato per l'applicazione di un criterio comunitario: beneficiano della deroga normativa di cui all'art. 107 § 3, lett. a) TFUE le regioni qualificabili di livello II secondo la classificazione comune per le unità territoriali ("NUTS")¹¹, caratterizzate da un prodotto interno lordo ("PIL") pro-capite inferiore al 75% della media UE. Il PIL pro-capite viene calcolato in standard di potere di acquisto.

L'acquisizione dello *status* di area assistita ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. a) TFUE non ha, però, un'efficacia temporale illimitata ed è naturalmente suscettibile di essere modificato. La perdita dello *status* di "zona a" può comportare comunque direttamente l'ammissibilità della stessa a ricevere aiuti in base all'art. 107 § 3, lett. c) TFUE. A riguardo la Commissione ha adottato, ad esempio, la Comunicazione sul riesame dello *status* e dei massimali di aiuto di Stato a finalità regionale per il periodo 2011-2013¹² secondo cui, per

quanto concerne lo Stato italiano, rimane ammissibile agli aiuti ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. a) TFUE la regione Basilicata¹³.

La Commissione stabilisce, poi, anche l'elenco delle regioni che possono beneficiare della deroga di cui alla lett. c) dell'art. 107 § 3 TFUE. Tuttavia, in questo caso, poiché è la stessa base giuridica contenuta nel Trattato istitutivo a conferire agli Stati membri la facoltà di assistere regioni ritenute svantaggiate rispetto alla media nazionale, compete a ciascuno Stato individuare le regioni considerate potenzialmente beneficiarie della deroga e addurre le pertinenti giustificazioni elaborate sulla base di *considerazioni nazionali nell'ambito comunque dei parametri di riferimento illustrati dalla Commissione nei propri orientamenti*¹⁴.

In entrambi i casi rileva, quale presupposto generale di partenza per il calcolo dei massimali regionali, il limite individuato in termini di popolazione dalla Commissione per la copertura complessiva all'interno dell'Unione delle regioni assistite: nell'UE a 25 la Commissione aveva determinato la soglia al 42%, suc-

¹¹ Il Reg. 1059/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 maggio 2003, relativo all'istituzione di una classificazione comune delle unità territoriali per la statistica, G.U.U.E. L 154, 21 giugno 2003, p. 1 ss. (modificato dal Reg. 1888/2005 G.U. L 309 del 25 novembre 2005, p. 1, a motivo dell'adesione della Repubblica Ceca, dell'Estonia, di Cipro, della Lettonia, della Lituania, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovenia e della Slovacchia all'Unione europea, e dal Reg. 105/2007, in G.U.U.E. L 39, 10 febbraio 2007, p. 1 ss.) costituisce il quadro giuridico per la classificazione regionale dell'UE al fine di consentire la raccolta, la compilazione e la diffusione di statistiche regionali armonizzate nella Comunità. L'articolo 5, paragrafo 5, Reg. 1059/2003 stabilisce che, allorché sia apportato un emendamento alla classificazione NUTS, lo Stato membro in questione comunichi alla Commissione le serie per la nuova suddivisione regionale, in sostituzione dei dati già trasmessi. L'elenco delle serie e la loro durata sono specificati dalla Commissione tenendo conto della possibilità concreta di fornirle. Tali serie devono essere fornite entro due anni dall'adozione dell'emendamento della classificazione NUTS. Rileva a riguardo il Reg. 11/2008 della Commissione, 8 gennaio 2008, recante attuazione del Reg. 1059/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'istituzione di una classificazione comune delle unità territoriali per

la statistica (NUTS) per quanto riguarda la trasmissione delle serie per la nuova suddivisione regionale, in G.U.U.E. L 5, 9 gennaio 2008, pp. 13-14.

¹² Comunicazione della Commissione sul riesame dello *Status* e dei massimali di aiuto di Stato delle regioni ad effetto statistico in determinate carte nazionali degli aiuti di Stato a finalità regionale per il periodo 1 gennaio 2011-31 dicembre 2013, in G.U.U.E. C-222, 17 agosto 2010, p. 2 ss.

¹³ A riguardo va notato che secondo il progetto contenente i nuovi Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, cit., punto 142, ogni Stato membro deve avere sufficiente copertura c.d. "C" al fine di poter designare ai sensi della deroga di cui alla lett. c) dell'art. 107 § 3 TFUE le zone che erano state designate come "zone a" nella carta degli aiuti a finalità regionale nel periodo 2011-2013, come modificata da ultimo nel 2011, v. *supra* nota 16, e il cui PIL pro capite continua ad essere significativamente inferiore alla media UE-27.

¹⁴ Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013, cit., punti 30-32, dove vengono elencati i criteri di cui uno Stato deve tener conto per la designazione delle zone c, sostanzialmente ripresi e aggiornati all'UE a 27 ai punti 152-154 del documento contenente il progetto dei nuovi Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale per il periodo 2014-2020.

cessivamente confermata per l'UE a 27¹⁵. Questo limite serve ad assicurare che la copertura garantita in termini di popolazione nelle regioni assistite rimanga comunque inferiore rispetto alle regioni non assistite, in conformità alla natura derogatoria della politica in materia di aiuti di Stato a finalità regionale¹⁶.

Ne consegue, in linea generale, che la determinazione del singolo massimale regionale per ciascuno Stato membro, espresso sempre in termini di popolazione e necessario per l'eleggibilità di una regione nella deroga di cui alla lettera *c*) dell'art. 107 § 3 TFUE, si ottiene deducendo dal massimale complessivo di copertura, la popolazione delle aree rientranti nella deroga *a*) nonché delle regioni che acquisiscono lo *status* di zona ammissibile ai sensi della seconda deroga di cui all'art. 107 § 3 TFUE per espressa previsione da parte della Commissione¹⁷.

III. LE CARTE A FINALITÀ REGIONALE E DICHIARAZIONE DI COMPATIBILITÀ

Le Carte a finalità regionale costituiscono le mappe, di volta in volta pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, indicanti per ciascuno Stato membro le regioni ammesse a beneficiare delle deroghe previste dal Trattato con riferimento agli aiuti a finalità regionale e i massimali di intensità degli aiuti all'investimento approvati per ciascuna regione definiti nel rispetto dei criteri previsti negli Orientamenti. Gli Stati membri devono quindi notificare¹⁸ le carte a finalità regionale direttamente alla Commissione cui compete il potere, dopo aver effet-

tuato una valutazione della compatibilità delle stesse con i criteri definiti nei propri Orientamenti, di approvazione ufficiale mediante decisione.

La natura di tali atti decisori è stata precisata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per il loro carattere peculiare, trattandosi di atti finalizzati a completare in un certo senso il quadro normativo quanto all'ambito di applicazione *rationae loci* degli aiuti a finalità regionale, la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire come tali decisioni di approvazione da un lato costituiscono parte integrante degli Orientamenti adottati dalla Commissione; dall'altro le stesse acquisiscono un'efficacia vincolante *solo a condizione di essere state accettate previamente* anche dagli Stati membri¹⁹. La Corte precisa che non essendo precedute da un procedimento formale di adozione ed avendo sostanzialmente uno scopo diverso dalle decisioni di valutazione della compatibilità con il mercato unico, questi atti «costituiscono una delle tappe di un procedimento che mira a stabilire le condizioni generali dell'esame comunitario dei regimi di aiuti a finalità regionale»²⁰.

È inoltre utile ricordare che sino a quando la Commissione non si esprime nel merito delle proposte che lo Stato membro può inoltrare per definire l'elenco delle regioni che ritiene ammissibili, sembrerebbe sussistere una facoltà di modifica della proposta.

Nel caso *Repubblica Federale di Germania c. Commissione*, ad esempio, la Commissione eccepiva l'irricevibilità dell'azione di annullamento introdotta dallo

¹⁵ Si noti che il massimale al 42% è confermato anche per il periodo 2014-2020 salvo opportune adeguamenti necessari all'adesione da parte della Croazia (UE-28).

¹⁶ Art. 12 degli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013, cit.

¹⁷ I nuovi Orientamenti per 2014-2020 sotto questo profilo attueranno una semplificazione istituendo espressamente la categoria delle "zone c predefinite" che ricomprendono: «(a) le ex "zone a" con un PIL pro capite inferiore al 90% della media UE-27; regioni NUTS 2 che erano state designate come "zone a" nel periodo 2011-2013 e il cui PIL pro capite è inferiore al 90% della media UE-27; (b) zone scarsamente popolate: le regioni NUTS 3 con meno di 12,5 abitanti per km² (dati

Eurostat sulla densità della popolazione per il 2010)».

¹⁸ Si noti che per il periodo 2014-2020 gli Stati membri saranno tenuti a notificare alla Commissione una sola carta regionale successivamente alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea dei nuovi Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale, con validità per le stesse decorrente a partire dal 1° gennaio 2014 fino al 31 dicembre 2020.

¹⁹ C. giust. UE, 18 giugno 2002, causa C-242/00, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-5603, punti 34-35.

²⁰ C. giust. UE, 18 giugno 2002, causa C-242/00, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, cit., punto 34.

Stato tedesco avverso la decisione che dichiarava compatibile ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. c) TFUE l'ultimo elenco fornito all'esecutivo e modificativo delle prime proposte, sostenendo che trattandosi di una decisione positiva non si era verificato alcun pregiudizio in capo allo Stato agente che giustificasse l'azione contenziosa.

La Germania nel corso del procedimento aveva tentato di ottenere l'approvazione favorevole del primo elenco rispetto a cui però la Commissione si sarebbe espressa in senso negativo. Pertanto in sede contenziosa la Germania sosteneva che l'approvazione finale del secondo elenco da parte della Commissione aveva costituito *de facto* un rifiuto implicito del primo elenco.

La Corte si pronuncia per l'irricevibilità dell'azione avvallando l'eccezione dell'esecutivo ma formulando, nella sostanza, un ragionamento peculiare e in prospettiva favorevole alla posizione degli Stati notificanti.

In particolare secondo l'organo giudicante il mancato pregiudizio per il ricorrente sostenuto dalla Commissione doveva individuarsi nell'assenza di una esplicita pronuncia da parte dell'Istituzione sulla prima domanda della Germania finalizzata ad ottenere aiuti regionali che rappresentassero la percentuale voluta della sua popolazione (24%).

In assenza di un rigetto o assenso espresso sia negli atti privi di efficacia vincolante (ossia le misure intermedie notificate anteriormente alla decisione di approvazione) sia nella decisione impugnata sul punto, secondo la Corte lo Stato ben avrebbe potuto ancora notificare un elenco supplementare di regioni che coprisse la percentuale necessaria della sua popolazione per raggiungere la soglia inizialmente voluta. Trattasi di una facoltà, precisa la Corte, comunque subordinata

al giudizio necessario e preventivo di compatibilità da parte della Commissione quanto al contenuto²¹.

Ad ogni modo, il ragionamento prospettato dalla Corte di giustizia sembrerebbe orientato a garantire sia un ampio margine di manovra nel dialogo tra lo Stato e i servizi competenti della Commissione sia, contestualmente, un dovere in capo all'Istituzione di manifestare la propria opinione in modo compiuto ed esplicito nel merito di ogni aspetto della proposta nazionale nel suo complesso.

Questa precisazione giurisprudenziale permette quindi di constatare l'importanza che acquista, per la politica regionale di uno Stato, la definizione dell'elenco delle regioni ammissibili e l'individuazione delle ragioni che supportano le scelte nazionali di intervento a vantaggio di determinate aree piuttosto che di altre, quali elementi capaci di condizionare l'andamento di tutta la procedura di valutazione formale di compatibilità che la Commissione deve effettuare, a partire dalla notifica della misura (v. *infra* § IV), sino all'eventuale contenzioso esperibile davanti alle giurisdizioni europee (v. *infra* § V).

IV. OBBLIGO DI NOTIFICA DEGLI AIUTI A FINALITÀ REGIONALE

Come accennato (v. *supra* § I) gli aiuti a finalità regionale costituiscono una deroga al generale divieto di intervento statale di ausilio delle imprese; l'esecuzione concreta delle misure statali presuppone pertanto un esame di compatibilità da parte della Commissione (v. *infra* § IV)²².

Per tale ragione, in via generale, gli aiuti a finalità regionale sono soggetti al normale obbligo di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE da parte degli Stati membri. Tuttavia per il tramite del Reg. 994/98²³ il Consiglio dell'Unione ha espressa-

²¹ C. giust. UE, 18 giugno 2002, causa C-242/00, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, cit., punti 39-45.

²² Per espressa formulazione letterale nel testo del Trattato gli aiuti a finalità regionale «possono essere dichiarati compatibili con il mercato comune» in ragione del implicito carattere poten-

zialmente anti-concorrenziale laddove utilizzati in modo abusivo dagli Stati membri.

²³ Reg. 994/98 del Consiglio, 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato (oggi artt. 107 e 108 TFUE) che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali, in G.U.C.E. L 142, 14 maggio 1998, p. 1 ss.

mente conferito il potere all'esecutivo di adottare Regolamenti di esenzione per categoria per talune categorie di aiuti di portata orizzontale tra i quali rientrano gli aiuti regionali²⁴, definendo negli stessi la finalità dell'aiuto, le categorie di beneficiari, i massimali espressi o in termini di intensità dell'aiuto in relazione ad un insieme di costi ammissibili o in termini di importi massimi, le condizioni relative al cumulo degli aiuti, le condizioni del controllo²⁵.

È seguito pertanto l'adozione da parte della Commissione di una serie di Regolamenti per i singoli settori di interesse oggi riunificati nell'unico testo di esenzione generale per categoria, il Reg. 800/2008 ("Reg. di esenzione")²⁶.

Gli aiuti a finalità regionale, in conformità a quanto previsto dalla Commissione nei propri Orientamenti, rientrano nell'ambito di applicazione materiale del Reg. di esenzione, ad eccezione degli aiuti a finalità regionale nel settore siderurgico, nel settore della costruzione navale e nel settore delle fibre sintetiche²⁷, nonché dei regimi di aiuto a finalità regionale se destinati a settori specifici di attività economica²⁸, gli aiuti regionali agli investimenti e all'occupazione, anche erogati in favore della costituzione di piccole imprese, concessi nelle regioni ammissibili ad aiuti regionali come stabilito nella carta a finalità regionale approvata per lo Stato membro (v. *supra* § III).

I nuovi Orientamenti in corso di pubblicazione per il periodo 2014-2020 ("i nuovi Orientamenti") confermano l'approccio sino ad ora seguito dalla Commis-

sione specificando che al di fuori delle ipotesi che soddisfano le condizioni specificate nel regolamento di esenzione per categoria, i regimi di aiuti agli investimenti destinati a settori specifici di attività economica e le forme specifiche di aiuti al funzionamento restano soggetti all'obbligo di notifica a causa del maggior rischio di distorsione della concorrenza e di incidenza sugli scambi tra gli Stati membri²⁹. Va notato che sia negli attuali Orientamenti in vigore, sia nel progetto contenente i nuovi Orientamenti, la Commissione esprime la convinzione che di regola gli aiuti agli investimenti possono essere concessi quando rientrano nel contesto di regimi di aiuti multisettoriale volti ad attuare una precisa e definita strategia di sviluppo regionale. È in tale prospettiva che rimane quindi perentorio l'obbligo di notifica *ex ante* dei regimi di aiuti agli investimenti laddove destinati a settori specifici di attività.

L'obbligo di notifica è attenuato, invece, nei casi di aiuti individuali a progetti di investimento. In questa ipotesi infatti l'obbligo di notifica sussiste quando l'ammontare dell'aiuto superi l'importo massimo consentito che un investimento con costi ammissibili pari a 100 milioni di euro possa ricevere conformemente all'intensità massima corretta dell'aiuto³⁰.

Infine, come si è anticipato (v. *supra* § I), gli aiuti al funzionamento sono di norma vietati, in quanto diretti a sgravare le spese correnti di un'impresa (si pensi ad esempio alle esenzioni fiscali oppure alla riduzione degli oneri sociali).

²⁴ Ai sensi dell'art. 1 Reg. 994/98 del Consiglio, cit., 1a «Commissione può, mediante regolamenti adottati secondo la procedura di cui all'articolo 8 del presente regolamento e a norma dell'articolo 92 del trattato, dichiarare che le seguenti categorie di aiuti sono compatibili con il mercato comune e non soggette all'obbligo di notifica di cui all'articolo 93, paragrafo 3 del trattato: a) gli aiuti a favore: i) delle piccole e medie imprese, ii) della ricerca e dello sviluppo, iii) della tutela dell'ambiente, iv) dell'occupazione e della formazione; b) gli aiuti che rispettano la mappa approvata dalla Commissione per ciascuno Stato membro per l'erogazione degli aiuti a finalità regionale».

²⁵ Cfr. art. 2 del Reg. 994/98 del Consiglio, cit.

²⁶ Reg. 800/2008 della Commissione, 6 agosto

2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria), in G.U.U.E. L 214, 9 agosto 2008, p. 3 ss.

²⁷ In queste ipotesi trova applicazione la normativa specifica di settore.

²⁸ I regimi di aiuti destinati ad attività turistiche non sono considerati destinati a settori specifici; cfr. art. 4 Reg. 800/2008 della Commissione, cit.

²⁹ Cfr. progetto contenente i nuovi Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, punto 18.

³⁰ Le soglie di notifica per le massime di intensità dell'aiuto sono stabilite dalla Commissione nei propri Orientamenti.

La Commissione appare comunque maggiormente incline ad approvare tali tipologie di sovvenzioni, oltre che a favore regioni c.d. ultraperiferiche³¹, nelle aree rientranti nella deroga di cui all'art. 107 § 3, lett. a) TFUE, nonché nelle regioni a bassissima densità demografica sempre e purché tali interventi siano giustificabili in termini di contributo allo sviluppo regionale nonché proporzionati alle difficoltà e agli svantaggi che lo Stato intenderebbe così compensare.

Spetta tuttavia a quest'ultimo addurre le prove necessarie a dimostrare l'esistenza e gli svantaggi regionali sotto questo profilo illustrando nell'atto di notifica ad esempio le difficoltà con cui si scontrano le piccole e medie imprese destinatarie delle misure, oppure indicando in che modo l'intervento statale sia atto a prevenire o ridurre lo spopolamento in una determinata area.

Di conseguenza, in ipotesi di mancata indicazione da parte di uno Stato di una determinata regione o area del proprio territorio nazionale nell'elenco delle categorie ammissibili a beneficiare della deroga di cui all'art. 107 § 3, lett. a) TFUE (v. *supra* § III), gli argomenti proponibili nel corso del procedimento amministrativo in termini di obiettivi perseguiti attraverso l'adozione di una normativa prescrivente aiuti al funzionamento, non possono essere utilizzati a buon fine dallo Stato interessato al fine di giustificare l'erogazione della medesima misura ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. c) TFUE.

Tale approccio si riscontra chiaramente nel caso *Venezia e Chioggia*³² dove lo Stato Italiano nel corso del procedimento al fine di giustificare l'erogazione di aiuti nella forma di sgravi sociali alle imprese site nella città di Venezia, aveva

sostenuto come tali misure dovessero qualificarsi compatibili alla luce delle deroghe sugli aiuti a finalità regionale onde evitare «lo spopolamento della città di Venezia, il regresso delle attività industriale nonché la trasformazione della città in una città museo priva di vitalità e di potenziale sviluppo»³³.

Nella specie, tuttavia, la Commissione, dopo aver riscontrato come la città di Venezia poteva beneficiare solo parzialmente della deroga di cui all'art. 107 § 3 lett. c) TFUE in conformità alla mappa sugli aiuti a finalità regionale proposta dalle stesse autorità italiane, confermava la compatibilità delle misure di sgravio sociale nella forma di aiuti al funzionamento, in quanto decrescenti e solamente laddove temporaneamente applicate alla regione beneficiaria della deroga ai sensi dell'art. 107 § lett. a) TFUE³⁴. La Commissione negava invece la compatibilità delle misure con specifico riferimento alla città di Venezia constatando che la laguna non rientrava, *per scelta operata dalle autorità italiane*, nelle aree assistite di cui all'art. 107 § 3, lett. a) TFUE.

Sotto questo profilo l'approccio dell'esecutivo appare costante nel ritenere tendenzialmente incompatibili con la deroga di cui all'art. 107 § 3 lett. c) TFUE gli aiuti al funzionamento in quanto le regioni rientranti in questa categoria non presentano per definizione problemi acuti di coesione economica e sociale³⁵.

Da quanto sino ad ora delineato si evince ancora l'estrema importanza, soprattutto rispetto all'intento di uno Stato di ricorrere all'applicazione della deroga ai sensi dell'art. 107 § 3, lett. c) TFUE, che acquista la natura delle informazioni offerte alla Commissione in primo luogo al momento della definizione della carte a

³¹ V *supra* nota 4. Si noti che per le regioni ultraperiferiche gli aiuti al funzionamento sono concessi quando diretti a compensare costi aggiuntivi diversi dai costi di trasporto.

³² Dec. Comm. UE, 25 novembre 1999, relativa alle misure di aiuto in favore delle imprese nei territori di Venezia e Chioggia previste dalle leggi n. 30/1997 e 206/1995 recanti sgravi degli oneri sociali, n. 2000/394/CE, C-(1999) 4268, "Venezia e Chioggia", in G.U.C.E. L 150, 23 giugno 2000, p. 50, confermata da ultimo con Ordinanza

dal Trib. UE, 29 gennaio 2013, causa T-269/00, *Sagar c. Commissione*, non ancora pubblicata.

³³ Dec. Comm. UE, 25 novembre 1999, "Venezia e Chioggia", cit., punto 67.

³⁴ Dec. Comm. UE, 25 novembre 1999, "Venezia e Chioggia", cit., punto 75.

³⁵ Dec. Comm. UE, 25 novembre 1999, "Venezia e Chioggia", cit., punto 74 Si veda anche il punto 72 della medesima decisione dove la Commissione esclude la possibilità di definire aiuti regionali gli aiuti concessi alle imprese nei quartieri urbani svantaggiati.

finalità regionale al fine di stabilire la propria strategia regionale e, in secondo luogo, al momento della notifica di una misura, al fine di un buon esito di un eventuale esame di verifica formale da parte della Commissione.

Non va dimenticato tra l'altro che per giurisprudenza costante in sede contenziosa è offerta allo Stato e alle imprese interessate di dedurre argomenti diretti a dimostrare l'esistenza di circostanze specifiche che consentano di giustificare la concessione di aiuti a finalità regionale, nonostante la natura di aiuti al funzionamento³⁶. Tuttavia, nel caso in cui si ritenga opportuno impugnare una decisione di approvazione o non approvazione adottata dalla Commissione (v. *infra* § V), le possibilità di accoglimento da parte dei giudici UE di argomenti di questa portata, normalmente deducibili nell'ambito di un motivo diretto a sostenere un vizio di motivazione della decisione della Commissione, dipende dalla dimostrazione da parte dei ricorrenti nei propri atti di causa di aver *previamente* comunicato all'Istituzione nel corso del procedimento informazioni specifiche relative alla mancanza di effetti delle misure in questione sugli scambi e sulla concorrenza rispetto al settore specifico di attività o alla posizione individuale³⁷.

La Corte nella sentenza *Comitato Venezia vuole vivere* ha infatti confermato l'approccio della Commissione basato su una valutazione di carattere generale della misura notificata come regime, in quanto in

manca di informazioni specifiche attinenti alla situazione individuale dei beneficiari non poteva dedursi un obbligo per l'Istituzione di derogare al metodo consolidato di analisi³⁸.

Queste precisazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte e del Tribunale sembrerebbero richiamare pertanto l'attenzione degli Stati membri sulla necessità di effettuare una valutazione *ex ante* di opportunità di notificare le misure che interessano le proprie finalità regionali nella forma di regimi di aiuti oppure nella forma di aiuti *ad hoc*³⁹.

Se infatti secondo la *ratio* sottesa alla politica degli aiuti di Stato a finalità regionale, espresso dalla Commissione nei propri Orientamenti, in linea di massima le deroghe previste dal Trattato istitutivo sarebbero preordinate a tutelare maggiormente gli interventi Statali di natura plurisettoriale in una data regione, questo non esclude, in assenza, di espliciti divieti, l'erogazione di misure generali *ad hoc* e la verifica della loro compatibilità delle misure alla luce della politica sugli aiuti a finalità regionale⁴⁰.

V. IL POTERE DISCREZIONALE DELLA COMMISSIONE NELLA VALUTAZIONE DI COMPATIBILITÀ DI UNA MISURA: PROBLEMATICHE TECNICO-PROCESSUALI

Nel contesto specifico degli aiuti a finalità regionale tendenzialmente l'approvazione di una misura comporta quale *conditio sine qua non* la dimostrazione

³⁶ C. giust. UE, 9 giugno 2011, *Comitato Venezia vuole vivere e a. c. Commissione*, cause riunite C-71/09 P, C-73/09P e C-76/09P - "Comitato Venezia vuole vivere", non ancora pubblicata, punto 168; Trib. UE, 28 novembre 2008, cause riunite T-254/00, T-270/00, T-277/00, *Hotel Cipriani e a. c. Commissione* - "Hotel Cipriani", in *Racc.* 2008, p. II-3269, punto 309; Ordinanza dal Trib. UE, 29 gennaio 2013, causa T-269/00, *Sagar c. Commissione*, cit., punto 48.

³⁷ Ordinanza dal Trib. UE, 29 gennaio 2013, causa T-269/00, *Sagar c. Commissione*, cit., punto 40.

³⁸ C. giust. UE, 9 giugno 2011, "Comitato Venezia vuole vivere", cit., 160.

³⁹ Peraltro, per giurisprudenza costante in presenza di un regime di aiuti, in linea di principio la Commissione non è obbligata ad effettuare un'analisi degli aiuti concessi in casi individuali.

Essa può limitarsi a studiare le caratteristiche generali del regime preso in considerazione, senza essere tenuta ad esaminare ogni singolo caso di applicazione v. sentenze della C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Grecia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-3997, punto 24; 15 dicembre 2005, causa C-66/02, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-10901, punti 91 e 92, e 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano*, in *Racc.* 2005, p. I-11137, punti 67 e 68.

⁴⁰ Dec. Comm. UE, 23 febbraio 2011, n. C-38/B/2004 (ex NN 58/2004) e C-13/2006 (ex NN 587/2005), C(2011) 956 "Eurallumina", in G.U.U.E. L 309, 24 novembre 2011, p. 1, punto 162, dove la Commissione ha verificato con specifico riferimento al settore energetico se le carenze del settore potessero costituire uno svantaggio regionale ai sensi della politica sugli aiuti a finalità regionale.

del contributo concreto allo sviluppo regionale in modo duraturo e, nella sostanza, la sussistenza di un effetto di incentivazione nella regione identificata nonché la proporzionalità della misura al perseguimento dell'obbiettivo dichiarato dallo Stato. Nell'analisi fattuale concernente il possibile pregiudizio alla concorrenza, nonché l'effetto sugli scambi, la Commissione tiene conto delle informazioni testimonianti svantaggi e le deficienze anche di tipo strutturale caratterizzanti determinate aeree, sulla base principalmente degli indici di valutazione predefiniti negli Orientamenti.

Trattandosi di una valutazione di compatibilità, l'esame effettuato dalla Commissione nel corso del procedimento amministrativo non può che differire, dalla verifica necessaria al fine di accertare l'esistenza di un aiuto ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE.

Due sono probabilmente gli elementi che meglio esemplificano la peculiarità dell'esame di compatibilità nello specifico contesto degli aiuti regionali: l'importanza del dialogo e delle scelte sotto il profilo informativo che lo Stato possibilmente di concerto con le regioni e i settori economici interessati dovrebbe intrattenere con la Commissione (v. *supra* § IV), da un lato; il potere discrezionale riconosciuto all'esecutivo quanto alle modalità

di applicazione dei criteri e requisiti definiti dalla Commissione nei propri Orientamenti, dall'altro lato.

In particolare, il dialogo intrattenuto con i servizi della Commissione rileva sotto il profilo fattuale per la definizione del merito nel giudizio amministrativo. La Commissione è infatti vincolata a fondare il suo esame sulle informazioni che gli Stati membri e, se del caso i soggetti beneficiari, sono tenuti a fornirle al fine di sostenere l'applicabilità delle deroghe nel rispetto dei criteri enunciati negli Orientamenti⁴¹.

Di contro, nel verificare la rispondenza di una misura ai propri Orientamenti, la Commissione è libera di agire in modo svincolato godendo, come del resto in materia *antitrust*, di un ampio potere discrezionale soggetto, tra l'altro, ad un sindacato di tipo limitato da parte delle giurisdizioni europee⁴².

Il potere discrezionale attribuito alla Commissione trova, tuttavia, un duplice ordine di limiti nella giurisprudenza UE che da un lato fornisce indicazioni inerenti alla portata e all'interpretazione dei criteri determinati dalla Commissione e, dall'altro, ha attenuato il potere dell'istituzione imponendole quanto meno un obbligo di azione conforme a quanto essa stessa pubblicamente dichiarato nei propri Orientamenti⁴³.

⁴¹ C. giust. UE, 28 aprile 1993, causa C-364/90, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-2097, punto 20; 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-6709, punto 81; Trib. UE, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, *Freistaat Sachsen e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-3663, punto 140; 6 aprile 2006, causa T-17/03, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1139, punto 48; 11 febbraio 2009, causa T-25/07, *Iride c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-245, punto 100; 9 settembre 2009, causa T-369/06, *Holland Malt c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-3313, punto 151; 20 settembre 2011, cause riunite T-394/08, T-453/08 e T-454/08, *Turistico immobiliare c. Consiglio e Commissione - "Turistico Immobiliare"*, non ancora pubblicata, punto 246.

⁴² Tra le tante, C. giust. UE, 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-2801, punti 67-68; 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. I-7115, punto 99; sentenze del Trib. UE, 8 luglio 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, cit., punto 148; 6 aprile 2006,

Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke c. Commissione, cit., punto 41, 9 settembre 2009, cause riunite da T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, *Diputación Foral de Álava e Gobierno Vasco c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-3029, punto 198, e cause riunite da T-230/01 a T-232/01 e da T-267/01 a T-269/01, *Diputación Foral de Álava e Gobierno Vasco c. Commissione*, cit., p. II-139, punto 210.

⁴³ A riguardo cfr. per tutte C. giust. UE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P, C-213/02P, *Dansk Rorindustri A/S e a. c. Commissione - "Dansk Rorindustri"*, in *Racc.* 2005, I-5425, punto 211 dove la Corte ha confermato la posizione del Tribunale secondo cui la comunicazione sul calcolo delle ammende in *antitrust* poteva giustificare un legittimo affidamento nel senso che obbligava, dal momento della sua adozione, la Commissione ad applicarla; C. giust. UE, 11 settembre 2008, causa C-75/05P, *Germania e a. c. Kronofrance - "Kronofrance"*, non pubblicata, punti 60-61 dove la Corte ricorda come «nell'ambito specifico degli aiuti di Stato, (...) la Commissione è vincolata dalle disci-

Il contenzioso avente ad oggetto le misure statali fondate sulle deroghe di cui all'art. 107 § 3, lett. a) e c) TFUE costituisce pertanto l'ambito migliore per rilevare le criticità inerenti alla valutazione di compatibilità di una misura nell'ambito specifico degli aiuti regionali in quanto il sindacato giurisdizionale verte esclusivamente sulle modalità di verifica impiegate dalla Commissione. Il rilievo sembra trovare esplicita conferma tra l'altro nel caso *Todaro*, dove la Corte ha espressamente definito l'impossibilità di comprovare la validità di una decisione di compatibilità di una misura con il mercato interno sul fondamento della prassi anteriore⁴⁴.

Tanto premesso, occorre ricordare che l'obbligo riconosciuto per via giurisprudenziale in capo alla Commissione di conformarsi nella sua azione ai propri Orientamenti, appare più sfumato in materia di aiuti di Stato, non comportando un dovere di attuazione dei singoli requisiti e parametri in senso letterale. La Corte ha, infatti, stabilito che in materia di aiuti l'impegno della Commissione al rispetto dei propri Orientamenti sussiste solo nel limite entro cui gli stessi non derogano alle norme del Trattato⁴⁵. Così operando la Corte sembra *de facto* riconoscere all'esecutivo espressamente un'autonomia discrezionale nella scelta dell'elemento di volta in volta qualificabile come preponderante per l'approvazione o il diniego di una misura.

Gli Orientamenti della Commissione a finalità regionale si caratterizzano tuttavia per la precisione e il dettaglio impie-

gati dalla Commissione nel determinare i criteri di compatibilità talvolta perentoriamente indicati senza sufficienti spiegazioni e, comunque, senza la possibilità di rinvenire un riferimento normativo nel Trattato (si pensi anche solo, ad esempio, al necessario rispetto dell'arco temporale di 3 anni previsto per l'investimento iniziale di un grande progetto di investimento, istituito al fine di evitare l'elusione degli Orientamenti attraverso un'artificiosa suddivisione dello stesso in sottoprogetti).

La libertà che la Corte riconosce alla Commissione nel settore degli aiuti di Stato può determinare non poche incertezze in una disciplina specifica come quella degli aiuti a finalità regionale, che si caratterizza per l'elevato grado di incisività dei requisiti.

Ad esempio, rispetto all'analisi del mercato del prodotto con specifico riferimento alla valutazione dei grandi progetti di investimento, l'approccio della Commissione è orientato a vagliare la capacità produttiva delle imprese, ritenendo in linea di massima negativo un intervento statale in un contesto di sovraccapacità produttiva esistente soprattutto in un mercato in declino sotto il profilo della domanda⁴⁶. Secondo la Commissione in particolare l'intervento statale regionale non può sortire effetti positivi sul mercato laddove la sovraccapacità di settore sia di tipo strutturale.

Rispetto a questo specifico approccio la Corte nel caso *Kronofrance* ha affermato che non sussiste un obbligo in capo

pline e dalle comunicazioni da essa emanate, nei limiti in cui non derogano a norme del Trattato e sono accettate dagli Stati membri», nonché, con esplicito riferimento agli aiuti a finalità regionale, Trib. UE, 20 settembre 2011, "Turistico Immobiliare", cit., punto 208 dove il Tribunale afferma che quanto agli Orientamenti «occorre rilevare che dalla loro parte introduttiva discende che essi fissano, in termini generali ed astratti, i criteri che la Commissione applica ai fini della valutazione della compatibilità con il mercato comune degli aiuti a finalità regionale, ai sensi dell'art. 87, n. 3, lett. a) e c) CE e garantiscono, conseguentemente, la certezza del diritto degli Stati membri che concedono siffatti aiuti».

⁴⁴ C. giust. UE, 20 maggio 2010, causa C-138/09, *Todaro nunziatina & C. Snc c. Assessorato del Lavoro e della Previdenza Sociale*, della Forma-

zione Professionale e dell'Emigrazione della Regione Siciliana, in *Racc.* 2010, I-4561, punto 21. Si noti che con tale precisazione non si intende sminuire l'importanza dei precedenti e della prassi della Commissione soprattutto per quanto concerne la comprensione necessaria con riferimento alla metodologia impiegata dalla stessa su determinati aspetti specifici rilevanti per settore o per le analisi di mercato.

⁴⁵ C. giust. UE, 11 settembre 2008, "Kronofrance", cit., punto 61.

⁴⁶ In questo senso si veda la Comunicazione della Commissione sulla disciplina multisettoriale degli aiuti destinati ai grandi progetti di investimento, in G.U.C.E. C-70, 19 marzo 2002, non più applicabile per espressa previsione degli Orientamenti a finalità regionale per il periodo 2007-2013, cit., a partire dal 31 dicembre 2006.

alla Commissione di dover valutare, in ogni caso, se il mercato di riferimento è in declino. In particolare l'organo di ultima istanza, arriva a questa conclusione dopo aver specificato il ragionamento del Tribunale in primo grado, secondo cui la necessità di vagliare anche la detrazione del mercato «solo nell'ipotesi in cui la Commissione non disponga di dati sufficienti per concludere per l'esistenza di sovraccapacità strutturali»⁴⁷.

La Corte utilizza questo chiarimento per rigettare però, ritenendola contraddittoria, la conseguenza della premessa sostenuta dal giudice di prime cure che, nella specie, aveva accertato una violazione dell'art. 107 TFUE da parte della Commissione laddove, nell'esaminare lo stato della concorrenza, si era fondata unicamente sui dati relativi alla sovraccapacità strutturale, senza aver parimenti verificato se l'aiuto progettato fosse destinato a un mercato in declino.

Il Tribunale aveva invece avvallato la posizione della ricorrente *Kronofrance* avverso la decisione della Commissione di non sollevare obiezioni sul progetto di investimento per la costruzione di un centro integrato di lavorazione del legno in una regione tedesca ammissibile alla deroga di cui all'art. 107 § 3, lett. a) TFUE. La ricorrente aveva infatti fornito prove di aver comprovato nel corso del procedimento amministrativo dati relativi al consumo apparente di pannelli di legno, dimostrando che l'investimento in esame riguardava un mercato in declino. Ciò nonostante la Commissione limitava la propria analisi all'assenza di una sovraccapacità strutturale, senza considerare i rilievi della contrazione sussistente nel settore, nonostante l'aver codificato nella Comunicazione sugli aiuti regionali destinati ad investimenti multisettoriale in vigore all'epoca dei fatti che «in mancanza di dati sufficienti sullo sfruttamento della capacità, la Commissione esaminerà se

gli investimenti considerati avvengono in un settore in declino. A tal fine confronterà l'evoluzione del consumo apparente del prodotto o dei prodotti di cui trattasi»⁴⁸.

Coerentemente, secondo il Tribunale non si poteva ammettere l'interpretazione sostenuta dalla Commissione di qualificare compatibile l'aiuto di Stato fornito ad un'impresa che commerciava prodotti rientranti in un mercato in declino, senza configurare un obbligo per l'Istituzione di vagliare, nell'esercizio del suo potere di controllo, questo elemento caratterizzante il mercato considerato. In particolare a giudizio dell'organo di prime cure accettare, nel caso specifico, investimenti realizzati in un mercato senza verificare la sua contrazione, implicava ammettere seri rischi di distorsioni della concorrenza in contrasto con l'art. 107 TFUE⁴⁹.

Rilevando una contraddizione nel ragionamento del Tribunale, la Corte ha invece nella sostanza ampliato il potere discrezionale di valutazione dell'esecutivo in merito alla modalità di utilizzo e di scelta di applicazione dei fattori ritenuti rilevanti nel caso specifico. È in questa prospettiva che si rinviene un rischio di difficoltà concreta per le imprese interessate, nonché per gli Stati membri, ad inquadrare la via più opportuna per confutare nel corso del procedimento amministrativo l'incongruenza riscontrata tra la politica definita negli Orientamenti e il giudizio della Commissione sul caso specifico.

La questione si esemplifica nella sua problematicità se si considera che nel progetto contenente i nuovi Orientamenti a finalità regionale per il periodo 2014-2020, la Commissione invero sembra confermare la rilevanza di un riscontro di eccesso di capacità nelle industrie in declino, soprattutto in caso di mercato strutturalmente in fase di declino, configurandolo tra l'altro come approccio ge-

⁴⁷ C. giust. UE, 11 settembre 2008, "*Kronofrance*", cit., punto 71.

⁴⁸ Orientamenti sulla disciplina multisettoriale degli aiuti regionali destinati ai grandi progetti di investimento, 16 dicembre 1997, in G.U.C.E. del 7 aprile 1998, p. 7, punto 3.4.

⁴⁹ Trib. UE, 1 dicembre 2004, causa T-27/02,

Kronofrance c. Commissione, in *Racc.* 2004, p. II-4177, punto 99.

⁵⁰ Progetto contenente i nuovi Orientamenti sugli aiuti a finalità regionale per il periodo 2014-2020, cit., punto 3.6 rubricato «Effetti Negativi, Osservazioni generali».

neralizzato per la valutazione degli effetti negativi di misure di investimento (regimi di aiuti all'investimento, aiuti individuali agli investimenti, al funzionamento)⁵⁰.

L'incertezza ravvisabile talvolta nel contesto del procedimento amministrativo, potrebbe tuttavia considerarsi bilanciata dal sistema giurisdizionale UE che contempla, tra i vari ricorsi esperibili, anche l'eccezione di illegittimità *ex art. 277* TFUE. Gli Orientamenti così come le Comunicazioni della Commissione in quanto atti generali e astratti non sono suscettibili di essere impugnati dai singoli per il tramite di un ricorso per annullamento; l'eccezione di illegittimità costituisce pertanto l'unico strumento per vagliare la legittimità della metodologia così impiegata dalla Commissione, qualora si dimostri un nesso di causalità diretto tra l'atto di portata generale e la decisione impugnata.

Nel caso *Turistico Immobiliare* concernente l'applicazione abusiva di un regime di aiuti finalit  regionale a favore dell'industria alberghiera in Sardegna, la ricorrente contestava la rigida applicazione nonch  l'interpretazione del requisito previsto dalla prima versione degli Orientamenti che preclude un esame di compatibilit  da parte della Commissione quando gli aiuti riguardano il finanziamento di progetti la cui esecuzione   iniziata prima della presentazione della domanda di aiuto alle competenti autorit ⁵¹.

La ricorrente sosteneva che una rigida applicazione del principio contrastava con la *ratio* stessa degli aiuti regionali, non permettendo di contemplare come nella pratica un progetto oggetto di un regime di aiuto possa essere costituito da diverse opere coordinate, seppur funzionalmente separate, rispetto a cui la preventiva domanda ben potrebbe essere presentata in modo congiunto. Nel caso di specie, in effetti, l'applicazione letterale

del principio ha portato la Commissione a considerare l'intero regime inammissibile a causa dell'esecuzione anticipata solo di una piccola parte delle opere del progetto.

Il Tribunale si pronuncia effettivamente per la ricevibilit  dell'eccezione rilevando come il principio contestato, sebbene non avesse costituito il fondamento esplicito della decisione impugnata, aveva *de facto* «determinato in modo generale e astratto la metodologia con cui la Commissione ha valutato la compatibilit  degli aiuti in questione con il mercato comune»⁵² e quindi costituito il collegamento giuridico necessario tra gli Orientamenti di portata generale e la decisione individuale.

Nel merito, tuttavia, il Tribunale non accoglie gli argomenti di parte attrice concludendo che «l'antiorit  della domanda di aiuto rispetto all'inizio dell'esecuzione del progetto di investimento costituisce un criterio semplice, pertinente e adeguato che consente alla Commissione di presumere l'esistenza di un effetto incentivante».

Rileva, comunque, il dato «strategico-processuale» secondo cui per il tramite dell'eccezione di illegittimit    possibile pervenire ad un sindacato diretto sulle scelte discrezionali effettuate autoanomalmente dalla Commissione, seppur in attuazione del Trattato o di altro atto di delega, e determinare per tale via una riflessione in capo alla Commissione sull'opportunit  di mantenere o meno un determinato criterio⁵³.

CAMILLA PAOLINI

Bibliografia

P. ROSSI, «Gli aiuti concessi agli Stati - Capitolo VIII», in A. FRIGNANI e S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'UE*, Milano, 2012, p. 483 ss.; M. MEROLA, «Regional aid recent trends and some historical background - with special focus on large invest-

⁵¹ Si noti che analogo principio   previsto al punto 38 degli Orientamenti 2007-2013, cit., ed appare confermato nel progetto contenente i nuovi Orientamenti in corso di pubblicazione per il periodo 2014-2020, cit., ai punti 60-61. Va inoltre ricordato che in caso di aiuti soggetti ad obbligo di notifica l'atto di concessione   subordinato alla

decisione di approvazione da parte della Commissione.

⁵² Trib. UE, 20 settembre 2011, «Turistico Immobiliare», cit., punto 209.

⁵³ Ci  si   verificato ad esempio dopo l'emissione della sentenza «Dansk Rørindustri», cit., cui   seguita una modifica del Comunicazione del calcolo delle ammende.

ment projects», in *Estal*, vol. 9 (2010), n. 3, p. 589 ss.; M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, «Il contenzioso UE», Torino, 2009; V. DI BUCCI, «Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'Etat», in *EC State aid law = Le droit des aides d'Etat dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, 2008, Wolters Kluwer, p. 43

ss.; C. URRACA CAVIEDES, «La sélectivité régionale», in *EC State aid law - Le droit des aides d'Etat dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, 2008; D. GRESPIAN - L. BELLODI, «State Aid», in *EU Competition Law. Vol. I Procedure: Antitrust, State Aid, Clays & Castles*, 2007, p. 11.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La normativa di secondo grado in materia di aiuti di Stato

Sommario: I. DIRITTO PRIMARIO E SECONDARIO. – II. REGOLE DI PROCEDURA. – III. IL REGOLAMENTO DI ESENZIONE E GLI AIUTI *DE MINIMIS*. – IV. AIUTI ALLE BANCHE NELLA CRISI FINANZIARIA E QUADRO UNIONALE TEMPORANEO. – V. AIUTI CON OBIETTIVI ORIZZONTALI. – VI. AIUTI SETTORIALI. – VII. AIUTI AL SETTORE DEI SERVIZI PUBBLICI E D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE ED ALTRE FORME DI AIUTI.

I. DIRITTO PRIMARIO E SECONDARIO

Il diritto primario relativo agli aiuti di Stato è rappresentato, in primo luogo, dagli artt. 107 (da cui evincere la nozione di aiuto di Stato e contenente le deroghe al principio di incompatibilità), 108 (afferrite alla procedura di controllo degli aiuti) e 109 TFUE (che attribuisce al Consiglio il potere di adottare regolamenti in materia). Altri articoli del TFUE sono rilevanti con riferimento a specifici settori: *i*) l'art. 93 TFUE, relativo al coordinamento dei trasporti ed al rimborso delle servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio; *ii*) l'art. 106 § 2 TFUE, concernente i servizi di interesse economico generale.

Il diritto secondario o derivato, oggetto della presente sezione, comprende

¹ Sul rapporto tra queste fonti, v. C. giust. UE, 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-2801, punto 33.

² Reg. 659/1999/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE, in G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1. Rettifiche: *i*) in G.U.U.E. L 25, 28 gennaio 2005, p. 74; e *ii*) in G.U.U.E. L 131, 25 maggio 2005, p. 45. Modifiche: *i*) Reg. 1627/2006/CE della Commissione, 24 ottobre 2006, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 relativamente ai moduli standard per la notifica degli aiuti, in G.U.U.E. L 302, 1 novembre 2006, p. 10; *ii*) Reg. 1935/2006/CE della Commissione, 20 dicembre 2006, recante modifica del regolamento (CE) n. 794/2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 407, 30 dicembre 2006, p. 1; *iii*) Reg. 271/2008/CE della Commissione, 30 gennaio 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 82, 25 marzo 2008, p. 1; *iv*) Reg. 1147/2008/CE della Commissione, 31

un insieme di atti emanati dalle istituzioni comunitarie. In questa categoria, ricadono vari provvedimenti, tra cui regolamenti, decisioni, linee guida, orientamenti, raccomandazioni e comunicazioni della Commissione europea¹.

II. REGOLE DI PROCEDURA

Le regole procedurali afferenti alla notifica di regimi di aiuti allo stadio di progetto ed al procedimento di indagine della Commissione europea sono contenute nel Reg. 659/1999². Il Reg. 794/2004 funge da complemento pratico, contenendo i moduli *standard* per la notifica e prevedendo disposizioni di dettaglio con riguardo alla forma, al contenuto ed alla trasmissione dei moduli in parola³.

Tre comunicazioni della Commissione europea completano il quadro, prevedendo: *i*) una procedura semplificata in base alla quale la Commissione europea esamina in tempi rapidi taluni tipi di aiuti di Stato per i quali deve verificare che la misura sia conforme alle norme ed alle pratiche esistenti, senza esercitare i propri poteri discrezionali⁴; *ii*) le modalità di

ottobre 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, per quanto concerne la parte III.10 dell'allegato I, in G.U.U.E. L 313, 22 novembre 2008, p. 1.

³ Reg. 794/2004/CE della Commissione, 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 140, 30 aprile 2004, 1. V. Reg. 1125/2009/CE della Commissione, 23 novembre 2009, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, per quanto concerne la parte III.2, la parte III.3 e la parte III.7 dell'allegato I, in G.U.U.E. L 308, 24 novembre 2009, p. 5.

⁴ Comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-136, 16 giugno 2009, p. 3.

svolgimento delle procedure in materia di aiuti di Stato, specialmente in termini di durata, trasparenza e prevedibilità⁵; *iii*) le modalità di trasmissione dei moduli di notifica elettronici⁶.

Con riferimento alla discrezionalità di cui la Commissione europea gode per valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato interno, espressa in vari atti di *soft law* (orientamenti, discipline, comunicazioni, avvisi), l'esecutivo comunitario si impone di valutare la compatibilità degli aiuti di Stato illegalmente concessi in base ai criteri oggettivi indicati negli strumenti normativi in vigore all'epoca in cui è stato concesso l'aiuto⁷.

Sul recupero dell'aiuto, oltre al Reg. 794/2004, la Commissione europea ha definito un'apposita comunicazione nella quale vengono espressi i principi su cui la politica di recupero deve fondarsi ed i presupposti per l'esecuzione delle decisioni di recupero da parte degli Stati membri interessati⁸.

III. IL REGOLAMENTO DI ESENZIONE E GLI AIUTI DE *MINIMIS*

Il 30 agosto 2008 è entrato in vigore il Reg. 800/2008 ("Regolamento") con il quale la Commissione europea, in base ad

una delega contenuta nel Reg. 994/98⁹, ha previsto l'approvazione automatica (senza obbligo di notifica) di alcune categorie di aiuti, tra cui quelli: a carattere sociale, alle *piccole e medie imprese* (PMI)¹⁰, a finalità regionale, a favore dell'ambiente, all'imprenditorialità femminile, alla ricerca, allo sviluppo ed all'innovazione¹¹.

Gli aiuti di importanza minore (*de minimis*), vale a dire quelli di limitato impatto anticoncorrenziale, non rientrano nel divieto previsto dall'art. 107 § 1 TFUE e, per la conseguenza, non sono soggetti all'obbligo di notifica *ex art.* 108 § 3 TFUE. In base al Reg. 1998/2006, per essere considerati *de minimis* gli aiuti – indipendentemente dalla loro forma, dall'obiettivo perseguito e dal fatto che l'aiuto concesso dallo Stato membro sia finanziato interamente o parzialmente con risorse di origine comunitaria – non devono superare, per impresa, un importo complessivo di 200.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari; nel caso di un'impresa attiva nel settore del trasporto su strada, detto valore non deve superare i 100.000 euro per il medesimo lasso temporale¹². Per i settori della pesca e della produzione di prodotti agricoli, queste soglie si abbassano rispettivamente a 30.000 euro ed a 7.500 euro¹³.

⁵ Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-136, 16 giugno 2009, p. 13.

⁶ Modalità di trasmissione elettronica delle notifiche degli aiuti di Stato, indirizzi compresi, e disposizioni per garantire la protezione delle informazioni riservate - Articolo 3, paragrafo 6 del regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. C-237, 27 settembre 2005, p. 3. Con riferimento alla procedura per la sottoposizione di alcune informazioni al segreto di ufficio, v. la comunicazione della Commissione C(2003) 4582 relativa al segreto d'ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-297, 9 dicembre 2003, p. 6.

⁷ Comunicazione della Commissione relativa alla determinazione delle norme applicabili alla valutazione degli aiuti di Stato illegalmente concessi, in G.U.C.E. C-119, 22 maggio 2002, p. 22.

⁸ Comunicazione della Commissione - Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili, in G.U.U.E. C-272, 15 novembre 2007, p. 4. V. la

comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1.

⁹ Reg. 994/98/CE del Consiglio, 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali, in G.U.C.E. L 142, 14 maggio 1998, p. 1.

¹⁰ Per la definizione di PMI, si vedano l'Allegato I del regolamento (CE) n. 800/2008 e la raccomandazione della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, in G.U.U.E. L 125, 20 maggio 2003, p. 36.

¹¹ Reg. 800/2008/CE della Commissione, 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato, in G.U.U.E. L 214, 9 agosto 2008, p. 3.

¹² Reg. 1998/2006/CE della Commissione, 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore (*de minimis*), in G.U.U.E. L 379, 28 dicembre 2006, p. 5.

¹³ Reg. 1535/2007/CE della Commissione, 20 dicembre 2007, relativo all'applicazione degli arti-

IV. AIUTI ALLE BANCHE NELLA CRISI FINANZIARIA E QUADRO UNIONALE TEMPORANEO

Per reagire alla crisi finanziaria mondiale del 2008 che ha determinato quella del sistema bancario dell'Unione europea, la Commissione europea ha reagito con una normativa speciale, pubblicando sei comunicazioni afferenti al sostegno pubblico agli enti finanziari, fondate sull'art. 107 § 3, lett. *b*), TFUE¹⁴. L'effetto complessivo di questi provvedimenti è stato quello non soltanto di aver contribuito al salvataggio degli istituti in difficoltà ma anche di averne favorito il risanamento dei bilanci.

Nel medesimo quadro di crisi, la citata disposizione del TFUE ha rappresentato la base giuridica del c.d. *Quadro Unionale Temporaneo* che ha permesso agli Stati membri di adottare misure di aiuto di Stato supplementari, onde agevolare l'accesso delle imprese ai finanziamenti ed al

tempo stesso incoraggiare le imprese a continuare ad investire in tali circostanze eccezionali¹⁵.

V. AIUTI CON OBIETTIVI ORIZZONTALI

Il Regolamento permette agli Stati membri di accordare un gran numero di misure di aiuto; tra queste, vi rientrano quelle relative al sostegno alla formazione (artt. 38 e 39 del Regolamento) e quelle destinate all'occupazione di lavoratori disabili e svantaggiati (artt. 40-41-42 del Regolamento). La disciplina di questi aiuti non si esaurisce nelle previsioni regolamentari ma è integrata da apposite comunicazioni che servono ad aiutare le autorità pubbliche e le imprese ad individuare il modo migliore di ottenere un'approvazione rapida degli aiuti in parola¹⁶.

Il medesimo principio si applica agli aiuti: *i*) per la tutela ambientale (artt. da 17 a 25 del Regolamento)¹⁷; *ii*) sotto

coli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti *de minimis* nel settore della produzione dei prodotti agricoli, in G.U.U.E. L 337, 21 dicembre 2007, p. 35; Reg. 875/2007/CE della Commissione, 24 luglio 2007, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti *de minimis* nel settore della pesca e recante modifica del regolamento (CE) n. 1860/2004, in G.U.U.E. L 193, 25 luglio 2007, p. 6.

¹⁴ Comunicazione della Commissione - Applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, in G.U.U.E. C-270, 25 ottobre 2008, p. 8; comunicazione della Commissione - La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza, in G.U.U.E. C-10, 15 gennaio 2009, p. 2; comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario, in G.U.U.E. C-72, 26 marzo 2009, p. 1; comunicazione della Commissione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-195, 19 agosto 2009, p. 9; comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in G.U.U.E. C-329, 7 dicembre 2010, p. 7; comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato

alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in G.U.U.E. C-356, 6 dicembre 2011, p. 7.

¹⁵ Comunicazione della Commissione - Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria, in G.U.U.E. C-6, 11 gennaio 2011, p. 5. Si noti che la validità delle norme afferenti al quadro unionale temporaneo è cessata in data 31 dicembre 2011.

¹⁶ Si vedano la comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità di aiuti di Stato alla formazione soggetti a notifica individuale, in G.U.U.E. C-188, 11 agosto 2009, p. 1; e la comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità degli aiuti di Stato a favore dei lavoratori svantaggiati e disabili soggetti a soglia di notifica individuale, in G.U.U.E. C-188, 11 agosto 2009, p. 6.

¹⁷ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale, in G.U.U.E. C-82, 1 aprile 2008, p. 1. V. Dec. Consiglio, 10 dicembre 2010, n. 2010/787/UE, sugli aiuti di Stato per agevolare la chiusura di miniere di carbone non competitive, in G.U.U.E. L 336, 21 dicembre 2010, p. 24; orientamenti relativi a determinati aiuti di Stato nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra dopo il 2012, in G.U.U.E. C-158, 5 giugno 2012, p. 4; e comunicazione della Commissione orientamenti relativi a determinati aiuti di Stato nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra dopo il 2012, in G.U.U.E. C-387, 15 dicembre 2012, p. 5.

forma di capitale di rischio (artt. 28 e 29 del Regolamento)¹⁸; *iii*) alla ricerca, sviluppo ed innovazione (artt. da 30 a 37 del Regolamento)¹⁹.

Gli aiuti a finalità regionale, volti a colmare gli svantaggi di regioni sfavorite, trovano la loro base giuridica in una norma di diritto primario, *i.e.* l'art. 107 § 3, lett. *a*) e *c*), TFUE. La disciplina è completata dagli *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013* che rimarranno in vigore sino al 31 dicembre 2013²⁰.

Per sostenere le imprese *in difficoltà* – vale a dire quelle imprese che non siano in grado, con le proprie risorse o con le risorse che possono ottenere dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere perdite che, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, le condurrebbero quasi certamente al fallimento, nel breve o nel medio periodo – la Commissione europea, dal 2004, continua ad applicare la comunicazione dal titolo *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*; detti orientamenti

verranno prossimamente sostituiti da nuove previsioni che saranno emanate nel quadro del generale processo di modernizzazione della normativa in materia di aiuti di Stato²¹.

VI. AIUTI SETTORIALI

Nella politica unitaria, *ex art.* 167 TFUE, tesa alla difesa ed allo sviluppo delle culture degli Stati membri, gli aiuti alla produzione cinematografica e televisiva e quelli concernenti il finanziamento delle emittenti di servizio pubblico (necessari per il mantenimento di una concorrenza leale tra le emittenti di servizio pubblico ed i media privati)²² rappresentano un settore strategico altamente regolato a mezzo di vari strumenti di *soft law*, tra cui la *c.d. Comunicazione sul Cinema*²³.

Attraverso lo strumento della comunicazione, la Commissione europea ha disciplinato anche i seguenti settori: *i*) il finanziamento pubblico delle reti a banda larga²⁴; *ii*) i costi non recuperabili nel settore dell'energia elettrica²⁵; *iii*) l'industria

¹⁸ Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese, in G.U.U.E. C-194, 18 agosto 2006, p. 2. V. comunicazione della Commissione recante modifica degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese, in G.U.U.E. C-329, 7 dicembre 2010, p. 4.

¹⁹ V. la Disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, in G.U.U.E. C-323, 30 dicembre 2006, p. 1.

²⁰ In G.U.U.E. C-54, 4 marzo 2006, p. 13. V. comunicazione della Commissione relativa ai criteri per una valutazione dettagliata degli aiuti regionali destinati ai grandi progetti di investimento, in G.U.U.E. C-223, 16 settembre 2009, p. 3; Dec. Comm. UE, 28 novembre 2007, n. C(2007)5618 def. cor., Aiuto di Stato n. 324/2007, Italia-Carta degli aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013, in G.U.U.E. C-90, 11 aprile 2008, p. 4.

²¹ In G.U.U.E. C-244, 1 ottobre 2004, p. 2. Prologhe: in G.U.U.E. C-156, 9 luglio 2009, p. 3; ed in G.U.U.E. C-296, 2 ottobre 2012, p. 3.

²² Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, in G.U.U.E. C-257, 27 ottobre 2009, p. 1, punto 34.

²³ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni su ta-

luni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive, COM/2001/0534 def., in G.U.C.E. C-43, 16 febbraio 2002, p. 6, come modificata dai seguenti provvedimenti: comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul seguito alla comunicazione della Commissione su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (comunicazione sul cinema) del 26 settembre 2001 (pubblicata nella G.U.C.E. C-43 del 16 febbraio 2002), in G.U.U.E. C-123, 30 aprile 2004, p. 1; comunicazione della Commissione relativa alla proroga della comunicazione facente seguito alla comunicazione della Commissione relativa a taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (comunicazione sul cinema) del 26 settembre 2001, in G.U.U.E. C-134, 16 giugno 2007, p. 5; comunicazione della Commissione relativa ai criteri di valutazione degli aiuti di Stato di cui alla comunicazione della Commissione relativa a taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (comunicazione sul cinema) del 26 settembre 2001, in G.U.U.E. C-31, 7 febbraio 2009, p. 1.

²⁴ Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, in G.U.U.E. C-25, 26 gennaio 2013, p. 1.

²⁵ Comunicazione della Commissione relativa

siderurgica²⁶; iv) i servizi postali²⁷; e v) il settore della costruzione navale²⁸.

La regolamentazione degli aiuti di Stato nel settore dei trasporti trova la sua fonte primaria nell'art. 93 TFUE. Nel settore del trasporto su strada e per ferrovia, rilevano il Reg. 1370/2007 (relativo ai regimi di aiuti ai servizi pubblici di trasporto passeggeri) e la comunicazione per il sostegno e la ristrutturazione delle imprese ferroviarie²⁹. Gli aiuti al trasporto marittimo, tesi al mantenimento di una flotta globalmente competitiva sui mercati mondiali ed alla creazione di nuovi servizi, debbono essere verificati alla luce degli *Orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi*³⁰. Nel quadro generale della c.d. *liberalizzazione del cielo europeo*, rientrano gli orientamenti relativi ad aiuti per il finanziamento e la realizzazione di infrastrutture aeroportuali e per l'avviamento di nuovi

collegamenti aerei o di nuove frequenze dagli aeroporti regionali³¹.

Nei settori dell'agricoltura e della pesca, vigono regole specifiche contenute: i) nel Reg. 1857/2006³² e negli *Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013*³³; e ii) nel Reg. 736/2008³⁴ e negli *Orientamenti per l'esame degli aiuti di stato nel settore della pesca e dell'acquacoltura*³⁵.

VII. AIUTI AL SETTORE DEI SERVIZI PUBBLICI E D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE ED ALTRE FORME DI AIUTI

Sul finanziamento dei servizi pubblici e d'interesse economico generale, la Commissione europea ha approvato nel 2012 un nuovo *pacchetto* di misure, con il quale vengono definiti i termini e le condizioni dell'applicazione dell'art. 107 TFUE a tale settore³⁶.

al metodo per l'analisi degli aiuti di Stato concessi a taluni costi non recuperabili, 6 agosto 2001, *Commission letter* SG (2001) D/290869.

²⁶ Comunicazione della Commissione, Aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione e aiuti alla chiusura a favore dell'industria siderurgica, in G.U.C.E. C-70, 19 marzo 2002, p. 21; e comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito della scadenza del trattato CECA, in G.U.C.E. C-152, 26 giugno 2002, p. 5.

²⁷ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali, in G.U.C.E. C-39, 6 febbraio 1998, p. 2.

²⁸ Disciplina degli aiuti di Stato alla costruzione navale, in G.U.U.E. C-364, 14 dicembre 2011, p. 9.

²⁹ Reg. 1370/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, in G.U.U.E. L 315, 3 dicembre 2007, p. 1; comunicazione della Commissione, Linee guida comunitarie per gli aiuti di Stato alle imprese ferroviarie, in G.U.U.E. C-184, 22 luglio 2008, p. 13.

³⁰ Comunicazione C(2004) 43 della Commissione, Orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi, in G.U.U.E. C-13, 17 gennaio 2004, p. 3. Si vedano: comunicazione della Commissione che fornisce orientamenti in merito agli aiuti di Stato alle società di gestione navale, in G.U.U.E. C-132, 11 giugno 2009, p. 6; comunicazione della Commissione che stabilisce orientamenti relativi ad aiuti di Stato integrativi del finanziamento comunitario per l'a-

pertura delle autostrade del mare, in G.U.U.E. C-317, 12 dicembre 2008, p. 10.

³¹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali, in G.U.U.E. C-312, 9 dicembre 2005, p. 1; comunicazione della Commissione, Applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE e dell'articolo 61 dell'Accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione, in G.U.C.E. C-350, 10 dicembre 1994, p. 5.

³² Reg. 1857/2006/CE della Commissione, del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione di prodotti agricoli e recante modifica del regolamento (CE) n. 70/2001, in G.U.U.E. L 358, 16 dicembre 2006, p. 3.

³³ In G.U.U.E. C-319, 27 dicembre 2006, p. 1.

³⁴ Reg. 736/2008/CE della Commissione del 22 luglio 2008 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca, in G.U.U.E. L 201, 30 luglio 2008, p. 16.

³⁵ In G.U.U.E. C-84, 3 marzo 2008, p. 10.

³⁶ Reg. 360/2012/UE della Commissione, 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore (*de minimis*) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. L 114, 26 aprile 2012, p. 8; comunicazione della Commissione, Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pub-

Con apposite comunicazioni, la Commissione europea ha disciplinato gli aiuti: *i*) in forma di prestiti a tasso agevolato (stabilendo il relativo metodo di calcolo del tasso di riferimento)³⁷; *ii*) in forma di garanzie (indicando le varie tipologie che possono assumere)³⁸; *iii*) relativi all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine³⁹; *iv*) connessi a vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità⁴⁰; e *v*) di carattere fiscale⁴¹.

NICCOLÒ LANDI

Bibliografia

L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, Londra, 2012; N. PESARESI - A. SINNAEVE - V. GUIGUE-KOEPPEL - J. WIEMANN and M. RADULESCU, «The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI)», in *Competition Policy Newsletter*, 2012, n. 1; C. IANNONE, «Gli aiuti di Stato in favore delle imprese pubbliche e le regole nazionali applicabili al loro stato di crisi», in *Dir. Un. eur.*, 2012, 2, 263.

blico (2011), in G.U.U.E. C-8, 11 gennaio 2012, p. 15; Dec. Comm. UE, 20 dicembre 2011, n. 2012/21/UE, C(2011) 9380, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale in G.U.U.E. L 7, 11 gennaio 2012, p. 3; comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E. C-8, 11 gennaio 2012, p. 4.

³⁷ Comunicazione della Commissione relativa alla revisione del metodo di fissazione dei tassi di riferimento e di attualizzazione, in G.U.U.E. C-14, 19 gennaio 2008, p. 6.

³⁸ Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie, in G.U.U.E. C-155, 20 giugno 2008, p. 10.

³⁹ Comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, in G.U.U.E. C-392, 19 dicembre 2012, p. 1; modifica in G.U.U.E. C-398, 22 dicembre 2012, p. 6.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione relativa agli elementi di aiuto di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità, in G.U.C.E. C-209, 10 luglio 1997, p. 3.

⁴¹ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, in G.U.C.E. C-384, 10 dicembre 1998, p. 3.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato nuovi

Sommario: I. L'ART. 108 § 3 TFUE. LA DEFINIZIONE DI «NUOVI AIUTI». – II. L'OBBLIGO DI NOTIFICA. LA PRE-NOTIFICA. LA NOTIFICA «COMPLETA». – III. (Segue) LA NOTIFICA «SEMPLIFICATA». L'ESSENZA DALL'OBBLIGO DI NOTIFICA – IV. L'OBBLIGO DI SOSPENSIONE. – V. L'ESAME PRELIMINARE. LA «PROCEDURA LORENZ». – VI. LA PROCEDURA «SEMPLIFICATA». – VII. L'INDAGINE FORMALE. I POTERI ISTRUTTORI DELLA COMMISSIONE. – VIII. LE DECISIONI CHE CONCLUDONO IL PROCEDIMENTO.

I. L'ART. 108 § 3 TFUE. LA DEFINIZIONE DI «NUOVI AIUTI»

Quella dei «nuovi aiuti» è una categoria residuale, definita per sottrazione rispetto alla famiglia degli aiuti «esistenti»: per «nuovi aiuti» si intendono infatti «tutti gli aiuti, ossia regimi di aiuti e aiuti individuali, che non siano aiuti esistenti, comprese le modifiche degli aiuti esistenti» [(art. 1, lett. c) Reg. (CE) 659/99 del Consiglio del 22 marzo 1999¹, «Regolamento di procedura»]). Per «modifica degli aiuti esistenti» si intende «qualsiasi cambiamento diverso dalle modifiche di carattere puramente formale e amministrativo che non possono alterare la valutazione della compatibilità della misura di aiuto con il mercato [interno]» (art. 4 § 1 Reg. (CE) 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, «Regolamento di attuazione»)². In particolare, sono considerate «modifiche degli aiuti esistenti» le variazioni consistenti in: «(a) aumenti superiori al 20% della dotazione per un regime di aiuto autorizzato; (b) proroga al massimo di sei anni di un regime di aiuto esistente autorizzato, con o senza aumento della dotazione; (c) inasprimento delle condizioni per l'applicazione di un regime di aiuto autorizzato, riduzione

dell'intensità dell'aiuto o riduzione delle spese ammissibili» (art. 4 § 2 Reg. 794/2004). Tuttavia, qualora le modifiche apportate ad un regime di aiuti esistenti siano chiaramente separabili dal regime inizialmente previsto, sono soltanto queste che assumono la qualificazione di «nuovi aiuti», senza pregiudicare la perdurante attribuzione della qualifica di aiuto «esistente» al regime originario³.

Per «regime di aiuti» si intende un atto in base al quale, senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, «possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese definite nell'atto in linea generale e astratta e qualsiasi atto in base al quale l'aiuto, che non è legato a uno specifico progetto, può essere concesso a una o più imprese per un periodo di tempo indefinito e/o per un ammontare indefinito» (art. 1, lett. d) Reg. 659/99). «Aiuti individuali» sono invece gli «aiuti non concessi nel quadro di un regime di aiuti e gli aiuti soggetti a notifica concessi nel quadro di un regime» (art. 1, lett. e Reg. 659/99).

II. L'OBBLIGO DI NOTIFICA. LA PRE-NOTIFICA. LA NOTIFICA «COMPLETA»

In conformità all'art. 108 § 3 TFUE, e all'art. 2 Reg. 659/99, alla Commissione deve essere notificato «in tempo utile» qualsiasi progetto diretto ad istituire o a modificare aiuti. La notifica deve essere effettuata non soltanto prima che la misura venga concretamente attuata, ma anche prima che venga completato il processo normativo che riconosca all'autorità pubblica il potere di concedere l'aiuto, senza ulteriori formalità⁴.

¹ Reg. (CE) 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato, in G.U.C.E., L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss. (succ. modif.).

² Reg. (CE) 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del Reg. 659/1999, in G.U.U.E., L 140, 30 aprile 2004, p. 1 ss. (succ. modif.).

³ Trib. UE, 30 aprile 2002, cause riunite T-195/01 e T-207/01, *Government of Gibraltar c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2309 ss., § 109.

⁴ Trib. UE, 14 gennaio 2004, causa T-109/01, *Fleuren Compost BV c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-127, § 74.

Le notifiche sono effettuate per mezzo del formulario *standard* allegato al Reg. 794/2994, corredato dalle schede di informazioni complementari richieste a seconda del tipo di aiuto (art. 2 Reg. 794/2004)⁵. A partire dal 1° luglio 2008, tutte le notifiche devono essere inviate per via elettronica (art. 3 Reg. 794/2004).

Il «Codice delle migliori pratiche applicabili ai procedimenti di controllo degli aiuti di Stato», che la Commissione ha predisposto con lo scopo di rendere più efficienti e trasparenti le procedure di controllo degli aiuti, ha considerevolmente incoraggiato i contatti pre-notifica che gli Stati membri hanno la facoltà di avviare con la Commissione, con la finalità di accelerare il trattamento della notifica, una volta che questa sia presentata formalmente all'autorità⁶. I contatti pre-notifica, dei quali è garantita la riservatezza da parte della Commissione, sono avviati dallo Stato membro interessato per mezzo dell'invio alla Commissione di un progetto di notifica, costituita da una bozza del formulario *standard* e delle schede di informazioni complementari. Entro due settimane dal ricevimento del progetto di notifica la Commissione di norma stabilisce un primo contatto pre-notifica, segnalando allo Stato eventualmente anche l'utilità del coinvolgimento del beneficiario dell'aiuto (ma non di altri terzi interessati). Nel corso di tali contatti (che, in linea di massima, non dovrebbero durare più di due mesi), lo Stato è posto a conoscenza dell'orientamento informale della Commissione relativamente alla valutazione preliminare del progetto, così da potersi adeguare preventivamente ad even-

tuali richieste dell'autorità (non vincolanti in questa fase). Quando la Commissione ritenga che le informazioni fornite fino a quel momento dallo Stato, nel caso fossero presentate nel quadro di una notifica formale, costituirebbero già una notifica «completa» – contenente cioè tutte le informazioni atte a consentire alla Commissione di decidere sulla compatibilità dell'aiuto, senza costringerla a richiedere ulteriori informazioni (art. 2 § 2 Reg. 659/99) – comunica allo Stato membro interessato, entro cinque giorni lavorativi dall'ultimo contatto pre-notifica, che il caso verrà trattato in base alla procedura semplificata⁷.

Qualora, al termine della fase di pre-notifica, il caso appaia particolarmente nuovo, tecnicamente complesso, o comunque così delicato o urgente da rendere difficile una chiara valutazione preliminare, la Commissione propone allo Stato membro una «pianificazione concordata», ossia una forma di cooperazione basata su un'intesa comune relativamente alla tempistica che dovrà seguire l'indagine sul caso, dopo la presentazione della notifica formale⁸.

Alla fase di pre-notifica, con o senza pianificazione concordata, segue l'invio della notifica formale da parte dello Stato membro alla Commissione.

III. (Segue) LA NOTIFICA «SEMPLIFICATA». L'ESENZIONE DALL'OBBLIGO DI NOTIFICA

Talune categorie di aiuti, che non suscitano particolari dubbi di compatibilità con il mercato interno, possono essere notificate utilizzando un formulario semplificato⁹. Questo è possibile per: a) le mi-

⁵ Rispettivamente, all. I, parte I e all. I, parte III Reg. 794/2004. L'art. 2 Reg. 794/2004 fa salvi gli obblighi degli Stati membri di notificare gli aiuti di Stato nel settore dell'industria carboniera, a norma della dec. della Commissione del 17 ottobre 2002 n. 2002/871/CE [notificata con il n. C(2002)3783] (in G.U.C.E., L 300, 5 novembre 2002, p. 42 ss.).

⁶ Comunicazione della Commissione «Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato», in G.U.U.E., C 136, 16 giugno 2009, p. 13 ss. § 10 s. Cfr. anche la comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato (2009/C-

136/03), in G.U.U.E., C 136, 16 giugno 2009, p. 3 ss., § 13.

⁷ Comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata, cit., § 15. V. *infra* § VI.

⁸ Cfr. Codice delle migliori pratiche, cit., § 19 ss. La Commissione e lo Stato membro interessato possono tuttavia, su richiesta di quest'ultimo, convenire anche di procedere a una pianificazione concordata dell'ulteriore trattamento del caso all'inizio del procedimento di indagine formale: *ibidem*, § 24.

⁹ Riportato all'all. II Reg. 794/2004. Ai sensi dell'art. 4 § 3 Reg. 794/2004, la notifica semplificata non è ammessa per le modifiche di regimi di

sure che rientrano nelle sezioni «Valutazione *standard*» degli orientamenti o delle discipline orizzontali in vigore (c.d. «zona di sicurezza»); b) le misure corrispondenti alla prassi decisionale consolidata della Commissione, approvate in almeno tre decisioni precedenti, che di conseguenza possano essere valutate immediatamente sulla base di tale orientamento; c) le «modifiche di aiuti esistenti» *ex art.* 4 § 2 Reg. 794/2004. Qualora la Commissione accerti, nel quadro dei contatti pre-notifica, che la misura soddisfa, *prima facie*, tali requisiti sostanziali e procedurali, essa informa lo Stato membro che la misura potrà essere notificata utilizzando il formulario semplificato e sarà assoggettata alla procedura semplificata di controllo¹⁰. Lo Stato membro deve notificare le misure di aiuto in questione entro due mesi a decorrere dalla data di tale comunicazione.

Inoltre, talune categorie di aiuti notificati non danno adito a dubbi di compatibilità con il mercato interno, cosicché, salvo casi particolari, vengono normalmente autorizzate senza necessità che la Commissione effettui una valutazione discrezionale. Di conseguenza, tali misure sono state dispensate dall'obbligo di notifica preventiva *ex art.* 108 § 3 TFUE, e assoggettate ad un semplice onere di comunicazione, da effettuarsi contestualmente alla loro effettiva attuazione da parte

dello Stato interessato. Si tratta degli aiuti oggetto dei regolamenti di esenzione¹¹, che talvolta consentono altresì agli Stati membri, nei casi dubbi, la facoltà di trasmettere una notifica ordinaria alla Commissione, che procederà ad una valutazione della misura alla luce dei criteri stabiliti dal regolamento di esenzione applicabile («notifica condizionale»)¹². In particolare, il «Regolamento generale di esenzione per categoria» [Reg. (CE) 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008]¹³ stabilisce che, per le misure che rientrano nel suo ambito di applicazione, gli Stati membri sono tenuti a comunicare alla Commissione soltanto «una sintesi delle informazioni relative alla misura d'aiuto», entro venti giorni lavorativi dall'entrata in vigore della misura stessa (art. 9 Reg. 800/2008). La Commissione verifica la sussistenza delle condizioni di applicazione dell'esenzione e, qualora lo ritenga necessario, richiede allo Stato membro ulteriori informazioni. Ove lo Stato membro non trasmetta tali informazioni entro il termine stabilito, né risponda ad eventuali solleciti, la Commissione può adottare una decisione che riasoggetta le misure in questione all'obbligo di notifica ordinaria (art. 10 § 3 Reg. 659/99).

Godono inoltre dell'esenzione dall'obbligo di notifica preventiva gli aiuti d'importanza minore (*de minimis*)¹⁴ e taluni

aiuti per i quali gli Stati membri non hanno trasmesso relazioni annuali per gli anni in cui sono stati concessi gli aiuti, ai sensi degli artt. 5, 6 e 7 dello stesso Reg. 794/2004, a meno che tali relazioni annuali non siano trasmesse contestualmente alla notifica semplificata. Cfr. comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata, cit., § 5 ss.

¹⁰ V. *infra* § VI. Tuttavia, la comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata, cit., § 3, specifica che qualora si applichino le riserve o le esclusioni di cui ai §§ 6-12 della comunicazione stessa, la Commissione potrà ricorrere alla procedura normale in conformità dell'art. 4 e dell'art. 6 Reg. 659/1999. In ogni caso, gli unici termini vincolanti sono quelli fissati all'art. 4 § 5 e all'art. 7 § 6 di detto Reg. Inoltre, qualora la notifica riguardi questioni giuridiche nuove di interesse generale, la Commissione di norma non applica la procedura semplificata.

¹¹ Emanati su autorizzazione del Reg. (CE) 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CE a deter-

minate categorie di aiuti di Stato orizzontali («Regolamento di applicazione», in G.U.C.E., L 142, 14 maggio 1998, p. 1 ss.), oggetto attualmente della proposta della Commissione di reg. del Consiglio che modifica il Reg. (CE) 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, doc. COM(2012)730 def., 2012/0344 (NLE) del 5 dicembre 2012.

¹² Cfr., ad es., il considerando 4 del Reg. (CE) 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione, in G.U.C.E., L 337, 13 dicembre 2002, p. 3 ss.

¹³ Reg. (CE) 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE («Regolamento generale di esenzione per categoria»), in G.U.U.E., L 214, 9 agosto 2008, p. 3 ss.

¹⁴ Reg. (CE) 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti d'importanza minore (*de minimis*), in G.U.U.E., L 379, 28

tipi di compensazioni in contropartita di oneri di servizio pubblico per l'esercizio di servizi di interesse economico generale, che costituiscono aiuti di Stato compatibili con il Trattato, a norma dell'art. 106 § 2 TFUE e della giurisprudenza *Altmark* della Corte di giustizia¹⁵.

IV. L'OBBLIGO DI SOSPENSIONE

La diretta conseguenza dell'obbligo di notifica preventiva è l'obbligo di sospensione, attorno al quale ruota tutta la procedura per il controllo dei «nuovi aiuti»: «lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale» della Commissione, che autorizzi l'aiuto (art. 108 § 3 TFUE). Il divieto di esecuzione intende garantire che gli effetti dell'aiuto non si producano prima che la Commissione abbia potuto disporre del tempo necessario per l'esame del progetto, se del caso a seguito dell'apertura del procedimento di indagine formale ex § 2 dello stesso art. 108 TFUE. La Corte di giustizia ha costantemente sottolineato che l'obbligo di sospensione, che ha effetto diretto¹⁶, costituisce la clausola di salvaguardia del sistema di controllo della compatibilità dei «nuovi aiuti»¹⁷.

dicembre 2006, p. 5 ss.; Reg. (UE) 360/2012 della Commissione del 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE agli aiuti di importanza minore (*de minimis*), concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E., L 114, 26 aprile 2012, p. 8 ss.

¹⁵ Cfr. dec. della Commissione 2012/21/UE del 21 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'art. 106 § 2 TFUE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E., L 7, 11 gennaio 2012, p. 3 ss. Cfr. altresì il Reg. (CE) 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i reg. del Consiglio (CEE) 1191/69 e (CEE) 1107/70, in G.U.U.E., L 315, 3 dicembre 2007, p. 1 ss., la cui modifica è prevista dalla stessa proposta della Commissione di Reg. del Consiglio che modifica il Reg. (CE) 994/98, cit.,

V. L'ESAME PRELIMINARE. LA «PROCEDURA LORENZ»

Non appena le è pervenuta la notifica formale, la Commissione inizia l'«esame preliminare» della stessa (art. 4 § 1 Reg. 659/99). L'obiettivo dell'esame preliminare è raccogliere le informazioni necessarie e sufficienti per consentire alla Commissione di escludere la sussistenza dei requisiti dell'aiuto di Stato ex art. 107 TFUE in relazione alla misura notificata oppure, in alternativa, per permetterle di dichiarare la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno.

In questa prospettiva, se la Commissione ritiene che le informazioni fornite dallo Stato membro interessato attraverso la notifica siano incomplete o lacunose, può innanzitutto chiedere a detto Stato «tutte le informazioni supplementari necessarie», fissando un termine per la risposta (art. 5 § 1 Reg. 659/99).¹⁸ Le informazioni così richieste sono quelle che lo Stato avrebbero dovuto trasmettere attraverso la notifica «completa» (art. 2 § 2 Reg. 659/99)¹⁹. Se lo Stato membro interessato non fornisce le informazioni richieste nel termine stabilito dalla Commissione o fornisce ancora informazioni incomplete, la Commissione invia un sollecito fissando un adeguato termine supplementare (comunque prorogabile), en-

Cfr. anche C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH et al. c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in *Racc.* 2003, p. I-7747 ss.

¹⁶ Giurisprudenza costante: cfr., ad es., C. giust. UE, 21 ottobre 2003, nelle cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. van Calster e Cleeren et al.*, in *Racc.* 2003, p. I-12249 ss., § 64 e giurisprudenza *ivi cit.*

¹⁷ Cfr. C. giust. UE, 20 settembre 1983 (ord.), causa 171/83 R, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1983, p. 2621 ss., § 12; 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH et al. c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, *ibidem*, 2001, p. I-8365 ss., § 25.

¹⁸ Il Codice delle migliori pratiche, cit., § 26, prevede in linea di principio l'invio di un'unica richiesta onnicomprensiva di informazioni, di norma entro quattro-sei settimane dalla data della notifica. Dopo due richieste, al massimo, dovrebbe esser avviato il procedimento di indagine formale: v. *infra* § VII.

¹⁹ V. *supra* § II.

tro il quale le informazioni stesse devono essere definitivamente fornite. (art. 5 §§ 1 e 2 Reg. 659/99). Se nemmeno in questo caso lo Stato membro fornisce le informazioni richieste, o fornisce nuovamente informazioni incomplete, e il termine scade senza essere più prorogato, la Commissione informa lo Stato membro che considererà ritirata d'ufficio la notifica (art. 5 § 3 Reg. 659/99)²⁰. Lo Stato membro può evitare questa conseguenza soltanto informando la Commissione, con una specifica comunicazione, debitamente motivata, di ritenere già «completa» la notifica effettuata, in quanto le informazioni supplementari richieste dalla Commissione non sarebbero disponibili o sarebbero già state fornite in precedenza. In questo caso, la Commissione dovrà effettivamente considerare la notifica «completa», ponendo fine alle richieste di informazioni supplementari rivolte allo Stato membro.

Nel silenzio del Trattato, la Corte di giustizia nella sentenza sul caso *Lorenz*, ha imposto alla Commissione un termine massimo di due mesi per concludere l'esame preliminare²¹. L'art. 4 § 5 Reg. 659/99 ha codificato questo termine²², stabilendo che, trascorsi due mesi a decorrere dal giorno successivo a quello della ricezione da parte della Commissione di una notifica «completa», senza che la Commissione abbia adottato alcuna decisione, è «giustificato ritenere che la Commissione abbia adottato una decisione di autorizzazione dell'aiuto» (art. 3 Reg. 659/99). La notifica è ritenuta «completa» se entro due mesi dalla sua ricezione, o dalla ricezione di ogni informazione supplementare richiesta, la Commissione non effettua ulteriori richieste di informazioni allo Stato membro interessato (art. 4 § 5 Reg. 659/99). L'esame preliminare dovrà dunque essere concluso entro due mesi a

decorrere dal giorno successivo a quello della ricezione da parte della Commissione di una notifica «completa» oppure, qualora lo Stato abbia comunicato alla Commissione, a fronte delle sue richieste di informazioni supplementari, di ritenere già «completa» la notifica effettuata, a decorrere dal giorno successivo a quello della ricezione da parte della Commissione di detta comunicazione (art. 5 § 3 Reg. 659/99). Scaduto questo termine, lo Stato membro interessato potrà attuare la misura notificata, dopo aver ulteriormente informato la Commissione dell'inizio dell'esecuzione. L'art. 4 § 6 Reg. 659/99 concede tuttavia un ulteriore termine supplementare alla Commissione di quindici giorni lavorativi dalla ricezione della comunicazione dello Stato membro interessato relativa all'inizio dell'esecuzione per adottare una decisione. In ogni caso, la Commissione pubblica un avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea per informare i terzi interessati dell'avvenuto inizio di esecuzione dell'aiuto.

L'iter dell'esame preliminare può essere sospeso dalla Commissione, qualora lo Stato membro interessato lo richieda per modificare il proprio progetto, adeguandolo alle richieste della Commissione («sospensione concordata dell'esame preliminare»)²³.

L'indagine preliminare può concludersi esclusivamente con una delle seguenti decisioni, indirizzate allo Stato membro interessato: *i*) «decisione che constata che la misura notificata non costituisce aiuto»; *ii*) «decisione di non sollevare obiezioni», qualora la Commissione constati che la misura notificata costituisce un aiuto *ex art.* 107 § 1 TFUE, ma non sussistono dubbi in ordine alla sua compatibilità con il mercato interno (specificando, se del caso, quale deroga sia stata applicata); *iii*) «decisione di av-

²⁰ Ai sensi dell'art. 8 Reg. 659/1999, lo Stato membro interessato può anche ritirare volontariamente la notifica prima che la Commissione abbia adottato una decisione a norma dell'art. 4 o dell'art. 7. Nel caso in cui la Commissione abbia avviato il procedimento d'indagine formale, essa provvede a dichiararlo chiuso e pubblica un avviso sulla G.U.U.E. (art. 26 § 4 Reg. 659/1999).

²¹ C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa 120-73, *Gebr. Lorenz GmbH c. Repubblica federale di Germania et al.*, in *Racc.* 1973, p. 1471 ss., § 4.

²² L'art. 4 § 5 Reg. 659/1999 ha altresì previsto che questo termine possa essere discrezionalmente prorogato o abbreviato da parte della Commissione, qualora essa ritenga opportuno fissare una scadenza più ravvicinata.

²³ Codice delle migliori pratiche, cit., § 27.

viare il procedimento d'indagine formale» *ex art. 108 § 2 TFUE*, qualora sussistano «dubbi» in ordine alla compatibilità della misura notificata con il mercato interno (art. 4 §§ 2, 3 e 4 Reg. 659/99).

Un'«informazione sintetica» della decisione che la misura non costituisce aiuto (*sub i*) e della decisione di non sollevare obiezioni (*sub ii*) è riportata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 26 § 2 Reg. 659/99). La decisione di avviare il procedimento di indagine formale (*sub iii*) è invece pubblicata integralmente sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, così che qualsiasi terzo interessato possa prenderne conoscenza²⁴.

La decisione che la misura non costituisce aiuto (*sub i*) e la decisione di non sollevare obiezioni (*sub ii*) possono essere revocate dalla Commissione, qualora dovessero risultare basate su informazioni inesatte, fornite nel corso del procedimento dallo Stato membro e apparse determinanti ai fini della decisione stessa. Allo Stato membro interessato deve essere tuttavia data la possibilità di presentare osservazioni; pertanto, prima di revocare una decisione e di adottarne una nuova, la Commissione è tenuta a riaprire il procedimento di indagine formale²⁵.

²⁴ Qualora lo Stato membro interessato non richieda la soppressione di informazioni riservate, la Commissione si adopera per pubblicare la propria decisione di avvio del procedimento di indagine formale, sintesi comprese, entro due mesi dalla data d'adozione della decisione: cfr. Codice delle migliori pratiche, cit., § 30. Cfr. anche la comunicazione del 1° dicembre 2003 relativa al segreto d'ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, in G.U.U.E., C 297, 9 dicembre 2003, p. 6 ss.

²⁵ L'art. 9 Reg. 659/1999 dispone che si applicano in tale caso gli artt. 11 § 1 (relativo all'ingiunzione di sospensione) e 14 (relativo all'ingiunzione di recupero degli aiuti) del Reg. 659/1999: cioè, gli aiuti versati in esecuzione di una decisione poi revocata sono trattati come aiuti illegali.

²⁶ V. *supra* § III.

²⁷ Tuttavia, la comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata, cit., § 11, specifica che non è possibile ricorrere alla procedura semplificata qualora la misura di aiuto notificata avvantaggi un'impresa che sia destinataria di un ordine di recupero pendente in seguito ad una precedente decisione della

VI. LA PROCEDURA «SEMPLIFICATA»

Alla presentazione di una notifica «semplificata»²⁶, fa riscontro l'applicazione da parte della Commissione di una procedura «semplificata» di esame²⁷. In conformità a tale procedura, la Commissione, non avendo necessità di ulteriori richieste di informazioni, adotta – in linea di principio entro il termine di venti giorni lavorativi dalla data della notifica – una decisione in forma abbreviata, di insufficienza di aiuto o di assenza di obiezioni, ai sensi dell'art. 4 § 2 o § 3 Reg. 659/99²⁸. Una sintesi della decisione è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 26 § 1 Reg. 659/99).

La Commissione ha la facoltà di ricorrere in qualsiasi momento alla procedura normale²⁹. Essa è viceversa obbligata a fare ricorso alla procedura normale, informandone lo Stato membro e le parti interessate, qualora detto Stato membro o le parti interessate abbiano formulato osservazioni con riserve motivate sotto il profilo della concorrenza.

VII. L'INDAGINE FORMALE. I POTERI ISTRUTTORI DELLA COMMISSIONE

Qualora abbia «dubbi» sulla compatibilità della misura notificata con il mer-

Commissione che dichiara un aiuto di Stato illegale e incompatibile con il mercato interno (c.d. giurisprudenza *Deggendorf*). Nemmeno le misure notificate alla Commissione nel quadro dell'attuale crisi finanziaria sono assoggettabili alla procedura semplificata: cfr. le comunicazioni della Commissione «L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale» (in G.U.U.E., C 270, 25 ottobre 2008, p. 8 ss.), e «Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica» (*ibidem*, C 16, 22 gennaio 2009, p. 1 ss.) e «Un piano europeo di ripresa economica», COM(2008)800 def., 26 novembre 2008.

²⁸ Comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata, cit., § 21 ss. V. *infra* § VIII.

²⁹ Questo non implica alcun aumento dei diritti dei terzi, in base alla giurisprudenza: cfr. Trib. UE, 12 dicembre 2006, causa T-95/03, *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio et al. c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-4739 ss., § 139.

cato interno, la Commissione deve adottare la decisione di avviare il procedimento «d'indagine formale» (art. 108 § 2 TFUE e art. 6 Reg. 659/99). Scopo di questo procedimento, di carattere soltanto eventuale, è svolgere un esame approfondito delle misure statali, che consenta alla Commissione di essere completamente informata su tutti i dati rilevanti del caso prima di adottare una decisione definitiva³⁰, garantendo al contempo la tutela dei diritti dei terzi interessati. La Commissione ha discrezionalità nel valutare se, alla luce delle specifiche circostanze di fatto e di diritto, le difficoltà da essa incontrate nella valutazione della compatibilità dell'aiuto richiedano di aprire l'indagine formale. Tuttavia, qualora ritenga si evidenzino «dubbi», la Commissione non può rifiutarsi di avviare questo procedimento, adducendo considerazioni di economia procedurale o altri motivi di opportunità amministrativa. L'esistenza di «dubbi» riveste natura oggettiva³¹, ed è il criterio esclusivo per l'apertura dell'indagine formale³².

La decisione di avviare il procedimento di indagine formale espone sinteticamente i punti di fatto e di diritto emersi nella precedente fase di esame dell'aiuto, anticipa la valutazione preliminare della Commissione in relazione al carattere di aiuto della misura notificata, ed espone i «dubbi» sulla compatibilità dell'aiuto con il mercato interno. La decisione invita inoltre lo Stato membro e tutti gli altri «interessati» a formulare le loro osservazioni entro un termine stabilito, di regola

non superiore a un mese (art. 6 § 1 Reg. 659/99)³³. Per «interessati», l'art. 1 lett. h) Reg. 659/99 intende «qualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi possono essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali». In casi particolarmente complessi, la Commissione può inviare copia della decisione di avvio del procedimento di indagine formale anche alle associazioni di categoria e alle associazioni imprenditoriali, invitandole a presentare, su base volontaria, osservazioni su aspetti specifici del caso. Le osservazioni eventualmente presentate dal beneficiario dell'aiuto e dai terzi interessati sono trasmesse allo Stato membro³⁴, che può a sua volta rispondere nel termine fissato dalla Commissione (art. 6 § 2 Reg. 659/99)³⁵.

Tuttavia, il contraddittorio nel quale si risolve il procedimento di indagine formale è instaurato soltanto tra la Commissione e lo Stato membro interessato. Il beneficiario dell'aiuto e i terzi interessati hanno soltanto il diritto di essere associati al procedimento amministrativo in misura adeguata, tenuto conto delle circostanze del caso di specie³⁶. Possono presentare osservazioni *ex art.* 6 Reg. 659/99, possono ottenere (su richiesta) copia di qualsiasi decisione adottata dalla Commissione *ex artt.* 4 e 7 Reg. 659/99, ma ad essi non è riconosciuto né il diritto alla difesa in senso tecnico, né il diritto di accesso al fascicolo della Commissione³⁷.

³⁰ Trib. UE, 15 marzo 2001, causa T-73/98, *Société chimique Prayon-Rupel SA c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-867 ss., § 42.

³¹ Trib. UE, 15 marzo 2001, *Société chimique Prayon-Rupel SA*, cit., § 47; ord. Pres. Trib. UE, 19 dicembre 2001, cause riunite T-195/01 R e T-207/01 R, *Government of Gibraltar c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3915 ss., § 78.

³² Il procedimento di indagine formale deve inoltre essere riaperto, come si è visto, qualora la Commissione intenda revocare una propria decisione precedente, adottata a conclusione dell'indagine preliminare *ex art.* 4 §§ 2 o 3 Reg. 659/1999 (art. 9 Reg. 659/1999).

³³ Cfr. Codice delle migliori pratiche, cit., § 33. Detto termine non viene di regola prorogato, se non in casi eccezionali, debitamente giustificati.

³⁴ Eventualmente omettendo l'identità dell'interessato, se questi ne fa richiesta: art. 6 § 2 Reg. 659/1999.

³⁵ Anche in questo caso il termine è di norma non superiore a un mese. Detto termine non viene di regola prorogato, se non in casi eccezionali, debitamente giustificati. Per garantire la rapida trasmissione di tutte le osservazioni delle parti interessate, lo Stato membro interessato è invitato ad accettare la trasmissione di dette osservazioni nella lingua originale, considerato che una traduzione può incidere sulla rapidità delle procedure. Al fine di garantire la conclusione tempestiva del procedimento di indagine formale, la Commissione si è impegnata a rispettare rigorosamente tutti i termini applicabili a questa procedura a norma del Reg. 659/1999.

³⁶ Giurisprudenza costante: cfr., ad es., Trib. UE, 12 settembre 2007, causa T-68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2911 ss., § 42 s.

³⁷ Come è stato ribadito di recente anche da C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-139/07 P,

Qualora lo Stato membro interessato non presenti le proprie osservazioni nel termine di un mese stabilito all'art. 6 § 1 Reg. 659/99, la Commissione invia un unico sollecito concedendo a detto Stato un mese supplementare. In assenza di una risposta significativa da parte dello Stato, la Commissione prende una decisione in base alle informazioni in suo possesso (art. 7 § 7 e art. 13 § 1 Reg. 659/99)³⁸. Qualora queste non siano sufficienti per stabilire la compatibilità della misura notificata, la Commissione adotta una decisione negativa (art. 7 § 7 Reg. 659/99).

In linea di principio, la Commissione rivolge una sola richiesta di informazioni allo Stato membro interessato. Tuttavia, non si può escludere che, in casi particolarmente complessi, le informazioni trasmesse dallo Stato membro interessato in risposta alla decisione di avvio del procedimento rendano necessario l'invio di un'ulteriore richiesta di informazioni da parte della Commissione. Qualora lo Stato non risponda a tale ulteriore richiesta nel termine stabilito, la Commissione invia un sollecito fissando un termine ultimo di quindici giorni lavorativi, e informando lo Stato membro del fatto che, in mancanza di risposta, la Commissione prenderà anche, in questo caso, una decisione in base alle informazioni di cui dispone³⁹.

Nel tentativo di superare le difficoltà che attualmente la Commissione incontra nel reperire le informazioni presso gli Stati membri, la proposta di modifica del Reg. 659/99⁴⁰ introduce una nuova procedura incidentale di richiesta di informazioni da altre fonti, che consentirà alla Commissione, dopo l'avvio dell'indagine formale, di richiedere anche a soggetti diversi dallo Stato membro interessato (un'impresa o un'associazione di imprese o un altro Stato membro), con una semplice richiesta di informazioni o con una

decisione, di fornire tutte le informazioni necessarie per completare la valutazione della misura in esame (nuovo art. 6-*bis* della proposta di modifica del Reg. 659/99). La Commissione avrà anche il potere di irrogare alle imprese e associazioni di imprese ammende e penalità di mora, qualora forniscano intenzionalmente o per negligenza informazioni inesatte o fuorvianti (nuovo art. 6-*ter* della proposta di modifica del Reg. 659/99)⁴¹. La proposta di modifica del Reg. 659/99 introduce inoltre per la Commissione la facoltà di effettuare indagini per settore economico e per strumento di aiuto utilizzato (nuovo art. 20-*bis* della proposta di modifica del Reg. 659/99), e di indirizzare richieste di informazioni agli Stati membri, alle imprese o associazioni di imprese interessate, qualora da fonti pubblicamente accessibili si evidenzino dubbi di compatibilità con il mercato interno in relazione a misure di aiuto in un particolare settore o basate su un particolare strumento di aiuto.

L'art. 7 § 6 Reg. 659/99 prevede che la Commissione debba concludere la procedura «non appena risultino eliminati i dubbi di cui all'art. 4 § 4», che avevano obbligato la Commissione ad aprire la procedura stessa. «Per quanto possibile, la Commissione si adopera per adottare una decisione entro diciotto mesi dall'avvio della procedura. Questo termine può essere prorogato di comune accordo tra la Commissione e lo Stato membro interessato» (art. 7 § 6 Reg. 659/99; ad esempio, la proroga è possibile in caso di misure che sollevino questioni giuridiche nuove). Per garantire un'applicazione effettiva dell'art. 7 § 6 Reg. 659/99, la Commissione si adopera per adottare una decisione definitiva entro quattro mesi dalla presentazione delle ultime informazioni da parte dello Stato membro (o, in mancanza di

Commissione c. TGI GmbH, in *Racc.* 2010, p. I-5885 ss., § 53 ss.

³⁸ Codice delle migliori pratiche, cit., § 37.

³⁹ Codice delle migliori pratiche, cit., § 39.

⁴⁰ Presentata dalla Commissione il 5 dicembre 2012, COM(2012)725 def., 2012/0342 (NLE).

⁴¹ Tuttavia, i poteri conferiti alla Commissione in virtù dell'art. 6-*ter* sono soggetti a un termine di prescrizione di tre anni, a decorrere dal

giorno in cui è commessa l'infrazione (art. 1 § 7 della proposta cit., che inserisce un nuovo art. 15-*bis* nel Reg. 659/1999). Inoltre, il potere della Commissione di procedere all'esecuzione delle decisioni adottate ai sensi dell'art. 6-*ter* si prescrive dopo cinque anni, decorrere dal giorno in cui la decisione è inoppugnabile (nuovo art. 15-*ter*, introdotto dall'art. 1 § 7 della stessa proposta cit.).

replica, entro la scadenza dell'ultimo termine fissato)⁴². Una volta scaduto questo termine, se lo Stato membro interessato ne fa richiesta, la Commissione adotta, entro due mesi, una decisione in base alle informazioni in suo possesso (art. 7 § 7 Reg. 659/99).

La procedura di indagine formale può essere sospesa soltanto in circostanze eccezionali, di concerto tra la Commissione e lo Stato membro interessato, soltanto una volta e soltanto per il periodo concordato con la Commissione («sospensione giustificata dell'indagine formale»)⁴³.

VIII. LE DECISIONI CHE CONCLUDONO IL PROCEDIMENTO

A conclusione del procedimento di indagine formale, la Commissione indirizza allo Stato membro interessato una delle seguenti decisioni (art. 7 §§ da 2 a 5 Reg. 659/99)⁴⁴: *i*) decisione che la misura non costituisce aiuto («eventualmente dopo che lo Stato membro interessato vi abbia apportato modifiche»: art. 7 § 2 Reg. 659/99); *ii*) «decisione positiva», qualora la Commissione constati che non sussistono più dubbi in ordine alla compatibilità della misura con il mercato interno («eventualmente dopo che lo Stato membro interessato vi abbia apportato modifiche»: art. 7 § 3 Reg. 659/99), specificando quale deroga sia stata applicata *ex art.* 107 TFUE; *iii*) «decisione condizionale», qualora la Commissione subordini l'approvazione dell'aiuto a condizioni che consentano di considerarlo compatibile con il mercato interno, e ad obblighi che consentano di controllare il rispetto della decisione da parte dello Stato membro interessato (art. 7 § 4 Reg. 659/99); *iv*) «decisione negativa», qualora la Commissione constati che l'aiuto notificato non è compatibile con il mercato interno, e per-

tanto non può esservi data esecuzione (art. 7 § 5 Reg. 659/99).

Copia della decisione è trasmessa d'ufficio a ogni parte interessata che abbia presentato osservazioni e a ogni beneficiario di aiuti individuali (art. 26 § 1 Reg. 659/99), nonché, su richiesta, ad ogni altro interessato (art. 26 § 1 Reg. 659/99). La decisione è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 26 § 3 Reg. 659/99).

Tutte queste decisioni, tranne la «decisione negativa», possono essere revocate *ex art.* 9 Reg. 659/99, con le modalità ivi previste, se risultano basate su informazioni inesatte fornite dallo Stato membro nel corso del procedimento e ritenute determinanti ai fini della decisione.

Qualora risulti che lo Stato membro interessato non abbia rispettato una decisione condizionale o negativa, la Commissione, o qualsiasi altro Stato membro interessato, può adire direttamente la Corte di giustizia, in deroga agli artt. 258 e 259 TFUE (art. 23 § 1 Reg. 659/99, che rinvia all'attuale art. 108 § 2 TFUE). Qualora lo Stato membro interessato non si conformi nemmeno alla sentenza della Corte di giustizia, resta salva la facoltà della Commissione, dopo aver posto lo Stato membro in condizione di presentare osservazioni (quindi, dopo aver riaperto l'indagine formale, *ex art.* 23 § 2 Reg. 659/99) di adire nuovamente la Corte («doppia condanna», *ex art.* 260 TFUE).

In via eccezionale, quando circostanze straordinarie giustificano tale decisione, il Consiglio, deliberando all'unanimità su richiesta di uno Stato membro, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga all'art. 107 TFUE e ai regolamenti di esecuzione dello stesso art. 107 e dell'art. 108 TFUE emanati ai sensi dell'art. 109 TFUE (art. 108 § 2 comma 3 TFUE)⁴⁵.

sente allo Stato membro di ritirare la notifica prima che la Commissione abbia adottato una decisione a norma dell'art. 4 o dell'art. 7 Reg. 659/1999.

⁴⁵ *Ex art.* 26 § 5 Reg. 659/1999, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere di pubblicare nella G.U.U.E. le decisioni così adottate a norma dell'art. 108 § 2 comma 3 TFUE.

⁴² Cfr. Codice delle migliori pratiche, cit., § 44.

⁴³ Ad es., se richiesto dallo Stato membro per allineare formalmente il progetto alle norme sugli aiuti di Stato, oppure in caso di controversia pendente su questioni simili dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione, il cui esito potrebbe incidere sulla valutazione del caso: v. Codice delle migliori pratiche, cit., § 41.

⁴⁴ Fatto salvo l'art. 8 Reg. 659/1999, che con-

Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, il procedimento di indagine formale, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio sospende l'indagine della Commissione fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo. Tuttavia, se il Consiglio non si pronuncia entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione può deliberare (art. 108 § 2 comma 3 TFUE).

PAOLA PIRODDI

Bibliografia

K. BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; F. BESTAGNO, «Art. 88», in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 465 ss.; A. BIONDI - P. EECKHOUT - J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; A. BLASI - F. MUNARI, «Art. 88», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 608 ss.; L. DANIELE - S. AMADEO - C. SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali. Controllo comuni-*

tario e prassi interne, Milano, 2003; L. HANCHER - T. OTTENVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, 3rd ed., London, 2012; M. ORLANDI, «La disciplina degli aiuti di Stato», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XXVI, II, 2^a ed., Torino, 2006, p. 1721 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006; A. SANTA MARIA (ed.), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn, 2007; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese. Tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*. 2nd ed., Oxford-Portland, 2009; P. ROSSI, «Procedura in tema di aiuti», in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, (diretto da) F. Galgano, LXIV, Padova, 2012, p. 579 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; G. STROZZI, «Gli aiuti di Stato», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 3^a ed., Torino, 2010, p. 351 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato illegali e l'obbligo di recupero

Sommario: I. LA DEFINIZIONE DI «AIUTI ILLEGALI». – II. LA DENUNCIA RELATIVA AD AIUTI ILLEGALI. LA PROPOSTA DI INTRODUZIONE DI INDAGINI PER SETTORE ECONOMICO E PER STRUMENTO DI AIUTO. – III. IL TRATTAMENTO DELLA DENUNCIA. L'INDAGINE PRELIMINARE E L'INGIUNZIONE DI FORNIRE INFORMAZIONI». – IV. L'INDAGINE FORMALE. I PROVVEDIMENTI ISTRUTTORI DELLA COMMISSIONE: L'INGIUNZIONE DI SOSPENSIONE» E L'INGIUNZIONE DI RECUPERO». – V. LE DECISIONI A CONCLUSIONE DELL'INDAGINE FORMALE. IN PARTICOLARE: L'ORDINE DI RECUPERO. – VI. LA GIURISPRUDENZA *DEGGENDORF*.

I. LA DEFINIZIONE DI «AIUTI ILLEGALI»

Per «aiuti illegali» si intendono i «nuovi aiuti» attuati in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE [art. 1, lett. f) Reg. (CE) del Consiglio 659/99 del 22 marzo 1999, c.d. «Regolamento di procedura»]¹. L'art. 108 § 3 TFUE stabilisce che lo Stato membro interessato «non può dare esecuzione alle misure progettate» prima che la procedura relativa agli aiuti notificati abbia condotto ad una «decisione finale»². La categoria degli «aiuti illegali» comprende quindi: a) gli aiuti notificati, ai quali è stata data esecuzione prima che la Commissione abbia deciso sulla compatibilità di tali aiuti con il mercato interno; b) gli aiuti ai quali è stata data esecuzione senza che siano stati preventivamente notificati.

¹ Reg. (CE) 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.C.E., L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss. (succ. modif.).

² Infatti, l'intera a disciplina degli aiuti di Stato «è fondata sul fine cautelare di garantire che vengano attuati solo aiuti compatibili. Al fine di conseguire tale obiettivo, l'attuazione di un progetto d'aiuto viene differita finché, con la decisione finale della Commissione, non venga dissipato ogni dubbio circa la sua compatibilità»: C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF et al. c. SIDE*, in *Racc.* 2008, p. I-469 ss., § 47 s.

³ Comunicazione della Commissione intitolata «Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato», in G.U.U.E., C 136, 16 giugno 2009, p. 13 ss.

⁴ Per «interessati», l'art. 1, lett. h) Reg. 659/1999 intende «qualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi possono essere lesi dalla concessione di

II. LA DENUNCIA RELATIVA AD AIUTI ILLEGALI. LA PROPOSTA DI INTRODUZIONE DI INDAGINI PER SETTORE ECONOMICO E PER STRUMENTO DI AIUTO

La Commissione esamina «senza indugio» le informazioni di cui venga a conoscenza in merito a presunti aiuti illegali, da qualsiasi fonte provengano (art. 10 § 1 e art. 20 § 2 Reg. 659/99).

Il Reg. 659/99 non prevede requisiti formali per presentare alla Commissione una denuncia relativa a un presunto aiuto illegale. Tuttavia, nel «Codice delle migliori pratiche applicabili ai procedimenti di controllo degli aiuti di Stato»³, predisposto con lo scopo di rendere più efficienti e trasparenti le procedure di controllo degli aiuti, la Commissione ha invitato le parti interessate⁴ a compilare i moduli di denuncia disponibili sul sito *internet* della DG «Concorrenza», che consentono di trasmettere tutte le informazioni necessarie per il trattamento del caso⁵. La proposta di modifica del Reg. 659/99 avalla questa prassi, autorizzando la Commissione ad adottare disposizioni di esecuzione del regolamento per quanto riguarda la forma, il contenuto e le altre modalità delle denunce⁶.

Per facilitare il reperimento di informazioni da parte della Commissione, la

aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali».

⁵ Codice delle migliori pratiche, cit., § 46 s. Il formulario per la presentazione di reclami in materia di presunti aiuti illegali (originariamente in G.U.U.E., C 116, 16 maggio 2003, p. 3 ss.) è attualmente in http://ec.europa.eu/competition/forms/sa_complaint_it.html. La Commissione raccomanda al denunciante di presentare anche una versione non riservata della denuncia, che possa essere contestualmente trasmessa allo Stato membro interessato perché formuli le sue osservazioni, accelerando così lo svolgimento dell'indagine. Lo Stato membro, a sua volta, è invitato ad accettare, per quanto possibile, la trasmissione delle denunce in lingua originale: la Commissione fornisce una traduzione soltanto su richiesta dello Stato membro, con l'avvertenza che può incidere sulla rapidità delle procedure: Codice delle migliori pratiche, cit., § 51.

⁶ Cfr. art. 1 § 9 e § 14 della proposta di Reg. del

proposta di modifica del Reg. 659/99 introduce inoltre la facoltà della Commissione di effettuare indagini per settore economico e per strumento di aiuto utilizzato (nuovo art. 20-*bis*), qualora da fonti pubblicamente disponibili emergano dubbi di compatibilità con il mercato interno delle misure di aiuto in un particolare settore o basate sull'uso di un particolare strumento di aiuto. Nel corso di tali indagini, la Commissione potrà indirizzare richieste di informazioni agli Stati membri, alle imprese o alle associazioni di imprese interessate, senza eccedere quanto consentito dal principio di proporzionalità. La Commissione potrà pubblicare una relazione sui risultati delle sue indagini e invitare gli Stati membri e le imprese o associazioni di imprese interessate a presentare le loro osservazioni in merito.

III. IL TRATTAMENTO DELLA DENUNCIA. L'INDAGINE PRELIMINARE E L'«INGIUNZIONE DI FORNIRE INFORMAZIONI»

La Commissione si adopera per rispondere all'autore della denuncia, in linea di principio, nel termine di due mesi dal ricevimento della denuncia⁷.

Qualora la Commissione ritenga, in base alle informazioni contenute nella denuncia, che non vi siano motivi sufficienti per una valutazione del caso alla luce della disciplina relativa agli aiuti illegali, essa informa il denunciante (e lo Stato membro interessato, al quale la denuncia è trasmessa) del fatto che non sussistono motivi sufficienti per «esprimere un parere sul caso» (art. 20 § 2 Reg. 659/99). La Commissione comunica altresì all'autore della denuncia che questa sarà considerata ritirata qualora egli non presenti «ulteriori osservazioni sostanziali»⁸. Se il de-

nunciante non presenta osservazioni entro il termine stabilito, la Commissione considera ritirata d'ufficio la denuncia. Se invece il denunciante presenta osservazioni, la Commissione inizia l'esame preliminare sulla base degli elementi di fatto e di diritto posti a sua disposizione.

Qualora invece la Commissione ritenga la denuncia *prima facie* attendibile, essa informa l'autore, entro il predetto termine di due mesi, del grado di priorità assegnato al caso. La Commissione può infatti attribuire un diverso grado di priorità alle denunce⁹, così da poter rinviare, se del caso, tenuto conto del suo carico di lavoro, l'esame di una misura che non costituisce una priorità. Con la medesima comunicazione, la Commissione ricorda altresì al denunciante che può avviare un procedimento dinanzi ai giudici nazionali, i quali possono ordinare la sospensione o il recupero degli aiuti¹⁰.

L'indagine preliminare per gli aiuti illegali è disciplinata dal Reg. 659/99 per rinvio alle disposizioni previste per l'indagine preliminare relativa agli aiuti notificati, con gli opportuni adattamenti (art. 10 § 2 Reg. 659/99, che rinvia agli artt. 2 §§ 2 e 5 §§ 1 e 2 Reg. 659/99). Tuttavia, vi sono alcune differenze, che si giustificano per una sorta di finalità sanzionatoria per lo Stato che non ha adempiuto all'obbligo di notifica. In primo luogo, è esclusa la possibilità di ricorrere alla procedura semplificata¹¹. In secondo luogo, non trova applicazione il termine di due mesi entro il quale la Commissione è tenuta a concludere l'indagine preliminare per gli aiuti notificati, *ex art.* 4 § 5 Reg. 659/99. Peraltro, la Corte di giustizia ha stabilito che la Commissione non può protrarre all'infinito l'esame preliminare, ma è comunque tenuta a concluderlo entro un termine ragionevole¹². Attraverso il «Co-

Consiglio che modifica il Reg. (CE) 659/1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 Tr. CE, presentata dalla Commissione il 5 dicembre 2012, COM(2012)725 def., 2012/0342 (NLE).

⁷ Cfr. Codice delle migliori pratiche, cit., § 49.

⁸ Codice delle migliori pratiche, cit., § 49 e 51.

⁹ Ad es., in base alla portata della presunta infrazione, all'entità del beneficiario, al settore economico interessato o all'esistenza di denunce simili, e così via: Codice delle migliori pratiche, cit., § 48.

¹⁰ Codice delle migliori pratiche, cit., § 49, *in fine*.

¹¹ Comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato, in G.U.U.E., C 136, 16 giugno 2009, p. 3 ss., § 6.

¹² Cfr. Trib. UE, 15 settembre 1998, causa T-95/96, *Gestevisión Telecinco SA c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-3407 ss., § 74.

dice delle migliori pratiche», la Commissione si è così impegnata ad adoperarsi per adottare una decisione per i casi prioritari, indicativamente, entro un termine (non vincolante) di dodici mesi dal ricevimento della denuncia stessa¹³.

Per i casi non prioritari, la Commissione si è impegnata ad adoperarsi per inviare all'autore della denuncia, entro il predetto termine indicativo e non vincolante di dodici mesi, una «lettera amministrativa iniziale», che non rappresenta una posizione ufficiale della Commissione, ma soltanto un parere preliminare, basato sulle informazioni di cui essa dispone¹⁴. Questa comunicazione invita l'autore della denuncia a presentare eventuali osservazioni supplementari entro il termine di un mese, con l'avviso che, in mancanza di risposta, la Commissione considererà ritirata d'ufficio la denuncia.

Così come nell'indagine preliminare relativa agli aiuti notificati, la Commissione, se necessario, può chiedere informazioni allo Stato membro interessato, fissando un termine per la risposta (art. 10 § 2 Reg. 659/99)¹⁵. Le informazioni richieste sono le medesime che lo Stato avrebbero dovuto trasmettere attraverso la notifica «completa» (art. 2 § 2 Reg. 659/99). Se lo Stato non fornisce le informazioni richieste nel termine stabilito dalla Commissione o fornisce nuovamente informazioni incomplete, la Commissione invia un sollecito fissando un termine supplementare entro il quale le informazioni stesse devono essere fornite (art. 5 § 1 e 2 Reg. 659/99). Se lo Stato non fornisce ancora le informazioni richieste nel termine stabilito, o fornisce ancora informazioni incomplete, la Commissione richiede un'altra volta tali informazioni

adottando l'«ingiunzione di fornire informazioni», contenuta in una decisione vincolante per lo Stato membro al quale è rivolta, che specifica le informazioni richieste e stabilisce un termine adeguato entro il quale lo Stato deve ottemperare alla richiesta (art. 10 § 3 Reg. 659/99). Questa rappresenta la terza differenza rispetto all'esame preliminare per gli aiuti notificati, nel quale la Commissione non dispone del potere di emanare un'«ingiunzione di fornire informazioni». Ove lo Stato non adempia all'ingiunzione, la Commissione decide sulla sola base delle informazioni disponibili (art. 13 § 1 Reg. 659/99)¹⁶. Qualora le informazioni in suo possesso non siano sufficienti per stabilire la compatibilità della misura notificata, la Commissione prende evidentemente una decisione negativa.

Le decisioni che la Commissione può adottare a conclusione dell'indagine preliminare per gli aiuti illegali sono le medesime che essa può adottare a conclusione dell'esame preliminare degli aiuti notificati (art. 13 § 1 Reg. 659/99, che rinvia all'art. 4 §§ 2-4 Reg. 659/99)¹⁷. In particolare, qualora sussistano «dubbi» in ordine alla compatibilità dell'aiuto con il mercato interno *ex art. 107 TFUE*, la Commissione è tenuta ad adottare la «decisione di avviare il procedimento d'indagine formale», a norma dell'art. 108 § 2 TFUE e dell'art. 4 § 4 Reg. 659/99. L'illegalità non esime infatti la Commissione dall'obbligo di valutare la compatibilità nel merito dell'aiuto¹⁸.

La Commissione è tenuta ad inviare copia della decisione all'autore della denuncia (art. 20 § 2 Reg. 659/99) e a qualsiasi parte interessata ne faccia richiesta (art. 20 § 3 Reg. 659/99).

¹³ Codice delle migliori pratiche, cit., § 48, lett. *a*.

¹⁴ Codice delle migliori pratiche, cit., § 48, lett. *b*.

¹⁵ Si applicano, con gli opportuni adattamenti, l'art. 2 § 2, e l'art. 5 § 1 e 2 Reg. 659/1999.

¹⁶ In mancanza dell'ingiunzione di fornire informazioni, un'eventuale carenza di motivazione della decisione finale non potrà trovare giustificazione sul rilievo della scarsità dei pochi dati forniti dallo Stato interessato: cfr. Trib. UE, 26 febbraio 2002, causa T-323/99, *INMA SpA et al. c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-545, § 91 e la

giurisprudenza *ivi cit.* Ogni parte interessata che ne faccia richiesta può ottenere dalla Commissione copia di un'«ingiunzione di fornire informazioni», adottata ai sensi dell'art. 10 § 3 (art. 20, § 3 Reg. 659/1999).

¹⁷ Inoltre, una decisione che conclude l'indagine preliminare può essere revocata alle medesime condizioni richieste per la revoca delle decisioni relative agli aiuti notificati dall'art. 9 Reg. 659/1999, in quanto compatibili.

¹⁸ C. giust. UE, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1990, p. I-307 ss., § 21.

IV. L'INDAGINE FORMALE. I PROVVEDIMENTI ISTRUTTORI DELLA COMMISSIONE: L'«INGIUNZIONE DI SOSPENSIONE» E L'«INGIUNZIONE DI RECUPERO»

Anche l'indagine formale per gli aiuti illegali si svolge sostanzialmente con le medesime modalità dell'indagine formale relativa agli aiuti notificati (art. 7 Reg. 659/99, al quale rinvia l'art. 13 § 1 Reg. 659/99). Tuttavia, non è applicabile il termine di diciotto mesi (peraltro prorogabile e non vincolante) a decorrere dalla decisione di avvio dell'indagine formale, entro il quale la Commissione si impegna ad adoperarsi per concludere la procedura di indagine formale relativa agli aiuti notificati (art. 7 § 6 Reg. 659/99), né è applicabile, una volta scaduto questo termine, il termine supplementare di due mesi a decorrere dalla richiesta dello Stato membro alla Commissione di prendere comunque una decisione in base alle informazioni in suo possesso (art. 7 § 7 Reg. 659/99). Qualora le informazioni in suo possesso non siano sufficienti per stabilire la compatibilità della misura notificata, la Commissione adotta una decisione negativa (art. 7 § 7 Reg. 659/99).

Inoltre, qualora lo Stato membro non presenti osservazioni sulla decisione di avvio dell'indagine formale nel termine stabilito (art. 6 § 1 Reg. 659/99), o qualora, pur avendo presentato osservazioni sulla decisione di avvio del procedimento di indagine formale, lo Stato non risponda nel termine stabilito ad un'eventuale ulteriore richiesta di informazioni da parte della Commissione¹⁹, la Commissione, a differenza che nel procedimento di indagine formale relativo agli aiuti notificati, può procedere attraverso l'«ingiunzione di fornire informazioni» ex art. 10 § 3 Reg. 659/99²⁰. Ove lo Stato non ottemperi all'ingiunzione, la Commissione

decide sulla sola base delle informazioni disponibili (art. 13 § 1 Reg. 659/99)²¹. Ancora una volta, qualora le informazioni in suo possesso non siano sufficienti per stabilire la compatibilità della misura notificata, la Commissione prende una decisione negativa.

La proposta di modifica del Reg. 659/1999 inserisce nel regolamento di procedura un nuovo art. 6-*bis* e un nuovo art. 6-*ter*, che prevedono una procedura incidentale di raccolta di informazioni, effettuata dopo l'avvio dell'indagine formale, per mezzo di una semplice richiesta di informazioni o di una decisione indirizzata anche a soggetti diversi dallo Stato membro interessato, quali imprese o associazioni di imprese o altri Stati membri. La Commissione avrà anche il potere di irrogare alle imprese e associazioni di imprese ammende e penalità di mora, qualora forniscano intenzionalmente o per negligenza informazioni inesatte o fuorvianti²². Prima di adottare una decisione finale, tuttavia, la Commissione dovrà consentire allo Stato membro interessato di presentare osservazioni sulle informazioni che la Commissione stessa ha raccolto, qualora queste sollevino dubbi in ordine alla compatibilità della misura con il mercato interno.

Oltre all'«ingiunzione di fornire informazioni», la Commissione può adottare, nel corso dell'indagine formale, una decisione con la quale ordina allo Stato membro interessato che abbia violato l'obbligo di sospensione ex art. 108 § 3 TFUE di interrompere in via provvisoria e cautelare l'erogazione dell'aiuto illegalmente concesso, fino alla decisione in merito alla compatibilità dell'aiuto («ingiunzione di sospensione»). Si tratta di un provvedimento conservativo di creazione giurisprudenziale²³, codificato *a posteriori* dal-

¹⁹ Codice delle migliori pratiche, cit., § 39 s.

²⁰ V. *supra* § III.

²¹ V. *supra* nota 16.

²² Tuttavia, i poteri conferiti alla Commissione in virtù dell'art. 6-*ter* sono soggetti a un termine di prescrizione di tre anni, a decorrere dal giorno in cui è commessa l'infrazione (art. 1 § 7 della proposta, cit., che inserisce un nuovo art. 15-*bis* nel Reg. 659/1999). Inoltre, il potere della Commis-

sione di procedere all'esecuzione delle decisioni adottate ai sensi dell'art. 6-*ter* si prescrive dopo cinque anni, decorrere dal giorno in cui la decisione è inoppugnabile (nuovo art. 15-*ter*, introdotto dall'art. 1 § 7 della stessa proposta, cit.).

²³ Cfr. già, ad es., C. giust. UE, 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1990, p. I-307 ss., § 18-20. Al denunciante è inviata copia dell'«ingiunzione di sospensione» ex

l'art. 11 § 1 Reg. 659/99. L'ingiunzione di sospensione può essere affiancata da una decisione con la quale la Commissione ordina allo Stato membro interessato di recuperare a titolo provvisorio l'aiuto illegalmente concesso, fino a che non abbia deciso in merito alla compatibilità dell'aiuto stesso con il mercato interno («ingiunzione di recupero», introdotta *ex novo* dall'art. 11 § 2 Reg. 659/99)²⁴.

L'ingiunzione di recupero è una misura provvisoria che ha la finalità di ripristinare un'effettiva concorrenza sul mercato²⁵. Essa può essere adottata sul presupposto della sussistenza di due condizioni cumulative: *i*) l'indubbio carattere di aiuto della misura, in base alla prassi consolidata di applicazione dell'art. 107 TFUE; *ii*) la necessità di affrontare una «situazione di emergenza»; *iii*) l'esistenza di un «grave rischio di danno consistente e irreparabile ad un concorrente» (art. 11 § 2 Reg. 659/99). La Commissione può autorizzare lo Stato membro ad abbinare il recupero dell'aiuto alla corresponsione di un aiuto di emergenza all'impresa beneficiaria presso la quale è effettuato il recupero (art. 11 § 2 comma 3 Reg. 659/99).

L'ingiunzione di recupero viene eseguita secondo la procedura prevista per l'analogo «ordine di recupero» degli aiuti illegali, che la Commissione può emanare a conclusione del procedimento di indagine formale (art. 14 §§ 2 e 3 Reg. 659/99, al quale rinvia l'art. 11 § 2 comma 2 Reg. 659/99)²⁶. Così come l'ordine di recupero, anche l'ingiunzione di recupero da parte della Commissione è assoggettata ad un «periodo limite» di dieci anni, a decorrere dal giorno in cui l'aiuto illegale viene concesso al beneficiario come aiuto indivi-

duale o come aiuto rientrante in un regime di aiuti (art. 15 § 2 Reg. 659/99)²⁷. Ogni aiuto per il quale è scaduto il «periodo limite» non può più essere oggetto di recupero, è considerato un aiuto esistente, ed è assoggettato alla relativa procedura (art. 15 § 3 Reg. 659/99).

Se uno Stato membro non si conforma ad un'ingiunzione di sospensione o ad un'ingiunzione di recupero, la Commissione, pur continuando a esaminare la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno in base alle informazioni a sua disposizione, può adire direttamente la Corte di giustizia, in deroga all'art. 258 TFUE, perché dichiarare che il mancato rispetto della decisione configura una violazione del Trattato da parte dello Stato membro (art. 12 Reg. 659/99).

V. LE DECISIONI A CONCLUSIONE DELL'INDAGINE FORMALE. IN PARTICOLARE: L'ORDINE DI RECUPERO

Dopo l'eventuale recupero dell'aiuto, l'indagine formale prosegue e si conclude con l'adozione di una decisione da parte della Commissione (art. 11 § 2 comma 2 Reg. 659/99).

Le decisioni che la Commissione può adottare sono le stesse che concludono l'indagine formale relativa agli aiuti notificati, e devono essere adottate entro gli stessi termini previsti per le decisioni che concludono l'indagine formale relativa agli aiuti notificati (art. 7 Reg. 659/99, al quale rinvia l'art. 13 § 1 e 2 Reg. 659/99)²⁸. Tuttavia, qualora la Commissione constati che l'aiuto che è stato attuato illegalmente non è compatibile con il mercato interno (art. 7 § 5 Reg. 659/99), e che l'im-

art. 11 § 1 (art. 20 § 2 Reg. 659/1999) e, a richiesta, ogni parte interessata può ottenerne copia (art. 20 § 3 Reg. 659/1999).

²⁴ Ogni parte interessata può ottenere copia di dell'«ingiunzione di recupero» *ex art.* 11 § 2 (art. 20 § 3 Reg. 659/1999), mentre al denunciante è inviata d'ufficio (art. 20 § 2). Il recupero viene effettuato secondo la procedura *ex art.* 14 § 2 e 3 Reg. 659/1999.

²⁵ Cfr. i considerando 12 e 13 Reg. 659/1999.

²⁶ V. *infra* § VI.

²⁷ Cfr. anche considerando 14 Reg. 659/1999. In base all'art. 15 § 2 Reg. 659/1999, «[q]ualsiasi

azione intrapresa dalla Commissione o da uno Stato membro, che agisca su richiesta della Commissione, nei confronti dell'aiuto illegale interrompe il periodo limite. Ogni interruzione fa ripartire il periodo da zero. Il periodo limite viene sospeso per il tempo in cui la decisione della Commissione è oggetto di un procedimento dinanzi alla Corte di giustizia (...).

²⁸ Anche una decisione che conclude l'indagine formale può essere revocata alle medesime condizioni richieste per la revoca delle decisioni relative agli aiuti notificati dall'art. 9 Reg. 659/1999, in quanto compatibile.

porto corrispondente non risulta già recuperato a titolo cautelare, alla «decisione negativa» si affianca la «decisione di recupero», contenente l'ordine allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure nazionali necessarie per la restituzione (retroattiva) dell'aiuto da parte del beneficiario (art. 14 § 1 Reg. 659/99). Inizialmente ritenuto dalla Corte di giustizia meramente facoltativo²⁹, l'ordine di recupero è stato tuttavia sistematicamente applicato dalla Commissione, in base al principio secondo il quale lo Stato che ha erogato un aiuto dichiarato incompatibile con il mercato interno è tenuto a chiederne la restituzione, al fine di ripristinare la situazione di fatto antecedente³⁰. La Corte di giustizia ha riconosciuto che l'obbligo di recupero presenta altresì un carattere sanzionatorio, non soltanto dell'incompatibilità dell'aiuto, ma anche dell'inadempimento da parte dello Stato membro all'obbligo di sospensione *ex art. 108 § 3 TFUE*³¹.

Il recupero deve essere effettuato «senza indugio», sulla base delle procedure previste dall'ordinamento nazionale dello Stato membro interessato, a condizione che consentano l'esecuzione effettiva e immediata della decisione della Commissione (art. 14 § 3 Reg. 659/99). Per effettuare il recupero, gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie disponibili nel proprio ordinamento nazionale per garantire l'esecuzione della decisione della Commissione, comprese le misure provvisorie e cautelari (art. 14 § 3 Reg. 659/99). Data la natura ripristinatoria del-

l'ordine di recupero, lo Stato membro è tenuto a richiedere la corresponsione di interessi compensativi, calcolati in base ad un tasso adeguato stabilito dalla Commissione stessa, a decorrere dalla data nella quale l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario, fino alla data del recupero (art. 14 § 2 Reg. 659/99)³². Anche nel caso dell'ordine di recupero, la Commissione può autorizzare lo Stato membro ad abbinare al recupero dell'aiuto la corresponsione di un aiuto di emergenza all'impresa in questione (art. 11 § 2 comma 3 Reg. 659/99).

Nell'esecuzione dell'ordine di recupero è «fatto salvo il diritto comunitario» (art. 14 § 3 Reg. 659/99): questo inciso si riferisce al caso nel quale il beneficiario dell'aiuto chiede la sospensione cautelare del provvedimento amministrativo nazionale di esecuzione dell'ingiunzione di recupero, invocando la presunta invalidità della decisione della Commissione. In tal caso, la Corte di giustizia ha stabilito che, perché tale provvedimento provvisorio possa essere concesso, occorre che il giudice nazionale manifesti gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario; provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, qualora alla Corte di giustizia non sia già stata deferita la questione della validità dell'atto contestato; ravvisi gli estremi dell'urgenza, per evitare che la parte richiedente subisca un danno grave e irreparabile; e, infine, tenga pienamente conto dell'interesse dell'Unione, eventualmente richiedendo la prestazione di sufficienti garanzie³³. È fatta salva altresì un'e-

²⁹ La legittimità del recupero degli aiuti incompatibili è stato stabilita già a partire da C. giust. UE, 12 luglio 1973, causa 70/72, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.* 1973, p. 813 ss., § 13.

³⁰ C. giust. UE, 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.* 1995, p. I-673 ss., § 26 e giurisprudenza *ivi cit.*

³¹ C. giust. UE, 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Repubblica italiana*, non ancora pubblicata, § 62.

³² Per i criteri di fissazione dei tassi d'interesse per il recupero di aiuti illegittimi, cfr. artt. 9-11 del Reg. (CE) 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del Reg. 659/1999 («Regolamento di attuazione»), in G.U.U.E., L 140, 30 aprile 2004, p. 1 ss. (succ. modif.). Cfr. anche la comunicazione della Commis-

sione sui tassi di interesse per il recupero degli aiuti di Stato e di riferimento/attualizzazione in vigore per i 27 Stati membri con decorrenza 1° dicembre 2012 (2012/C 365/03), *ibidem*, C 365, 24 novembre 2012, p. 3 ss. Gli interessi compensativi devono essere versati in restituzione anche qualora l'aiuto fosse dichiarato compatibile dalla Commissione: C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., § 69. Cfr. anche l'art. 1 § 14 della proposta della Commissione di modifica del Reg. 659/1999, cit., che inserisce un nuovo art. 27 nel Reg. 659/1999, che autorizza la Commissione stessa ad emanare disposizioni di esecuzione relative al tasso di interesse *ex art. 14 § 2 dello stesso Reg. 659/1999*.

³³ C. giust. UE, 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH et al.*, in *Racc.* 1995, p. I-3761 ss., § 35 ss.; 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89,

ventuale ordinanza della Corte di giustizia di sospensione dell'esecuzione dell'atto, ai sensi dell'art. 278 TFUE (art. 14 § 3 Reg. 659/99)³⁴.

La Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario. Escluso qualsiasi ricorso al principio di proporzionalità, che non si è ritenuto possa giustificare la rinuncia al recupero degli aiuti, e alla certezza del diritto, che non si considera possa entrare in gioco qualora gli aiuti non siano stati regolarmente notificati, potrebbe venire invocato, a tutela delle aspettative del beneficiario che ha ricevuto l'aiuto, il principio del legittimo affidamento. Tuttavia, la Corte di giustizia ha costantemente ritenuto che, salvo circostanze eccezionali, lo Stato membro interessato e il beneficiario di un aiuto possano fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto soltanto qualora sia stato concesso nel rispetto della procedura³⁵: l'assenza di notifica esclude in radice qualsiasi legittimo affidamento del beneficiario dell'aiuto. Ne consegue che, fino a quando la Commissione non abbia assunto una decisione positiva – anzi, più precisamente, fino a quando il termine per il ricorso giurisdizionale avverso tale decisione non sia scaduto, o addirittura fino a quando il giudice comunitario non si sia pronunciato in via definitiva sulla validità della decisione della Commis-

sione – il beneficiario non può invocare alcun affidamento in ordine alla legittimità dell'aiuto ricevuto³⁶. Infatti, in mancanza di una specifica norma del Trattato che lo autorizzi, uno Stato membro non può eccepire l'illegittimità di una decisione della Commissione di cui sia destinatario, nemmeno di una decisione contenente un ordine di recupero di aiuti illegali, per giustificare la mancata esecuzione di tale decisione³⁷. Soltanto l'assoluta impossibilità di recupero può essere opposta alla decisione della Commissione quale giustificazione della mancata ripetizione³⁸, e soltanto qualora lo Stato membro abbia adottato tutte le misure al fine di recuperare l'aiuto³⁹. In caso di fallimento del beneficiario, il ripristino della situazione anteriore e l'eliminazione della distorsione di concorrenza possono, in linea di principio, essere conseguiti con l'iscrizione al passivo fallimentare del credito relativo alla restituzione degli aiuti illegali⁴⁰. Inoltre, per evitare che sia vanificato l'effetto utile dell'ordine di recupero, la Commissione può dover esigere che il recupero non si limiti al beneficiario originario, ma si estenda all'impresa che continui l'attività dell'originario beneficiario, laddove il trasferimento dei mezzi di produzione permetta di constatare una continuità economica tra tali soggetti⁴¹. Sempre per un principio di effettività, la Commissione non è legittimata a richiedere il recupero di un aiuto di Stato ille-

Zuckerfabrik Suederdithmarschen et al., *ibidem*, 1991, p. I-415 ss., § 23 ss.

³⁴ Cfr. anche il considerando 13 del Reg. 659/1999.

³⁵ C. giust. UE, 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. I-135 ss., § 51 ss. V. altresì, Trib. UE, 14 maggio 2002, causa T-126/99, *Graphischer Maschinenbau GmbH c. Commissione*, *ibidem*, 2002, p. II-2427 ss., § 42 ss.

³⁶ C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-91/01, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-4355 ss., § 65 ss. V. altresì C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., § 62 ss.; C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa C-1/09, *CELF et al. c. SIDE (CELF II)*, in *Racc.* 2010, p. I-2099 ss., § 52 ss.

³⁷ Giurisprudenza costante: cfr. ad es. C. giust. UE, 1° giugno 2006, causa C-207/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.* 2006, p. I-70 ss., § 42 s.

³⁸ Cfr., ad es., C. giust. UE, 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in

Racc. 2000, p. I-4897 ss., § 39; 3 luglio 2001, causa C-378/98, *Commissione c. Belgio*, *ibidem*, 2001, p. I-5107 ss., § 30 ss.; 1° aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione c. Repubblica italiana*, *ibidem*, 2004, p. I-3353 ss., § 22 s. Per un caso controverso, cfr. la recente decisione negativa della Commissione senza ordine di recupero nel caso del regime italiano riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici (proc. SA C-26/10 - *ex nn.* 43/10, non ancora pubblicata; ma v. il comunicato stampa della Commissione IP/12/1412 del 19 dicembre 2012).

³⁹ C. giust. UE, 13 novembre 2008, causa C-214/07, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2008, p. I-8357 ss., § 44 ss.

⁴⁰ C. giust. UE, 14 aprile 2011, causa C-331/09, *Commissione c. Polonia*, in *Racc.* 2011, p. I-2933 ss., § 60 e giurisprudenza *ivi cit.*

⁴¹ Concl. Geelhoed, 12 febbraio 2005, causa C-415/03, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2005, p. I-3875 ss., § 33.

gittimo qualora essa sappia o non possa ignorare che il beneficiario non ha goduto dell'aiuto⁴².

Anche l'emanazione da parte della Commissione di un ordine di recupero, così come l'emanazione di un'ingiunzione di recupero, è assoggettata ad un «periodo limite» di dieci anni, a decorrere dal giorno in cui l'aiuto illegale viene concesso al beneficiario come aiuto individuale o come aiuto rientrante in un regime di aiuti (art. 15 § 2 Reg. 659/99)⁴³. Ogni aiuto per il quale è scaduto il periodo limite è considerato un aiuto esistente (art. 15 § 3 Reg. 659/99).

VI. LA GIURISPRUDENZA DEGGENDORF

La Corte di giustizia, nella sentenza sul caso *Deggendorf*, ha concesso alla Commissione la facoltà di sospendere discrezionalmente il versamento da parte di uno Stato membro di nuovi aiuti (ancorché ritenuti compatibili) ai beneficiari di aiuti che siano stati precedentemente dichiarati illegittimi o incompatibili, finché non abbiano restituito gli aiuti illegittimi o incompatibili ricevuti *sia individualmente, sia nel quadro di un regime di aiuti*: infatti, l'«effetto cumulato» potrebbe comportare distorsioni notevoli della concorrenza nel mercato interno⁴⁴. In applicazione di questo principio, dunque, la Commissione, in sede di valutazione positiva della compatibilità di «nuovi aiuti», richiede sistematicamente agli Stati membri di assumere l'impegno di subordinare la concessione di nuovi aiuti alla preventiva verifica che fra i potenziali beneficiari non rientrino soggetti che abbiano ricevuto aiuti che siano stati dichiarati illegittimi o incompatibili, e dei quali la Commissione ha ordinato il recupero («impegno *Deggendorf*», divenuto ormai prassi comune della amministrazioni na-

zionali). Tale principio è stato inserito espressamente nell'art. 46 della recente l. 24 dicembre 2012, n. 234⁴⁵.

PAOLA PIRODDI

Bibliografia

K. BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; F. BESTAGNO, «Art. 88», in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 465 ss.; A. BIONDI - P. EECKHOUT - J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; A. BLASI - F. MUNARI, «Art. 88», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 608 ss.; L. DANIELE - S. AMADEO - C. SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali. Controllo comunitario e prassi interne*, Milano, 2003; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, 3rd ed., London, 2012; M. ORLANDI, «La disciplina degli aiuti di Stato», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XXVI, II, 2^a ed., Torino, 2006, p. 1721 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006; A. SANTA MARIA (ed.), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn, 2007; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese. Tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 2nd ed., Oxford-Portland, 2009; P. ROSSI, «Procedura in tema di aiuti», in A. Frignani, S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in F. GALLAGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, LXIV, Padova, 2012, p. 579 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; G. STROZZI, «Gli aiuti di Stato», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 3^a ed., Torino, 2010, p. 351 ss.

Commissione et al., in *Racc.* 1997, p. I-2549 ss., spec. § 25 ss.

⁴⁵ Cfr. l'art. 46, *Divieto di concessione di aiuti di Stato a imprese beneficiarie di aiuti di Stato illegali non rimborsati*, della l. 24 dicembre 2012, n. 234, *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea* (in Gazz. Uff., n. 3 del 4 gennaio 2013), in vigore dal 19 gennaio 2013.

⁴² Trib. UE, 19 ottobre 2005, causa T-324/00, *CDA Datenträger Albrechts GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-4309 ss., § 90 ss.; Trib. UE, 19 ottobre 2005, causa T-318/00, *Freistaat Thüringen c. Commissione*, *ibidem*, 2005, p. II-4179 ss., § 321 ss.

⁴³ V. *supra*, nota 27.

⁴⁴ C. giust. UE, 15 maggio 1997, causa C-355/95 P, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD) c.*

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La procedura della Commissione relativa all'uso abusivo dell'aiuto di Stato

Sommario: I. LA DEFINIZIONE DI «AIUTI ABUSIVI». –

II. LA DENUNCIA RELATIVA ALL'ATTUAZIONE ABUSIVA DI AIUTI. LA PROPOSTA DI INTRODUZIONE DI INDAGINI PER SETTORE ECONOMICO E PER STRUMENTO DI AIUTO. – III. IL TRATTAMENTO DELLA DENUNCIA E L'ESAME PRELIMINARE. – IV. IL PROCEDIMENTO DI INDAGINE FORMALE. IL RICORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA. – V. LE DECISIONI CHE CONCLUDONO IL PROCEDIMENTO DI INDAGINE FORMALE.

I. LA DEFINIZIONE DI «AIUTI ABUSIVI»

L'art. 1, lett. g) Reg. (CE) 659/99 del Consiglio del 22 marzo 1999 («Regolamento di procedura»)¹, definisce «attuati in modo abusivo» gli aiuti che siano stati utilizzati dal beneficiario in violazione di una decisione della Commissione «di non sollevare obiezioni», adottata a conclusione dell'indagine preliminare ex art. 4 § 3 Reg. 659/99, o in violazione di una «decisione positiva» o di una «decisione condizionale», a conclusione del procedimento di indagine formale, ai sensi dell'art. 7, §§ 3 e 4 dello stesso Reg. 659/99.

II. LA DENUNCIA RELATIVA ALL'ATTUAZIONE ABUSIVA DI AIUTI. LA PROPOSTA DI INTRODUZIONE DI INDAGINI PER SETTORE ECONOMICO E PER STRUMENTO DI AIUTO

Spetta alla Commissione l'onere di provare l'attuazione abusiva da parte di uno Stato membro di un aiuto precedentemente approvato². Chiunque può informare la Commissione di ogni presunta at-

tuazione abusiva di aiuti, attraverso una denuncia del comportamento dello Stato membro interessato (art. 20 § 2 Reg. 659/99).

È evidente che il trattamento efficiente e trasparente delle denunce da parte della Commissione assume un considerevole rilievo nella procedura relativa all'utilizzazione abusiva degli aiuti. Tuttavia, la scarsa disciplina, da parte dell'attuale Regolamento di procedura, delle modalità per presentare una denuncia, lascia spazio a segnalazioni non sufficientemente circostanziate, che non consentono l'avvio immediato della procedura e prolungano eccessivamente i tempi della decisione finale. Per superare questo ostacolo, la Commissione, con il «Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato»³, predisposto allo scopo di rendere più efficienti e trasparenti le procedure di controllo degli aiuti di Stato, ha incoraggiato i denunciatori ad utilizzare sistematicamente i moduli resi disponibili sul sito *internet* della DG «Concorrenza», che consentono di trasmettere alla Commissione tutte le informazioni necessarie per il trattamento del caso⁴. L'art. 1 §§ 9 e 14 della recente proposta di modifica del Reg. 659/99⁵ avalla questa prassi, autorizzando la Commissione a definire la forma, il contenuto e le altre modalità delle denunce, così da mettere a disposizione del pubblico un formulario⁶ che contenga

¹ Reg. (CE) 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 Tr. CE, in G.U.C.E., L 83 del 27 marzo 1999, p. 1 ss. (succ. modif.).

² Trib. UE, 12 settembre 2007, causa T-68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2911 ss., § 34.

³ Comunicazione della Commissione «Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato» (in G.U.U.E., C 136 del 16 giugno 2009, p. 13 ss.), § 46. Questa comunicazione si inserisce nel piano di azione della Commissione «Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009», COM(2005)107 def., 7 giugno 2005.

⁴ Codice delle migliori pratiche, cit., § 46 s. Il formulario per la presentazione di reclami in materia di presunti aiuti illegali, originariamente pubblicato in G.U.U.E., C 116, 16 maggio 2003, p. 3 ss., è ora in http://ec.europa.eu/competition/forms/sa_complaint_it.html.

⁵ Proposta di Reg. del Consiglio che modifica il Reg. (CE) 659/1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 Tr. CE, presentata dalla Commissione il 5 dicembre 2012, COM(2012)725 def., 2012/0342 (NLE).

⁶ In un formato che la Commissione stessa avrà facoltà di definire con disposizioni di esecuzione: art. 1 § 9 della proposta della Commissione che modifica il Reg. 659/1999, cit.

tutti i campi obbligatori per trasmettere alla Commissione le informazioni necessarie per un proficuo trattamento del caso.

La Commissione raccomanda ai denunciatori di presentare anche una versione non riservata della denuncia che, contestualmente al suo ricevimento da parte della Commissione, possa essere trasmessa allo Stato membro interessato perché formuli le sue osservazioni, accelerando così l'avvio dell'indagine. Lo Stato membro, a sua volta, è invitato ad accettare, per quanto possibile, la trasmissione della denuncia in lingua originale: la Commissione fornisce una traduzione soltanto su richiesta, con l'avvertenza che può incidere sulla rapidità della procedura⁷.

Benché la Commissione possa disporre di altri canali informativi, l'avvio della procedura per l'uso abusivo dell'aiuto dipende dunque sostanzialmente dalla denuncia, in assenza della quale la principale difficoltà per la Commissione è quella di reperire le necessarie informazioni. Per sormontare le carenze dell'attuale procedura, la proposta di modifica del Reg. 659/99 introduce la facoltà della Commissione di raccogliere direttamente le informazioni disponibili, nel corso di indagini per settore economico e per strumento di aiuto utilizzato, che Commissione può effettuare qualora, da fonti pubblicamente accessibili, si evidenzino che le misure di aiuto in un particolare settore o basate su un particolare strumento di aiuto comportino restrizioni o distorsioni della concorrenza nel mercato interno di diversi Stati membri, o non siano più compatibili con il mercato interno (nuovo art. 20-*bis*). Nel corso di tali indagini, la Commissione, senza eccedere quanto consentito dal principio di proporzionalità, potrà richiedere a Stati membri, a imprese, ad associazioni di categoria o ad associazioni di imprese di fornire le informazioni necessarie per l'applicazione delle disposizioni in materia di aiuti. La Commissione potrà quindi disporre di informazioni da fonti pubblicamente accessibili, dalle quali potrà

emergere che in uno o più Stati membri esistono dubbi di compatibilità con il mercato interno relativamente ad un particolare settore o riguardo all'uso che viene fatto di un particolare strumento di aiuto. La Commissione potrà pubblicare una relazione sui risultati della sua indagine e invitare gli Stati membri e le imprese o associazioni di imprese interessate a presentare osservazioni (nuovo art. 20-*bis* della proposta di modifica del Reg. 659/99).

III. IL TRATTAMENTO DELLA DENUNCIA E L'ESAME PRELIMINARE

Attraverso il Codice delle migliori pratiche, la Commissione si è impegnata a cercare di rispondere all'autore della denuncia entro due mesi, in linea di principio, dal ricevimento della denuncia stessa⁸.

Qualora la segnalazione non appaia sufficientemente circostanziata, la Commissione informa l'autore della denuncia (e lo Stato membro interessato, al quale, come si è visto, essa è trasmessa) del fatto che non sussistono motivi sufficienti per «esprimere un parere sul caso» (art. 20 § 2 Reg. 659/99), cosicché, se egli non presenta «ulteriori osservazioni sostanziali» entro un mese⁹, la denuncia sarà considerata ritirata. Di conseguenza, se il denunciante non presenta osservazioni entro il termine stabilito, la Commissione considera ritirata d'ufficio la denuncia. Se invece il denunciante presenta osservazioni, la Commissione inizia l'esame preliminare del caso sulla base degli elementi di fatto e di diritto posti a sua disposizione.

Qualora la denuncia appaia *prima facie* attendibile, la Commissione le attribuisce un grado di priorità. La Commissione ha il diritto di assegnare discrezionalmente un diverso grado di priorità alle denunce, a seconda delle circostanze (ad esempio, in base alla portata della presunta infrazione, all'entità del beneficiario, al settore economico interessato o all'esistenza di denunce simili), cosicché, tenuto conto del suo carico di lavoro, l'esame di una misura che non costituisce

⁷ Codice delle migliori pratiche, cit., § 51.

⁸ Cfr. Codice delle migliori pratiche, cit., § 49.

⁹ Codice delle migliori pratiche, cit., § 49 e 51.

una priorità può essere rinviato. Quando risponde all'autore della denuncia considerata attendibile, la Commissione lo informa del grado di priorità assegnato alla trattazione del caso. Con la medesima comunicazione, la Commissione ricorda altresì al denunciante che può avviare un procedimento dinanzi ai giudici nazionali, i quali possono ordinare la sospensione o il recupero degli aiuti¹⁰.

Le modalità di svolgimento dell'indagine preliminare per l'uso abusivo dell'aiuto sono sostanzialmente le stesse che sono previste per l'indagine preliminare relativa agli aiuti illegali, in quanto compatibili (art. 16 Reg. 659/99)¹¹.

A conclusione dell'indagine preliminare, la Commissione può adottare, in linea di principio, qualsiasi decisione indicata dall'art. 4 §§ 2, 3 e 4 Reg. 659/99, compresa una decisione che «constata che la misura notificata non costituisce aiuto», *ex art. 4 § 2*, o una «decisione di non sollevare obiezioni», *ex art. 4 § 3*¹². Tuttavia, è probabile che, trattandosi di aiuti abusivi, si evidenzino «dubbi» di compatibilità con il mercato interno, in presenza dei quali la Commissione deve adottare la «decisione di avviare il procedimento d'indagine formale» *ex art. 4 § 4 Reg. 659/99* (art. 16 Reg. 659/99). In qualsiasi caso, la Commissione è tenuta ad inviare d'ufficio copia della decisione all'autore della denuncia (art. 20 §§ 1 e 2 Reg. 659/99) oltre che, su richiesta, a qualsiasi altra parte interessata (art. 20 § 3 Reg. 659/99).

IV. IL PROCEDIMENTO DI INDAGINE FORMALE. IL RICORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

L'art. 108 § 2 TFUE stabilisce che, qualora la Commissione, dopo aver intimato

agli interessati di presentare le loro osservazioni, dovesse constatare che un aiuto autorizzato è attuato in modo abusivo, «decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato». Per consentire agli interessati di presentare le loro osservazioni, la Commissione deve preventivamente aprire il procedimento di indagine formale (art. 4 § 4 Reg. 659/99, richiamato dall'art. 16 Reg. 659/99). Per «interessati» si intende, *ex art. 1, lett. h Reg. 659/99*, «qualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi possono essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali».

Il procedimento di indagine formale si svolge con le medesime modalità previste per il procedimento di indagine formale relativo ad aiuti illegali, in quanto compatibili (art. 11 §§ 1, 12, 13, 14 e 15 Reg. 659/99, richiamati dall'art. 16 Reg. 659/99). Una differenza di rilievo può riscontrarsi, tuttavia, in relazione ai poteri istruttori della Commissione. Infatti, l'art. 16 Reg. 659/99 richiama soltanto due delle tre tipologie di decisioni che la Commissione può prendere nella procedura relativa agli aiuti illegali, e cioè l'«ingiunzione di fornire informazioni» (art. 10 § 3 Reg. 659/99) e l'«ingiunzione di sospensione» (art. 11 § 1 Reg. 659/99)¹³. Non è richiamata invece l'«ingiunzione di recupero» a titolo cautelare e provvisorio degli aiuti, *ex art. 11 § 2 Reg. 659/99*, che resta quindi esclusivamente riservata al procedimento formale relativo agli aiuti illegali, e non è utilizzabile in quello relativo agli aiuti abusivi. Difatti, a differenza degli aiuti il-

¹⁰ Codice delle migliori pratiche, cit., § 49, *in fine*.

¹¹ «Fatto salvo l'art. 23 [sul quale v. *infra* § IV], la Commissione può, nei casi di aiuti attuati in modo abusivo, avviare il procedimento d'indagine formale di cui all'art. 4 § 4. Si applicano, per quanto compatibili, gli artt. 6, 7, 9, 10, 11 § 1, 12, 13, 14 e 15». A sua volta, l'indagine preliminare relativa agli aiuti illegali è disciplinata per rinvio alla procedura preliminare per gli aiuti notificati, con alcuni adattamenti (art. 10 § 2 Reg. 659/1999, che richiama gli artt. 2 § 2 e 5 § 1 e 2 Reg. 659/1999).

¹² Entrambe queste decisioni possono essere

revocate dalla Commissione, se basate su informazioni inesatte, indicate dallo Stato membro interessato nel corso del procedimento, che siano apparse determinanti ai fini della decisione stessa (art. 9 Reg. 659/1999, previsto in relazione alla procedura relativa agli aiuti notificati). Allo Stato membro interessato deve essere tuttavia data la possibilità di presentare osservazioni; pertanto, prima di revocare una decisione e di adottarne una nuova, la Commissione è tenuta a riaprire il procedimento di indagine formale *ex art. 4 § 4 Reg. 659/1999*.

¹³ Di tali decisioni, la Commissione è tenuta ad inviare su richiesta copia a qualsiasi parte in-

legali, gli aiuti abusivi sono pur sempre aiuti che sono stati autorizzati dalla Commissione, benché risultino attuati con modalità differenti da quelle approvate.

Nel tentativo di superare le difficoltà che attualmente la Commissione incontra nel reperire le necessarie informazioni presso gli Stati membri, la proposta di modifica del Reg. 659/1999¹⁴ introduce una nuova procedura incidentale di richiesta di informazioni da altre fonti, che consentirà alla Commissione, dopo l'avvio dell'indagine formale, di richiedere anche a soggetti diversi dallo Stato membro interessato (un'impresa o un'associazione di imprese o un altro Stato membro), con una semplice richiesta di informazioni o con decisione, tutte le informazioni necessarie per completare la valutazione della misura in esame, se le informazioni di cui dispone non sono sufficienti per giungere ad una decisione (nuovo art. 6-*bis*). La Commissione avrà anche il potere di irrogare alle imprese e associazioni di imprese ammende e penali di mora, qualora forniscano intenzionalmente o per negligenza informazioni inesatte o fuorvianti (nuovo art. 6-*ter*)¹⁵. Come si è visto, la proposta di modifica del Reg. 659/99 introduce inoltre per la Commissione la facoltà di effettuare indagini per settore economico e per strumento di aiuto utilizzato (nuovo art. 20-*bis*), e di indirizzare richieste di informazioni agli Stati membri, alle imprese o associazioni di imprese interessate, qualora da fonti pubblicamente accessibili si evidenzino dubbi di compatibilità con il mercato interno in relazione a misure di aiuto in un particolare settore o basate su un particolare strumento di aiuto.

In alternativa all'avvio del procedimento di indagine formale, allo scopo di obbligare lo Stato interessato a sopprimere o a modificare l'aiuto abusivo, la

Commissione può adire direttamente la Corte di giustizia. L'art. 108 § 2 TFUE consente infatti alla Commissione, in deroga agli artt. 258 e 259 TFUE, di proporre un ricorso per inadempimento contro lo Stato membro interessato senza necessità di esperire preventivamente la fase precontenziosa (art. 23, § 1 Reg. 659/99, richiamato dall'art. 16 dello stesso Reg.). Qualora lo Stato membro interessato non si conformi alla sentenza della Corte di giustizia, resta salva la facoltà della Commissione di adire nuovamente la Corte, dopo aver posto lo Stato in condizione di presentare osservazioni («doppia condanna», *ex art.* 260 TFUE) (art. 23 § 2 Reg. 659/99, richiamato dall'art. 16 dello stesso Reg.).

V. LE DECISIONI CHE CONCLUDONO IL PROCEDIMENTO DI INDAGINE FORMALE

In linea di principio, le decisioni che possono concludere il procedimento di indagine formale relativo all'uso abusivo dell'aiuto sono le stesse che possono concludere il procedimento d'indagine formale relativo agli aiuti illegali (art. 13 Reg. 659/99, richiamato dall'art. 16 dello stesso Reg.). Queste, a loro volta, sono le stesse che possono concludere il procedimento d'indagine formale relativo a «nuovi aiuti» (art. 7 Reg. 659/99, richiamato dall'art. 13 § 1 dello stesso Reg.). Tuttavia, trattandosi di aiuti abusivi, è difficile che la Commissione adotti una decisione «che dichiara che la misura non costituisce aiuto», *ex art.* 7 § 2 Reg. 659/99, o una «decisione positiva», che dichiara che la misura è compatibile con il mercato interno, *ex art.* 7 § 3 Reg. 659/99¹⁶. È più probabile che venga emanata una «decisione condizionale», che subordina l'approvazione dell'aiuto a condizioni che consentano di considerarlo compatibile

teressata, incluso l'autore della denuncia e il beneficiario di aiuti individuali (art. 20 § 3 Reg. 659/1999).

¹⁴ COM(2012)725 def., cit.

¹⁵ Tuttavia, i poteri conferiti alla Commissione in virtù dell'art. 6-*ter* sono soggetti a un termine di prescrizione di tre anni, a decorrere dal giorno in cui è commessa l'infrazione (art. 1 § 7 della proposta, cit., che inserisce un nuovo art. 15-*bis* nel

Reg. 659/1999). Inoltre, il potere della Commissione di procedere all'esecuzione delle decisioni adottate ai sensi dell'art. 6-*ter* si prescrive dopo cinque anni, decorrere dal giorno in cui la decisione è inoppugnabile (nuovo art. 15-*ter*, introdotto dall'art. 1 § 7 della stessa proposta, cit.).

¹⁶ A meno che lo Stato interessato non concordi con la Commissione la cessazione dell'uso abusivo dell'aiuto.

con il mercato interno e ad obblighi che consentano alla Commissione di controllare il rispetto della decisione da parte dello Stato interessato, ex art. 7 § 4 Reg. 659/99; oppure una «decisione negativa», che constati che la misura non è compatibile con il mercato interno e pertanto non può esservi data esecuzione (art. 7 § 5 Reg. 659/99).

Con la decisione che stabilisce l'incompatibilità con il mercato interno dell'aiuto abusivamente attuato, la Commissione può ordinare allo Stato membro interessato di recuperare in via definitiva l'importo riscosso dal beneficiario (art. 14 Reg. 659/99, richiamato dall'art. 16 dello stesso Reg.)¹⁷. Una copia della decisione adottata dalla Commissione è trasmessa d'ufficio a qualsiasi soggetto che abbia presentato osservazioni nel corso del procedimento di indagine formale, compreso l'autore della denuncia, e ad ogni beneficiario di aiuti individuali (art. 20 § 1 Reg. 659/99), nonché, su richiesta, a qualsiasi altra parte interessata (art. 20 § 3 Reg. 659/99).

Le decisioni che concludono il procedimento di indagine formale relativo all'uso abusivo dell'aiuto, tranne la «decisione negativa» e la decisione contenente l'ordine di recupero, se basate su informazioni inesatte, indicate dallo Stato membro interessato nel corso del procedimento, e apparse determinanti ai fini della decisione stessa, possono essere revocate dalla Commissione (art. 9 Reg. 659/99, previsto in relazione alla procedura relativa agli aiuti notificati). Allo Stato membro interessato deve essere tuttavia data la possibilità di presentare osservazioni; pertanto, prima di revocare una decisione e di adottarne una nuova, la Commissione è tenuta a riaprire il procedimento di indagine formale (art. 4 § 4

Reg. 659/99, richiamato dall'art. 9 dello stesso Reg.)¹⁸.

PAOLA PIRODDI

Bibliografia

K. BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; F. BESTAGNO, «Art. 88», in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 465 ss.; A. BIONDI - P. EECKHOUT - J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; A. BLASI - F. MUNARI, «Art. 88», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 608 ss.; L. DANIELE - S. AMADEO - C. SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali. Controllo comunitario e prassi interne*, Milano, 2003; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, 3rd ed., London, 2012; M. ORLANDI, «La disciplina degli aiuti di Stato», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XXVI, II, 2^a ed., Torino, 2006, p. 1721 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006; A. SANTA MARIA (ed.), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn, 2007; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese. Tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 2nd ed., Oxford-Portland, 2009; P. ROSSI, «Procedura in tema di aiuti», in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in F. GALLAGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, LXIV, Padova, 2012, p. 579 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; G. STROZZI, «Gli aiuti di Stato», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 3^a ed., Torino, 2010, p. 351 ss.

¹⁷ Alla decisione di recupero si applicano i tassi di interesse fissati con le modalità stabilite dagli art. 9 ss. Reg. (CE) 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 recante disposizioni di esecuzione del Reg. 659/1999 (c.d. «Regolamento di attuazione»), in G.U.U.E., L 140, 30 aprile 2004, p. 1 ss. (succ. modif.).

¹⁸ L'art. 4 § 4 Reg. 659/1999 recita: «Prima di revocare una decisione e di adottarne una nuova, la Commissione avvia il procedimento di indagine formale di cui all'art. 4 § 4. Si applicano in tal caso, con i necessari adattamenti, gli artt. 6, 7, 10, 11 § 1, e gli artt. 13, 14 e 15».

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La procedura della Commissione relativa agli aiuti esistenti e agli schemi di aiuti di Stato

Sommario: I. LA DEFINIZIONE DI «AIUTI ESISTENTI». – II. (*Segue*) L'ASSENZA DI «MODIFICHE SOSTANZIALI». – III. LE RELAZIONI ANNUALI E IL «QUADRO DI VALUTAZIONE PERMANENTE». – IV. LA PROPOSTA DI «OPPORTUNE MISURE». – V. LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLA PROPOSTA DI «OPPORTUNE MISURE» PER LO STATO MEMBRO INTERESSATO. – VI. IL PROCEDIMENTO DI INDAGINE FORMALE. L'INESISTENZA DI UN OBBLIGO DI SOSPENSIONE E DI RECUPERO RETROATTIVO DELL'AUTO ESISTENTE.

I. LA DEFINIZIONE DI «AIUTI ESISTENTI»

L'art. 108 § 1 TFUE sottopone ad una specifica procedura di controllo i «regimi di aiuti esistenti». Questa categoria è definita semplicemente come «aiuti esistenti» dall'art. 1, lett. b) Reg. (CE) 659/99 del Consiglio del 22 marzo 1999 («Regolamento di procedura»)¹, che ha codificato la prassi applicativa dell'art. 108 § 1 TFUE da parte della Commissione e della Corte di giustizia. Ai sensi dell'art. 1, lett. b) Reg. 659/99, la categoria degli «aiuti esistenti» comprende cinque tipi di aiuti di Stato: in primo luogo «i) tutte le misure di aiuto esistenti in uno Stato membro prima dell'entrata in vigore del Trattato, ossia tutti i regimi di aiuti e gli aiuti individuali ai quali è stata data esecuzione prima dell'entrata in vigore del Trattato e che sono ancora applicabili dopo tale entrata in vigore». Questa previsione intende evitare che misure nazionali, già in corso alla data nella quale il Trattato è entrato in vigore per lo Stato membro in-

teressato, diventino automaticamente «nuovi aiuti» ex art. 108, § 3 TFUE, assoggettati in quanto tali all'obbligo di notifica e all'obbligo di sospensione dell'erogazione, in attesa che la Commissione decida sulla compatibilità dell'aiuto. Si tratta evidentemente di una sottocategoria ad esaurimento: quasi del tutto cessata per gli Stati membri fondatori della Comunità economica europea e per gli Stati di più risalente adesione al Trattato CEE, conserva un rilievo attuale soltanto per gli Stati che hanno aderito all'Unione nel corso dei più recenti allargamenti. L'art. 1, lett. b) Reg. 659/99 fa salvo tuttavia l'atto di adesione dell'Austria, della Finlandia e della Svezia, poiché contiene un'autonoma disciplina delle misure di aiuto esistenti in questi Stati prima dell'entrata in vigore del Trattato². Del resto, questi Paesi, al momento dell'adesione alla Comunità europea (1° gennaio 1995), erano già contraenti dell'Accordo sullo spazio economico europeo («Accordo SEE», entrato in vigore il 1° gennaio 1994), che contiene a sua volta specifiche disposizioni sugli aiuti di Stato³. L'art. 1, lett. b) Reg. 659/99 eccettua anche l'atto di adesione della Repubblica ceca, Estonia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia⁴, nonché l'atto di adesione di Bulgaria e Romania⁵. Questi atti elencano specificamente le misure considerate «esistenti» ex

¹ Reg. (CE) 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato, in G.U.C.E., L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss. (succ. modif.).

² Cfr. gli artt. 144 e 172 dell'atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Norvegia, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'UE, 94/C241/08, in G.U.C.E., C 241, 29 agosto 1994, p. 8 ss.

³ Cfr. la Decisione del Consiglio e della Commissione 94/1/CE, CECA del 13 dicembre 1993 relativa alla conclusione dell'Accordo sullo Spazio economico europeo («Accordo SEE») tra le Comunità europee, i loro Stati membri e la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Finlandia, la Repubblica d'Islanda, il Principato del Liechten-

stein, il Regno di Norvegia, il Regno di Svezia e la Confederazione elvetica (G.U.C.E., L 1, 3 gennaio 1994, p. 1 ss.).

⁴ Cfr. l'all. IV, punto 3, e l'appendice di detto allegato, dell'atto di adesione dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca (G.U.U.E., L 236, 23 settembre 2003, p. 17 ss.).

⁵ Cfr. l'all. V, punto 2 e punto 3, lett. b), e l'appendice di detto allegato, dell'atto di adesione di Bulgaria e Romania (G.U.U.E., L 157, 21 giugno 2005, p. 203 ss.). Cfr. anche l'art. 1 Reg. 1791/2006

art. 108 § 1 TFUE nei nuovi Stati e stabiliscono una specifica procedura *ad interim* per la valutazione congiunta di una serie di altre misure da parte della Commissione e dell'autorità nazionale di controllo degli aiuti istituita da tali Stati. Specifiche disposizioni in materia di aiuti di Stato sono state previste anche dall'atto di adesione della Croazia⁶, benché la proposta della Commissione di modifica del Reg. 659/99⁷, che pure è stata emanata successivamente, non vi faccia riferimento.

La seconda tipologia di «aiuti esistenti» riguarda «*ii*) gli aiuti autorizzati, ossia i regimi di aiuti e gli aiuti individuali che sono stati autorizzati dalla Commissione o dal Consiglio» *ex* art. 108 § 3, cc. 1 e 3 TFUE. I «regimi di aiuti» sono gli atti nazionali in base ai quali, «senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese, definite nell'atto in linea generale e astratta», nonché «qualsiasi atto in base al quale l'aiuto, che non è legato a uno specifico progetto, può essere concesso a una o più imprese per un periodo di tempo indefinito e/o per un ammontare indefinito» [aiuti *ad hoc*: art. 1, lett. e) Reg. 659/99]. Gli «aiuti individuali» sono quegli aiuti «non concessi

nel quadro di un regime di aiuti» e gli aiuti «soggetti a notifica concessi nel quadro di un regime» che è già stato autorizzato dalla Commissione» [art. 1, lett. e) Reg. 659/99]. Tali aiuti costituiscono infatti una «mera misura di esecuzione del regime generale» già approvato, sempre a condizione che la misura sia erogata in conformità al programma approvato e alle condizioni poste dalla Commissione o dal Consiglio nella decisione di autorizzazione⁸. Rientrano nella categoria degli aiuti già approvati anche quelli erogati in applicazione del regolamento generale di esenzione per categoria [Reg. (CE) 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008]⁹, o di un altro regolamento di esenzione per categoria adottato dalla Commissione su autorizzazione del Reg. (CE) 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998¹⁰, nonché gli aiuti «d'importanza minore» (*de minimis*), a condizione che tutti rispettino le condizioni richieste per beneficiare dell'esenzione¹¹.

In terzo luogo, sono compresi nella categoria degli aiuti esistenti «*iii*) gli aiuti che si suppongono autorizzati a norma dell'art. 4 § 6» del Reg. 659/99, o anteriormente al regolamento, «ma secondo la procedura in esso prevista». L'art. 4 § 6 Reg. 659/99 codifica la procedura stabilita

del Consiglio del 20 novembre 2006 che adegua taluni regolamenti e decisioni (...), a motivo dell'adesione della Bulgaria e della Romania (*ibidem*, L 363 del 20 dicembre 2006, p. 1 ss.).

⁶ Cfr. l'art. 16 dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia, e l'art. 2, 3 lett. b) e 4 dell'all. IV, nonché gli all. VIII e IX in relazione alle industrie navale e siderurgica croata, tutti in vigore dal 1° luglio 2013, insieme con il Trattato relativo all'adesione della Repubblica di Croazia all'UE (G.U.U.E., L 112, 24 aprile 2012, p. 91 ss.).

⁷ Presentata dalla Commissione il 5 dicembre 2012, doc. COM(2012)725 def., 2012/0342 (NLE).

⁸ Infatti, nel caso di un programma di aiuti, la Commissione può limitarsi a esaminare le caratteristiche del programma stesso (C. giust. UE, 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-3671, § 48), né deve esaminare ogni singolo caso in cui il regime si applica (C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Grecia c. Commissione*, *ibidem*, 2004, p. I-3997, § 24). Tuttavia, «il fatto che, formalmente, la Commissione abbia ricevuto una notifica avente ad oggetto un regime di aiuti non osta assolutamente a che, accanto ad un esame generale

e astratto del suddetto regime, essa ne esamini l'applicazione in un caso specifico»: Trib. UE, 22 novembre 2001, causa T-9/98, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie GmbH c. Commissione*, *ibidem* 2001, p. II-3367, § 116.

⁹ Reg. (CE) 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato («Regolamento generale di esenzione per categoria»), in G.U.U.E., L 214, 9 agosto 2008, p. 3 ss.

¹⁰ Reg. (CE) 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998, sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali («Regolamento di autorizzazione»), in G.U.C.E., L 142, 14 maggio 1998, p. 1 ss.

¹¹ Reg. (CE) 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato agli aiuti d'importanza minore (*de minimis*), in G.U.U.E., L 379, 28 dicembre 2006, p. 5 ss.; Reg. (UE) 360/2012 della Commissione del 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE agli aiuti di importanza minore (*de minimis*), concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, in G.U.U.E., L 114, 26 aprile 2012, p. 8 ss.

dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza nel caso *Lorenz*¹². In forza della giurisprudenza della Corte, un «nuovo aiuto» deve considerarsi autorizzato qualora la Commissione non adotti entro due mesi dalla ricezione di una «notifica completa» (ex art. 4 § 5 Reg. 659/99) una decisione mediante la quale dichiararsi che la misura notificata non costituisce aiuto, oppure una decisione di autorizzazione dell'aiuto, oppure una decisione di avvio del procedimento di indagine formale (art. 4 §§ da 2 a 4 Reg. 659/99). La trasformazione di un «nuovo aiuto» notificato in aiuto esistente, non più assoggettato all'obbligo di sospensione, è tuttavia subordinata all'esistenza di due ulteriori condizioni (art. 4 § 6 Reg. 659/99). La prima è che lo Stato membro interessato notifichi alla Commissione anche il preavviso dell'esecuzione dell'aiuto in progetto, ovvero la propria intenzione di dare corso alla misura in questione, in assenza di una decisione in proposito da parte della Commissione. La seconda è che la Commissione non adotti una delle predette decisioni entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della notifica del preavviso dell'esecuzione da parte dello Stato membro interessato. In tal caso, l'inerzia della Commissione fa sì che l'aiuto notificato venga sottoposto alla procedura di controllo per gli aiuti esistenti, e possa venire contestualmente erogato ai beneficiari. Al fine di rendere certa la data a partire dalla quale l'aiuto è diventato esistente, la Commissione è tenuta alla pubblicazione di un avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 26 § 4 Reg. 659/99).

In quarto luogo, l'art. 1, lett. b) Reg. 659/99 riferisce alla categoria degli aiuti esistenti (*iv*) gli aiuti considerati aiuti esistenti ai sensi dell'art. 15 dello stesso Reg. 659/99. Questa norma ha introdotto un «periodo limite» di dieci anni, a decorrere dalla data nella quale l'aiuto è stato erogato al beneficiario, perché la Com-

missione possa effettuare il recupero, se l'aiuto è stato erogato in violazione dell'obbligo di notifica e dell'obbligo di sospensione disposto per i «nuovi aiuti» dall'art. 108 § 3 TFUE. Ogni aiuto per il quale è scaduto il periodo limite di decadenza per il recupero senza che la Commissione abbia intrapreso alcuna azione nei confronti dello Stato membro che l'ha erogato¹³ è considerato un aiuto esistente ex art. 15 § 3 Reg. 659/99.

Infine, sono considerati «esistenti» gli aiuti relativamente ai quali «può essere dimostrato che al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del mercato [interno] e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro» [art. 1, lett. b), v) Reg. 659/99]. Tuttavia, «qualora alcune misure diventino aiuti in seguito alla liberalizzazione di un'attività da parte del diritto comunitario, dette misure non sono considerate aiuti esistenti dopo la data fissata per la liberalizzazione». Tali misure, pertanto, una volta scaduto il termine fissato per il processo di liberalizzazione dello specifico settore d'attività, sono sottoposte al procedimento di controllo per gli aiuti nuovi. In base a questa disposizione, la Commissione può ritenere *a posteriori* che misure nazionali che al momento della loro attuazione non ricadevano nell'ambito di applicazione dell'art. 107 § 1 TFUE, in quanto appartenenti ad un settore non aperto alla concorrenza, giungano ad integrare, successivamente alla loro esecuzione, i requisiti sostanziali della nozione di «aiuto di Stato» previsti dall'art. 107 § 1 TFUE, principalmente in relazione al verificarsi dell'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri, e dell'effetto distorsivo della concorrenza¹⁴. La nozione di «evoluzione del mercato [interno]», sulla quale è incentrata questa definizione, è stata interpretata dalla Corte di giustizia come una «modifica del contesto

¹² C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Gebr. Lorenz GmbH c. Repubblica federale di Germania e Land Renania-Palatinato*, in *Racc.* 1973, p. 1741 ss.

¹³ Peraltro, l'equiparazione effettuata dall'art. 15 § 3 Reg. 659/1999 tra aiuti per i quali il recupero è decaduto e aiuti esistenti svolge una fun-

zione meramente procedurale: Trib. UE, 30 aprile 2002, cause riunite T-195/01 e T-207/01, *Government of Gibraltar c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2309 ss., § 130.

¹⁴ Cfr. Trib. UE, 15 giugno 2000, causa T-298/97 *et al.*, *Alzetta Mauro et al c. Commissione*, in *Racc.* p. II-2319 ss., § 143 ss.

economico e giuridico nel settore interessato dal provvedimento in questione», verificatasi successivamente all'introduzione di tale provvedimento da parte dello Stato membro interessato¹⁵. Il testo dell'art. 1, lett. b), v) Reg. 659/99 («può essere dimostrato che...») fa riferimento ad uno specifico onere della prova relativamente a tale situazione, onere della prova che dovrebbe spettare alla Commissione. Questa disposizione non è tuttavia applicabile qualora la Commissione modifichi la propria valutazione della misura in questione sulla base di una lettura più rigorosa delle norme in materia di aiuti di Stato¹⁶.

II. (Segue) L'ASSENZA DI «MODIFICHE SOSTANZIALI»

Considerato che i «nuovi aiuti» sono costituiti dai «regimi di aiuti e [dagli] aiuti individuali, che non siano aiuti esistenti, comprese le modifiche degli aiuti esistenti» [art. 1, lett. c) Reg. 659/99], è evidente che l'assenza di modifiche sostanziali costituisce un ulteriore requisito implicito perché una misura di aiuto sia sottoposta alla procedura prevista per gli aiuti esistenti. Per «modifica di un aiuto esistente» deve intendersi «qualsiasi cambiamento diverso dalle modifiche di carattere puramente formale e amministrativo che non possono alterare la valutazione della compatibilità della misura di aiuto con il mercato [interno]» [art. 4 § 1 Reg. (CE) 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004, c.d. «Regolamento di attuazione»]¹⁷. Secondo la Corte di giustizia, non si possono ricomprendere in questa nozione tutte le misure che incidano sull'attività di un beneficiario di aiuti già esistenti, sul funzionamento del mercato comune, anche solo potenzialmente, sul gioco della concorrenza o semplicemente

sull'importo effettivo, in un periodo determinato, di aiuti esistenti, che varia necessariamente a seconda del volume d'affari dell'impresa beneficiaria¹⁸. Sono viceversa considerate «modifiche di un aiuto esistente»: a) gli aumenti superiori al 20% della dotazione per un regime di aiuto autorizzato; b) la proroga, al massimo di sei anni, di un regime di aiuto esistente autorizzato, con o senza aumento della dotazione; c) l'inasprimento delle condizioni per l'applicazione di un regime di aiuto autorizzato, la riduzione dell'intensità dell'aiuto o la riduzione delle spese ammissibili (art. 4 § 2 Reg. 794/2004). Tuttavia, qualora la modifica apportata al regime di aiuti esistenti sia chiaramente separabile dal regime originario, è soltanto tale modifica che assume la qualificazione di «nuovo aiuto», senza pregiudicare l'attribuzione della qualifica di «esistente» al regime originario¹⁹.

III. LE RELAZIONI ANNUALI E IL «QUADRO DI VALUTAZIONE PERMANENTE»

In base all'art. 108 § 1 TFUE, il controllo sugli aiuti di Stato esistenti consiste in un «esame permanente», effettuato congiuntamente dalla Commissione e dagli Stati membri, volto ad ottenere «tutte le informazioni necessarie alla revisione, in collaborazione con lo Stato membro, dei regimi di aiuti esistenti» (art. 17 § 1 Reg. 659/99). Si tratta di un controllo multilaterale, che non coinvolge soltanto lo Stato interessato, ma tutti gli Stati membri, che hanno l'obbligo di collaborare con la Commissione per verificare periodicamente il quadro generale degli aiuti in corso di esecuzione, controllare la conformità delle modalità con le quali vengono attuate, stimare gli effetti che le relative misure producono sulla concor-

¹⁵ C. giust. UE, 2 dicembre 2009, causa C-89/08 P, *Commissione c. Irlanda et al.*, in *Racc.* 2009, p. I-11245 ss., § 71 s.; 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, *ibidem*, 2006, p. I-5479, § 71.

¹⁶ C. giust. UE, 2 dicembre 2009, *Commissione c. Irlanda*, cit., § 71 s.; 22 giugno 2006, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL*, cit., § 71.

¹⁷ Reg. (CE) 794/2004 della Commissione del

21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del Reg. 659/1999, in G.U.U.E., L 140, 30 aprile 2004, p. 1 ss. (succ. modif.).

¹⁸ C. giust. UE, 9 agosto 1994, causa C-44/93, *Namur - Les assurances du crédit SA c. Office national du ducroire e Stato belga*, in *Racc.* 1994, p. I-3829 ss., § 32.

¹⁹ Trib. UE, 30 aprile 2002, *Government of Gibraltar*, cit., § 109.

renza, valutarne la perdurante compatibilità con l'evoluzione del mercato interno e l'eventuale necessità di un adattamento, qualora appaiano divenuti *medio tempore* incompatibili, o qualora lo Stato interessato non rispetti le condizioni stabilite dalla Commissione al momento dell'approvazione dell'aiuto.

Le modalità di svolgimento di tale procedura multilaterale, che non sono state individuate dal Trattato, sono state definite dalla prassi amministrativa della Commissione, che è stata codificata, con alcuni aggiornamenti, dal Reg. 659/99, e successivamente modificata dal Reg. 794/2004. A norma dell'art. 21 Reg. 659/99, gli Stati membri sono obbligati a presentare alla Commissione «relazioni annuali su tutti i regimi di aiuti esistenti», fatti salvi gli obblighi specifici stabiliti dalla Commissione in una decisione condizionale, relativa ad aiuti notificati, *ex art.* 7 § 4 Reg. 659/99, e fatto salvo «il rispetto di eventuali impegni assunti dallo Stato membro nell'ambito di una decisione di autorizzazione di aiuti» notificati (art. 5 § 1 Reg. 794/2004).

In relazione agli aiuti concessi a decorrere dal 1° gennaio 2003, la procedura di invio di relazioni annuali è stata sostituita da un «esercizio annuale di aggiornamento» delle relazioni già trasmesse (art. 5 Reg. 794/2004). In conformità a questa nuova modalità, la Commissione invia agli Stati membri, entro il 1° marzo di ogni anno, una tabella in formato elettronico, redatta secondo un formulario *standard* (all. III A Reg. 794/2004)²⁰. La tabella è precompilata dalla Commissione, che inserisce le informazioni dettagliate su tutti i regimi di aiuti e gli aiuti individuali esistenti, che lo Stato membro è stato obbligato a fornire alla Commissione stessa nella precedente richiesta di autorizzazione dell'aiuto (ad esempio, settore, obiettivo principale, obiettivo secondario, categoria di strumento/i, importo, eventuale percentuale di cofinanziamen-

to, data di scadenza, regione interessata, e così via). Gli Stati membri verificano i parametri indicati nella tabella trasmessa dalla Commissione; modificano, se del caso, i campi oggetto di variazione (indicando, ad esempio, quali regimi sono giunti a conclusione, quali sono stati interrotti, quali sono cofinanziati); aggiungono l'importo della spesa annuale per l'anno civile precedente o per la parte dell'anno civile precedente al quale si applica l'aiuto; e infine, entro il 30 giugno di ogni anno, ritrasmettono alla Commissione la tabella così aggiornata²¹. Qualora lo Stato membro interessato, nonostante sia stato sollecitato, non adempia all'obbligo di trasmettere annualmente le informazioni richieste, la Commissione può procedere a norma dell'art. 18 Reg. 659/99, ad emanare una raccomandazione in cui propone «opportune misure» allo Stato membro interessato. La Commissione può inoltre richiedere agli Stati membri di fornire informazioni aggiuntive su argomenti specifici, preventivamente concordati con gli stessi Stati, anche subordinando l'approvazione dell'aiuto alla comunicazione di tali informazioni (art. 5 § 2 Reg. 794/2004). Per espressa previsione dell'art. 7 Reg. 794/2004, la trasmissione di relazioni annuali non costituisce adempimento dell'obbligo di notifica dell'aiuto *ex art.* 108 § 3 TFUE e non pregiudica l'eventuale apertura, da parte della Commissione, di un'indagine su un presunto aiuto illegittimo. In conformità all'art. 6 § 2 Reg. 794/2004, infine, la Commissione pubblica annualmente un «quadro di valutazione degli aiuti di Stato» (attualmente caricato su una piattaforma *online* permanente), che contiene una sintesi complessiva delle informazioni trasmesse dagli Stati membri in esecuzione dell'«esercizio annuale di aggiornamento» delle relazioni.

Il corretto svolgimento di questa procedura dipende, evidentemente, dalla collaborazione degli Stati membri nel for-

²⁰ Per i settori relativi alla produzione, trasformazione o commercializzazione dei prodotti agricoli e, rispettivamente, dei prodotti della pesca di cui all'all. I TFUE, sono previsti specifici formulari nell'all. III B e nell'all. III C del Reg. 794/2004.

²¹ In casi giustificati, gli Stati membri possono limitarsi a presentare una stima, a condizione che i dati reali siano trasmessi al più tardi insieme ai dati dell'anno successivo: art. 6 § 1 Reg. 794/2004.

nire regolarmente alla Commissione le necessarie informazioni, in applicazione del principio di leale cooperazione tra Stati membri e istituzioni, quale discende dall'art. 4 § 3 TUE. Tuttavia, il reperimento delle informazioni può costituire un notevole onere a carico delle amministrazioni nazionali, che non sempre dispongono con immediatezza dei dati necessari. Ritardi nella trasmissione delle informazioni determinano inoltre ritardi a catena nella valutazione della perdurante compatibilità degli aiuti, con potenziale pregiudizio per tutti gli Stati membri, specialmente alla luce degli obiettivi perseguiti dall'avviato processo di modernizzazione della procedura in materia di aiuti di Stato²². In questa prospettiva, alla Commissione dovrebbe essere consentito svolgere indagini maggiormente efficaci e dotarsi di strumenti più efficienti per ottenere tutte le informazioni necessarie direttamente dagli operatori del mercato e in tempo utile per prendere le decisioni entro tempi adeguati alle esigenze di certezza del diritto dei beneficiari degli aiuti.

La proposta di modifica del Reg. 659/99²³ affronta questa difficoltà, con l'introduzione della facoltà per la Commissione di effettuare indagini per settore economico e per strumento di aiuto utilizzato, qualora dalle informazioni pubblicamente disponibili emerga che le misure di aiuto in un particolare settore o basate su un particolare strumento di aiuto comportino restrizioni o distorsioni della concorrenza nel mercato interno di diversi Stati membri, o che non siano più compatibili con il mercato interno (nuovo art. 20-bis). Nel corso di tali indagini, la Commissione potrà richiedere agli Stati membri, alle imprese o associazioni di imprese interessate di fornire le informazioni necessarie per l'applicazione del controllo di compatibilità degli aiuti di Stato, senza eccedere quanto consentito dal principio di proporzionalità. Avviare un'indagine settoriale significherà, quindi, disporre di indicazioni da fonti pubblicamente accessibili che in diversi Stati membri esistono

dubbi di compatibilità con il mercato interno relativamente ad un particolare settore o riguardo all'uso di un particolare strumento di aiuto. La Commissione potrà poi rendere pubblici i risultati dell'indagine in particolari settori dell'economia o per particolare strumento di aiuto in diversi Stati membri, invitando gli Stati membri e le imprese o associazioni di imprese interessate a presentare le loro osservazioni in proposito.

IV. LA PROPOSTA DI «OPPORTUNE MISURE»

Se, in seguito alla valutazione delle relazioni annuali, «la Commissione ritiene che un regime di aiuti non sia, o non sia più, compatibile con il mercato [interno]», essa «informa lo Stato membro interessato della sua posizione preliminare, dandogli l'opportunità di presentare le proprie osservazioni entro il termine di un mese», termine che può essere prorogato in casi debitamente giustificati (art. 17 § 2 Reg. 659/99). Si apre così un contraddittorio informale con lo Stato membro interessato, al termine del quale, qualora le osservazioni presentate dallo Stato non convincano la Commissione della perdurante compatibilità con il mercato interno del regime di aiuti esistenti, verrà emessa una raccomandazione, nella quale la Commissione propone «opportune misure» allo Stato membro interessato, ex art. 108 § 1 TFUE. La raccomandazione (con effetti non vincolanti per lo Stato membro) può proporre, in particolare: a) modificazioni sostanziali del regime di aiuti; b) l'introduzione di obblighi procedurali; c) l'abolizione del regime di aiuti (art. 18 § 2 Reg. 659/99). Trattandosi di un controllo *a posteriori*, non sussistono termini perentori per l'emanazione della raccomandazione che conclude il procedimento. Un'informazione sintetica delle decisioni contenenti una proposta di «opportune misure» è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 26 § 1 Reg. 659/99).

²² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Re-

gioni, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, COM(2012)209 def., 8 maggio 2012.

²³ COM(2012)725 def., cit.

V. LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLA PROPOSTA DI «OPPORTUNE MISURE» PER LO STATO MEMBRO INTERESSATO

Se lo Stato membro interessato accetta la proposta di «opportune misure», deve manifestare il proprio consenso alla Commissione. La Commissione comunica a sua volta allo Stato membro di aver preso atto del suo consenso, dando vita così ad una sorta di conclusione negoziata della procedura, a seguito della quale lo Stato membro è tenuto a dare debita applicazione alle «opportune misure» che abbia così accettato.

Talvolta, tuttavia, lo Stato membro rifiuta di attuare le «opportune misure» – o, pur avendovi accondisceso, non procede ad un'effettiva esecuzione delle stesse. In questo caso, qualora la Commissione, dopo aver considerato gli argomenti avanzati dallo Stato stesso a giustificazione del suo inadempimento, continui a ritenere necessarie le «opportune misure», procede con l'adottare la decisione di avviare il procedimento d'indagine formale, *ex art.* 4 § 4 Reg. 659/99 (art. 19 § 2 Reg. 659/99).

La decisione invita inoltre lo Stato membro e tutti gli «interessati» a formulare le loro osservazioni entro un termine stabilito, di regola non superiore a un mese (art. 6 § 1 Reg. 659/99)²⁴. Per «interessati» si intende «qualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi possono essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali» [art. 1, lett. h) Reg. 659/99]. In casi particolarmente complessi, copia della decisione di avvio del procedimento di indagine formale è inviata a specifiche parti interessate – quali ad esempio le associazioni di categoria o le associazioni im-

prenditoriali – con l'invito a presentare osservazioni, su base volontaria, in relazione ad aspetti specifici del caso²⁵. Copia della decisione può essere inviata, su richiesta, a qualsiasi interessato (art. 20 § 3 Reg. 659/99).

La decisione di avviare il procedimento di indagine formale è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 26 § 2 Reg. 659/99).

VI. IL PROCEDIMENTO DI INDAGINE FORMALE. L'INESISTENZA DI UN OBBLIGO DI SOSPENSIONE E DI RECUPERO RETROATTIVO DELL'AUTO ESISTENTE

Al procedimento di indagine formale per gli aiuti esistenti si applicano, con gli opportuni adattamenti, le stesse norme che disciplinano il procedimento di indagine formale per i «nuovi aiuti», al quale si rinvia²⁶.

Occorre sottolineare, a questo proposito, che l'obbligo di sospensione, per effetto del quale «lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che [la] procedura abbia condotto ad una decisione finale» di autorizzazione (art. 108 § 3 *in fine* TFUE), non è applicabile agli aiuti esistenti²⁷, ma soltanto ai «nuovi aiuti». Di conseguenza, la Commissione non può emanare, in relazione agli aiuti esistenti, l'«ingiunzione di sospensione» in via cautelare dell'erogazione dell'aiuto, né l'«ingiunzione di recupero» provvisorio degli aiuti già erogati (art. 11 § 1 e § 2 Reg. 659/99). Lo Stato può quindi continuare ad erogare l'aiuto esistente per tutta la durata della procedura di indagine formale, fintantoché, all'esito della procedura, la Commissione non constati con decisione la sopravvenuta incompatibilità della misura con il mercato interno. In questo caso, inoltre, la Commissione non può ordinare il recu-

²⁴ Cfr. Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, in G.U.U.E., C 136, 16 giugno 2009, p. 13, § 33. Detto termine non viene di regola prorogato, se non in casi eccezionali, debitamente giustificati.

²⁵ Codice delle migliori pratiche, cit., § 34.

²⁶ Cfr. gli artt. 6, 7 e 9 Reg. 659/1999, applicabili per richiamo dell'art. 19, § 2 Reg. 659/1999. Viceversa, l'art. 108 § 3 TFUE, rinvia, per il proce-

dimento di indagine formale per i «nuovi aiuti», al § 2 dello stesso art. 108, riguardante gli aiuti esistenti: per il Trattato è dunque la procedura di controllo per gli aiuti esistenti che costituisce il riferimento per l'indagine formale dei «nuovi aiuti», per il Reg. 659/1999 è il contrario.

²⁷ Giurisprudenza costante: cfr. ad es. C. giust. UE, 9 ottobre 2001, causa C-400/99, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-7303 ss., § 48 e giurisprudenza *ivi cit.*

però degli aiuti già concessi, ma può soltanto vietarne l'erogazione, con effetto *ex nunc* (o entro un termine da essa stabilito), imponendo contestualmente allo Stato membro l'abrogazione o la modifica della misura dichiarata incompatibile.

PAOLA PIRODDI

Bibliografia

K. BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; F. BESTAGNO, «Art. 88», in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 465 ss.; A. BIONDI - P. EECKHOUT - J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; A. BLASI - F. MUNARI, «Art. 88», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 608 ss.; L. DANIELE - S. AMADEO - C. SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali. Controllo comunitario e prassi interne*, Milano, 2003; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, 3rd ed., London, 2012; M. ORLANDI, «La disciplina

degli aiuti di Stato», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XXVI, II, 2^a ed., Torino, 2006, p. 1721 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; P. PIRODDI, «Gli aiuti esistenti», in A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006, p. 95 ss.; P. PIRODDI, «Existing Aid», in A. SANTA MARIA (ed.), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 89 ss.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese. Tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 2nd ed., Oxford-Portland, 2009; P. ROSSI, «Procedura in tema di aiuti», in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, (diretto da) F. Galgano, LXIV, Padova, 2012, p. 579 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; G. STROZZI, «Gli aiuti di Stato», in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 3^a ed., Torino, 2010, p. 351 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale (Diritto UE)

Sommario: I. PRIVATE ENFORCEMENT E RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE. – II. L'EFFICACIA DIRETTA DELL'ART. 108 § 3. – III. LE CONSEGUENZE DELL'ILLEGALITÀ DELL'AUTO. – IV. IL RECUPERO DEGLI AIUTI ILLEGALI. – 1. Le circostanze eccezionali che ostano al recupero dell'aiuto dinanzi al giudice nazionale. – 2. Il recupero degli aiuti illegali ma compatibili. – 3. I poteri del giudice nazionale in assenza di una decisione di compatibilità o nelle more della sua adozione. – V. LE MISURE PROVVISORIE. – VI. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE PER IL RIMBORSO DEGLI ONERI FISCALI VERSATI IN ESECUZIONE DI AIUTI ILLEGALI. – VII. IL RISARCIMENTO DEL DANNO. RINVIO. – VIII. TUTELA DINANZI AL GIUDICE NAZIONALE E AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI.

I. PRIVATE ENFORCEMENT E RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE

La violazione, da parte dello Stato membro, del duplice obbligo – disposto dall'art. 108 § 3 TFUE – di notifica di ogni nuova misura di aiuto alla Commissione, e di sospensione dell'erogazione dell'aiuto in attesa dell'autorizzazione da parte della stessa istituzione (c.d. clausola di “*standstill*”) può essere invocata in giudizio dai soggetti privati che ne subiscono gli effetti pregiudizievoli. Con l'accezione *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE ci si riferisce infatti alla possibilità per i singoli di avvalersi dinanzi al giudice nazionale dei rimedi processuali più utili ai fini della cessazione di tale violazione, del ripristino dello *status* concorrenziale *quo ante* o della riparazione dei danni subiti. Alla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE il giudice è tenuto a porre rimedio in ragione del fatto che la prematura erogazione di un aiuto è idonea già di per sé ad alterare le condizioni concorrenziali del mercato e dunque suscettibile di ledere la posizione giuridica soggettiva del concorrente. L'intervento del giudice nazionale trova ancor di più la sua *ratio* nel fatto

che la Commissione è, in caso di mera violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, priva di analogo potere e dunque il giudice è l'unico organo in grado di intervenire prontamente per elidere gli effetti nocivi dell'erogazione dell'aiuto.

L'autonomia della sua funzione è poi principalmente testimoniata dal fatto che egli non è tenuto a sospendere il giudizio nazionale in pendenza del procedimento avviato dinanzi alla Commissione. Innanzitutto, perché il rischio di un'interferenza tra i due giudizi sarebbe minimo ed essenzialmente circoscritto ad una diversa valutazione della misura quale aiuto di Stato. E, poi, perché un eventuale differimento del suo giudizio vanificherebbe a) l'unicità del suo ruolo in quanto unico soggetto deputato a rilevare la mera illegalità dell'aiuto e a trarne le dovute conseguenze, e b) la necessità che egli adotti rapidamente dei provvedimenti.

Considerato che la Commissione non gode di poteri sanzionatori e coercitivi nei confronti degli Stati membri, l'*enforcement* da parte dei privati dell'art. 108 § 3 TFUE può rappresentare un utile strumento per indurre gli Stati ad adempiere agli obblighi del Trattato e dissuaderli dalla concessione di aiuti illegali. Dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea, l'intervento del giudice nazionale non è dunque limitato ad offrire una tutela alle parti private, a *latere* del controllo operato dalla Commissione, ma è certamente funzionale all'effettività dell'intero sistema di controllo sugli aiuti di Stato.

Il rafforzamento del ruolo del giudice nazionale, in tale contesto, è l'obiettivo della Comunicazione del 2009 relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali¹, adottata nel quadro dello State Aid Action Plan². La Comunicazione ha lo scopo di

¹ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U. n. C-85 del 9 aprile 2009, p. 1.

² *State Aid Action Plan, Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009*, Bruxelles, 7 giugno 2005, COM(2005)107 final.

informare i giudici nazionali e i terzi interessati circa i rimedi azionabili in sede nazionale (in particolare le azioni volte al recupero dell'aiuto e le azioni di risarcimento danni), a tutela delle loro posizioni giuridiche pregiudicate dalla violazione delle norme sugli aiuti di Stato, e, in particolare dell'art. 108 § 3 TFUE

II. L'EFFICACIA DIRETTA DELL'ART. 108 § 3

Il potere del giudice nazionale di offrire una tutela ai privati – in particolare i concorrenti del beneficiario – deriva dall'efficacia diretta dell'art. 108 § 3 TFUE, riconosciuta da lungo tempo dalla Corte di Giustizia³. La norma è infatti incondizionata in quanto non lascia alcun margine di discrezionalità in capo agli Stati membri e non richiede per la sua attuazione ulteriori interventi normativi o integrativi. La norma è altresì redatta in maniera sufficientemente chiara e precisa. È chiaramente desumibile, infatti, il titolare dell'obbligo (lo Stato), il titolare del diritto (il privato) e il contenuto dell'obbligo (la previa notifica alla Commissione di ogni progetto di aiuto nuovo). L'unica questione che potrebbe porsi è nel caso in cui la stessa esistenza di un aiuto di Stato sia in discussione. La norma invero limita l'obbligo di notifica alla presenza di un "aiuto" (nuovo). Ci si potrebbe dunque domandare se possa escludersi la nascita di un diritto del privato qualora la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE sia relativa ad una misura statale che al momento della sua adozione, ed in base agli orientamenti vigenti, non appaia presentare le caratteristiche di un aiuto di Stato. Tale questione potrebbe avere rilievo pratico nel caso di domanda di risarcimento dei danni rivolte dai privati nei confronti dello Stato. La giurisprudenza richiede, tra le varie condizioni, che la norma vio-

lata sia atta ad attribuire diritti ai singoli e, inoltre, che tale violazione sia grave e manifesta⁴.

La posizione della Commissione è, in ogni caso, molto chiara: lo Stato sarebbe tenuto a notificare la misura anche in caso di dubbio sulla sua configurabilità come aiuto statale. Del resto, se la Commissione, al fine di valutare la compatibilità di un aiuto con il mercato, è obbligata ad avviare la fase dell'indagine preliminare o la fase dell'indagine formale anche nei casi in cui la qualificazione della misura nazionale come aiuto statale sia dubbia⁵, il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 § 3 TUE imporrebbe allo Stato di notificare anche una misura in relazione alla quale non si sia in grado di escludere con certezza la presenza delle caratteristiche indicate nell'art. 107 § 1 TFUE. Lo Stato deve essere infatti consapevole della possibilità che ogni intervento sul mercato potrebbe, in linea teorica, falsare la concorrenza e che dunque è obbligato a domandare una preventiva autorizzazione alla Commissione.

L'art. 108 § 3 TFUE non è invece idoneo, per il suo contenuto procedurale, ad imporre direttamente in capo ai privati obblighi giuridici che possano essere fatti valere direttamente da terzi soggetti danneggiati dalla violazione dell'art. 108 § 3⁶. Conseguenze sfavorevoli per l'*accipiens* potranno discendere direttamente solo dal provvedimento interno di recupero dell'aiuto adottato per riparare all'illegittimità della misura interna di esecuzione dell'aiuto posta in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. L'imposizione di un "sacrificio" in capo al beneficiario, pur in assenza del riconoscimento di una posizione soggettiva di obbligo, si giustifica, in tal caso, con il fatto che la posizione di vantaggio da questi acquisita con l'erogazione dell'aiuto non è *meritevole di tutela* secondo il

³ C. giust. UE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.* 1965, p. 1135; 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*, in *Racc.* 1975, p. 1471; 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike*, in *Racc.* 1998, p. I-595; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, in *Racc.* 1996, p. I-3547.

⁴ C. giust. UE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich*, in *Racc.* 1993, p. I-5357; C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite

C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, in *Racc.* 1998, p. I-1029.

⁵ T. UE, 15 giugno 2005, causa T-171/02, *Sardegna c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2123; C. giust. UE, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*, in *Racc.* 1992, p. I-307.

⁶ C. giust. UE, *SFEI*, cit.

diritto dell'Unione. Essa consegue, infatti, ad una situazione di inadempimento dello Stato al precetto dell'art. 108 § 3 TFUE; la violazione di tale norma preclude la formazione di un legittimo affidamento su una situazione favorevole di diritto interno, ma contraria al diritto dell'Unione.

Le considerazioni di cui sopra, portano anche ad escludere che il terzo concorrente possa direttamente invocare la violazione dell'art. 108 § 3 nei confronti dell'*accipiens*, per ottenere la restituzione dell'aiuto. Dinanzi al giudice nazionale egli, dovrà infatti rivolgere la sua azione contro lo Stato. Sulla sola base del diritto dell'Unione europea l'impresa terza non potrà neppure rivolgersi al beneficiario per la riparazione dei danni conseguenti alla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE⁷.

III. LE CONSEGUENZE DELL'ILLEGALITÀ DELLA MISURA DI AIUTO

Secondo quanto costantemente precisato dalla Corte di giustizia – nel caso *FNCE*⁸ e successivamente nei casi *Steinike*⁹ e *SFEI*¹⁰ il giudice è tenuto a trarre tutte le conseguenze giuridiche, derivanti dalla violazione dell'obbligo di *standstill*, e dall'illegittimità delle misure nazionali di aiuto.

Salvo quanto precisato dalla Corte di giustizia dal caso *CELF*¹¹ (*infra* par. IV, 2), l'illegittimità delle misure nazionali resta ferma, ed è dunque insanabile, anche all'esito di una successiva decisione della Commissione che dichiara la misura di aiuto compatibile con il mercato interno¹². La decisione "positiva", infatti, produce effetti solo *pro futuro*¹³.

L'illegittimità della misura produce effetti *ex tunc* con conseguente obbligo per lo Stato membro di ripristinare lo *status*

quo ante. La logica conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità della misura di aiuto è, infatti, la sua soppressione mediante recupero del *quantum* erogato¹⁴.

Prima ancora, qualora l'aiuto sia in corso di esecuzione, il giudice potrà disporre la sospensione della misura di erogazione dell'aiuto. Nell'ambito dei suoi poteri, il giudice nazionale, adito da un concorrente che abbia promosso un'azione di recupero dell'aiuto, può inoltre concedere misure cautelari e ordinare al beneficiario di restituire provvisoriamente l'aiuto versandolo in un conto "congelato". Infine, il giudice potrà disporre il risarcimento dei danni subiti da un concorrente in ragione dell'illegittima erogazione di un aiuto a terzi soggetti¹⁵.

Il giudice avrebbe comunque facoltà di disporre una misura diversa dal recupero, se questa sia atta a raggiungere ugualmente (o meglio) il risultato richiesto e cioè il ripristino della situazione *ex ante*¹⁶. Questi ha infatti l'obbligo di rimediare concretamente agli effetti della situazione illegittima¹⁷. Inoltre, il recupero potrebbe, non essere l'azione più idonea a soddisfare l'interesse del concorrente, o comunque sufficiente a ripristinare lo *status quo ante*, in altre situazioni come nel caso in cui gli aiuti siano stati concessi mediante misure fiscali imposte a terzi. Non è inusuale, infatti, che soggetti terzi, diretti concorrenti o meno, possano avere interesse ad invocare in giudizio l'illegittimità di un aiuto di Stato, non per ottenere (o non solo) un ordine di recupero a carico dei beneficiari ma per conseguire, viceversa, il rimborso dell'onere fiscale corrisposto in attuazione della misura di aiuto illegale¹⁸.

Tra i rimedi che il giudice può adottare non vi è, invece, quello di estendere i benefici dell'aiuto ad una più ampia cerchia

⁷ *Ibidem*.

⁸ C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *FNCE*, in *Racc.* 1993, p. I-5505.

⁹ C. giust. UE, 22 marzo 1977, *Steinike*, cit.

¹⁰ C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

¹¹ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, in *Racc.* 2011, p. I-469.

¹² C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.

¹³ C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster*, in *Racc.* 2005, p. I-12249; 5

ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, in *Racc.* 2007, p. I-9957.

¹⁴ C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.

¹⁵ C. giust. UE, *SFEI*, cit.

¹⁶ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex* non ancora pubbl. in *Racc.*

¹⁷ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.; 18 dicembre 2008, causa 199/06, *Wienstrom*, in *Racc.* 2011, p. I-10393, punto 28.

¹⁸ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest*, in *Racc.* 2007, p. I-85.

di beneficiari¹⁹, perché ciò equivarrebbe ad alterare ancor più l'assetto concorrenziale del mercato, senza invece centrare l'obiettivo del suo intervento che è quello, appunto, di ripristinare lo *status quo ante*.

IV. IL RECUPERO DEGLI AIUTI ILLEGALI

Il recupero costituisce la logica conseguenza dell'illegalità dell'aiuto e «poiché la restituzione mira solo al ripristino della situazione precedente legittima, essa non può, in via di principio essere considerata un sanzione»²⁰. Qualora un concorrente del beneficiario invochi in giudizio la mera violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, il giudice è necessariamente indotto a compiere una serie di valutazioni preliminari, tra cui la qualifica della misura come aiuto di Stato, la sua illegalità, l'eventuale applicazione di un regolamento di esenzione. Egli dovrà inoltre identificare il/i beneficiario/i e determinare il *quantum* (comprensivo degli interessi maturati nel periodo dell'illegalità) da recuperare. Il giudice gode dunque, in teoria, di un certo margine di discrezionalità a differenza dell'ipotesi in cui la Commissione abbia già adottato una decisione su un aiuto illegale e incompatibile. In tal caso, infatti, la decisione della Commissione – e l'atto interno di esecuzione – già contengono tutti o gran parte degli elementi utili ai fini del giudizio nazionale.

Tale margine di discrezionalità è, nei fatti, tuttavia circoscritto, posto che il giudice sarebbe comunque tenuto, secondo quanto auspicato dalla Commissione nella sua Comunicazione del 2009, a raggiungere un risultato almeno analogo a quello che sarebbe conseguibile in applicazione

del Reg. 659/99 nell'ambito del *public enforcement*. Il giudice nazionale resterebbe invece libero di applicare norme nazionali anche più severe, che consentano di andare oltre a quanto richiesto dallo stesso diritto dell'Unione europea²¹.

1. *Le circostanze eccezionali che ostano al recupero dell'aiuto dinanzi al giudice nazionale.* – Il giudice nazionale è tenuto in linea di principio ad ordinare il recupero dell'aiuto salvo l'esistenza di circostanze eccezionali²². Il diritto dell'Unione europea non preclude infatti l'applicazione di norme nazionali che possano essere, a questi fini, utilmente invocate²³ dinanzi ad un giudice nazionale²⁴. La Corte non ha, tuttavia, mai precisato nel dettaglio quali siano le circostanze idonee a giustificare dinanzi al giudice nazionale il mancato recupero dell'aiuto illegale. Piuttosto si è trovata, nella prassi, a riprendere le circostanze addotte (o, al contrario, non riscontrate) dalla Commissione in applicazione dell'art. 14 Reg. 659/99 per trarne poi le conseguenze a livello di giudizio nazionale²⁵. Secondo tale norma, «la Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario». I principi generali di diritto che possono impedire di disporre il recupero dell'aiuto sono stati individuati dalla giurisprudenza nel principio di proporzionalità e nella tutela del legittimo affidamento²⁶. A tale proposito, la Comunicazione del 2009 prevede che il criterio giuridico che il giudice deve seguire «in tale contesto dovrebbe essere analogo a quello applicabile ai sensi dell'art. 14 del reg. n. 659/99» e che, pertanto «circostanze che non osterebbero a

¹⁹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit., punti 50-52.

²⁰ C. giust. UE, 11 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione (Tubemeuse)*, in *Racc.* 1992, p. II-959.

²¹ Comunicazione del 2009, cit., punto 38.

²² *Ibidem*, punto 32; C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

²³ C. giust. UE, 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 a 215/82, *Deutsche Milkontor*, in *Racc.* 1985, p. 2633, punto 33; 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 901.

²⁴ C. giust. UE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1992, p. I-3437, punto 16; 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-2289, punto 103; 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 43.

²⁵ C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-297/01, *Sicilcassa*, in *Racc.* 2005, p. I-7849, punto 41.

²⁶ C. giust. UE, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187*, in *Racc.* 2008, p. I-5479, punto 141; 17 settembre 2009, causa C-519/07, *Commissione c. KFC*, in *Racc.* 2009, p. I-8495, punto 94; 2 dicembre 2009, causa C-89/08 P, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* 2011, p. I-11245.

un ordine di recupero da parte della Commissione, non possono giustificare il fatto che un giudice nazionale si astenga dall'ordinare il recupero integrale di un aiuto ai sensi dell'art. [108 § 3 TFUE]. È bene, comunque, osservare che la Corte di Giustizia non ha mai ritenuto che il reg. 659/99 avesse natura vincolante per i giudici nazionali²⁷, né tale giurisprudenza impedirebbe (almeno in linea teorica), a questi ultimi, di individuare circostanze eccezionali diverse da quelle sino ad ora ammesse dalla stessa giurisprudenza in riferimento ai poteri della Commissione.

Il potere del giudice nazionale è tuttavia limitato dall'orientamento fortemente restrittivo dei giudici dell'Unione, tendente ad escludere di volta in volta la violazione del principio di proporzionalità o del legittimo affidamento.

Riguardo al primo, ad esempio, la Corte ha sempre sostenuto che «il recupero di un aiuto, in vista del ripristino della situazione precedente, non può, in linea di principio, essere considerato una misura sproporzionata rispetto agli obiettivi delle disposizioni del Trattato CE in materia di aiuti di Stato»²⁸ e che non integra, violazione del principio di proporzionalità neppure il fallimento dell'impresa beneficiaria dovuto alla restituzione dell'aiuto.

La Corte si è, inoltre, sempre mostrata restia a riconoscere il capo al beneficiario di un aiuto illegale un affidamento degno di tutela. È principio costante, infatti, quello secondo cui «il beneficiario di un aiuto può fare legittimo affidamento, salvo circostanze eccezionali, sulla regolarità di un aiuto solamente qualora que-

st'ultimo sia stato concesso nel rispetto dell'art. [108 TFUE]»²⁹, e che un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata³⁰. Ne deriva che, solo nel caso di aiuto regolarmente notificato, il beneficiario potrebbe vantare un affidamento meritevole di tutela qualora, ad esempio, la decisione positiva resa al termine di un'indagine preliminare sia stata poi annullata dai giudici dell'Unione, oppure revocata ai sensi dell'art. 9 Reg. 659/99. Se l'aiuto è invece illegale, affinché l'*accipiens* possa utilmente opporsi al recupero dell'aiuto, la decisione positiva resa al termine dell'indagine preliminare o dell'indagine formale deve aver acquistato efficacia definitiva³¹. Come da ultimo ribadito nel caso *CELF II*³², «fino a quando la Commissione non abbia adottato una decisione di approvazione e il termine per il ricorso avverso una tale decisione non sia scaduto, il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto, cosicché il principio di tutela del legittimo affidamento o quello della certezza del diritto non possono essere invocati».

In presenza di un aiuto illegale, e salvo che la decisione positiva non sia divenuta definitiva, solo la presenza di circostanze realmente eccezionali potrebbe dunque giustificare un legittimo affidamento dell'*accipiens*. Queste non possono essere, tuttavia, individuate nella complessità della nozione di aiuto, né nella considerazione della scarsa dimensione delle imprese beneficiarie, che non disporrebbero di strumenti conoscitivi adeguati della normativa comunitaria applicabile³³.

²⁷ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit.

²⁸ C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-298/00 P, *Italia c. Commissione*, *Racc.* 2007, p. I-4087, punto 75; 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. I-3671; G. Giust. CE, 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. I-307.

²⁹ C. giust. UE, 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-135, punto 51; 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan*, in *Racc.* 2000, p. I-1591.

³⁰ C. giust. UE, 14 gennaio 1997, *Spagna c. Commissione*, cit., punto 51; 20 marzo 1997, *Alcan*, cit.; 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito italiano*, in *Racc.* 2007, p. I-11137, punto

104; 11 dicembre 2008, *Commissione c. Freistaat Sachsen*, cit.; 22 aprile 2008, *Commissione c. Salzgitte*, in *Racc.* 2010, p. I-2767, punto 104; T. UE, 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-3207.

³¹ C. giust. UE, 14 gennaio 1997, *Spagna c. Commissione*, cit., 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.; 29 aprile 2004, causa C-91/01, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-4355.

³² C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa 1/09, *CELF II*, in *Racc.* 2012, p. I-469.

³³ T. UE, 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-607/97, T-1/98, da T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta*, in *Racc.* 2002, p. II-2319, punto 172.

Dalla giurisprudenza emerge, in particolare, che l'affidamento non può fondarsi su comportamenti dello Stato apparentemente legittimi e sulla percezione che il beneficiario abbia potuto desumere dal comportamento rassicurante delle autorità pubbliche circa la legalità dell'aiuto³⁴. In sede nazionale, pertanto, alla revoca dell'atto di concessione della misura di aiuto illegale, l'operatore non potrà opporre la tutela di un affidamento legittimo qualora questo sia espressamente riconosciuto da principi generali dell'ordinamento interno³⁵, ma non sia conforme alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza dell'Unione.

Un affidamento meritevole di tutela può, invece, eccezionalmente trarsi da un comportamento ambiguo o contraddittorio della Commissione. L'eccessiva durata del procedimento di controllo, l'inerzia o l'acquiescenza possono infatti fondare in capo al beneficiario un affidamento legittimo sulla compatibilità della misura con il mercato interno³⁶. Tuttavia, come evidenziato dalla Corte di giustizia, l'obbligo di recupero viene meno «solamente in casi eccezionali che evidenzino una *carezza manifesta* della Commissione e una *palese violazione* del proprio dovere di diligenza»³⁷.

Posto che i pochi casi in cui la Corte ha riconosciuto la formazione di un legittimo affidamento in capo ai beneficiari sono tutti riferiti a comportamenti (contraddittori o negligenti) della Commissione in fase di controllo e mai dello Stato membro, l'attuale orientamento precluderebbe del tutto al giudice nazionale di rilevare circostanze eccezionali che ostino al recupero, qualora egli sia nella specie chiamato a valutare la *mera* illegalità del-

l'aiuto. In questo caso, non vi sarebbe (ancora) alcun comportamento o alcuna decisione della Commissione a venire in rilievo. Sotto questo profilo, pertanto, l'invito rivolto al giudice di "agganciare" la valutazione delle circostanze eccezionali a quella operata (o operabile) all'interno del reg. 659/99, appare fuorviante e fortemente limitativo.

Non si potrebbe, del resto, del tutto escludere una tutela nei casi in cui è la stessa qualifica della misura come aiuto di Stato ad essere fortemente in dubbio³⁸, considerato anche che, in taluni casi, è la medesima Commissione a riconoscere la difficoltà di tale valutazione o a qualificare per la prima volta una data misura come aiuto di Stato³⁹. Come già si è evidenziato, se, da un lato, l'obbligo di notifica – il cui rispetto ad opera dello Stato è sottoposto ad un onere di vigilanza da parte del beneficiario – copre anche le ipotesi in cui la qualificazione della misura di aiuto sia dubbia, è anche vero che occorre evitare che gli Stati notificino qualunque misura, anche comprese quelle che non comportino con certezza alcuna forma di aiuto. Ne deriverebbe, qualora tale certezza si imponesse con tutta evidenza e quand'anche la misura fosse poi qualificata dalla Commissione come aiuto di Stato, che l'onere di diligenza in tal caso richiesto ai beneficiari sarebbe presumibilmente eccessivo. E sarebbe ancor meno esigibile qualora l'*accipiens* sia di modeste o modestissime proporzioni.

2. *Il recupero degli aiuti illegali ma compatibili.* – È principio consolidato quello secondo cui l'illegalità della misura di aiuto non può essere sanata da una

³⁴ C. giust. UE, 20 marzo 1997, *Alcan*, cit., punto 39; 21 luglio 2005, causa C-71/04, *Administración del Estado c. Xunta del Galicia*, in *Racc.* 2005, p. I-7419; 15 dicembre 2005, *Unicredito italiano*, cit.; 22 aprile 2008, *Commissione c. Salzgit-ter*, cit.

³⁵ C. giust. UE, 20 marzo 1997, *Alcan*, cit.

³⁶ C. giust. UE, 24 novembre 1987, causa 223/85, *RSV c. Commissione*, in *Racc.* 1989, p. 4617; 15 dicembre 2005, *Unicredito italiano*, cit.; T. UE, 9 settembre 2009, cause riunite T-227 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, *Territorio Histórico*

de Álava c. Commissione, in *Racc.* 2011, p. II-3029, punti 336 ss.

³⁷ C. giust. UE, 22 aprile 2008, *Salzgitter*, cit.

³⁸ Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs al caso *SFEI*, 14 dicembre 1995, cit.

³⁹ V. Dec. Comm. CE 2006/621/CE - *France Télécom* in *G.U.* n. L 257 p. 11, punti 263-264 nonché Decisione 2007/374/CE sulle misure adottate dallo Stato italiano per far fronte al passaggio al sistema digitale terrestre (T. UE, 15 giugno 2010, causa C-177/07, *Mediaset. Commissione*, p. II-2341, confermata da C. giust. UE, 28 luglio 2011, C-403/10 P, non ancora pubblicata)

successiva valutazione di compatibilità dello stesso da parte della Commissione. Secondo la Corte, infatti, «la decisione finale della Commissione non può avere l'effetto di sanare gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati violando il divieto sancito in tale articolo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, dell'art. [108 § 3], ultima frase, e svuoterebbe quest'ultimo della sua efficacia pratica»⁴⁰.

Ne consegue che anche un aiuto illegale, ma compatibile, deve essere in linea di principio recuperato.

La sentenza *CELF*, pur mantenendo ferma tale ricostruzione, introduce tuttavia un nuovo principio. La Corte ritiene, infatti che «anche in mancanza di circostanze eccezionali, [il diritto comunitario] non gli impone un obbligo di recupero integrale dell'aiuto illegittimo [...] e che l'obiettivo [che vengano attuati solo aiuti compatibili] non sarà stato contraddetto dal versamento prematuro dell'aiuto». [...] Infatti «il giudice nazionale è [...] tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità». Il giudice può, tuttavia, «nell'ambito del suo diritto nazionale, [...] ordinare il recupero dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo»⁴¹.

Secondo la sentenza *CELF*, il giudice ha pertanto la facoltà di disporre il recupero dell'aiuto integrale (*quantum* e interessi) oppure solo degli interessi⁴².

Del resto, il medesimo rimedio – recupero dell'aiuto – non ha lo stesso impatto nel caso di aiuti illegali ed incompatibili e nel caso di aiuti illegali ed eventualmente anche compatibili. Nel primo caso, oltre a

porre rimedio alla prematura erogazione dell'aiuto, il recupero mira piuttosto, ad elidere la dannosità in sé dell'aiuto consistente nella capacità di produrre un'alterazione significativa delle condizioni concorrenziali senza, al contempo, apportare alcun beneficio che possa essere utilmente valutato ai fini di un'esenzione *ex art.* 107 TFUE.

Nel secondo caso, invece, la restituzione tende ad eliminare lo svantaggio concorrenziale dovuto principalmente alla prematura erogazione dell'aiuto, in spreco alla procedura di controllo prevista dall'art. 108 TFUE e, ma solo eventualmente, a prevenire/rimediare ad ulteriori effetti dannosi che possano derivare anche dalla sua eventuale incompatibilità. Qualora, tuttavia, l'aiuto sia successivamente dichiarato compatibile, il danno concorrenziale potrebbe essere realmente circoscritto solo all'anticipata erogazione della misura. In linea generale, l'obbligo di corrispondere gli interessi rappresenterebbe, come indica la sentenza *CELF*, un rimedio sufficiente ad elidere lo svantaggio creatosi nel mercato.

In termini più generali, si può anche osservare come la Corte abbia sensibilmente mutato la definizione dell'obiettivo sotteso all'art. 108 § 3 TFUE. Prima della sentenza *CELF* l'obbligo della notifica mirava a salvaguardare il divieto di introduzione di aiuti *privi di autorizzazione da parte della Commissione*. Nella sentenza *CELF*, invece, la Corte precisa che la notifica ha la funzione di *evitare che siano introdotti nel mercato aiuti incompatibili*. In quest'ottica, l'aiuto illegale non è (più) "pericoloso" in sé – cioè solo in ragione della sua erogazione prematura – ma in quanto (anche) potenzialmente incompatibile. Una successiva valutazione di com-

⁴⁰ C. giust. UE, 21 novembre 1991, *FNCE*, cit.; 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit.

⁴¹ Inoltre «un provvedimento consistente unicamente in un obbligo di recupero senza interessi non sarebbe atto, in linea di principio, a rimediare agli effetti dell'illegittimità nell'ipotesi in cui lo Stato membro desse nuovamente esecuzione a detto aiuto successivamente alla decisione finale positiva della Commissione. Infatti, qualora il periodo intercorso tra il recupero e la nuova esecuzione fosse inferiore a quello intercorso tra la prima esecuzione e la decisione finale, sul benefi-

ciario dell'aiuto graverebbero, qualora fosse indotto a prendere in prestito l'importo restituito, interessi di importo meno elevato rispetto a quelli che avrebbe versato qualora, fin dall'inizio, avesse dovuto chiedere in prestito l'equivalente dell'aiuto concesso illegittimamente».

⁴² L'obbligo della restituzione degli interessi decorre dal momento in cui è stato erogato l'aiuto sino alla data in cui la decisione di compatibilità è diventata definitiva (in quanto confermata o per scadenza del termine di impugnazione (C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punti 56 ss.)

patibilità dell'aiuto, pur non avendo un'efficacia sanante dell'illegalità, avrebbe l'effetto di ridurre la potenziale maggior lesività concorrenziale al vantaggio prematuro conferito a taluni soggetti.

Il caso *CELF* non introduce un'ulteriore e speciale "circostanza eccezionale" che giustifichi il mancato recupero. Le circostanze eccezionali, quali il legittimo affidamento, non solo presuppongono che l'aiuto sia incompatibile (o quanto meno solo illegale) ma operano *in deroga all'interesse dell'Unione europea* e a tutela della posizione giuridica soggettiva dell'*accipiens* e del suo affidamento. L'esonero dall'obbligo di recupero indicato in *CELF* non è invece in alcun modo motivato da tale esigenza, ma solo da un giudizio di minor lesività della misura di aiuto una volta accertata la sua compatibilità con il mercato.

Grava tuttavia sul giudice nazionale la valutazione del rimedio più appropriato. Attraverso la misura illegale il vantaggio acquisito dall'*accipiens* potrebbe, infatti, essere duplice: *i)* il non aver versato gli interessi che egli avrebbe dovuto corrispondere se, potendolo fare, si fosse procurato analogo vantaggio sul mercato e alle condizioni di mercato; *ii)* l'accrescimento della sua posizione concorrenziale nel periodo dell'illegalità (specie nel caso in cui fosse provata la sua incapacità di potersi procurare autonomamente analogo vantaggio dalla banche)⁴³. La corresponsione degli interessi sarebbe il rimedio più appropriato nel primo caso ma non anche nel secondo. In questo caso, lo squilibrio concorrenziale potrebbe essere riparato anche attraverso la misura del risarcimento del danno, così come suggerito dalla stessa sentenza *CELF*. L'ostacolo maggiore sarebbe tuttavia la prova del nesso di causalità, e di fatto il concorrente potrebbe trovare più rapida soddisfazione nel recupero integrale dell'aiuto.

Del resto, qualora il recupero dei soli interessi non sia ritenuto adeguato, il giudice può, «nell'ambito del suo diritto nazionale, [...] inoltre ordinare il recupero

dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo»⁴⁴.

Non è tuttavia precisato se il riferimento al "diritto nazionale" sia a disposizioni interne espressamente adottate per la materia di aiuti di Stato ovvero a norme applicabili anche ad altri settori affini. La soluzione preferibile è che si tratti di norme del secondo tipo, a disciplina di istituti a carattere generale quali l'arricchimento senza giusta causa e la restituzione dell'indebitato.

Resta il fatto che non è del tutto chiaro come, da un lato, il diritto dell'Unione europea consenta al giudice di disporre comunque il recupero sulla base delle proprie (e sole) norme nazionali e, dall'altro, non ritenga tale rimedio indispensabile neppure in caso di violazione del diritto dell'Unione europea. Si consideri inoltre che tale facoltà, offerta al giudice nazionale, potrebbero introdurre delle disparità tra gli Stati membri le cui norme interne dispongano il recupero dell'aiuto, nonostante la sua compatibilità con il mercato interno – e gli Stati membri la cui disciplina interna non prevede invece tale soluzione.

3. *I poteri del giudice nazionale in assenza di una decisione di compatibilità o nelle more della sua adozione.* – Il potere del giudice nazionale di disporre il recupero integrale dell'aiuto, rimarrebbe comunque intatto sia qualora la Commissione non abbia adottato alcuna decisione sia qualora la decisione sulla compatibilità non sia divenuta definitiva⁴⁵.

Questioni particolari si pongono tuttavia, alla luce del caso *CELF*, qualora la decisione della Commissione sia stata annullata dai giudici dell'Unione e la Commissione non ne abbia ancora adottato una nuova. In particolare, il giudice nazionale non sarebbe «legittimato a sospendere il procedimento sulla questione dell'obbligo di restituire un aiuto di Stato fino a che la Commissione (...) non abbia

⁴³ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

⁴⁴ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 53.

⁴⁵ C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punto 25 e punti 37-38.

pronunciato una decisione definitiva sulla compatibilità dell'aiuto»⁴⁶.

In tal caso, infatti è come se la decisione non fosse mai stata adottata e il giudice deve tenere in considerazione solo la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. La sospensione comporterebbe il mantenimento del beneficio in capo all'*accipiens*, privando in tal modo di effetto utile lo stesso art. 108 § 3 TFUE e causando una grave violazione del principio di effettività dei procedimenti nazionali⁴⁷.

L'approccio è dunque esattamente opposto a quello adottato nella materia della concorrenza, ove, invece, la Corte di giustizia ritiene opportuno che il giudice sospenda il giudice nazionale per evitare il rischio di giungere a soluzioni in contrasto con quelle adottate dalla Commissione (art. 16 Reg. 1/2003). Nella materia degli aiuti di Stato tale rischio è invece fortemente ridotto mentre è l'urgenza di ristabilire lo *status quo ante* che "obbliga" al contrario il giudice nazionale a procedere anche in parallelo con la Commissione.

Egli sarebbe, infatti, tenuto ad adottare «le misure idonee a porre rimedio all'illegittimità dell'esecuzione degli aiuti affinché il beneficiario non conservi la libera disponibilità di questi ultimi per il tempo rimanente fino alla decisione della Commissione»⁴⁸. Oltre al recupero integrale e definitivo dell'aiuto, il giudice può – specie qualora sia pendente un procedimento dinanzi alla Commissione – adottare anche misure provvisorie, come il versamento dei fondi in un conto "blocato"⁴⁹. Per contro, «l'obbligo di "*standstill*" di cui all'art. [108 § 3 TFUE] non sarebbe rispettato, in tale fase, mediante una semplice condanna al pagamento d'interessi su somme che rimarrebbero nei conti dell'impresa».

L'obbligo di adottare tali misure sussiste sempre che, come precisa la Corte, «sia certa la qualifica di aiuto di Stato, se

l'aiuto stia per essere eseguito o sia stato versato e se non sono accertate circostanze eccezionali che rendono inopportuno un recupero»⁵⁰.

Ora, è indubbio che le difficoltà maggiori ruotano intorno alla richiesta "certezza" che il giudice nazionale deve nutrire sulla natura di aiuto di Stato della misura nazionale. Essa, innanzitutto non può essere riferita all'adozione di misure provvisorie, posto che in tal caso, ed ai fini della sussistenza del *fumus boni iuris*, è sufficiente un convincimento *prima facie* circa l'esistenza di una misura di aiuto di Stato (v. *infra* par. V).

Ma anche in riferimento all'ordine di recupero definitivo, l'acquisizione di tale certezza certamente stride con l'urgenza di provvedere a salvaguardare gli interessi dei terzi lesi da una misura illegale.

In caso di evidente dubbio, il giudice potrebbe, infatti, essere giustamente indotto a sollevare un rinvio pregiudiziale di interpretazione, il che comporterebbe la conseguenza che il giudice sarebbe innanzitutto tenuto a sospendere il giudizio in sede nazionale. Di tal guisa, il giudice potrebbe anche "approfittare" della necessità di sottoporre una questione a titolo pregiudiziale proprio al fine di sospendere il procedimento in attesa dell'adozione della decisione della Commissione, eludendo così il divieto posto nel caso *CELF II*.

V. LA CONCESSIONE DI MISURE PROVVISORIE

Nell'ambito di un'azione di recupero di un aiuto illegale, il giudice nazionale può concedere le opportune misure provvisorie al fine di evitare il prodursi o il protrarsi di conseguenze pregiudizievoli per i privati⁵¹, specie qualora si preveda che la decisione del giudice non possa giungere in tempi rapidi. Tale eventualità potrebbe essere dovuta anche ad una sospensione del procedimento in ragione di

⁴⁶ C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punto 22.

⁴⁷ *Ibidem*, punti 31-32.

⁴⁸ C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punto 30.

⁴⁹ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 37.

⁵⁰ C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit., punti 35-36.

⁵¹ C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Racc.* 1993, p. I-415; 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, in *Racc.* 1997, p. I-3761.

un rinvio pregiudiziale. La sospensione del procedimento in pendenza di un'indagine della Commissione – ipotesi prevista dalla Comunicazione del 2009 – sarebbe invece preclusa alla luce della sentenza *CELF II*⁵². Qualora l'aiuto non sia stato ancora erogato, l'intervento del giudice, a tutela delle ragioni del concorrente, ha la finalità di impedire il successivo versamento dell'aiuto sino all'adozione della decisione finale della Commissione. Ove, invece, l'aiuto sia stato già erogato illegalmente, e il giudice nazionale non possa immediatamente ordinare il recupero a titolo definitivo⁵³, il giudice potrebbe disporre il recupero provvisorio dell'aiuto mediante l'ordine di depositare il relativo ammontare e gli interessi dovuti per la durata della violazione in un conto "blocato" sino alla decisione sul merito della controversia⁵⁴ o sino all'esito della valutazione della Commissione.

In questo secondo caso, qualora la Commissione dichiari l'aiuto incompatibile, il giudice ordina che i fondi depositati, maggiorati degli interessi, siano conferiti all'autorità che ha erogato l'aiuto. Se l'aiuto è invece dichiarato compatibile, il giudice, conformemente al principio espresso nella sentenza *CELF*⁵⁵, può anche ordinare che l'importo sia rilasciato al beneficiario, imponendo tuttavia che gli interessi maturati per il periodo dell'illegalità siano conferiti all'autorità statale. A tali ipotesi dovrebbe tuttavia aggiungersene una terza: qualora, all'esito del giudizio della Commissione, la misura non costituisca neppure aiuto⁵⁶, al (supposto) beneficiario dovrà essere restituito sia l'importo nominale dell'"aiuto" che gli interessi trattenuti durante l'asserito periodo dell'illegalità.

Alla luce della sentenza *CELF*, la misura del recupero a titolo provvisorio non sarebbe necessaria in presenza di un aiuto illegale, ma già dichiarato compatibile da

una decisione della Commissione, che tuttavia non sia ancora diventata definitiva perché impugnata dinanzi al Tribunale. In tal caso, infatti, il giudice potrebbe immediatamente disporre la restituzione dei soli interessi senza essere tenuto a ordinare in via definitiva o provvisoria il recupero dell'aiuto.

Quanto ai requisiti subordinatamente ai quali il giudice può adottare le misure provvisorie, la sussistenza del *fumus boni iuris*, è soddisfatto nei casi in cui il giudice abbia «*prima facie*, la ragionevole convinzione che la misura in questione comporti un aiuto di Stato illegale»⁵⁷. Anche a tale fine (e non solo ai fini del recupero definitivo) il giudice potrebbe essere indotto a sollevare un rinvio pregiudiziale.

La Comunicazione del 2009 non fa, invece, menzione del *periculum in mora*, il quale sembrerebbe così assorbito dalla valutazione dell'anticorrenzialità dell'aiuto, di fatto già effettuata dal giudice, e dal rischio che questa perduri o si aggravi⁵⁸. In realtà, la mancanza di un espresso riferimento al *fumus boni iuris* rappresenta certamente un *vulnus* nel sistema, testimoniando un approccio decisamente a favore delle ragioni del concorrente (coincidente con l'interesse generale dell'Unione europea) piuttosto che della persona del beneficiario. Come espone la Comunicazione il giudice sarebbe, di fatto, obbligato a concedere provvedimenti provvisori ogni qual volta sia accertata una violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE.

Né la Comunicazione del 2009, né la giurisprudenza, menzionano l'ipotesi in cui possa essere il beneficiario a domandare una misura provvisoria per paralizzare la domanda di recupero dell'aiuto illegale da parte del concorrente, in assenza di una decisione della Commissione. Se è più comune che il beneficiario

⁵² C. giust. UE, 11 marzo 2010, *CELF II*, cit.

⁵³ Comunicazione del 2009, cit., punto 60.

⁵⁴ Comunicazione del 2009, cit., punto 61.

⁵⁵ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

⁵⁶ V. C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-308/01, *Gil Insurance*, in *Racc.* 2004, p. I-4777.

⁵⁷ Comunicazione del 2009, cit., punto 61.

⁵⁸ Il potere riconosciuto al giudice nazionale è

dunque molto più ampio di quello concesso alla Commissione ex art. 11 § 2, del reg. n. 659/1999 e soggetto alla condizione che *i*) in base a una pratica consolidata non sussistono dubbi circa il carattere di aiuto della misura in questione, *ii*) occorre affrontare una situazione di emergenza, *iii*) esiste un grave rischio di danno consistente e irreparabile ad un concorrente.

cerchi di ottenere la sospensione dell'atto interno emanato in esecuzione della decisione che dichiara un aiuto incompatibile, non potrebbe tuttavia escludersi il caso in cui lo Stato, a seguito di un'azione del concorrente che abbia invocato in giudizio l'illegalità della misura, abbia indirizzato al beneficiario un atto di recupero dell'aiuto. In tal caso, il *fumus boni iuris* sarebbe soddisfatto quando *prima facie* sia particolarmente dubbia la qualifica della misura come aiuto di Stato, mentre ai fini del *periculum in mora* dovrà, come sempre, essere data la prova del rischio imminente di un danno grave ed irreparabile. Tale ipotesi potrebbe, ad esempio, verificarsi qualora l'adozione di una decisione positiva da parte della Commissione sia imminente e l'aiuto sia stato concesso dallo Stato per far fronte urgentemente a situazioni particolarmente gravi o delicate. In questo caso, infatti, il recupero dell'aiuto, che dovrebbe conseguire al mero accertamento dell'illegalità, potrebbe essere considerata una misura eccessiva rispetto al rischio del fallimento dell'impresa e alla tutela del mercato.

VI. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE PER IL RIMBORSO DI TRIBUTI VERSATI PER L'ESECUZIONE DI UN AIUTO ILLEGALE

L'azione di rimborso di tributi o altri oneri fiscali versati per finanziare la concessione di aiuti illegali a terzi, sia sottoforma di sovvenzioni che di agevolazioni fiscali, è certamente un rimedio connotato da una certa eccezionalità nel panorama dei rimedi esperibili dinanzi al giudice nazionale. La legittimazione ad agire per il rimborso di oneri fiscali è, riconosciuta nei casi in cui sia provato che «il loro pagamento formi parte integrale della misura di aiuto di Stato illegale» e

cioè sia dimostrato che il gettito della tassa influenzi direttamente l'entità dell'aiuto concesso a terzi in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE⁵⁹.

Tra il prelievo fiscale e la misura di aiuto però sussistere una correlazione particolarmente stretta⁶⁰. Ciò si verifica allorquando la legislazione nazionale i) preveda espressamente ed inequivocabilmente che il prelievo a carico di taluni soggetti sia direttamente utilizzato per finanziare/agevolare il beneficiario dell'aiuto e ii) determini esattamente l'ammontare o la quota parte del prelievo da destinarsi al finanziamento o all'agevolazione del soggetto beneficiario⁶¹.

In questo caso, la misura che istituisce il tributo, e contestualmente ne dispone l'esonero per alcuni, può essere considerata come una misura *unitaria* dal punto di vista della disciplina sugli aiuti di Stato con la conseguenza che, in caso di illegalità dell'aiuto sarà illegittima, dal punto di vista dell'ordinamento interno, anche la riscossione del tributo in quanto modalità di finanziamento dell'aiuto stesso.

L'azione di rimborso, analogamente a quella di recupero, ammette tuttavia talune eccezioni derivanti dall'applicazione di principi generali, e oramai consolidati, circa le conseguenze dell'illegalità di un aiuto.

Una prima questione, evidenziata dal caso *Pearle*⁶², è se il giudice possa ordinare il rimborso di un tributo qualora tra i contribuenti figurino anche soggetti che abbiano beneficiato dell'aiuto. La risposta dovrebbe essere negativa posto che il rimborso potrebbe consentire, al beneficiario che abbia contribuito a finanziare l'aiuto di ricevere di fatto un secondo aiuto, e dunque non sarebbe uno strumento appropriato per ristabilire lo *status quo ante*.

⁵⁹ C. giust. UE, 25 giugno 1970, causa 47/69, *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1972, p. I-487; 16 dicembre 1992, causa C-17/91, *Lornoy*, in *Racc.* 1994, p. I-6523; 27 ottobre 1993, causa C-72/92, *Scharbatke*, in *Racc.* 1995, p. I-5509; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster*, in *Racc.* 2005, p. I-12249.

⁶⁰ C. giust. UE, 21 ottobre 2003, *Van Calster*, cit.; 27 novembre 2003, causa C-34/01 e C-38/01, *Enirisorse*, in *Racc.* 2005, p. I-14243; 16 dicembre 1992, *Lornoy*, cit.; 22 dicembre 2008, causa C-

333/07, *Société Régie Networks*, in *Racc.* 2010, p. I-10807.

⁶¹ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, *Streekgewest Westelijk*, cit.; 15 giugno 2006, *Air Liquide*, cit.; 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.; 27 novembre 2003, *Enirisorse*, cit.; C. giust. CE, 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoirese Boiron*, in *Racc.* 2008, p. I-7529.

⁶² C. giust. UE, 15 luglio 2004, causa C-345/02, *Pearle*, in *Racc.* 2006, p. I-7139.

Questione più complessa è quella che si pone riguardo all'azionabilità del diritto al rimborso qualora l'aiuto (illegale) sia stato poi ritenuto compatibile dalla Commissione all'esito della procedura di indagine formale. In linea con i principi applicabili in materia di recupero, la sentenza *Van Calster*⁶³, riguardante un caso di disposizione retroattiva dell'imposizione di tributi in esecuzione di un aiuto poi dichiarato compatibile, ha ribadito che una successiva valutazione di compatibilità di un aiuto non sana l'illegalità dello stesso, con la conseguenza che le tasse versate in attuazione di un aiuto illegale devono essere comunque rimborsate, pur se all'esito dell'indagine formale ritenute di fatto legittime.

La successiva sentenza *Wienstrom*⁶⁴ sembra sostanzialmente escludere un ridimensionamento di tale principio che sarebbe stato possibile attraverso l'estensione alle azioni di rimborso, in via analogica, di quanto espresso nel caso *CELF*⁶⁵, nel frattempo intervenuto. Secondo la sentenza *CELF I*, in presenza di un aiuto illegale ma dichiarato compatibile dalla Commissione, il giudice nazionale ha la facoltà di non ordinare il suo recupero, salva la corresponsione degli interessi maturati per tutto il periodo dell'illegalità. In *Wienstrom*, la Corte ha, invece, mantenuto fermo che «dal punto di vista del terzo al quale è imposto un onere finanziario prima di una decisione positiva della Commissione, «il solo modo per rimediare nei suoi confronti all'illegittimità di una messa ad esecuzione di una misura di aiuto consiste nel rimborso di detto onere». Resta tuttavia da vedere come conciliare i due principi ambedue applicabili in caso di aiuto illegale e compatibile: *i*) l'obbligo di ordinare il rimborso dei tributi illegittimamente versati, secondo il caso *Van Calster* e *Wienstrom*, e *ii*) la facoltà di non richiedere l'ammontare dell'aiuto illegale concesso al beneficiario, secondo il caso *CELF I*. Si potrebbe infatti verificare la peculiare situazione in cui, da un lato, l'aiuto illegale

(salvo gli interessi maturati) non venga recuperato e, dall'altro, gli importi riscossi per finanziare tale aiuto siano invece restituiti, per il periodo dell'illegalità. La conseguenza sarebbe un maggior esborso a carico dello Stato.

Occorre tuttavia constatare che il caso *Van Calster*, così come richiamato dalla sentenza *Wienstrom*, concerne una situazione del tutto particolare. Nella fattispecie, infatti i tributi erano stati principalmente riscossi in attuazione di una misura illegale ed incompatibile. Lo Stato belga aveva conseguentemente adottando un nuovo regime di aiuti, ritenuto compatibile, che prevedeva però la riscossione di contributi anche per il periodo precedente alla decisione positiva della Commissione. La stessa Corte, nel ribadire in *Wienstrom* quanto espresso in *Van Calster* nonostante la sentenza *CELF*, ha puntualizzato che l'obbligo di procedere al rimborso del contributo come unico modo di rimediare all'illegalità dell'aiuto, si imponeva «in circostanze quali quelle delle cause principali».

Quanto agli aspetti procedurali, la correlazione tra l'onere fiscale e l'aiuto illegale nell'ambito di un'azione di rimborso esperita dal soggetto gravato di tale onere, spetta al giudice nazionale (il quale può sempre avvalersi dell'ausilio interpretativo della Corte di giustizia) e deve effettuarsi sulla base delle pertinenti regole nazionali. Il ricorrente, sul quale normalmente incombe l'onere probatorio, dovrà a tale fine produrre tutti gli elementi utili ai fini di tale valutazione, ma le norme procedurali interne non devono tuttavia rendere eccessivamente difficile o impossibile la raccolta di tali prove e in ogni caso il giudice deve poter disporre anche d'ufficio ogni mezzo di prova⁶⁶.

Le modalità dell'azione di rimborso di tributi illegittimamente riscossi in quanti destinati a finanziare aiuti illegali devono inoltre rispettare i principi da sempre espressi dalla Corte circa la più generale azione di ripetizione dell'indebito della quale l'azione in oggetto costituisce

⁶³ C. giust. UE, 21 ottobre 2003, *Van Calster*, cit.

⁶⁴ C. giust. UE, 18 dicembre 2008, *Wienstrom*, cit.

⁶⁵ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

⁶⁶ Punto 76.

espressione particolare⁶⁷. In particolare, il ricorrente non dovrà aver traslato l'onere del tributo su altri soggetti, configurandosi in tal caso un suo ingiusto arricchimento. Si ricorda, tuttavia, che la regola secondo cui il contribuente dovrebbe produrre la prova scritta circa la mancata traslazione dell'imposta è stata considerata non in linea con lo *standard* di effettività della tutela giurisdizionale richiesto dalla Corte di giustizia.

Inoltre, i termini di prescrizione e di decadenza stabiliti a livello nazionale devono essere ragionevoli per consentire agli interessati di disporre di tempo sufficiente per presentare le proprie istanze di rimborso⁶⁸. Chiaramente incompatibile è una riduzione retroattiva della durata del termine di prescrizione e decadenza in quanto in contrasto con il principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto⁶⁹.

VII. L'AZIONE DI RISARCIMENTO DEL DANNO. RINVIO

La Corte sta recentemente ponendo una certa enfasi sull'opportunità che, a fronte della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, i soggetti che ritengono di aver subito un pregiudizio, ricorrano (anche) al rimedio risarcitorio⁷⁰. È innegabile, infatti, che i terzi concorrenti, troverebbero maggiore soddisfazione nel ricevere direttamente un ristoro finanziario delle perdite subite che non nel vedere recuperato l'aiuto da parte dello Stato. In realtà, l'a-

zione risarcitoria è ancora utilizzata raramente e prevalentemente senza esito positivo. Le ragioni vanno individuate principalmente nella difficoltà di dimostrare l'entità del danno subito e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, in parte dovuta alla severità di alcune normative nazionali.

L'azione è esperibile sulla base della mera illegalità dell'aiuto, a prescindere dal fatto che l'aiuto sia già stato (o sarà) dichiarato compatibile⁷¹. L'ipotesi principe è che tale azione sia intentata da un concorrente nei confronti dello Stato. Come noto, il principio della responsabilità dello Stato per violazione di obblighi comunitari è stato affermato nella sentenza *Franco-vich*⁷² e poi precisato nella successiva giurisprudenza⁷³. Anche altri soggetti, diversi dal concorrente ma comunque terzi rispetto al beneficiario, potrebbero promuovere un'azione di risarcimento dei danni contro lo Stato. Il riferimento è, principalmente, ai creditori di un'impresa che sia fallita a seguito del recupero dell'aiuto o, viceversa, ai creditori dell'impresa concorrente che abbia dovuto cessare la propria attività in ragione dell'indebito vantaggio concesso all'*accipiens*. La difficoltà maggiore è, tuttavia, nella dimostrazione del nesso di causalità tra la condotta statale e il pregiudizio subito⁷⁴.

Quanto ai presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità dello Stato, la sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*⁷⁵ li indica nei seguenti: *i*) la norma

⁶⁷ C. giust. UE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, cit.; 14 gennaio 1997, cause riunite da C-192/95 a C-218/95, *Comateb*, in *Racc.* 1985, p. I-165; 11 luglio 2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer*, in *Racc.* 2004, p. I-6325; 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, in *Racc.* 1977, p. 1989 e causa C-45/76, *Comet*, in *Racc.* 1979, p. 2043; 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit*, in *Racc.* 1982, p. 1205.

⁶⁸ C. giust. UE, 11 luglio 2002, *Marks & Spencer*, cit.

⁶⁹ C. giust. UE, 24 settembre 2002, causa C-255/00, *Grundig*, in *Racc.* 2004, p. I-8003.

⁷⁰ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.; 18 dicembre 2008, *Wienstrom*, cit.; 5 ottobre 2006, *Transalpine*, cit.; 20 settembre 2001, causa C-390/98, *Banks*, in *Racc.* 2003, p. I-6117; 21 luglio 2011, causa C-459/10 P, *Freistaat Sachsen c. Commissione*, non ancora pubblicata

⁷¹ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit.

⁷² C. giust. UE, 19 novembre 1991, *Franco-vich*, cit.

⁷³ *Ex multis*, C. giust. UE, 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur*, cit.; 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecommunications*, in *Racc.* 1998, p. I-1631, punto 38; 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Racc.* 1998, p. I-2553; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, e da C-108/94 a C-190/94, *Dillenkofer*, in *Racc.* 1996, p. I-4845; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, in *Racc.* 2002, p. I-5123; 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc.* 2005, p. I-10239; 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, in *Racc.* 2011, p. I-2119; 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes urbanos*, in *Racc.* 2012, p. I-635.

⁷⁴ Cfr. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Lenz, nel caso *Commissione c. Belgio* (causa 52/84, in *Racc.* 1987, p. 89).

⁷⁵ C. giust. UE, 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur*, cit.

comunitaria violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli *ii*) la violazione deve essere grave e manifesta; *iii*) deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

In linea teorica, il diritto dell'Unione europea non impedirebbe al beneficiario, tenuto a restituire l'aiuto, di promuovere un'azione di risarcimento del danno avverso lo Stato⁷⁶.

Ad ostare contro il riconoscimento di una tutela risarcitoria a favore dell'*accipiens* è, tuttavia, il fatto che su quest'ultimo, come ribadito chiaramente dalla Corte di giustizia, grava un onere di diligenza nel verificare che lo Stato abbia correttamente notificato l'aiuto e non lo abbia erogato prematuramente. Colui che, proprio in ragione della mancata diligenza, sia tenuto a restituire l'aiuto allo Stato, non potrebbe essere, per la medesima ragione, nella posizione di esperire utilmente un'azione risarcitoria contro lo Stato. Egli, in sostanza, non sarebbe in una situazione meritevole di tutela, sia dal punto di vista del diritto dell'Unione europea – il quale infatti esclude che l'*accipiens* possa invocare un legittimo affidamento sulla legalità della misura erogata – sia, presumibilmente, dal punto di vista dell'ordinamento interno, poiché egli risulterebbe nella posizione di colui che si sia indebitamente arricchito. Quand'anche si potesse ammettere tale forma di tutela, il danno risarcibile non potrebbe in ogni caso essere equiparabile all'importo delle somme restituite, in quanto ciò presupporrebbe, *de facto* una concessione indiretta di aiuti illegali (ed eventualmente incompatibili)⁷⁷, ma dovrebbe corrispondere ad un danno diverso ed ulteriore quale ad esempio la perdita di *chances* per non aver accettato un contratto o partecipato a gare o aver rinunciato ad altre agevolazioni fiscali, invece lecite.

La Corte, nella sentenza *SFEI*, ha, invece, espressamente escluso che il benefi-

ciario di un aiuto di Stato illegale possa, *sulla sola base del diritto dell'Unione europea*, essere ritenuto civilmente responsabile del pregiudizio subito da un proprio concorrente⁷⁸ a causa della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. Ciò non esclude, tuttavia, che il beneficiario possa rispondere nei confronti del concorrente in applicazione di norme diverse dall'art. 108 § 3 TFUE come nel caso in cui l'aiuto illegale sia servito per porre in essere una serie di comportamenti anticoncorrenziali vietati dagli artt. 101 e 102 TFUE o rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 106 in combinato disposto con l'art. 102 TFUE, o ancora nell'ipotesi di aiuto attuato in modo abusivo da parte dell'impresa beneficiaria (art. 16 del reg. 659/99).

Il concorrente rimarrebbe comunque libero di intentare un'azione di risarcimento nei confronti dell'*accipiens* qualora ciò sia consentito dalle norme del proprio ordinamento interno. In applicazione del principio di non discriminazione (principio dell'equivalenza), un'azione di questo tipo dovrebbe essere consentita qualora sia prevista, a livello interno, in casi analoghi di interventi a favore dell'impresa. In linea generale, le poche azioni intentate dal concorrente nei confronti del beneficiario si sono fondate sulle norme sulla responsabilità extra-contrattuale dell'impresa e/o sulla concorrenza sleale.

VIII. TUTELA DINANZI AL GIUDICE NAZIONALE E AUTONOMIA PROCEDURALE

Anche nella materia degli aiuti di Stato si applica, in linea generale, il principio consolidato secondo cui, in assenza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento interno indicare i giudici competenti e fissare e fissare le procedure giurisdizionali destinate a garantire la tutela dei diritti che derivano ai singoli dal diritto comunitario⁷⁹. Tali modalità non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle relative a diritti fondati sull'ordina-

⁷⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. Tesauro al caso *Tubemeuse* (19 settembre 1998, cit.).

⁷⁷ Conclusioni dell'Avv. Gen. Colomer (28 aprile 2005, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Azzeni*, in *Racc.* 2007, p. I-1875).

⁷⁸ C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit.

⁷⁹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, cit.

mento nazionale (principio di equivalenza) e, dall'altra, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività).

Poiché l'art. 14 Reg. n. 659/99 impone che il recupero dell'aiuto (illegale ed incompatibile) avvenga senza indugio, le norme processuali interne non devono impedire l'esecuzione immediata ed effettiva delle decisioni di recupero. Ne consegue che, qualora una norma procedurale (o processuale in senso stretto) non consenta il recupero effettivo e rapido dell'aiuto, il giudice nazionale sarà tenuto a disapplicarla⁸⁰. È il caso, ad esempio, di norme processuali che prevedono la sospensione automatica dei titoli di riscossione qualora questi vengano impugnati dal soggetto debitore⁸¹, o di norme che stabiliscano un termine di decadenza o di prescrizione della domanda di recupero da parte dell'amministrazione nazionale⁸², sino ad arrivare all'eccezionale disapplicazione della norma interna che stabilisce l'autorità di cosa giudicata della sentenza del giudice nazionale, qualora essa sia resa in spregio ad una decisione della Commissione (divenuta definitiva)

che dichiarò un aiuto illegale ed incompatibile⁸³.

CRISTINA SCHEPISI

Bibliografia

S. AMADEO, «Aiuti di Stato alle imprese e competenze del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.3 Trattato CE», in *Studium Iuris*, 1998, p. 354; B. BRANDTNER - T. BERNAGER - C. LESSENICH, «Private State Aid Enforcement», in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 2010, p. 23; B. CHEINEL - A. GIRAUD, «New Paradigm for Recovery of Unlawful Aid in the EU - National Judges and the 'Exception of Compatibility'», in *World Competition*, 2008, p. 557; M. HONORÉ - N.E. JENSEN, «Damages in State Aid Cases», in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 2011, p. 265; P. NEMITZ (ed.), *The effective application of State Aid Procedures*, Kluwer Law International, 2007; C. NORDBERG, «Judicial Remedies of private parties under State aid Procedures», in *Legal Issues of Economic Integration*, 1997, p. 56; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; ID., *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e I recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; M.L. STRUYS - H. ABBOTT, «The role of national Courts in State Aid Litigation», in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 172; C. VAJDA - P. STUART, «Effects of the standstill Obligation in National Courts. – all said after CELF? An English Perspective?», in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 2010, p. 629.

⁸⁰ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione c. Francia (Scott)*, in *Racc.* 2009, p. I-10071. Comunicazione del 2009, cit., punto 64.

⁸¹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Commissione c. Francia (Scott)*, cit.; C. giust. UE, 6 ottobre 2011,

causa C-302/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata; 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia* non ancora pubblicata in *Racc.*

⁸² Corte giust, 20 marzo 1997, *Alcan*, cit.

⁸³ C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* 2009, p. I-6199.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Gli aiuti di Stato in materia fiscale e le conseguenze della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (Diritto UE)

Sommario: I. LE MISURE FISCALI QUALIFICABILI COME AIUTO DI STATO. – 1. La nozione di vantaggio economico degli aiuti fiscali. – 2. La concessione dei benefici fiscali mediante risorse statali. – 3. Selettività della misura. – a) Selettività materiale. – b) Selettività geografica. – 4. Alterazione della concorrenza. – II. LE DEROGHE AL DIVIETO DEGLI AIUTI DI STATO FISCALI. – III. CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE. – 1. Esenzioni da tasse generali. – 2. Tasse parafiscali. – 3. Tasse asimmetriche. – IV. RECUPERO DELL'AUTO E PRINCIPIO DI NON RETROATTIVITÀ DELL'IMPOSIZIONE FISCALE.

I. LE MISURE FISCALI QUALIFICABILI COME AIUTO DI STATO

Il principio generale contenuto nell'art. 107 del TFUE con il quale è sancita l'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno assume una particolare rilevanza se si considera la sua applicazione nell'ambito delle misure agevolative di carattere fiscale. La potestà dei singoli Stati membri dell'Unione Europea di prevedere nel proprio ordinamento giuridico norme tributarie che introducono benefici a favore di determinati soggetti giuridici e di esercitare il potere impositivo trova un limite nell'applicazione dell'art. 107 TFUE. La tutela degli interessi comunitari alla libera concorrenza e alla libera circolazione di persone e capitali finisce per incidere anche sull'esercizio della potestà tributaria che, sebbene rimanga nella sfera di competenza propria degli Stati, deve tener conto dei vincoli imposti dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato. La nozione di aiuto di Stato, anche nel caso delle misure fiscali, si basa sulla corrispondenza di una determinata misura ai criteri oggettivi stabiliti nell'art. 107 TFUE. Uno strumento utile a definire meglio la

nozione di aiuto di Stato fiscale è la Comunicazione sull'applicazione delle norme relative alle misure di tassazione diretta delle imprese¹, con la quale la Commissione europea ha fornito una serie di principi volti a chiarire e a rafforzare l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato nell'ambito dell'imposizione diretta. Non esiste, infatti, una specifica definizione di aiuto di Stato fiscale, ma solo la possibilità che le misure fiscali ricadano nell'ambito di applicazione dell'art. 107 TFUE. Secondo i principi sanciti nella predetta comunicazione della Commissione, si configura come aiuto di Stato quella misura fiscale che conferisce ai beneficiari un «vantaggio che alleggerisca gli oneri normalmente gravanti sul loro bilancio»².

1. *La nozione di vantaggio economico degli aiuti fiscali.* – Il vantaggio economico può risultare da una riduzione dell'onere fiscale a carico dell'impresa e può essere rappresentata da:

- una riduzione della base imponibile (deduzione derogatoria, ammortamento straordinario o accelerato, iscrizione di riserve in bilancio);
- una riduzione totale o parziale dell'ammontare dell'imposta (esenzione, credito d'imposta);
- un differimento, oppure un annullamento, o anche una rinegoziazione eccezionale del debito fiscale.

La Commissione europea ha ravvisato la presenza di aiuti fiscali in diverse misure che prevedevano l'esclusione dalla base imponibile di alcuni costi che l'impresa normalmente sostiene, quali i costi per il personale, i costi sostenuti per il trasporto di merci, le spese finanziarie o per la promozione delle vendite³. In altri casi

¹ Comunicazione 98/C 384/03 del 10 dicembre 1998, in G.U.C.E. C-384.

² Comunicazione 98/C 384/03 del 10 dicembre 1998, in G.U.C.E. C-384, § B, punti 9 e segg.; Cfr. C. giust. UE, 23 febbraio 1961, 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità CECA*, in *Racc.* 1963, 1961, p. 3; C. giust. UE, 15

dicembre 2005, causa C-66/02, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-10901, punti 77-82.

³ Cfr.: *Centri di coordinamento belgi* - Decisione 17 febbraio 2003, in G.U.C.E. L 282 del 30 ottobre 2003; *Centri di controllo e di coordinamento di società estere in Germania* - Decisione 5 settembre 2002, G.U.C.E. L 177 del 1 luglio 2003;

il vantaggio si è concretizzato nell'esenzione parziale o totale dal pagamento di una imposta a favore di determinati soggetti giuridici oppure nel rinvio del pagamento del tributo o ancora nella concessione di una esenzione totale dall'imposta sui redditi prodotti all'estero in deroga al sistema fiscale normalmente applicato del credito di imposta per compensare le imposte pagate in un altro stato ed evitare così la doppia imposizione⁴.

Nei casi esaminati, la Commissione ha constatato la presenza di aiuti fiscali ogniquale volta l'applicazione di una misura derogatoria rispetto al sistema fiscale vigente nel singolo Stato membro abbia comportato, per l'impresa beneficiaria, un carico fiscale inferiore rispetto a quello che sarebbe stato applicando la normale regola tributaria⁵.

2. *La concessione dei benefici fiscali mediante risorse statali.* - Secondo una giurisprudenza costante, il concetto di aiuto di Stato è più ampio di quello di sovvenzione, dal momento che esso comprende non soltanto prestazioni positive, ma anche «interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti»⁶. Ne

consegue che il carattere fiscale di una misura adottata da uno stato membro, ancorché non implichi un trasferimento di risorse statali, non osta a che le si attribuisca la qualifica di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE, qualora ne sussistano tutti gli elementi costitutivi⁷.

La riduzione del carico fiscale a favore di un soggetto titolare di reddito di impresa significa, per lo Stato che concede le agevolazioni, rinunciare alle entrate tributarie corrispondenti alla stessa riduzione. Il mancato gettito fiscale è equivalente al requisito previsto dall'art. 107 TFUE che definisce generalmente un aiuto di Stato la concessione di benefici mediante risorse statali.

Il sostegno statale può essere fornito, in Italia, sia mediante disposizioni fiscali di natura legislativa, regolamentare o amministrativa che attraverso pratiche dell'amministrazione fiscale⁸. Tale principio va inteso in senso ampio e comprende tutte quelle misure adottate da autorità pubbliche, siano esse statali, regionali, provinciali, o anche da enti, organismi controllati dai pubblici poteri⁹.

Ai fini della valutazione dell'esistenza di un aiuto di Stato fiscale, l'impiego delle risorse statali viene esaminato dalla Commissione in relazione ai vantaggi concessi ai beneficiari e non in riferimento agli effetti economici che può produrre sul bi-

Società finanziarie lussemburghesi - Decisione 16 ottobre 2002 in G.U.C.E. L 170 del 9 luglio 2003.

⁴ Cfr. C. giust. UE, 15 dicembre 2005, causa C-66/02, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2007, 2005, p. I-10901; Dec. Comm., 17 febbraio 2003, in G.U.C.E. L282, 30 ottobre 2003.

⁵ Un esempio concreto di tale fattispecie di aiuti è costituito dalla disposizione contenuta nella legge 27 dicembre 2006, n. 298, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, con la quale il legislatore italiano ha previsto la possibilità di fruire di un credito di imposta per le imprese che realizzavano progetti d'investimento nelle regioni assistite dell'Italia ammesse alla deroga dell'articolo 87, § 3, lettera a), del trattato CE (ossia Calabria, Campania, Puglia, Sicilia, Basilicata) e in alcune regioni assistite in base alla deroga ex articolo 87, § 3, lettera c), del trattato CE (ossia Sardegna, Abruzzo e Molise) conformemente alla Carta italiana degli aiuti a finalità regionale 2007-2013.

Tale misura, notificata alla Commissione Europea secondo l'iter procedurale previsto dal Regolamento di procedura n. 794/2004, è stata esa-

minata alla luce dell'articolo 87, § 3, lettere a) e c), del trattato CE (ora 107 TFUE) e, in particolare, in base agli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013. La Commissione Europea ha verificato la rispondenza della norma a tutti i requisiti previsti dalla normativa comunitaria in materia ed ha emesso la Decisione C(2008)380 del 25 gennaio 2008 con la quale ha dichiarato la sua compatibilità con la disciplina relativa agli aiuti di Stato.

⁶ C. giust. UE, 8 novembre 2001, C-143/99, *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, in *Racc.* 2001, p. I-8365, punto 38.

⁷ C. giust. UE, 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco de Crédito Industrial SA, divenuto Banco Exterior de España SA v. Ayuntamiento de Valencia*, in *Racc.* 1994, p. I-902, punto 14.

⁸ Comunicazione 98/C 384/03 del 10 dicembre 98, pubblicata nella G.U.C.E. C-384, § B, punti 9 e ss.

⁹ Cfr. C. giust. UE, 7 maggio 1998, Cause riunite C-52/97, C-53/97 e C-54/97, *Poste Italiane*, in *Racc.* 2000, 1998, p. I-2629.

lancio dello Stato che li concede. Il fatto che un'agevolazione fiscale possa essere concessa, per esempio, per consentire lo sviluppo di una determinata area geografica, attirare investimenti da Paesi esteri o perseguire un fine sociale¹⁰ non esclude che la Commissione ravvisi la presenza di un aiuto di Stato¹¹.

Rilevanza del criterio dell'investitore privato. – Una giurisprudenza recente della Corte di giustizia ha altresì stabilito che la natura fiscale della misura adottata da parte di uno Stato membro non esclude che, in talune circostanze, l'intervento pubblico debba essere analizzato alla luce del criterio dell'investitore privato in una economia di mercato. In particolare, tale criterio deve essere impiegato qualora emerga che lo Stato membro interessato abbia concesso un beneficio, malgrado l'impiego di mezzi attinenti ai poteri pubblici, nella sua qualità di azionista di un'impresa ad esso appartenente¹². Occorre dunque stabilire, a prescindere dalla forma impiegata, se lo Stato membro abbia agito in qualità di azionista, nel qual caso si deve ricorrere al criterio dell'investitore privato, o se abbia invece agito nell'esercizio di un potere pubblico, nel qual caso si deve escludere l'applicazione del criterio dell'investitore privato¹³.

3. Selettività della misura. – In presenza di misure di natura fiscale è possibile accertare l'esistenza stessa di un vantaggio solo in riferimento a un livello di tassazione definito "normale"¹⁴. Il contesto di

riferimento è costituito dalla «tassazione normalmente applicabile alle imprese che si trovino, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal regime controverso, in una situazione fattuale e giuridica analoga a quella delle imprese beneficiarie di tale regime»¹⁵. Una volta individuato il contesto di riferimento, una misura statale è da considerarsi come selettiva se si discosta da tale contesto. Un vantaggio che, invece, risulti da una misura generale applicabile indistintamente a tutti gli operatori economici non costituisce aiuto di Stato.

a) Selettività materiale. – Si ha selettività materiale in presenza di misure applicabili a determinati settori economici o a determinate forme d'impresa¹⁶: «La qualificazione di una misura fiscale nazionale come "selettiva" presuppone, in un primo momento, l'identificazione e il previo esame del regime tributario comune o "normale" applicabile nello Stato membro interessato»¹⁷. Successivamente, si deve valutare e accertare, a fronte di tale regime tributario ordinario o "normale", l'eventuale selettività del vantaggio concesso dalla misura fiscale considerata dimostrando che quest'ultima deroga a tale regime ordinario, in quanto introduce differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito dal sistema tributario di tale Stato membro, in una situazione fattuale e giuridica analoga»¹⁸. Tuttavia, una pressione fiscale differente che risulti dall'applicazione di un regime fiscale "generale" non è di per sé sufficiente a dimostrare la se-

¹⁰ Cfr. C. giust. UE, 2 luglio 1974, causa 173/73, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1975, 1974, 709.

¹¹ Il fine della misura può però incidere sulla valutazione di compatibilità o meno dell'aiuto concesso.

¹² C. giust. UE, 5 giugno 2012, C-124/10 P, *Commissione c. EDF*, non ancora pubblicata, punto 92.

¹³ C. giust. UE, 10 luglio 1986, 234/84, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.* 1986, p. 2263, punto 14.

¹⁴ C. giust. UE, 6 settembre 2006, C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.* 2008, 2006, p. I-7115, punto 56.

¹⁵ C. giust. UE, 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, in *Racc.* 2003, p. I-8365, punto 41.

¹⁶ C. giust. UE, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, *Racc.* 2006, p. I-289, punto 35.

¹⁷ C. giust. UE, 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, *Racc.* 2007, p. I-7115, punto 56; C. giust. UE, 8 settembre 2011, Cause Riunite C-78/08 e C-80/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate c. Paint Graphos Soc. coop. arl*, non ancora pubblicata, punto 49.

¹⁸ C. giust. UE, 15 novembre 2011, C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Regno di Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, non ancora pubblicata, punto 49.

lettività di un'imposizione ai fini dell'art. 107, § 1 TFUE: «per poter essere ritenuti costituire vantaggi selettivi, i criteri d'imposizione prescelti da un regime fiscale devono essere anche idonei a caratterizzare le imprese beneficiarie in virtù delle proprietà loro peculiari quale categoria privilegiata»¹⁹.

Esiste altresì la possibilità che una misura sia solo apparentemente generale e che riveli profili di selettività al momento della sua applicazione. Nel caso delle misure fiscali, tale circostanza può verificarsi quando, per esempio, l'autorità che concede il beneficio definisce anche il limite degli investimenti minimi necessari per poter fruire di un credito d'imposta²⁰. La previsione di un limite minimo agli investimenti potrebbe di fatto escludere dalla platea dei beneficiari dell'aiuto le imprese di piccole e medie dimensioni. Riveste carattere di selettività anche una disposizione con la quale l'amministrazione fiscale impone la soglia di fatturato o il territorio entro il quale gli operatori economici devono stabilirsi per poter fruire dell'agevolazione²¹. Ancora, la limitazione di un beneficio alle imprese che, pure operando su tutto il territorio ed in tutti i settori economici, si sono costituite da una certa data conferisce la connotazione di selettività ad una determinata misura fiscale²² in quanto esclude tutte quelle imprese che si sono costituite prima di tale data. La Commissione ha considerato come selettiva una misura italiana con la quale venivano concessi sgravi di contributi sociali alle lavoratrici donne. Tale misura, apparentemente generale, finiva con favorire indirettamente le imprese di alcuni settori, quali per esempio quello tessile, dove maggiore era l'impiego di manodopera femminile²³. Per potere escludere il carattere di selettività, le misure che attribuiscono vantaggi fiscali devono essere

quindi effettivamente indirizzate a tutti gli operatori economici che operano sul territorio di un determinato stato membro, su una base di parità di accesso. Tale principio, ribadito dalla Commissione anche nella Comunicazione in materia tassazione diretta alle imprese, potrebbe limitare la possibilità per i singoli Stati membri di utilizzare alcuni strumenti di carattere fiscale quali il credito di imposta, la riduzione della base imponibile o la modulazione delle aliquote, nella maniera ritenuta più idonea per realizzare specifici obiettivi di politica economica nell'ambito del proprio territorio. Al riguardo la Commissione specifica che non costituiscono aiuto di Stato, se applicate a tutte le produzioni e a tutte le imprese indistintamente le misure di pura tecnica fiscale e le misure che, nel ridurre l'onere fiscale connesso a determinati costi di produzione, perseguono un obiettivo di politica economica generale²⁴. Tra le misure di pura tecnica fiscale possiamo considerare le norme che consentono la variazione delle aliquote di imposta oppure le misure che prevedono il credito di imposta quale strumento per evitare la doppia imposizione. Possono essere ugualmente considerate misure di carattere generale quelle che riducono il cuneo fiscale sul costo del lavoro se però sono riconosciute a tutte le imprese: queste ultime, sebbene agevolino prevalentemente quelle imprese che vedono un maggiore impiego di manodopera, non vengono considerate come aiuti di Stato in quanto il loro dettato normativo non contiene elementi di selettività. Allo stesso modo un incentivo fiscale agli investimenti alla formazione, se concessi indistintamente, non costituiscono aiuto anche se, indirettamente favoriscono le imprese che maggiormente effettuano tale tipo di investimento.

Misure nazionali che stabiliscano una

¹⁹ Id., punto 104.

²⁰ Cfr. Dec. Comm. 2002/820/CE.

²¹ Cfr. Dec. Comm. 13 novembre 2007, 2008/283/CE, relativa al regime di aiuti al quale il Belgio ha dato esecuzione a favore dei centri di coordinamento stabiliti in Belgio; Decisione 11 dicembre 2002 relativa alle centrali di tesoreria in Francia.

²² Cfr. Dec. Comm. 11 luglio 2001, G.U.C.E. L 174 del 4 luglio 2002, p. 31; Dec. Comm. UE, 11

luglio 2001 G.U.C.E. L 134 del 18 novembre 2002; Dec. Comm., 11 luglio 2001, in G.U.C.E. L 13 del 22 gennaio 2003; Dec. Comm., 20 dicembre 2001, G.U.C.E. L 77, 24 marzo 2003.

²³ Cfr. C. giust. UE, 14 luglio 1983, causa 203/1982, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.* 1985, 1983, p. 2525.

²⁴ Cfr. Comunicazione 98/C 384/03, 10 dicembre 1998, in G.U.C.E. C-384, § 13.

differenziazione tra le imprese e siano, pertanto, selettive *a priori*, non costituiscono aiuti di Stato qualora tale differenziazione risulti dalla natura o dalla struttura del sistema fiscale in cui tali provvedimenti si inseriscono²⁵. Una misura in deroga all'applicazione del sistema tributario generale può essere giustificata qualora discenda direttamente dai principi informatori o basilari del sistema tributario in questione. A tale proposito si distingue tra gli obiettivi perseguiti da un sistema tributario e che sono "esterni" rispetto ad esso e meccanismi inerenti al sistema tributario stesso che sono necessari al raggiungimento di tali obiettivi. Spetta allo Stato membro che ha introdotto una siffatta differenziazione tra imprese dimostrare che essa sia effettivamente giustificata dalla natura e dall'economia del sistema di cui trattasi²⁶. Ad esempio, l'esenzione dall'imposta sugli utili se accordata ad una impresa senza scopo di lucro si giustifica con il meccanismo di funzionamento del sistema fiscale basato sulla tassazione dei profitti. In tali casi però lo Stato che concede tale tipo di aiuto deve dimostrare che il trattamento derogatorio è giustificato dalla struttura del proprio sistema impositivo.

b) Selettività geografica. – Il contesto di riferimento in relazione al quale si deve porre la questione della selettività della misura fiscale non è necessariamente situato a livello nazionale. La giurisprudenza europea ha riconosciuto che «un'entità infrastatale, la quale sia dotata di uno statuto di fatto e di diritto che la renda sufficientemente autonoma rispetto al governo centrale di uno Stato membro, è capace di rivestire un ruolo fondamentale nella definizione dell'ambiente politico ed economico in cui operano le imprese. In tali circostanze, il territorio nel quale esercita la sua competenza l'entità infrastatale che ha adottato il provvedimento, e non il territorio nazionale nella sua to-

talità, rappresenta il contesto rilevante per accertare se un provvedimento adottato da tale entità favorisca determinate imprese rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal provvedimento o dal regime giuridico interessato»²⁷.

Al fine di valutare la selettività di una misura adottata da un'entità infrastatale e intesa a stabilire un'aliquota fiscale ridotta in una parte del territorio di uno Stato membro in confronto all'aliquota in vigore nel resto del detto Stato membro, occorre verificare se detto provvedimento sia stato adottato da tale entità nell'esercizio di poteri sufficientemente autonomi rispetto al governo centrale e, eventualmente, accertare se il provvedimento si applichi effettivamente a tutte le imprese situate o a tutte le produzioni realizzate nel territorio di competenza di tale entità²⁸. Il contesto giuridico pertinente per valutare la selettività di una misura fiscale potrebbe limitarsi all'area geografica interessata dal provvedimento qualora l'ente infrastatale, segnatamente in virtù del suo statuto e dei suoi poteri, ricopra un ruolo determinante nella definizione del contesto politico ed economico in cui operano le imprese presenti nel territorio di sua competenza; occorre, in altre parole, verificare se la misura di cui si tratta sia stata adottata da un'entità infrastatale che sia dotata di autonomia istituzionale, procedurale e finanziaria. Affinché una decisione presa da un'autorità regionale o locale possa essere considerata come adottata nell'esercizio di poteri sufficientemente autonomi è innanzi tutto necessario che tale autorità sia dotata, sul piano di diritto costituzionale, di uno statuto politico e amministrativo distinto da quello del governo centrale (autonomia istituzionale). Inoltre, la decisione in questione deve essere stata presa senza possibilità di un intervento diretto da parte del governo centrale in merito al suo conte-

²⁵ C. giust. UE, 22 dicembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commissione delle Comunità europee e Regno Unito*, Racc. 2008, I, p. 10515, punti 84 e 85.

²⁶ C. giust. UE, 29 aprile 2004, Racc. 2004, I,

p. 4461, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*, punto 43.

²⁷ C. giust. UE, 6 settembre 2006, C-88/03, *Repubblica portoghese c. Commissione Racc.* 2006, p. I-7115, punto 58.

²⁸ Id. punto 62.

nuto (autonomia procedurale). Infine, le conseguenze economiche di una riduzione dell'aliquota d'imposta nazionale applicabile alle imprese presenti nella regione non devono essere compensate da sovvenzioni o contributi provenienti da altre regioni o dal governo centrale (autonomia finanziaria)²⁹.

La Corte di Giustizia Ue ha avuto modo di precisare le conseguenze dei tre criteri di autonomia³⁰. Il criterio dell'autonomia istituzionale si ritiene soddisfatto qualora l'entità infrastatale sia dotata di uno statuto politico e amministrativo distinto da quello del governo centrale. Quanto al criterio dell'autonomia procedurale, la Corte ha chiarito che tale criterio non esclude che venga istituito un procedimento di concertazione diretto alla prevenzione dei conflitti, purché la decisione finale presa in esito a tale procedimento sia adottata dall'ente infrastatale e non dal governo centrale. Infine, per ciò che attiene il criterio dell'autonomia finanziaria, l'esistenza di trasferimenti finanziari dallo Stato verso un ente infrastatale non può, in quanto tale, essere sufficiente a dimostrare che tale ente non si assuma le conseguenze economiche delle misure fiscali da esso adottate e che, pertanto, non gode di autonomia finanziaria, dal momento che tali trasferimenti potrebbero non presentare alcun legame con tali misure fiscali.

4. *Alterazione della concorrenza.* - Come per le altre categorie di aiuti di Stato,

²⁹ Id. punto 67.

³⁰ C. giust. UE, 11 settembre 2008, Cause riunite C-428/06 a C-434/06, Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e altri contro Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e altri, in *Racc.* 2008, I, p. 6747 punti 84-140.

³¹ Cfr. C. giust. UE, 17 settembre 1980, causa C-730/79, *Philip Morris*, in *Racc.* 1980, 2671.

³² Cfr. C. giust. UE, 17 settembre 1980, causa C-30/79 in *Racc.* 1980, p. 151; Trib.UE, 30 aprile 1998, causa T-214/95, *Het Vlaamse Gewest (Regione fiamminga) c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-717.

³³ Cfr. comunicazione 98/C 384/03 del 10 dicembre 98, pubblicata nella G.U.C.E. C-384. C. giust. UE, 14 settembre 1994, Cause riunite C-278/92 e C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1994, I-4103; C. giust. UE, 13 luglio 1988, causa 102/87 *Francia c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 4067; C. giust. CE, 21 marzo 1990, causa

la misura agevolativa fiscale deve incidere sulla concorrenza e sugli scambi tra gli Stati membri. Il beneficiario della misura deve esercitare un'attività economica che dà luogo a scambi tra gli Stati membri³¹. Non è necessario che la Commissione dimostri l'effettiva distorsione della concorrenza ma è sufficiente che l'incidenza negativa sul mercato comunitario sia anche solo potenziale³². Ai fini dell'inquadramento di un beneficio fiscale nell'ambito degli aiuti di Stato non assume, altresì, rilievo la circostanza che l'importo dell'aiuto sia esiguo, che l'impresa abbia modeste dimensioni, che la sua quota del mercato sia piccola o ancora che non svolga attività di esportazione o viceversa esporti tutto al di fuori della Comunità³³.

II. LE DEROGHE AL DIVIETO DEGLI AIUTI DI STATO FISCALI

L'art. 107 del TFUE prevede che vi siano deroghe al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato. Si tratta delle deroghe *de iure* di cui all'art. 107, § 2 TFUE e delle deroghe eventuali di cui all'art. 107, § 3 TFUE³⁴.

Tra le misure fiscali che possono essere fatte rientrare nella prima categoria di deroghe possiamo considerare quelle misure che riconoscono agevolazioni fiscali (ad es. credito di imposta) a coloro che acquistano un particolare prodotto che risponda, ad esempio, a nuovi requisiti imposti dalla disciplina per la tutela ambientale. Per essere giudicata compati-

C-142/87, *Belgio/Commissione*, in *Racc.* 1990, p. I-959.

³⁴ In particolare beneficiano automaticamente di una deroga: *a*) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione tuttavia che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; *b*) gli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati da eventi eccezionali, come le calamità naturali; *c*) gli aiuti alle regioni tedesche che risentono della divisione della Germania. Possono considerarsi compatibili con il mercato comune, gli aiuti destinati: *d*) a favorire talune regioni in ritardo di sviluppo; *e*) a contribuire alla realizzazione di un progetto di interesse europeo o a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno stato membro; ad agevolare lo sviluppo di talune attività o regioni economiche; *f*) a promuovere la cultura e la conservazione patrimoniale; *g*) altre categorie di aiuti determinate dal consiglio.

bile, tale misura non deve prevedere riferimenti a particolari "produttori" mentre può essere connessa a particolari condizioni economiche di disagio per i consumatori. Nell'ambito delle deroghe in esame, sono compatibili con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato anche tutte quelle misure che vengono poste in essere per compensare i danni causati dalle calamità naturali³⁵. Si tratta principalmente di norme che prevedono la sospensione degli obblighi tributari per un determinato periodo di tempo o che consentono di perfezionare l'obbligo tributario mediante il versamento delle imposte in misura ridotta per i contribuenti che risiedono nel territorio colpito da una calamità naturale. Tali norme prevedono un'applicazione derogatoria delle misure generalmente applicate alla platea generale di contribuenti e attribuiscono un vantaggio fiscale solo a favore di determinati soggetti passivi mediante risorse economiche dello Stato che rinuncia così ad una parte del gettito tributario. Pur rispondendo a tutte le condizioni previste dall'art. 107 TFUE per la configurazione di una fattispecie di aiuto di Stato, questi provvedimenti sono considerati compatibili solo se sono destinati esclusivamente a compensare il danno derivante dal verificarsi dell'evento calamitoso. Per tale motivo, al fine di poter beneficiare dell'agevolazione prevista dalla norma, è necessario innanzitutto dimostrare sia il nesso causale tra il danno subito e l'evento calamitoso sia la perfetta corrispondenza, in termini di valore economico, tra il danno subito ed in beneficio concesso³⁶.

Nella categoria degli aiuti eventualmente compatibili ai sensi dell'art. 107 § 3

TFUE possiamo considerare quelle misure fiscali con le quali si prevede l'esenzione da alcune imposte o l'applicazione di aliquote di imposta più basse limitatamente a quei territori che, sulla base della considerazione di parametri economici e sociali, presentano ritardi nello sviluppo economico³⁷. In tale ipotesi la Commissione europea considera che le misure in esame non siano tali da alterare le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse e che gli effetti sugli scambi siano molto limitati e tali da non alterare la concorrenza. In particolare, la previsione contenuta, alle lettere a) e c) del § 3 dell'art. 107 TFUE costituisce la base giuridica per gli aiuti regionali.

III. CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE

La violazione da parte di autorità nazionali degli obblighi derivanti dall'art. 108 § 3 TFUE dà luogo ad un dovere in capo ai giudici nazionali di «assicurare ai cittadini comunitari, i quali siano in grado di far valere tale inosservanza, che ne saranno tratte tutte le conseguenze collegate a questo fatto dal loro diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti che comportano l'attuazione delle misure d'aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale norma o di eventuali misure provvisorie»³⁸.

1. *Esenzioni da tasse generali.* – Quella misura di aiuto posta in essere illegalmente dalle autorità nazionali consista in un'esenzione fiscale il cui effetto sia di collocare i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quel-

³⁵ La l. 24 dicembre 2012 n. 234 ha disciplinato all'art. 47 le modalità di concessione degli aiuti pubblici per calamità naturali, recependo i principi già contenuti nell'art. 107, § 2 lettera b) TFUE ed esplicitando le condizioni necessarie affinché tali aiuti possano essere riconosciuti. Lo stesso art. 47, stabilendo che le modalità di attuazione degli aiuti pubblici sono disciplinate con un decreto del Presidente della Repubblica, ne subordina l'efficacia all'autorizzazione della Commissione europea ai sensi dell'art. 108 § 3 TFUE.

³⁶ Recentemente, con la Decisione C(2012) 7128 final del 17 ottobre 2012, la Commissione europea ha ingiunto all'Italia di sospendere le

agevolazioni concesse a favore della regione Abruzzo in attesa dell'esame di compatibilità che lo stesso Esecutivo comunitario sta effettuando sulla base delle informazioni fornite dalle Autorità italiane

³⁷ Cfr. Dec. Comm. CE C(2009) 8126 definitivo. Aiuto di Stato N 346/2009 - Italia. Zone franche urbane.

³⁸ C. giust. UE, 21 novembre 1991, C-354/90, Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires e Syndicat National des Négociants et Transformateurs de Saumon c. Repubblica Francese, in *Racc.* 1991, p. I-5505, punto 12.

la delle imprese soggette all'imposta, e qualora tale misura non sia giustificata dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inserisce, le imprese soggette all'imposta in questione «non possono eccepire, dinanzi ai giudici nazionali, l'illegittimità dell'esenzione concessa per sottrarsi al pagamento di detta tassa o per ottenerne il rimborso»³⁹. Ciò nondimeno, ai giudici nazionali spetta assicurare ai soggetti lesi dalla concessione dell'esenzione fiscale le altre forme di tutela previste dall'ordinamento nazionale quali, ad esempio, la sospensione in via cautelare dell'operatività della esenzione fiscale. Inoltre, qualora ne ricorrerono i presupposti, i soggetti lesi potrebbero ricorrere ad un'azione per concorrenza sleale contro le imprese beneficiarie dell'esenzione, oppure ad un'azione di danno nei confronti dello Stato⁴⁰.

2. *Tasse parafiscali.* - Le misure parafiscali destinate specificamente al finanziamento di un aiuto di Stato sono esse stesse soggette agli obblighi di notifica di cui all'art. 108 § 3 TFUE. La portata di tale obbligo non è determinata dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di concorrenza fra i debitori di una tassa e i beneficiari degli aiuti che tale tassa serve a finanziare⁴¹. Secondo la giurisprudenza *Van Calster*, considerato che l'obbligo di notifica è esteso anche alle modalità di finanziamento dell'aiuto, le conseguenze derivanti dalla violazione di tale obbligo devono trovare applicazione anche relativamente a tale aspetto della misura di aiuto. Ne consegue che «quando una mi-

sura di aiuto, le cui modalità di finanziamento costituiscono parte integrante della medesima, abbia avuto esecuzione in violazione dell'obbligo di notifica, i giudici nazionali sono tenuti, in linea di principio, ad ordinare il rimborso delle tasse o dei contributi specificamente applicati per finanziare tale aiuto»⁴². Nel caso in cui l'aiuto di Stato consista nella devoluzione ad un'impresa di una quota del gettito di una tassa imposta ad altre imprese è necessario che il giudice nazionale prenda tutti i provvedimenti necessari, in conformità del suo diritto nazionale, per impedire sia l'attribuzione di una parte della tassa alle imprese beneficiarie sia la riscossione della stessa. Tuttavia, il carattere illegittimo della riscossione e dell'attribuzione di una tassa non incide sul resto della tassa versata all'erario⁴³.

Perché un tributo possa ritenersi «parte integrante di una misura di aiuto, deve necessariamente sussistere un vincolo di destinazione tra il tributo e l'aiuto in forza della normativa nazionale pertinente, nel senso che il gettito del tributo viene necessariamente destinato al finanziamento dell'aiuto»⁴⁴. Tale vincolo non sussiste, invece, qualora la normativa nazionale affidi alla valutazione discrezionale delle competenti autorità la ripartizione tra le varie destinazioni del gettito, o qualora essa non fissi in termini esatti l'entità dell'aiuto concesso⁴⁵.

3. *Tasse asimmetriche.* - L'imposizione asimmetrica di un contributo a carico di una categoria di imprese può dar luogo ad un vantaggio selettivo integrante la no-

³⁹ C. giust. UE, 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium SA c. Ville de Serainge Province de Liège*, in *Racc.* 2006, p. I-5293 punto 48.

⁴⁰ C. giust. UE, 20 settembre 2001, C-390/98, *H.J. Banks & Co. Ltd c. The Coal Authority e Secretary of State for Trade and Industry*, in *Racc.* 2001, p. I-6117, punto 80.

⁴¹ C. giust. UE, 22 dicembre 2008, C-333/07, *Société Régie Networks c. Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*, *Racc.* 2008, I, p. 10807, punto 91.

⁴² C. giust. UE, 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. Eugène van Calster e Felix Cleeren e Openbaar Slachthuis NV*, in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 54.

⁴³ C. giust. UE, 27 novembre 2003, cause riunite

C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, in *Racc.* 2003, p. I-14243, punti 45-46.

⁴⁴ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c. Staatssecretaris van Financiën*, in *Racc.* 2005, p. I-85, punto 26.

⁴⁵ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, C-175/02, *F. J. Pape c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, in *Racc.* 2005, p. I-127, punto 16; C. giust. UE, 27 ottobre 2005, cause riunite C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e C-321/04 a C-325/04, *Nazairdis SAS, divenuta Distribution Casino France SAS e altri c. Caisse nationale de l'organisation autonome d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés des professions industrielles et commerciales*, in *Racc.* 2005, p. I-9481, punto 51.

zione di aiuto di stato ex art. 107 § 1 TFUE a favore di un'altra categoria di imprese se queste ultime sono in rapporto di concorrenza diretto con le prime. Qualora lo Stato membro introduca tale tipo di misura in violazione dell'art. 108 § 3, l'impresa assoggettata al contributo asimmetrico è legittimata ad eccepire l'illegittimità di tale contributo al fine di ottenere la restituzione della parte delle somme versate corrispondente al vantaggio economico ingiustamente percepito dalle imprese concorrenti⁴⁶.

IV. RECUPERO DELL'AUTO E PRINCIPIO DI NON RETROATTIVITÀ DELL'IMPOSIZIONE FISCALE

Laddove l'aiuto concesso prenda forma di un'esenzione fiscale di cui sia stata

debitamente accertata l'illegittimità, il recupero non equivale all'istituzione di un onere fiscale retroattivo, ma consiste nell'adozione di provvedimenti necessari per ingiungere alle imprese beneficiarie dell'aiuto di versare somme corrispondenti⁴⁷.

FRANCESCO DE CECCO - MARIA DI MEGLIO

Bibliografia

L. BIANCHI, «La sospensione cautelare in materia di aiuti di Stato: tra esigenze comunitarie e difesa dei diritti del contribuente», in *Diritto e pratica tributaria*, 2010, pp. 1365 ss.; C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012; M. INGROSSO e G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009; L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005.

⁴⁶ C. giust. UE, 7 settembre 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, che è subentrata nei diritti e negli obblighi della Agence centrale des orga-*

nismes de sécurité sociale (ACOSS), in *Racc.* 2006, p. I-7529, punto 42.

⁴⁷ C. giust. UE, 10 giugno 1993, C-183/91, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.* 1995, 1993, p. I-3131, punto 17.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali (Diritto Ue)

Sommario: I. LE DECISIONI NEGATIVE DELLA COMMISSIONE CORREDATE DA UN ORDINE DI RECUPERO DELL'AUTO INCOMPATIBILE E LA LORO ESECUZIONE. – 1. Il potere e la responsabilità del recupero. – 2. Le procedure di recupero e il principio di effettività delle decisioni della Commissione. – 3. Le eccezioni all'ordine di recupero. – **II. GLI ORDINI DI RECUPERO NAZIONALI E LA LORO IMPUGNAZIONE.** – 1. L'impugnazione dell'ordine di recupero nazionale. – 2. Le domande di rinvio pregiudiziale: validità e interpretazione della decisione della Commissione. – 3. La richiesta di provvedimenti cautelari. – **III. LA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER MANCATA EMANAZIONE DELL'ORDINE DI RECUPERO NAZIONALE.** RINVIO.

I. LE DECISIONI NEGATIVE DELLA COMMISSIONE CORREDATE DA UN ORDINE DI RECUPERO DELL'AUTO INCOMPATIBILE E LA LORO ESECUZIONE

1. *Il potere e la responsabilità del recupero.* – In base all'art. 108 § 2 TFUE se la Commissione constata che un aiuto concesso da uno Stato non è compatibile con il mercato interno «decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato».

In relazione agli aiuti incompatibili erogati in violazione degli obblighi di notifica o di sospensione previsti all'art. 108 § 3 TFUE (aiuti "illegali"), la Corte di giustizia ha chiarito che l'abolizione o la modifica dell'aiuto, per avere un effetto utile, può implicare l'obbligo di chiederne il rimborso¹. Secondo la Corte, la *soppres-*

*sione dell'aiuto mediante recupero è anzi la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità*² e pertanto non può dipendere dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso³. Il recupero ha l'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante* attraverso l'eliminazione della distorsione di concorrenza causata dal vantaggio determinato dall'aiuto⁴. Per effetto della restituzione il beneficiario è privato del vantaggio di cui ha fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti, il che consente il ripristino della situazione esistente prima della corresponsione dell'aiuto.

L'art. 14 § 1 Reg. 659/1999⁵ ha recepito questa giurisprudenza, introducendo una base giuridica chiara per l'adozione dell'ordine di recupero degli aiuti illegali ed incompatibili da parte della Commissione. Nel far ciò, il legislatore europeo si è spinto oltre il consolidamento della giurisprudenza preesistente avendo previsto che l'ordine di recupero consegua in maniera pressoché automatica alla constatazione dell'illegalità e incompatibilità dell'aiuto. L'articolo in questione, infatti, stabilisce che, nel caso di decisioni negative sugli aiuti illegali, la Commissione «adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario (in seguito denominata «decisione di recupero»)».

La norma, nella sua formulazione, incorpora un principio cardine dell'attuale sistema di controllo e applicazione della

¹ C. giust. UE, 12 luglio 1973, causa 70/72, *Commissione c. Germania* - "Kohlegesetz", in *Racc.* 1975, p. 0813, punto 13, 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil GmbH & Co. KG c. Commissione* - "Deufil", in *Racc.* 1989, p. 901, punto 24.

² C. giust. UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione* - "Tubemeuse", in *Racc.* 1992, p. I-959, punto 66, 17 giugno 1999, causa C-75/95, *Belgio c. Commissione* - "Maribel-bis/ter", in *Racc.* 2001, p. I-3671, punto 64, 29 aprile 2004, causa C-277/00, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-3925, punto 74.

³ C. giust. UE, 10 giugno 1993, causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1995, p. I-

3131, punto 16, 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* 2002, p. I-4897, punto 38, e 26 giugno 2003, causa C-404/00, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2005, p. I-6695, punto 44.

⁴ C. giust. UE, 21 marzo 1990, "Tubemeuse", cit., punto 66, 4 aprile 1995, causa C-350/93, *Commissione c. Italia* - "ENI/Lanerossi", in *Racc.* 1997, p. I-699, punto 21, 29 aprile 2004, *Germania c. Commissione*, cit., punto 76.

⁵ Reg. 659/1999/CE del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1.

normativa europea sugli aiuti di Stato: nel diritto dell'Unione, il recupero degli aiuti illegali e incompatibili rientra nella responsabilità sia della Commissione sia dello Stato membro interessato. Alla prima appartiene la competenza esclusiva *ex art. 108 TFUE di dichiarare, sotto il controllo delle Corti dell'UE, l'incompatibilità di un aiuto con il mercato interno*⁶ e disporre il recupero qualora l'aiuto sia stato già erogato. Al secondo e ai giudici nazionali spetta il compito di assicurare l'esecuzione delle decisioni negative della Commissione corredate da un ordine di recupero dell'aiuto incompatibile.

In considerazione della condivisione di questa responsabilità con gli Stati membri e delle difficoltà inerenti all'esecuzione delle sue decisioni di recupero, specie se relative ai regimi di aiuti, nel 2007 la Commissione ha adottato la Comunicazione intitolata *Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili*⁷. La Comunicazione illustra i principi della politica di recupero e la prassi della Commissione in materia, allo scopo di accrescere la consapevolezza delle autorità e dei giudici nazionali e agevolarne così il compito. Ad essa ha fatto seguito nel 2009 la *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*⁸, il cui obiettivo è informare i giudici degli Stati membri e i terzi interessati dei rimedi disponibili in caso di violazione delle norme sugli aiuti di Stato, fornendo orientamenti sull'applicazione di tali norme.

Come tutti gli strumenti di questo tipo (c.d. atti di *soft law*), le due Comunicazioni non hanno carattere cogente ma in-

terpretativo, nel senso che riportano l'interpretazione delle norme e dei principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza delle Corti dell'UE. La Comunicazione del 2009 precisa espressamente di non essere vincolante per i giudici nazionali né di pregiudicarne l'indipendenza e di non incidere sui diritti ed obblighi degli Stati membri e dei soggetti dell'ordimento UE derivanti dal diritto dell'Unione (v. punto 99).

Per loro natura, tuttavia, le Comunicazioni vincolano la Commissione al rispetto dei principi che vi sono enunciati, lasciando impregiudicata l'interpretazione delle disposizioni del Trattato e degli atti di diritto derivato da parte dei giudici dell'Unione (v. punto 80 della Comunicazione del 2007 e punto 7 della Comunicazione del 2009).

2. *Le procedure di recupero e il principio di effettività delle decisioni della commissione.* – Secondo una giurisprudenza consolidata, in mancanza di disposizioni europee sulla procedura di recupero degli aiuti versati illegittimamente, si applicano le modalità previste dal diritto nazionale. Spetta dunque agli Stati membri stabilire le modalità e le procedure da seguire per procedere al recupero degli aiuti, designare i giudici competenti e fissare le procedure giurisdizionali di ricorso (principio di autonomia processuale)⁹.

La Corte ha espressamente riconosciuto che uno Stato membro, obbligato a recuperare gli aiuti concessi illegittimamente sulla base di una decisione della Commissione, è libero di scegliere i mezzi con cui adempiere tale obbligo¹⁰. Nello scegliere le misure e le procedure da seguire, tuttavia, ciascuno Stato deve assicurare che queste non siano in contrasto

⁶ C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Repubblica francese* - "Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires", in *Racc.* 1993, p. I-5505, punto 9, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Weinlig c. Repubblica federale di Germania* - "Steinike", in *Racc.* 1979, p. 595, punto 9.

⁷ Comunicazione della Commissione 2007/C 272/05, in G.U.U.E. C-272, 15 novembre 2007, p. 4.

⁸ Comunicazione della Commissione 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1.

⁹ C. giust. UE, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH* - "Alcan", in *Racc.* 1999, p. I-1591, punto 24, 26 giugno 2003, *Commissione c. Spagna*, cit., punto 22.

¹⁰ C. giust. UE, 12 dicembre 2002, causa C-209/00, *Commissione c. Germania* - "WestLB", in *Racc.* 2004, p. I-11695, punto 34, 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2011, p. I-5703, punto 67.

con la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione.

Queste regole sono fissate nell'art. 14 § 3 Reg. 659/1999, a norma del quale il recupero degli aiuti illegali incompatibili deve essere effettuato «senza indugio» in base alle procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato ma «a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione».

La norma riflette i requisiti imposti dal principio di effettività sancito dalla giurisprudenza¹¹. Conformemente a questo principio, le procedure disponibili nell'ordinamento dello Stato membro o da questo utilizzate per eseguire la decisione della Commissione devono essere applicate dalle autorità nazionali in modo da favorire la corretta e tempestiva applicazione del diritto dell'Unione¹² e da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso il recupero¹³.

Questo vale non solo per le amministrazioni dello Stato ma anche per i giudici nazionali investiti del contenzioso sulle misure di esecuzione della decisione della Commissione. Questi ultimi, in particolare, sono tenuti a interpretare le disposizioni del diritto nazionale in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto dell'UE, cioè «a garantire la piena effettività della decisione che ordina il recupero dell'aiuto illegittimo ed a giungere ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da tale decisione»¹⁴. Per questa ragione, se necessario, i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare eventuali disposizioni della legislazione interna contrastanti con il principio di effettività¹⁵.

Su questa base, la Corte ha concluso che l'autorità nazionale competente è tenuta a revocare l'atto di concessione dell'aiuto, conformandosi alla decisione definitiva della Commissione, anche se il termine previsto a tal fine dal diritto nazionale è scaduto¹⁶. Ha anche chiarito che le autorità dello Stato interessato sono tenute ad impugnare qualsiasi sentenza nazionale che priva di effetto la decisione della Commissione per ragioni dovute all'applicazione delle norme nazionali in tema di prescrizione o prove¹⁷.

La giurisprudenza ha anche riconosciuto la necessità di disapplicare la normativa nazionale che prescrive un effetto sospensivo automatico dei ricorsi proposti contro i titoli di riscossione nazionali emessi per il recupero di un aiuto. Secondo la Corte, infatti, la sospensione *automatica* dell'efficacia delle misure nazionali di recupero è in contrasto con gli obiettivi perseguiti dalle regole sugli aiuti di Stato e non soddisfa i requisiti previsti dall'art. 14 § 3 Reg. 659/1999¹⁸.

La Corte, inoltre, ha statuito che si debba disapplicare la norma che sancisce il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui la sua applicazione renda impossibile il recupero di un aiuto di Stato illegale di cui la Commissione ha dichiarato l'incompatibilità con una decisione definitiva *anteriore* alla pronuncia giurisdizionale dotata di forza di giudicato¹⁹. La Corte ha comunque chiarito che il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale²⁰. La disapplicazione di tali norme, pertanto, dipende

¹¹ C. giust. UE, 2 febbraio 1989, causa 94/87, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1991, p. 175, punto 12.

¹² C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA - "Lucchini"*, in *Racc.* 2009, p. I-6199, punto 60.

¹³ C. giust. UE, 21 marzo 1990, "Tubemeuse", cit., punto 61, e 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1992, p. I-3437, punto 12, 20 marzo 1997, "Alcan", cit., punto 24.

¹⁴ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-304/09, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2012, p. I-13903 punto 44.

¹⁵ C. giust. UE, 18 luglio 2007, "Lucchini", cit., punti 60 e 61.

¹⁶ C. giust. UE, 20 marzo 1997, "Alcan", cit., punto 38.

¹⁷ C. giust. UE, 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punto 78.

¹⁸ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione c. Francia*, - "Scott", in *Racc.* 2008, p. I-10071, punti 51 e ss.

¹⁹ C. giust. UE, 18 luglio 2007, "Lucchini", cit., punto 63.

²⁰ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-507/08, *Commissione c. Repubblica slovacca*, in *Racc.* 2012, p. I-13489, punto 60.

dalle circostanze giuridiche e fattuali del caso di specie, dal contesto in cui si è formato il giudicato e dall'esistenza di strumenti del diritto nazionale idonei a consentire il recuperare dell'aiuto senza dover rimettere in discussione pronunce giurisdizionali divenute definitive.

3. *Le eccezioni all'ordine di recupero.* – Il Reg. 659/1999 prevede due limiti al potere della Commissione di ordinare il recupero di aiuti illegali e incompatibili. Il primo è previsto all'art. 14 § 1 del regolamento, ove si esclude che si possa disporre il recupero dell'aiuto nei casi in cui ciò sia contrario a un principio generale del diritto europeo.

Tra i principî generali che possono entrare in gioco figurano la tutela del legittimo affidamento, la certezza del diritto²¹, la proporzionalità²², la buona amministrazione²³, la parità di trattamento e non discriminazione²⁴, il rispetto dei diritti di difesa²⁵. Di tali principî, tuttavia, la giurisprudenza ha dato un'interpretazione molto restrittiva in materia di aiuti così da limitarne l'applicazione a casi rarissimi caratterizzati da circostanze molto particolari se non eccezionali²⁶.

La giurisprudenza, ad esempio, riconosce che il principio della tutela del legittimo affidamento può essere invocato dal beneficiario dell'aiuto a condizione che questi disponga di assicurazioni sufficientemente precise, risultanti da un intervento attivo della Commissione, che gli consentano di ritenere che una misura

non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE²⁷.

Dato il carattere imperativo delle norme del Trattato sugli aiuti di Stato, tuttavia, la Corte ritiene che il beneficiario di un aiuto possa fare legittimo affidamento nella regolarità dell'aiuto solamente se questo sia stato concesso nel rispetto della procedura di controllo prevista all'art. 108 TFUE²⁸. Un operatore economico diligente, infatti, normalmente deve essere in grado di accertare se tale procedura è stata rispettata e quindi di prevedere l'adozione di una decisione da parte della Commissione idonea a ledere i suoi interessi²⁹.

Per questa ragione, uno Stato membro le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione dell'art. 108 TFUE non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per eseguire la decisione della Commissione di recuperare l'aiuto³⁰.

La giurisprudenza tuttavia non esclude che il beneficiario di un aiuto illegittimamente versato possa invocare circostanze eccezionali sulle quali ha potuto fondare il proprio affidamento nella natura regolare dell'aiuto e, di conseguenza, opporsi alla sua ripetizione. In un'ipotesi del genere, spetterà al giudice nazionale eventualmente adito valutare le circostanze del caso di specie, se necessario dopo aver proposto alla Corte una domanda pregiudiziale d'interpretazione³¹.

²¹ Trib. UE, 21 marzo 2012, cause riunite T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV e T-69/06 RENV, *Irlanda, Repubblica francese, Repubblica italiana, Eurallumina SpA e Aughinish Alumina Ltd c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 105.

²² C. giust. UE, 21 marzo 1990, "Tubemeuse", cit., punto 66.

²³ Trib. UE, 21 marzo 2012, *Irlanda, Repubblica francese, Repubblica italiana, Eurallumina SpA e Aughinish Alumina Ltd c. Commissione*, cit., punto 109.

²⁴ C. giust. UE, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, in *Racc.* p. I-5479, punti 170 e ss.

²⁵ Trib. UE, 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *EURL Le Levant 001 e a. c. Commissione*, p. II-0267, punto 97.

²⁶ C. giust. UE, 24 novembre 1987, causa 223/85, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV contro Commissione - "RSV"*, in *Racc.* 1999, p. 4617, punto 16-17.

²⁷ Trib. UE, 30 novembre 2009, cause riunite T-427/04 e T-17/05, *Repubblica francese e France Télécom SA c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-4315, punto 261 e giurisprudenza citata.

²⁸ C. giust. UE, 22 aprile 2008, causa C-408/04 P, *Commissione c. Salzgitter AG*, in *Racc.* 2010, p. I-2767, punto 104 e giurisprudenza citata.

²⁹ C. giust. UE, 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninklijke Friesland-Campina NV.*, in *Racc.* I-8495, punto 84.

³⁰ C. giust. UE, 19 giugno 2008, causa C-39/06, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 2010, p. I-93, punto 24.

³¹ C. giust. UE, 20 settembre 1990, "Alcan", cit., punto 16.

Il secondo limite al potere di recupero della Commissione è previsto all'art. 15 Reg. 659/1999, a norma del quale al recupero si applica un periodo di prescrizione di 10 anni che decorre dal momento in cui l'aiuto è concesso al beneficiario. Per "concessione" s'intende il momento in cui l'aiuto è stato effettivamente messo a disposizione dell'impresa e non quello in cui la misura istitutiva del regime alla base dell'aiuto è stata adottata³².

La determinazione del *dies a quo* dipende dalla natura e dalla forma dell'aiuto. Nel caso di un regime di aiuti pluriennale consistente in versamenti ripetuti o nella concessione periodica di vantaggi, l'aiuto si considera concesso al beneficiario solo alla data in cui è stato effettivamente erogato a quest'ultimo. Nel caso di aiuti fiscali o parafiscali il termine di prescrizione inizia a decorrere ogni anno alla data in cui il versamento della tassa è dovuto e ricomincia a decorrere ad ogni concessione effettiva, eventualmente annuale, del vantaggio³³.

La giurisprudenza interpreta l'obbligo di esecuzione dell'ordine di recupero da parte dello Stato in modo così rigoroso da renderlo *de facto* un'obbligazione di risultato. La Corte ha riconosciuto un'unica eccezione a quest'obbligo, nel caso di circostanze eccezionali da cui derivi l'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione di recupero della Commissione³⁴.

L'impossibilità assoluta di adempiere non è soddisfatta quando lo Stato interessato si limita a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche, politiche o pratiche che presenta l'esecuzione della decisione, senza intraprendere vere iniziative per recuperare l'aiuto presso le im-

prese beneficiarie e senza proporre alla Commissione altre modalità di esecuzione della decisione che consentano di superare le difficoltà segnalate³⁵. Neppure rientrano nel concetto di assoluta impossibilità difficoltà relative all'identificazione dei beneficiari, al calcolo dell'importo degli aiuti da recuperare e alla scelta o attuazione delle procedure di recupero, le quali costituiscono difficoltà interne imputabili alle azioni o alle omissioni delle autorità nazionali³⁶.

Se, nell'esecuzione della decisione, uno Stato incontra difficoltà imprevedute e imprevedibili o si rende conto di conseguenze non considerate dalla Commissione, deve sottoporle alla sua valutazione, proponendo modifiche appropriate della decisione. Lo Stato e la Commissione devono collaborare in buona fede per superare tali difficoltà nel pieno rispetto delle regole sugli aiuti di Stato³⁷, in forza del principio che impone loro doveri reciproci di leale cooperazione, sancito dall'art. 4 § 3 TFUE. Se, nonostante le difficoltà riscontrate, lo Stato omette di proporre alla Commissione opportune modifiche alla decisione, la mancata esecuzione non può ritenersi giustificata.

La Corte ha chiarito che l'impossibilità assoluta di eseguire una decisione della Commissione non può invalidare la decisione perché l'impossibilità appare solo nella fase dell'esecuzione ed eventuali difficoltà, procedurali o di altro tipo, nell'esecuzione dell'atto non possono incidere sulla sua legittimità. La validità della decisione può tuttavia essere contestata se la Commissione impone un obbligo la cui esecuzione è, fin dall'origine, in maniera obbiettiva e assoluta, impossibile da realizzare³⁸. Su questa base la Commissione

³² C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-81/10 P, *France Télécom SA c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 80.

³³ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, *France Télécom SA c. Commissione*, cit., punti 82-84.

³⁴ C. giust. UE, 20 settembre 2007, causa C-177/06, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2009, p. I-7689, punto 46 e giurisprudenza ivi citata.

³⁵ C. giust. UE, 14 dicembre 2006, cause riunite da C-485/03 a C-490/03, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2008, p. I-11887, punto 74, e giurisprudenza ivi citata.

³⁶ C. giust. UE, 13 novembre 2008, causa C-214/07, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2010, p. I-8357, punto 50.

³⁷ C. giust. UE, 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1997, p. I-673, punto 17, 1° aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2006, p. I-3353, punto 17; 1° giugno 2006, causa C-207/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2008, p. I-0070, punto 47, e 6 dicembre 2007, causa C-280/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2009, p. I-181, punto 20.

³⁸ C. giust. UE, 17 giugno 1999, "Maribelbis/ter", cit., punto 86.

non ha imposto il recupero degli aiuti concessi in base ad un regime fiscale dichiarato incompatibile, ritenendo che l'attuazione dell'ordine di recupero sarebbe risultato impossibile in termini oggettivi e assoluti poiché le banche date catastali, per come strutturate, non consentivano di elaborare le informazioni necessarie per individuare gli immobili beneficiari dell'aiuto e calcolare l'importo da rimborsare³⁹.

La Corte e la Commissione hanno anche ammesso l'esistenza di un'impossibilità assoluta in mancanza di attivi recuperabili presso l'impresa beneficiaria posta in liquidazione⁴⁰ e, nel caso di aiuti fiscali, se i beneficiari non possono essere identificati per mancanza di dati disponibili dovuta alla normativa nazionale che impone la conservazione dei documenti contabili per un periodo limitato⁴¹.

II. GLI ORDINI DI RECUPERO NAZIONALI E LA LORO IMPUGNAZIONE

1. *L'impugnazione dell'ordine di recupero nazionale.* – Le misure nazionali di esecuzione della decisione di recupero della Commissione dipendono dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso (esenzione o agevolazione fiscale, prestito a condizioni non di mercato, garanzia, ricapitalizzazione, contributo diretto o indiretto, applicazione di tariffe preferenziali, ecc.) e dalle procedure per l'adozione dell'ordine di recupero nazionale previste dall'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro. Ne deriva che il giudice competente a decidere della loro impugnazione e, almeno in parte, i motivi alla base di quest'ultima dipenderanno dalla natura specifica dell'ordine nazionale e dalla procedura seguita per la sua adozione.

L'impugnazione dell'ordine nazionale di recupero può essere basata sia su mo-

tivi attinenti alla violazione delle norme di diritto interno (che disciplinano forma e contenuto dell'atto e procedura per la sua adozione) sia su motivi di diritto dell'UE. Tra questi ultimi possono rientrare motivi attinenti alla validità della decisione della Commissione, con conseguente richiesta al giudice nazionale di disporre un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFEU. Questa possibilità, tuttavia, è ammessa a condizione che il beneficiario dell'aiuto abbia impugnato la decisione davanti al Tribunale dell'UE direttamente o tramite un'associazione di categoria (v. *infra* § II.2.), a condizione beninteso che avesse titolo a contestare la legittimità della decisione mediante ricorso di annullamento (legittimazione attiva ex art. 263 § 4 TFUE).

Tra i motivi d'impugnazione dell'ordine nazionale può figurare l'erronea individuazione del beneficiario dell'aiuto e quindi del destinatario dell'ordine di restituzione. Secondo la Corte, il ripristino dello *status quo ante* cui mira il recupero dell'aiuto è raggiunto quando questo è restituito dal beneficiario effettivo, vale a dire dall'impresa o dalle imprese che ne hanno tratto effettivo vantaggio⁴².

Alla luce di questo principio, un'impresa appartenente ad un gruppo all'interno del quale esistono meccanismi di trasferimento di attivi tra imprese collegate, non può essere tenuta a rimborsare un aiuto illegittimo se non ne ha avuto il godimento effettivo perché i suddetti meccanismi di trasferimento sono stati utilizzati a suo svantaggio e non a suo profitto⁴³.

Nel caso invece in cui la società beneficiaria di un aiuto o i suoi attivi siano venduti ad un'altra impresa occorrerà considerare le modalità dell'acquisizione, ed in particolare: il prezzo effettivamente pagato, la forma usata per la cessione,

³⁹ Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2012, C(2012) 9461 final, relativa all'aiuto di Stato SA.20829 - Regime riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici.

⁴⁰ C. giust. UE, 2 luglio 2002, causa C-499/99, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2004, p. I-6031, punto 37.

⁴¹ C. giust. UE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Francia*, cit., punti 13, 22 e 48.

⁴² C. giust. UE, 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-1433, punto 57.

⁴³ Tri. UE, 19 ottobre 2005, causa T-324/00, *CDA Datenträger Albrechts GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-4309, punto 93.

l'oggetto della stessa (*share deal* o *asset deal*), il perimetro del trasferimento (e quindi il mantenimento o meno di un certo numero di attivi nel patrimonio del beneficiario originario dell'aiuto), la logica economica dell'operazione, l'identità degli azionisti o dei proprietari dell'impresa acquirente e di quella originaria. Tutti questi elementi, insieme ad altri che possono venire in rilievo in ciascun caso concreto, sono attentamente esaminati dalla Commissione per stabilire se vi è continuità o discontinuità economica tra il beneficiario dell'aiuto e l'acquirente. Viene inoltre considerato il momento del trasferimento quale possibile indizio di un effetto di elusione dell'obbligo di recupero (dopo l'inizio dell'indagine da parte della Commissione, l'avvio del procedimento formale *ex art.* 108 § 2 TFUE oppure la decisione finale della Commissione)⁴⁴. In linea di principio, la giurisprudenza ritiene che, se le condizioni finanziarie del trasferimento sono state conformi alle condizioni di mercato, l'elemento di aiuto è stato valutato al prezzo di mercato e incluso nel prezzo di acquisto, con la conseguenza che il venditore conserva il beneficio dell'aiuto⁴⁵. In caso contrario, non si può escludere che l'acquirente possa essere tenuto alla restituzione dell'aiuto, qualora si accerti che questo continua a godere del vantaggio concorrenziale corrispondente al beneficio dell'aiuto⁴⁶. Secondo la Corte, ai fini della verifica delle condizioni economiche della cessione, può essere presa in considerazione la forma utilizzata per il trasferimento, per esempio quella dell'asta pubblica, che si presume garantisca una vendita alle condizioni di mercato, e anche

una perizia eventualmente predisposta in occasione della cessione⁴⁷.

Nell'impugnazione dell'ordine di recupero, il beneficiario può contestare l'erroneità dell'importo dell'aiuto oggetto di rimborso, specie nei casi in cui la sua quantificazione sia particolarmente difficile e controversa a causa della forma dell'aiuto.

Secondo giurisprudenza costante, d'altra parte, la Commissione può limitarsi a rilevare l'obbligo di recupero dell'aiuto, *lasciando alle autorità nazionali, sotto il controllo dei giudizi nazionali*⁴⁸, il compito di determinare l'importo esatto degli importi da rimborsare⁴⁹. Questo a condizione che nella sua decisione la Commissione fornisca elementi che permettano allo Stato destinatario di determinare senza difficoltà eccessive tali importi⁵⁰. Spetterà dunque al giudice nazionale pronunciarsi sul punto, previa eventuale proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte⁵¹.

L'erroneità dell'importo disposto con l'ordine di recupero nazionale può riguardare anche il calcolo degli interessi che devono essere applicati sulle somme da restituire. La Corte, infatti, ha precisato che l'effettivo ripristino della situazione anteriore alla concessione dell'aiuto può essere realizzato soltanto se il rimborso dell'aiuto è maggiorato di interessi decorrenti dalla data del suo versamento e se i tassi applicati sono rappresentativi dei tassi d'interesse praticati sul mercato dei capitali. Se ciò non avvenisse, il vantaggio derivante dalla disponibilità dell'aiuto per un determinato periodo di tempo non sarebbe misurato correttamente e il beneficiario godrebbe come minimo di un van-

⁴⁴ Trib. UE, 13 settembre 2010, cause riunite T-415/05, T-416/05 e T-423/05, *Repubblica ellenica, Olympiakos Aerogrammes AE e Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, in *Racc.* 2012, p. II-4749, punti 135 e 146.

⁴⁵ C. giust. UE, 29 aprile 2004, *Germania c. Commissione*, cit., punto 80 e 20 settembre 2001, causa C-390/98, *H.J. Banks & Co. Ltd c. The Coal Authority e Secretary of State for Trade and Industry*, in *Racc.* 2006, p. I-6117, punto 78.

⁴⁶ C. giust. UE, 29 aprile 2004, *Germania c. Commissione*, cit., punto 86.

⁴⁷ C. giust. UE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Francia*, cit., punti 59 e 60.

⁴⁸ C. giust. UE, 21 dicembre 2011, causa C-320/09 P, *A2A SpA, c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 162.

⁴⁹ C. giust. UE, 12 maggio 2005, causa C-415/03, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2007, p. I-3875, punto 40.

⁵⁰ C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8717, punto 25.

⁵¹ Trib. UE, 15 giugno 2010, causa T-177/07, *Mediaset SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2012, p. II-2341, punto 184 confermata da C. giust. UE, 28 luglio 2011, causa C-403/10 P, *Mediaset SpA c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 128.

taggio corrispondente ad un anticipo di cassa gratuito o ad un prestito agevolato⁵².

L'art. 14 § 2 Reg. 659/1999 stabilisce che l'aiuto da recuperare è maggiorato degli interessi, calcolati in base all'apposito tasso fissato dalla Commissione. Gli interessi decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario fino a quella del suo recupero. Il loro importo deve essere calcolato in conformità della procedura di cui agli artt. 9 e 11 Reg. 794/2004⁵³, che si applicano a tutte le decisioni di recupero notificate successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento, successivamente modificati dal Reg. 271/2008⁵⁴. Per le decisioni cui non è applicabile *ratione temporis* il Reg. 794/2004, dovranno considerarsi la Comunicazione della Commissione del 2003⁵⁵ o la lettera agli Stati membri del 1995⁵⁶, specie per quanto riguarda la questione dell'applicabilità di un tasso di recupero su base composta o semplice. È solo con la Comunicazione del 2003, infatti, che la Commissione ha annunciato di voler applicare una base composta nel recupero degli interessi sugli aiuti illegali e incompatibili⁵⁷.

L'ordine di recupero può essere contestato per violazione dell'art. 107 § 1 TFUE, e cioè invocando l'insussistenza di uno o più requisiti costitutivi della nozione di aiuto, o per l'erronea qualifica

dell'aiuto come "nuovo" anziché "esistente", ai sensi dell'art. 1, lett. b), Reg. 659/1999.

Questo vale in particolar modo nel caso in cui l'ordine di recupero nazionale riguardi un caso individuale di applicazione di un regime di aiuti oggetto di una decisione negativa della Commissione. Dalla giurisprudenza sui regimi di aiuti illegali e incompatibili, infatti, risulta che, nel caso di un regime di aiuti, la Commissione può limitarsi a studiarne le caratteristiche generali, senza essere tenuta ad esaminare ogni singolo caso di applicazione⁵⁸, al fine di verificare se comporti elementi di aiuto e se questi ultimi siano compatibili con il mercato interno.

In base a questa giurisprudenza, nell'analizzare il regime, la Commissione può limitarsi a esaminarne le caratteristiche generali per valutare se, in base alle sue modalità di funzionamento, assicuri un vantaggio sensibile ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti e sia tale da giovare essenzialmente a imprese che partecipano agli scambi tra Stati membri⁵⁹. Nel valutare la sussistenza dei requisiti dell'incidenza sugli scambi *intra*-UE e della distorsione della concorrenza, previsti dall'art. 107 § 1 TFUE, la Commissione non è tenuta a procedere ad un esame di tutti i settori o attività che hanno beneficiato del regime⁶⁰ ma può limitarsi a verificare se alcune delle imprese destinatarie

⁵² C. giust. UE, 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck SpA e Acciaierie di Bolzano SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-7869, punto 159.

⁵³ Reg. 724/2004/CE della Commissione, 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 140, 30 aprile 2004, p. 1.

⁵⁴ Reg. 271/2008/CE della Commissione, 30 gennaio 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 794/2004 recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in G.U.U.E. L 82, 25 marzo 2008, p. 1.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione sui tassi d'interesse da applicarsi in caso di recupero di aiuti illegali, in G.U.U.E. C-110, 8 maggio 2003, p. 21.

⁵⁶ Lettera della Commissione agli Stati membri del 22 febbraio 1995 (comunicazione in materia di tassi d'interesse da applicarsi in caso di restituzione di aiuti illegali e incompatibili) in Di-

ritto della concorrenza nelle Comunità europee, volume IIA, regole applicabili agli aiuti di Stato, Bruxelles-Lussemburgo 1999, ISBN 92-828-4008-5 (versione inglese), p. 68.

⁵⁷ C. giust. UE, 11 dicembre 2008, causa C-295/07 P, *Commissione c. Département du Loiret e Scott SA*, in *Racc.* 2010, p. I-9363, punto 46.

⁵⁸ C. giust. UE, 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano SpA c. Agenzia delle Entrate - "Unicredito Italiano"*, in *Racc.* 2007, p. I-11137, punto 67, 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8855, punto 51, e 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Grecia c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-3997, punto 24.

⁵⁹ C. giust. UE, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-2289, punti 89-91.

⁶⁰ Trib. UE, 11 giugno 2009, causa T-297/02, *ACEA SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-1683, punto 64, confermata da C. giust. UE, 21 dicembre 2011, causa C-319/09 P, *ACEA SpA c. Commissione*, non ancora pubblicata.

esercitano attività economiche che possono incidere sugli scambi tra Stati membri e falsare la concorrenza⁶¹.

Nel caso di regimi multisettoriali, l'esistenza di una certa concorrenza in uno o più dei molteplici settori interessati dal regime è tale da consentire alla Commissione di qualificarlo come un aiuto nuovo, illegittimo e incompatibile con il mercato comune, anche se altri settori sono chiusi alla concorrenza⁶². Il fatto che alcune imprese beneficiarie del regime operino solo in settori sottratti alla concorrenza, tuttavia, è rilevante perché implica la possibilità che determinati casi specifici di applicazione del regime siano considerati aiuti esistenti⁶³ ex art. 1, lett. b), punto v), del Reg. 659/1999, con conseguente venir meno dell'obbligo di recupero nei loro confronti.

L'analisi generale ed astratta di un regime di aiuti e la constatazione della sua illegalità e incompatibilità da parte della Commissione non esclude nemmeno che, in certi casi individuali, l'importo concesso in base al regime non costituisca un aiuto ai sensi dell'art. 107 § 1 TFUE, perché non soddisfa i requisiti costitutivi di questa nozione o rientra nelle norme *de minimis*⁶⁴, oppure non sia soggetto a recupero perché costituisce un aiuto compatibile con il mercato interno, in forza di un regolamento di esenzione per categoria o di un'altra decisione della Commissione⁶⁵.

Quando la Commissione si pronuncia in via generale ed astratta su un regime di aiuti di Stato e lo dichiara incompatibile con il mercato comune, ordinando il recupero degli aiuti erogati in base al medesimo, *spetta allo Stato membro verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata* dall'operazione di recu-

pero⁶⁶, se del caso, nel contesto di un dialogo con la Commissione, in osservanza del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 4 § 3 TUE⁶⁷.

Ciò implica che per procedere all'adozione degli ordini di recupero nazionali le autorità competenti devono previamente verificare che i benefici concessi in base al regime «costituiscono, in capo a [ciascuno dei] beneficiari, un aiuto di Stato»⁶⁸, in quanto soddisfano tutti i requisiti cumulativi di questa nozione. In altre parole, per ogni caso individuale di applicazione del regime, le autorità nazionali devono accertare se sia applicabile o meno la soglia *de minimis* fissata dai regolamenti in vigore al momento della concessione dell'aiuto e se, avuto riguardo all'attività svolta dalla singola impresa, alle caratteristiche del settore in cui opera e alle modalità e circostanze in cui l'impresa ha svolto la propria attività nel momento in cui ha fruito del regime censurato dalla Commissione, il beneficio di cui ha goduto era idoneo a falsare la concorrenza e a incidere sugli scambi *intra-UE*⁶⁹, e quindi possa essere effettivamente qualificato come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE. Devono inoltre accertare se l'aiuto in questione costituisce un aiuto esistente (perché, ad esempio, l'impresa beneficiaria era attiva solo in un settore non aperto alla concorrenza) oppure rientra nell'ambito di applicazione di un regolamento di esenzione adottato per dispensare dall'obbligo di preventiva notifica certe categorie di aiuti considerati compatibili in applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE.

I risultati delle verifiche posti alla base dell'ordine di recupero nazionale o l'assenza di tali verifiche potranno essere contestati dinanzi al giudice nazionale

⁶¹ C. giust. UE, 9 giugno 2011, cause riunite C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09, Comitato «Venezia vuole vivere», Hotel Cipriani Srl e Società Italiana per il gas SpA (Italgas)/ Commissione - «Comitato «Venezia vuole vivere»», non ancora pubblicata, punto 114 e 129.

⁶² C. giust. UE, 21 dicembre 2011, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 128.

⁶³ Trib. UE, 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 127, C. giust. UE, 21 dicembre 2011, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 129.

⁶⁴ Trib. UE., 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 161.

⁶⁵ Trib. UE., 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 162.

⁶⁶ C. giust. UE, 9 giugno 2011, «Comitato «Venezia vuole vivere»», cit., punto 64.

⁶⁷ Trib. UE., 11 giugno 2009, ACEA SpA c. Commissione, cit., punto 163,

⁶⁸ C. giust. UE, 9 giugno 2011, «Comitato «Venezia vuole vivere»», cit., punto 183.

⁶⁹ C. giust. UE, 9 giugno 2011, «Comitato «Venezia vuole vivere»», cit., punto 115.

che è competente ad interpretare le nozioni di aiuto e di aiuto esistente e può pronunciarsi sulle eventuali peculiarità di ciascun caso di applicazione concreto del regime, proponendo eventualmente una questione pregiudiziale alla Corte⁷⁰ ex art. 267 TFUE. Nel far ciò, ovviamente, il giudice nazionale deve aver riguardo agli eventuali accertamenti contenuti nella decisione dalla Commissione⁷¹ e, nel caso di dubbi, sollevare una questione pregiudiziale alla Corte. Lo stesso dicasi ai fini dell'eventuale applicazione di un regolamento di esenzione che, come precisato al considerando 5, Reg. 994/1998⁷², il giudice nazionale è competente ad applicare direttamente, fatto salvo l'art. 267 TFUE e l'art. 4 § 3 TUE.

L'ordine di recupero può essere impugnato invocando anche la violazione delle eccezioni previste all'art. 14 § 1 e all'art. 15 Reg. 659/1999 o di circostanze eccezionali che giustifichino l'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione della Commissione nei confronti del beneficiario dell'aiuto (v. *supra* I. 3).

Secondo la giurisprudenza rientra nella competenza dei soli giudici nazionali valutare le particolari circostanze del caso di specie⁷³. Questi, in caso di dubbi, hanno sempre la possibilità di interpellare la Commissione in forza del principio di leale cooperazione⁷⁴ o di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte⁷⁵.

2. *Le domande di rinvio pregiudiziale: validità e interpretazione della decisione della Commissione.* – Il beneficiario dell'aiuto che impugna l'ordine di recupero

nazionale può contestare la legittimità della decisione della Commissione per motivi attinenti alla violazione di norme e principi generali del diritto dell'UE, chiedendo al giudice nazionale di sollevare un rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tale domanda, tuttavia, è ammissibile solo se il beneficiario dell'aiuto, che avrebbe potuto senza dubbio contestare la legittimità della decisione mediante un'azione di annullamento ex art. 263 § 4 TFUE, ha presentato ricorso al giudice dell'UE, direttamente o indirettamente tramite un'associazione di categoria, nei termini previsti dall'art. 263 § 6 TFUE⁷⁶. Questo è certamente il caso del beneficiario di aiuti oggetto di una decisione negativa della Commissione che lo menziona e tratta individualmente il suo caso, e che ha ricevuto copia della decisione dallo Stato interessato, con l'espressa segnalazione della possibilità di contestarla davanti al giudice dell'Unione⁷⁷.

Se il beneficiario di un aiuto che avrebbe potuto impugnare la decisione della Commissione lascia decorrere il termine di ricorso davanti al Tribunale dell'Unione, la possibilità di presentare la domanda di rinvio pregiudiziale di validità gli è invece preclusa⁷⁸. Ammettere che il beneficiario possa opporsi all'esecuzione della decisione della Commissione eccedendone l'illegittimità, dinanzi al giudice nazionale, infatti, equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza del termine di ricorso previsto all'art. 263 § 6 TFUE⁷⁹.

⁷⁰ Trib. UE, 11 giugno 2009, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 163, confermata da C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 141.

⁷¹ C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 141.

⁷² Reg. 994/1998/CE del Consiglio, 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato, in G.U.C.E. L 142, 14 maggio 1998, p. 1.

⁷³ C. giust. UE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Francia*, cit., punto 64.

⁷⁴ C. giust. UE, 11 luglio 1996, "SFEI", cit., punti 49 e 50 e Comunicazione della Commissione 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1, punti 77 e ss.

⁷⁵ Trib. UE, 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) BV c. Commissione - "Kuwait Petroleum"*, in *Racc.* 2008, p. II-1475, punto 69, C. giust. UE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, cit., punti 13-16.

⁷⁶ V. C. giust. UE, 15 dicembre 2005, *Unicredito Italiano*, cit., punti 32 e ss., Concl. Stix Hackl, 18 settembre 2005, "Unicredito Italiano", cit., punti 26-31.

⁷⁷ C. giust. UE, 9 marzo 1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica Federale di Germania - "TWD Textilwerke Deggendorf"*, in *Racc.* 1996, p. I-833, punti 3, 11, 24 e 25.

⁷⁸ C. giust. UE, 9 marzo 1994 "TWD Textilwerke Deggendorf", cit., punto 17.

⁷⁹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, "Scott", cit., punto 59.

La Corte ha ammesso la ricevibilità di quesiti pregiudiziali di validità, presentati dai beneficiari di un regime di aiuti e di alcune misure di attuazione del medesimo dichiarati illegali ed incompatibili dalla Commissione, sebbene il ricorso di annullamento della decisione che tali soggetti avevano proposto fosse tardivo⁸⁰. La Corte è giunta a questa conclusione perché ha ritenuto che non fosse manifesto che un ricorso di annullamento da essi proposto nei confronti della decisione controversa sarebbe stato ricevibile.

In alcune recenti pronunce la Corte ha chiarito che i beneficiari effettivi di aiuti individuali concessi in base ad un regime di aiuti di cui la Commissione ha ordinato il recupero sono, per tale ragione, individualmente interessati dalla decisione della Commissione ai sensi dell'art. 263 § 4 TFUE e quindi, in linea di principio, legittimati a presentare ricorso contro di essa. Secondo questa giurisprudenza l'obbligo di recupero imposto da una decisione della Commissione su un regime di aiuti *individualizza sufficientemente* tutti i beneficiari del regime, poiché questi ultimi sono esposti, fin dall'adozione della decisione, al rischio che i vantaggi che hanno ottenuto in virtù del regime siano recuperati, e vedono così lesa la loro posizione giuridica⁸¹. L'eventualità che i vantaggi concessi in base al regime successivamente non siano recuperati presso i beneficiari non esclude che questi siano considerati individualmente interessati.

La Corte ha anche considerato l'impatto che il riconoscimento della ricevibilità dei ricorsi dei beneficiari effettivi di un regime contro la decisione negativa della Commissione avrebbe avuto sul diritto di far valere l'invalidità della decisione nell'ambito di un procedimento nazionale. A questo riguardo, ha precisato

che i soggetti che si trovano nella situazione dei beneficiari effettivi di un regime di aiuti oggetto di una decisione di recupero della Commissione sono tenuti ad impugnare la decisione dinanzi al Tribunale dell'Unione per tutelare i loro interessi solamente quando debba ritenersi che un simile ricorso sia senz'altro ricevibile⁸². Quando non sussistono dubbi, ai sensi della giurisprudenza, sulla ricevibilità del ricorso diretto di tali soggetti, è ragionevole attendersi che questi lo propongano nel termine di due mesi stabilito dall'art. 263 TFUE.

Il fatto che il beneficiario dell'aiuto abbia perso il diritto di presentare una domanda di rinvio pregiudiziale di validità sulla decisione della Commissione non preclude la possibilità per il giudice nazionale di rivolgere tali questioni alla Corte *ex officio*⁸³.

Il giudice *a quo* dovrà comunque assicurarsi che le questioni sulla validità della decisione sollevati abbiano una certa relazione con le circostanze concrete o l'oggetto della causa principale e quindi siano rilevanti per la sua soluzione. In caso contrario, infatti, la Corte potrebbe decidere di non pronunciarsi e considerarle irricevibili.

In sede d'impugnazione dell'ordine di recupero nazionale, il beneficiario dell'aiuto può presentare anche una domanda di rinvio pregiudiziale d'interpretazione della decisione della Commissione o delle disposizioni del Trattato o di diritto derivato in materia di aiuti (ma non solo) tra cui, per esempio, l'art. 107 TFUE, alcune disposizioni del Reg. 659/1999 o alcuni principî generali del diritto dell'Unione⁸⁴. Non è escluso che la *proposizione di quesiti d'interpretazione* possano rendersi necessari, e siano concretamente proposti, a seguito della sentenza con cui

⁸⁰ C. giust. UE, 26 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e a., Marco Scalas e Renato Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2008, p. I-1875, punto 34.

⁸¹ C. giust. UE, 9 giugno 2011, "Comitato «Venezia vuole vivere»", cit., punti 56 e 57, C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *ACEA SpA c. Commissione*, cit., punto 56.

⁸² C. giust. UE, 9 giugno 2011, "Comitato «Venezia vuole vivere»", cit., punto 59.

⁸³ C. giust. UE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*. - "Cassa di Risparmio di Firenze e a.", in *Racc.* 2008, p. I-0289, punto 72 e ss.

⁸⁴ V. C. giust. UE, 15 dicembre 2005, "Unicredito Italiano", cit.

il Tribunale o la Corte si sono pronunciati sulla validità della decisione della Commissione.

Come per il rinvio di validità, il rinvio pregiudiziale d'interpretazione può essere sollevato dal giudice nazionale anche d'ufficio, e cioè in assenza di una specifica richiesta in tal senso del beneficiario⁸⁵.

3. *La richiesta di provvedimenti cautelari.* – In sede d'impugnazione delle misure interne di esecuzione della decisione di recupero della Commissione, il beneficiario può presentare una richiesta di provvedimenti cautelari (istanza di sospensione dell'efficacia dell'ordine di recupero nazionale oppure del procedimento pendente in attesa che il giudice europeo si pronunci sulla validità della decisione della Commissione).

La concessione di questi provvedimenti risponde all'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva che costituisce un principio generale di diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ed è stato sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU⁸⁶. La concessione di tali provvedimenti, tuttavia, deve essere conciliata con i principi fondamentali in materia di recupero dell'aiuto, sanciti dalla giurisprudenza e dall'art. 14 § 3 Reg. 659/1999, secondo i quali il recupero deve essere effettuato dallo Stato interessato senza indugio in base a procedure che consentano un'esecuzione immediata ed effettiva delle decisione della Commissione⁸⁷. Secondo la giurisprudenza, d'altra parte, in forza dell'art. 14 § 3 Reg. 659/1999, i giudici nazionali sono tenuti a garantire la piena effettività della decisione della Commissione che ordina il recupero di un aiuto illegittimo⁸⁸.

La richiesta di provvedimenti cautelari presentata dal beneficiario va esaminata alla luce di questi requisiti e del sistema di controllo giurisdizionale degli atti dell'Unione prefigurato dal Trattato. In tale sistema, gli atti delle istituzioni europee, incluse le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, si presumono legittimi, e pertanto producono effetti giuridici, fino a quando non sono revocati dalla Commissione o annullati nell'ambito di un ricorso per annullamento o dichiarati invalidi a seguito di un rinvio pregiudiziale o di un'eccezione di illegittimità alla Corte di giustizia⁸⁹.

A norma dell'art. 278 TFUE, la proposizione di un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale dell'UE contro una decisione della Commissione che ordina il recupero di un aiuto di Stato illegale ed incompatibile con il mercato interno di per sé non ha effetto sospensivo⁹⁰. Lo stesso vale per l'impugnazione dinanzi alla Corte delle sentenze del Tribunale che hanno per oggetto la validità della decisione. In base all'art. 278 TFUE, la sospensione dell'efficacia ed esecuzione della decisione della Commissione può essere disposta dal Tribunale con ordinanza solo su apposita richiesta dello Stato membro interessato o del beneficiario dell'aiuto che abbiano presentato un ricorso di annullamento contro la decisione della Commissione. Ciò a condizione che sussistano i presupposti relativi al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora* (interpretati in modo molto restrittivo alla luce della giurisprudenza).

In materia di recupero degli aiuti di Stato, la Corte ha sancito⁹¹ che provvedimenti cautelari sospensivi a livello nazionale possono essere concessi solo se ricorrono le condizioni fissate dalla giurispru-

⁸⁵ V. C. giust. UE, 10 gennaio 2006, "Cassa di Risparmio di Firenze e a.", cit.

⁸⁶ C. giust. UE, 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern* - "Unibet", in *Racc.* 2009, p. I-2271, punto 37.

⁸⁷ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, "Scott", cit., punti 43 e ss.

⁸⁸ C. giust. UE, 20 maggio 2010, causa C-210/09, *Scott SA e Kimberly Clark SAS c. Ville d'Orléans* - "Scott e Kimberly Clark", in *Racc.* 2012, p. I-4613, punto 29.

⁸⁹ C. giust. UE, 15 giugno 1994, causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF e a.*, in *Racc.* 1996, p. I-2555, punto 48, e 8 luglio 1999, causa C-245/92 P, *Chemie Linz c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. I-4643, punto 93.

⁹⁰ C. giust. UE, 6 dicembre 2007, *Commissione c. Italia*, cit., punto 21.

⁹¹ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 45, 6 ottobre 2011, causa C-302/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punti 46 e ss.

denza che ha riconosciuto la possibilità per il giudice nazionale di sospendere una misura interna fondata su un atto delle istituzioni dell'Unione. Conformemente a tale giurisprudenza⁹², le condizioni per la concessione di simili provvedimenti sono particolarmente rigorose.

In primo luogo, è necessario che il giudice nazionale nutra gravi riserve sulla validità della decisione della Commissione. Il giudice, pertanto, è tenuto ad effettuare un rinvio pregiudiziale sulla validità della decisione *ex art. 267 TFUE* nel caso in cui tale questione non sia già stata sottoposta all'esame dei giudici dell'Unione (a seguito di un ricorso di annullamento della decisione della Commissione proposto dal beneficiario dell'aiuto ai sensi dell'art. 263 TFUE oppure di un rinvio pregiudiziale sollevato dal medesimo o altro giudice nazionale).

Nel concedere il provvedimento provvisorio, il giudice nazionale non può limitarsi a sottoporre alla Corte un rinvio pregiudiziale di validità della decisione ma deve indicare i motivi per cui ritiene che la Corte dovrebbe dichiararne l'invalidità⁹³.

Analogamente, la decisione di un giudice nazionale, che intenda sospendere il procedimento pendente dinanzi ad esso perché la legittimità della decisione della Commissione che impone il recupero è contestata dinanzi al Tribunale dell'UE, deve giustificare tale sospensione esponendo gli argomenti per cui ritiene che sussistano ragioni d'invalidità della decisione⁹⁴. Questo requisito, secondo la Corte, è necessario appunto perché un ricorso di annullamento al Tribunale contro una decisione che ordina il recupero di un aiuto non ha effetto sospensivo sul-

l'obbligo di dare esecuzione alla decisione. Lo stesso dicasi quando la sentenza del Tribunale, pronunciata nell'ambito di tale ricorso, costituisce oggetto di un'impugnazione dinanzi alla Corte⁹⁵.

In secondo luogo, occorre che il giudice nazionale riscontri la sussistenza degli estremi dell'urgenza, vale a dire che i provvedimenti provvisori siano necessari per evitare che il beneficiario dell'aiuto che li richiede subisca un danno grave e irreparabile.

In terzo luogo, il giudice deve tener pienamente conto dell'interesse dell'Unione⁹⁶ e farvi riferimento al momento di pronunciarsi sulla richiesta di provvedimento cautelare avanzata dal beneficiario⁹⁷. La Corte ha peraltro precisato che spetta al giudice nazionale, che deve valutare tale interesse nell'ambito di una domanda di provvedimenti provvisori, decidere, ai sensi delle norme processuali nazionali, quale sia il modo più idoneo per acquisire tutte le informazioni utili al riguardo⁹⁸.

In quarto luogo, occorre che nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le eventuali pronunce rese dal Tribunale e dalla Corte in ordine alla legittimità della decisione della Commissione così come un'eventuale ordinanza emessa nell'ambito di un procedimento sommario instaurato dinanzi al Tribunale o alla Corte per la concessione di provvedimenti provvisori analoghi nei riguardi della decisione⁹⁹.

Le suddette condizioni, ovviamente, devono essere rispettate anche nel caso in cui la domanda di provvedimenti cautelari sia presentata dal beneficiario nel corso del procedimento in appello in cui è contestato l'annullamento in primo grado

⁹² C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn* - "Zuckerfabrik", in *Racc.* 1993, p. I-415, punti 23 e ss., 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, "Atlanta", in *Racc.* 1997, p. I-3761, punto 51.

⁹³ C. giust. UE, 9 novembre 1995, "Atlanta", cit., punto 36.

⁹⁴ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 51.

⁹⁵ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 51.

⁹⁶ C. giust. UE, 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punto 53.

⁹⁷ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione c. Italia*, cit., punto 54.

⁹⁸ C. giust. UE, 17 luglio 1997, causa C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* - "Krüger", in *Racc.* 1999, p. I-4517, punto 46.

⁹⁹ C. giust. UE, 17 luglio 1997, "Krüger", cit., punto 47.

della misura nazionale di esecuzione dell'ordine di recupero della Commissione.

III. LA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER MANCATA EMANAZIONE DELL'ORDINE DI RECUPERO NAZIONALE. RINVIO

Come noto, il divieto di dare esecuzione al progetto di aiuto, previsto all'art. 108 § 3, ultima frase, TFUE ha efficacia immediata e diretta. La disposizione conferisce quindi diritti ai singoli, di cui le giurisdizioni degli Stati membri dell'Unione sono tenuti a garantire la salvaguardia¹⁰⁰. La Corte ha chiarito che ai giudici nazionali spetta il compito di tutelare i diritti delle parti lese dalla distorsione della concorrenza provocata dalla concessione dell'aiuto¹⁰¹ ed assicurare che saranno tratte tutte le conseguenze derivanti dalla violazione della suddetta norma, conformemente al loro diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti di attuazione delle misure d'aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti concessi in sua violazione¹⁰². Ne deriva che la violazione della clausola di sospensione di cui all'art. 108 § 3 TFUE può far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato, e quindi dar luogo ad azioni di risarcimento dei danni ai sensi della giurisprudenza formatasi sulla scorta delle sentenze *Francovich*¹⁰³ e *Brasserie du Pêcheur*¹⁰⁴, se sono soddisfatte le condizioni da essa previste, e cioè: 1) la norma violata sia preordinata a conferire diritti ai sin-

goli; 2) la sua violazione sia grave/sufficientemente caratterizzata; 3) sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e il danno subito dall'interessato.

Come precisato dalla giurisprudenza più recente¹⁰⁵, le tre condizioni citate sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive in base al diritto nazionale.

La Commissione ritiene che, al pari della violazione dell'obbligo di *standstill* sancito dall'art. 108 § 3 TFUE, anche la mancata esecuzione dell'ordine di recupero emesso a corredo di una decisione negativa possa far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato. L'obbligo di recupero previsto dalla decisione e dall'art. 14 Reg. 659/1999, infatti, mira a tutelare gli stessi diritti che sono riconosciuti e protetti dalla clausola di sospensione prevista dal Trattato. Di conseguenza i terzi interessati, tra cui i concorrenti della o delle imprese beneficiarie dell'aiuto (ma non soltanto questi), potranno proporre un'azione di risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali nei confronti delle autorità responsabili della mancata o tardiva esecuzione della decisione di recupero. Il successo dell'azione dipenderà soprattutto dalla capacità del ricorrente di dimostrare il nesso eziologico tra il mancato o tardivo recupero dell'aiuto e il danno subito, la

¹⁰⁰ C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Gebr. Lorenz GmbH c. Repubblica federale di Germania e Land Rheinland-Pfalz* - "Lorenz", in *Racc.* 1975, p. 1471, punto 8, 21 novembre 1991, "Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires", cit., punti 11 ss.

¹⁰¹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich e a. c. Finanzlandesdirektion für Tirol e a.* - "Transalpine Ölleitung in Österreich e a.", in *Racc.* 2008, p. I-9957, punto 46.

¹⁰² C. giust. UE, 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. Eugène van Calster e Felix Cleeren e Openbaar Slachthuis NV*, - "Van Calster", in *Racc.* 2005, p. I-12249, punto 64, 5 ottobre 2006, "Transalpine Ölleitung in Österreich e a.", cit., punto 47 e 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communi-*

cation c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) - "CELF", in *Racc.* 2010, p. I-0469, punto 41.

¹⁰³ C. giust. UE, 11 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifazi e a. c. Repubblica italiana - "Francovich"*, in *Racc.* 1993, p. I-5357.

¹⁰⁴ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.* - "Brasserie du Pêcheur e Factortame", in *Racc.* 1998, p. I-1029.

¹⁰⁵ C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo c. Italia*, in *Racc.* 2008, p. I-5177, punto 45, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich - "Kobler"*, in *Racc.* 2005, p. I-102039, punto 57.

cui dimostrazione può rilevarsi molto complessa. La prova della gravità della violazione dell'obbligo di recupero, invece, appare meno difficoltosa, vista la giurisprudenza in materia (vedi *supra* § I.1 e I.2.). Non si può escludere, tuttavia, che questa condizione sia ritenuta soddisfatta nell'ipotesi, piuttosto rara, in cui lo Stato dimostri la sussistenza di una delle eccezioni al recupero ammesse dal diritto dell'UE (vedi *supra* I.3).

MASSIMO MEROLA - TECLA UBALDI

Bibliografia

S. AMADEO, «Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 201; M. ANGELI, «The European Commission's "New Policy" on State Aid Control: Some Reflections on Public and Private Enforcement of Recovery of Illegal Aid», in *E.C.L.R.*, 2009, Issue 11, p. 533 ss.; L. DANIELE, «Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea», in *La "modernizzazione"*

della disciplina sugli aiuti di Stato, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 159; J. DERENNE, «La récupération des aides illégales et incompatibles: Un tour d'horizon sélectif de la jurisprudence européenne depuis la communication "récupération" de 2007 de la Commission européenne», in *Concurrences N° 1-2012 - Revue des droits de la concurrence*, p. 73 ss.; D. GRESPIAN, «Recovery of unlawful and incompatible aid», in *EC Competition Law - State Aid*, Lovanio, 2008, p. 647 ss.; J.P. KEPPELLE - K. GROSS, «Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le control des aides d'Etat», in *EC State Aid Law/Le droit des aides d'État dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, AH Alphen aan den Rijn, 2008, p. 391 ss.; T. KOSTER «Recovery of Unlawful State Aid», in *The EC State Aid Regime*, Londra, 2007, p. 653 ss.; M. MEROLA - L. CAPPELLETTI, The obligation to recover unlawful aid, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2 n. 5, p. 465 ss.; E. RIGHINI, «Godot Is Here: Recovery as an Effective State Aid Remedy», in *EC State Aid Law/ Le droit des aides d'État dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, AH Alphen aan den Rijn, 2008, p. 265; SCHEPISI, «Il giudice nazionale e la concessione di misure provvisorie», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 299.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le difese dell'impresa beneficiaria a fronte dell'ordine di recupero del giudice nazionale, ex art. 108 § 3 TFUE, e della Commissione e dello Stato membro, ex art. 107 TFUE (Diritto UE)

Sommario: I. L'ORDINE DI RECUPERO DELLA COMMISSIONE. – 1. Difese per un beneficiario avverso un ordine di recupero della Commissione o dello Stato membro. – 1.1. Errata individuazione dei soggetti passivi dell'ordine di recupero: i casi di *share deal* e di *asset deal*. – 1.2. Mancata o errata determinazione dell'importo da recuperare. – 1.3. Il caso del beneficiario insolvente. – 1.4. La natura di "aiuto esistente". – 1.5. L'intervenuta prescrizione (art. 15 Reg. 659/99). – 1.6. Il contrasto con un "principio generale di diritto comunitario": a) il principio del legittimo affidamento; b) altri principi di diritto comunitario; c) impossibilità assoluta di procedere al recupero; d) esistenza di norme interne in materia di prescrizione e decadenza; e) contrasto tra recupero e giudicato interno. – 2. La ripartizione di competenze tra Commissione e giudici nazionali - La sospensione temporanea di provvedimenti nazionali di esecuzione della decisione negativa di recupero - Le stringenti condizioni necessarie per la concessione della sospensione provvisoria (i precedenti *Zuckerfabrik e Atlanta*). – 3. Rilievi procedurali: a) il rinvio pregiudiziale di validità e di interpretazione; b) la giurisprudenza *TWD*; c) il caso *Atzeni*. – II. DIFESE PER UN BENEFICIARIO AVVERSO UN ORDINE DI RECUPERO DI UN GIUDICE NAZIONALE AI SENSI DELL'ART. 108 § 3 TFUE.

I. L'ORDINE DI RECUPERO DELLA COMMISSIONE

1. *Difese per un beneficiario avverso un ordine di recupero della Commissione o dello Stato membro.* – Il numero di eccezioni opponibili da un beneficiario di un aiuto di Stato nei confronti di un ordine di recupero della Commissione appare piuttosto limitato. Di seguito, si descrivono le più comuni difese proposte dai beneficiari di un aiuto incompatibile avverso un ordine di recupero nonché l'ap-

proccio adottato dalle Corti dell'UE in merito alle stesse.

1.1. *Errata individuazione dei soggetti passivi dell'ordine di recupero: i casi di share deal e di asset deal.* – L'aiuto illegale e incompatibile deve essere recuperato presso le imprese che ne hanno effettivamente tratto vantaggio¹. È noto che la restituzione degli aiuti illegittimamente concessi non costituisce una sanzione, ma un c.d. debito di diritto e, in quanto tale, trasmissibile. La Commissione, ove possibile, è tenuta ad indicare il soggetto, o i soggetti, a carico dei quali gli aiuti devono essere recuperati nella decisione che ordina il recupero. Di norma, il soggetto passivo è il beneficiario degli aiuti stessi. Tuttavia, nell'ambito del continuo evolversi del mercato, è possibile che il soggetto che ha effettivamente beneficiato dell'aiuto non esista più, ovvero che, durante la fase di esecuzione, l'aiuto venga trasferito ad altri soggetti e, pertanto, il recupero possa dover essere esteso ai beneficiari effettivi².

Due situazioni nelle quali l'identificazione dei soggetti passivi risulta particolarmente difficile sono il c.d. *share deal*, ovvero la cessione di azioni o quote della società beneficiaria, e il c.d. *asset deal*, ovvero la cessione di beni patrimoniali della stessa. Al fine di determinare il soggetto che ha effettivamente beneficiato dell'aiuto³, la Corte ha individuato il parametro di riferimento nel prezzo di mercato, ovvero «il prezzo più elevato che un investitore privato operante in normali condizioni di concorrenza era disposto a pagare per tali società nella situazione in cui esse si trovavano»⁴. Il prezzo di mercato, infatti, rispecchia le conseguenze dell'aiuto

¹ C. giust. UE, 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. I-1433, punto 57 e 29 aprile 2004, causa C-277/00, *Germania c. Commissione - "SMI"*, in *Racc.* 2004, p. I-3925, punto 75.

² Concl. Van Gerven, 11 ottobre 1990, causa C-334/89 *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 1990, p. I-1433, punti 22-23.

³ V. causa C-303/88, *Italia c. Commissione*, cit., punto 56-60; e causa C-350/93, *Commissione c. Italia*, cit.

⁴ C. giust. UE, 20 settembre 2001, causa C-390/98, *J. Banks & Co. Ltd c. The Coal Authority e Secretary of State for Trade and Industry*, in *Racc.* 2001, p. I-6117, punto 77.

illegittimo e il soggetto che ha ceduto le azioni, le quote o i beni della società conserva il beneficio dell'aiuto quando quest'ultimo viene tenuto in considerazione ai fini della determinazione del prezzo stesso⁵.

Più complessa appare la questione nel caso di *share deal*. Sul tema del recupero degli aiuti in caso di cessione delle quote della società beneficiaria, la giurisprudenza pare oscillare tra due posizioni: quella secondo cui gli aiuti devono essere restituiti dalla società beneficiaria⁶ e quella secondo cui, se le quote sono vendute al prezzo di mercato, questi devono essere restituiti dal venditore⁷. A supporto della prima ipotesi si sostiene che quando la società che ha ricevuto l'aiuto non viene dissolta e rimane attiva sul mercato, la distorsione della concorrenza provocata dall'aiuto può essere eliminata soltanto ponendo l'obbligo di restituzione in capo alla beneficiaria medesima. Tale tesi, inoltre, garantisce maggiore certezza agli operatori economici.

Considerazioni analoghe valgono per il c.d. *asset deal*, ove la giurisprudenza della Corte statuisce che è necessario, affinché l'obbligo di restituzione a carico di soggetti diversi dal beneficiario degli aiuti illegittimi risulti fondato, che la Commissione provi l'esistenza di un'operazione di elusione da parte dell'impresa cui gli attivi e/o le infrastrutture dei beneficiari siano stati trasferiti⁸. Anche in questo caso, tuttavia, si registra in giurispru-

denza una posizione opposta, ove si afferma che, al fine di evitare che sia vanificato l'effetto utile della decisione di recupero, la Commissione può esigere che il recupero non si limiti all'impresa originaria, ma, in caso di continuità economica, si estenda all'impresa che continui l'attività originaria utilizzando i mezzi di produzione trasferiti⁹.

1.2. *Mancata o errata determinazione dell'importo da recuperare.* – La Commissione è tenuta a specificare chiaramente le misure di aiuto illegali e incompatibili che formano oggetto di recupero. Inoltre, qualora disponga dei dati necessari, la stessa è tenuta ad adoperarsi per quantificare l'importo esatto da recuperare. È tuttavia sufficiente che la decisione individui gli elementi che permettono al destinatario di determinare tale importo senza difficoltà eccessive¹⁰. La Commissione, in ogni caso, non può esimersi dal rispettare il principio di certezza del diritto¹¹. In particolare, i giudici dell'Unione sottolineano che la Commissione non è tenuta a precisare in quale misura ciascuna impresa beneficiaria abbia tratto profitto dall'importo dell'aiuto¹², spettando allo Stato membro interessato determinare ciò che dev'essere rimborsato da ciascuna impresa al momento del recupero dell'aiuto, ma potrà limitarsi ad indicare i parametri di valutazione in base ai quali lo Stato dovrà poi determinare l'importo da restituire¹³.

⁵ C. giust. UE, 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-7869, punti 180-181 e, da ultimo, Trib. UE, 28 febbraio 2012, cause riunite T-268/08 e T-281/08, *Land Burgenland e Austria c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 69.

⁶ Concl. Tizzano, 19 giugno 2003, causa C-277/00, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-3925.

⁷ V. causa C-328/99 e C-399/00, *Italia e SMI 2 Multimedia SpA c. Commissione*, cit., punto 83.

⁸ V. causa C-277/00, *Germania c. Commissione*, cit., punti 84-100 e Trib. UE, 19 ottobre 2005, causa T-318/00, *Freistaat Thüringen c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-4179, punti 307-346.

⁹ V. causa C-415/03, *Commissione c. Grecia*, cit.; anche Trib. UE, 1 luglio 2009, causa T-291/06, *Operator ARP sp. z o.o. c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-2275, punti 66-67.

¹⁰ C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/

98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-8717, punto 25 e cause riunite C-67/85, C-68/85 e C-70/85, *Kwekerij van der Kooy BV e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 219 e Trib. UE, 30 novembre 2009, cause riunite T-427/04 e T-17/05, *Francia e France Télécom SA c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-4315.

¹¹ C. giust. UE, 1 ottobre 1998, causa C-279/95 P, *Langnese-Iglo c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-5609, punto 78.

¹² C. giust. UE, 18 ottobre 2007, causa C-441/06, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2007, p. I-8887, punto 29.

¹³ *Inter alia*, C. giust. UE, 14 febbraio 2008, causa C-419/06, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2008, p. I-27, punto 44; Trib. UE, 13 settembre 2010, cause riunite T-415/05, T-416/05 e T-423/05, *Grecia, Olympiakes Aerogrammes AE e Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. II-4749, punti 116 e 315-318.

Peraltro, nel caso in cui la Commissione non sia in grado di quantificare l'importo dell'aiuto incompatibile, soprattutto nei casi in cui questo è stato concesso in forza di regimi tributari o previdenziali articolati secondo modalità stabilite dalla normativa nazionale applicabile, spetterà allo Stato membro compiere un'analisi dettagliata dell'aiuto accordato sulla base del regime in questione. In alcune pronunce recenti, che riguardavano ipotesi di regimi di aiuto, la Corte ha rigettato le argomentazioni dei beneficiari, secondo i quali la scelta della Commissione di omettere qualsivoglia parametro per la determinazione dell'importo, nella prassi, le attribuiva un illimitato potere discrezionale quanto alla verifica della conformità dell'esecuzione della decisione di recupero e, dall'altro, escludeva qualsivoglia margine discrezionale in capo alle autorità nazionali, impedendo loro di eseguire la valutazione dell'ammontare degli aiuti da recuperare¹⁴.

Nell'ipotesi, invece, in cui la Commissione decida di indicare l'ammontare di un aiuto di Stato, quest'ultima deve indicare l'importo esatto di detto aiuto. In applicazione del diritto dell'Unione, il giudice nazionale eventualmente adito è tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento di interessi a titolo del periodo di illegittimità. Orbene, l'importo di tali interessi dipenderà, in particolare, dall'importo dell'aiuto di Stato in quanto tale¹⁵.

1.3. *Il caso del beneficiario insolvente.* – La giurisprudenza della Corte di giustizia è costante nel ritenere che il fatto che un beneficiario sia insolvente, ovvero sottoposto ad una procedura fallimentare, non comporti alcuna conseguenza sul relativo obbligo di rimborsare l'aiuto illegittimo e incompatibile¹⁶.

Chiaramente, nella maggior parte dei casi non sarà possibile recuperare l'intero importo dovuto, inclusi gli interessi, considerando che i beni del beneficiario non sono sufficienti a soddisfare tutti i creditori. Conseguentemente, l'obiettivo del ripristino dello *status quo ante* non potrà essere integralmente raggiunto. La Commissione ritiene che la decisione che ordina il recupero possa essere considerata correttamente eseguita solo quando lo Stato membro interessato abbia effettuato il recupero integrale ovvero, in caso di recupero parziale, quando l'attività economica che ha beneficiato dell'aiuto sia definitivamente cessata, ovvero quando la società sia stata liquidata e i relativi attivi siano stati venduti alle condizioni di mercato, senza che la suddetta attività sia continuata a seguito della vendita del patrimonio a condizioni favorevoli¹⁷.

In caso di liquidazione di un'impresa, fintantoché l'aiuto non sia stato integralmente recuperato, lo Stato membro dovrà opporsi a qualsiasi trasferimento dei beni patrimoniali che non sia effettuato a condizioni di mercato, ovvero organizzato allo scopo di eludere la decisione di recupero. In particolare, è necessario accertare che il vantaggio indebito creato dall'aiuto non sia trasferito all'acquirente dei beni patrimoniali.

1.4. *La natura di "aiuto esistente".* – Come noto, la procedura applicabile al controllo UE delle misure nazionali che possono comprendere elementi di aiuto si incentra sulla contrapposizione tra aiuti "esistenti" e aiuti "di nuova istituzione". La qualificazione dell'aiuto come "esistente" comporta, tra l'altro, l'applicazione della procedura descritta ai sensi degli artt. 17-19 del Regolamento 659/1999.

In forza di una prassi invalsa, nel caso in cui la Commissione decida che un

¹⁴ C. giust. UE, 21 dicembre 2011, causa C-318/09 P, *A2A SpA, già ASM Brescia SpA c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 133; e 21 dicembre 2011, causa C-320/09 P, *A2A SpA, già AEM SpA c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 155 ss.

¹⁵ Trib. UE, 13 settembre 2010, cause riunite T-443/08 e T-455/08, *Freistaat Sachsen e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-1311, punti 222 ss.

¹⁶ C. giust. UE, 14 settembre 1994, causa C-42/93, *Spagna c. Commissione - "Merco"*, in *Racc.* 1994, p. I-4175, punto 33 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁷ C. giust. UE, 13 ottobre 2011, causa C-454/09, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punto 30. Conformemente anche 15 gennaio 1986, causa 52/84, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.* 1986, p. 89, punti 14-15.

aiuto «esistente» non è più compatibile con il mercato comune, i beneficiari hanno diritto ad un periodo di transizione. La giurisprudenza della Corte ha riconosciuto che tale prassi ha, con il tempo, ingenerato una legittima aspettativa in capo ai beneficiari degli aiuti classificabili come «esistenti». Pertanto, costoro hanno il diritto di nutrire un legittimo affidamento circa la concessione di un ragionevole periodo transitorio per potersi adeguare alle conseguenze derivanti dalla decisione, salva la sussistenza di una prevalente esigenza di ordine pubblico. Pertanto, negare tale periodo transitorio costituisce violazione del principio del legittimo affidamento¹⁸.

1.5. *L'intervenuta prescrizione (art. 15 Reg. 659/99)*. – Ai sensi dell'art. 15 del Regolamento di procedura, i poteri della Commissione in relazione al recupero degli aiuti sono soggetti ad un periodo limite di prescrizione pari a 10 anni.

L'art. 15 § 2 precisa che il periodo di prescrizione decorre dal giorno in cui l'aiuto illegale è concesso al beneficiario a titolo di aiuto individuale, all'interno di un regime di aiuti. Pertanto, l'elemento decisivo ai fini della determinazione del termine di prescrizione è quello della concessione effettiva dell'aiuto. Al fine di fissare il *dies a quo* del termine di prescrizione, quindi, ci si deve riferire all'effettiva concessione dell'aiuto al beneficiario e non alla data di adozione di un regime di aiuti¹⁹.

In ogni caso, qualsiasi azione²⁰ intrapresa dalla Commissione, ovvero dallo Stato membro che agisca su richiesta della prima, nei confronti dell'aiuto illegale interrompe il periodo limite. A tal proposito, anche la sola richiesta di informazioni da parte della Commissione, nei

confronti dello Stato membro ai sensi dell'art. 10 § 2 del Regolamento di procedura risulta atto giuridico idoneo a interrompere la prescrizione. In questo modo, infatti, la Commissione informa lo Stato interessato che è in possesso di informazioni relative ad un preteso aiuto illegittimo e che tale aiuto potrebbe dover essere restituito. Il termine di prescrizione decennale fissato ai sensi dell'art. 15 si applica anche nei confronti del beneficiario dell'aiuto e dei terzi. Il solo fatto che il beneficiario ignori tale richiesta di informazioni non comporta che le stesse vengano private di efficacia giuridica nei suoi confronti, stante il fatto che la Commissione non è tenuta a informare i potenziali interessati, incluso il beneficiario, delle misure che essa adotta nei confronti di un presunto aiuto illegittimo²¹.

1.6. *Il contrasto con un "principio generale di diritto comunitario"*: a) *il principio del legittimo affidamento*; b) *altri principi di diritto comunitario*; c) *impossibilità assoluta di procedere al recupero*; d) *esistenza di norme interne in materia di prescrizione e decadenza*; e) *contrasto tra recupero e giudicato interno*. – L'art. 14 § 1 del Regolamento di procedura stabilisce che la Commissione non può imporre il recupero di un aiuto illegale e incompatibile qualora ciò si riveli in contrasto con un principio generale del diritto comunitario. Si tratta di una disposizione di diritto derivato di cui la Commissione deve tener conto in sede di adozione delle decisioni e che può indurla a rinunciare, eventualmente, a ordinare il recupero degli aiuti incompatibili. I principi generali più frequentemente invocati sono il principio di tutela del legittimo affidamento²² e il principio di certezza del diritto²³.

¹⁸ C. giust. UE, 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-5479, punti 161-167.

¹⁹ C. giust. UE, 6 ottobre 2005, causa C-276/03 P, *Scott SA c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-8437, punti 27-35.

²⁰ Trib. UE, 29 marzo 2007, causa T-369/00, *Département du Loiret c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-1789.

²¹ *Id.*, punti 81-85.

²² Sul principio della tutela del legittimo affidamento, v. C. giust. UE, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH*, in *Racc.* 1997, p. I-1591, punto 25. Per un caso in cui la corte ha riconosciuto l'esistenza di legittimo affidamento invocato dal beneficiario, v. C. giust. UE, 24 novembre 1987, causa C-223/85, *Rijn-Schelde-Verolme Machinefabrieken en Scheepswerven, NV. c. Commissione - "RSV"*, in *Racc.* 1987, p. 4617.

²³ Sul principio della certezza del diritto, v. C.

a) Per quel che concerne il principio del legittimo affidamento, esso rappresenta un principio generale di diritto dell'Unione, avendo trovato progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza comunitaria²⁴.

Nell'ambito dell'*enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato, vi sono numerose decisioni in cui la Commissione, sulla base del legittimo affidamento, ha rinunciato ad esigere il recupero di un aiuto illecito²⁵. I giudici UE, tuttavia, hanno fornito un'interpretazione alquanto restrittiva del principio in questione, quando applicato nel campo degli aiuti, distinguendo le situazioni nelle quali l'affidamento è ingenerato da un comportamento dello Stato membro erogatore rispetto a quelle nelle quali lo stesso dipende da un comportamento della Commissione medesima.

Secondo le Corti UE, un operatore economico diligente deve, di norma, essere in grado di accertarsi che la procedura di cui all'art. 108 TFUE sia stata ri-

spettata. In particolare, qualora un aiuto sia stato versato senza previa notifica alla Commissione, il beneficiario dell'aiuto non può riporre nessun legittimo affidamento sulla regolarità della concessione dello stesso²⁶. Da ciò deriva che non potrà essere invocato alcun legittimo affidamento con riguardo al comportamento dello Stato membro, e sarà, al più, soltanto il comportamento della Commissione, o di un'altra istituzione dell'Unione, a poter ingenerare, entro certi limiti, un affidamento del beneficiario.

Successivamente, le Corti UE hanno precisato che il beneficiario dell'aiuto può invocare la tutela del legittimo affidamento soltanto se quest'ultimo disponga di «*assicurazioni sufficientemente precise, risultanti da un intervento attivo della Commissione*», che gli consentano di ritenere che una misura non costituisce un aiuto di Stato²⁷. In mancanza di una presa di posizione esplicita da parte della Commissione in merito ad una misura ad essa notificata, per contro, il silenzio serbato

giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-3679, punti 116-118, e C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, cit., punto 140. Per un caso di accoglimento dell'eccezione fondata sul principio di certezza del diritto, Trib. UE, 1 luglio 2004, causa T-308/00, *Saltzgitte c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-1933, punti 180-181.

²⁴ C. giust. UE, 14 maggio 1975, causa 74/74, *CNTA c. Commissione*, in *Racc.* 1976, p. 797, punto 44; e 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMW e altri*, in *Racc.* 2006, p. II-1139, punto 73.

²⁵ Dec. Comm. UE del 25 luglio 1990, 92/329/CEE, sull'aiuto concesso dal governo italiano a Industrie ottiche riunite, punto VIII; del 22 settembre 1993, 93/625/CEE, sugli aiuti concessi dal governo francese al gruppo Pari Mutuel Urbain (PMU) e alle società di corse; del 14 febbraio 1995, 95/195/CE, sull'arresto temporaneo di navi (Regione Sardegna), punto VI; del 17 luglio 1996, 96/617/CECA, relativa agli aiuti concessi a favore dell'impresa Acciaieria di Bolzano; del 16 maggio 2000, 2001/212/CE, concernente il regime di aiuto concesso dall'Italia alle grandi imprese in difficoltà; del 21 novembre 2001, 2002/347/CECA, relativa al regime francese di accantonamenti in esenzione di imposta per gli stabilimenti all'estero; del 13 maggio 2003, 2004/76/CE, relativa al regime di aiuto di Stato applicato dalla Francia a favore dei centri di coordinamento e centri logistici; del 2 agosto 2004, C(2004)3060, relativa all'aiuto concesso dalla Francia a favore di France Télécom; del 17 febbraio 2003, 2003/515/CE, relativa alla misura di aiuto alla quale i Paesi Bassi hanno dato esecuzione in favore di attività finan-

ziarie internazionali; del 17 febbraio 2003, 2003/757/CE, relativa al regime di aiuti concessi dal Belgio ai centri di coordinamento stabiliti in Belgio; del 9 marzo 2004, 2005/565/CE, relativa al regime di aiuti a cui l'Austria ha dato esecuzione concernente il rimborso dell'imposta sull'energia applicata al gas naturale e all'elettricità negli anni 2002 e 2003; del 7 dicembre 2005, 2006/323/CE, relativa all'esenzione dall'accisa sugli oli minerali utilizzati come combustibile per la produzione di allumina nella regione di Gardanne, nella regione di Shannon e in Sardegna; del 7 dicembre 2005, Investimenti dello Shetland Leasing e della Property Developments Ltd nelle Isole Shetland; del 19 luglio 2006, 2006/940/CE, relativa al regime di aiuti concessi dal Belgio a favore della holding 1929 e delle *holdings milliardaires*; del 12 gennaio 2012, 2011/282/UE, relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere cui la Spagna ha dato esecuzione (caso di accoglimento parziale).

²⁶ C. giust. UE, 11 novembre 2004, cause riunite C-183/02 P e C-187/02 P, *Demesa e Territorio Histórico de Álava c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-10609, punti 44 e 45; causa C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cit., punto 147; 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninklijke Friesland Campina*, in *Racc.* 2010, p. I-8495, punto 84; e 16 dicembre 2010, causa C-537/08 P, *Kahla Thüringen Porzellan c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-12917, punto 63.

²⁷ Trib. UE, 30 novembre 2009, cause riunite T-427/04 e 17/05, *Francia e France Télécom c.*

dall'Istituzione non può ostare al recupero dello stesso.

A tal proposito, la Corte ha sottolineato come un errore di valutazione della Commissione nei confronti di un aiuto inizialmente dichiarato compatibile non può vanificare le conseguenze di un comportamento illegittimo dello Stato erogatore. Ne consegue che nemmeno l'iniziale valutazione di compatibilità di una misura, poi dichiarata illegittima, può essere considerata fonte di legittimo affidamento, dovendosi attendere lo spirare del termine per l'impugnazione e l'esito dell'eventuale ricorso²⁸.

In un caso isolato, i giudici hanno ritenuto una decisione illegittima per violazione del principio del legittimo affidamento. Si trattava di un ipotesi limite, in cui la Commissione aveva atteso 26 mesi dalla notifica dell'aiuto per deliberare la sua illegittimità e, conseguentemente, ordinare il suo recupero²⁹. Da tale precedente, tuttavia, discende che l'esistenza di circostanze eccezionali può giustificare l'annullamento della decisione della Commissione, qualora quest'ultima ometta di prenderle in considerazione e che il beneficiario dell'aiuto può invocare il legittimo affidamento dinanzi al giudice comunitario per opporsi al suo rimborso³⁰.

b) I tentativi dei beneficiari dell'aiuto di invocare altri principi di diritto comunitario al fine di annullare l'ordine di recupero sono stati parimenti (pressoché costantemente) disattesi dalle Corti dell'UE³¹.

In particolare, per quel che concerne il

principio di certezza del diritto, i giudici UE hanno statuito che lo stesso può essere riconosciuto soltanto ove la situazione di incertezza e mancanza di chiarezza sia determinata in forza di un comportamento della Commissione, la quale, tra l'altro, abbia violato il dovere di diligenza che incombe su di essa³².

In relazione invece al principio di proporzionalità, la Corte di giustizia, a fronte dell'eccezione di sproporzione dell'obbligo imposto dalla decisione negativa di recupero degli aiuti, ha sottolineato che la soppressione di un aiuto illegittimo mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità. Pertanto, il recupero medesimo non può, in linea di principio, ritenersi un provvedimento sproporzionato rispetto alle finalità delle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato³³. I giudici non hanno accolto tale eccezione nemmeno nel caso in cui l'aiuto illegittimo era stato concesso sotto forma di esenzione fiscale, il cui recupero avrebbe quindi assunto la forma di obbligo fiscale retroattivo e, in quanto tale, in contrasto con i principi generali del diritto comunitario³⁴.

c) Lo Stato membro cui è destinata una decisione di recupero è tenuto ad eseguirla³⁵. La Corte di giustizia ha ammesso un'unica eccezione all'obbligo posto a carico di uno Stato membro di dare esecuzione a una decisione di recupero ad esso destinata, ossia l'esistenza di circostanze eccezionali da cui derivi l'impossibilità assoluta per lo Stato membro di dare corretta esecuzione alla decisione³⁶. Si tratta,

Commissione, in *Racc.* 2009, p. II-4315, punti 259 ss., confermata dalla C. giust., 8 dicembre 2011, causa C-81/10 P, non ancora pubblicata, punti 58 ss.

²⁸ C. giust. UE, 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. I-135; e 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF et Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition*, in *Racc.* 2008, p. I-469, punti 62-69.

²⁹ V. causa C-223/85, *RSV*, cit.

³⁰ C. giust. UE, 10 giugno 1993, causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1993, p. I-3131, punto 18; Trib. UE, 1 luglio 2010, causa T-63/08, *Cementir Italia Srl c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. II-123, punti 281 ss.

³¹ Per un caso di accoglimento del principio di parità di trattamento si vedano le cause riunite

C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cit., punti 170-175.

³² Per un precedente di accoglimento del principio di certezza del diritto da parte delle Corti UE, v. causa T-308/00, *Saltzgitte c. Commissione*, cit. Per un caso, invece, in cui è la stessa Commissione a riconoscere tale principio in una decisione che dichiara l'aiuto incompatibile, v. Dec. 20 settembre 2006, *G.E.I. fiscaux*.

³³ C. giust. UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione - "Tubemeuse"*, in *Racc.* 1990, p. I-959, punto 65.

³⁴ V. causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, cit., punto 17.

³⁵ V. causa 94/87, *Commissione c. Germania*, cit.

³⁶ C. giust. UE, causa C-404/00, *Commissione c. Spagna*, cit., punto 40; 22 marzo 2001, causa

tuttavia, di un'eccezione i cui confini sono stati interpretati in modo assai restrittivo dai giudici dell'Unione.

Come sopra accennato, in forza del dovere di leale collaborazione, qualora sussistano particolari difficoltà nell'esecuzione del recupero, la Commissione e lo Stato membro devono collaborare in buona fede per superare tali difficoltà nel pieno rispetto delle norme del Trattato. In particolare, i giudici dell'Unione ritengono che la condizione dell'impossibilità assoluta di adempiere non sia soddisfatta quando lo Stato membro convenuto si limiti a comunicare alla Commissione difficoltà giuridiche, politiche o pratiche incontrate nell'esecuzione della decisione, senza tuttavia intraprendere alcuna iniziativa presso le imprese interessate al fine di recuperare l'aiuto e senza proporre altre modalità di esecuzione della decisione che consentano di superare le difficoltà in questione³⁷.

È interessante notare come la Corte di giustizia non abbia mai fornito la definizione generale di "impossibilità assoluta a procedere all'esecuzione". Vero è che, a tale riguardo, i giudici UE sono addivenuti a un temperamento, seppure parziale, riconoscendo la sussistenza dell'obbligo di leale cooperazione anche in capo alla Commissione, in forza del carattere di reciprocità del principio³⁸. Ciò premesso, sono state numerose le occasioni in cui i giudici comunitari si sono limitati a precisare in quali casi non fossero ravvi-

sabili elementi sufficienti per ritenere sussistente tale impossibilità³⁹, sottolineando, tra l'altro, che l'unico caso in cui può essere accolta l'impossibilità assoluta è quello in cui il recupero sia, fin dall'origine, in maniera assoluta e obiettiva, impossibile da realizzare⁴⁰. In ogni caso, al fine di avvalersi di tale eccezione, lo Stato membro deve, di norma, dare avvio alla procedura di recupero, sia pure infruttuosamente, in modo da poter fornire le prove delle difficoltà incontrate nel corso dell'esecuzione.

Secondo la giurisprudenza, tale difesa è esperibile esclusivamente da parte dello Stato membro destinatario dell'ordine di recupero, e non dal beneficiario dell'aiuto presso il quale quest'ultimo deve essere recuperato⁴¹.

d) Ai sensi dell'art. 14 § 3 del Regolamento di procedura, le concrete modalità di recupero dell'aiuto dichiarato illegittimo sono rimesse alla disciplina nazionale degli Stati membri. Tuttavia, gli ordinamenti interni, talvolta, sono retti da regole che potrebbero trovarsi in contrasto con il diritto UE. Le autorità nazionali, in diverse occasioni, hanno invocato disposizioni interne in materia di prescrizione e decadenza poste a tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto, per giustificare l'inosservanza dell'ordine di recupero.

In particolare, in due casi, ormai risalenti, la Germania ha eccepito una disposizione del proprio diritto nazionale ai

C-261/99, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2001, p. I-2537 punto 23; 20 settembre 2007, causa C-177/06, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2001, p. I-7689, punto 46; 12 maggio 2005, causa C-415/03, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 2007, p. I-3875, punto 35.

³⁷ C. giust. UE, 13 novembre 2008, causa C-214/07, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2008, p. I-8357, punti 44-46; 14 dicembre 2006, cause riunite da C-485/03 a C-490/03, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2006, p. I-11887, punto 74, e la giurisprudenza ivi citata.

³⁸ V. causa 52/84, *Commissione c. Belgio*, cit., punto 16; causa 94/87, *Commissione c. Germania*, cit., punto 9; causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, cit., punto 19; 1 aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2004, p. I-3353, punto 17; Trib. UE, 1 luglio 2009, cause riunite T-81/07, T-82/07 e T-83/07, *Jan Rudolf Maas e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-2411, punti 192-193.

³⁹ V. causa C-214/07, *Commissione c. Francia*, cit., punti 44-46; e cause riunite da C-485/03 a C-490/03, *Commissione c. Spagna*, cit., punto 46. Di recente, la Commissione ha riconosciuto, per la prima volta, l'esistenza dell'assoluta impossibilità al recupero di un aiuto dichiarato incompatibile (e ciò senza che lo Stato membro avesse avviato la procedura di recupero): cfr. comunicato stampa della Commissione, IP/12/1412 del 19 dicembre 2012 e la Dec. C(2012) 9461 final, 19 dicembre 2012, riguardante il regime di esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici, punti 191 ss.

⁴⁰ C. giust. UE, 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Regno del Belgio c. Commissione - "Maribel I"*, in *Racc.* 2000, p. I-3671, punto 86.

⁴¹ C. giust. UE, 20 settembre 2007, causa C-177/06, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2007, p. I-7689, punto 46.

sensi della quale un atto amministrativo non può essere revocato, senza previa valutazione degli interessi in gioco, trascorso il termine di un anno dal momento in cui le autorità siano venute a conoscenza dei motivi che giustificano la revoca dell'atto irregolare. Il governo convenuto invocava dunque il principio del legittimo affidamento sancito, a livello nazionale, dalla legge sulla procedura amministrativa tedesca. La Corte ha rigettato tale argomento, fondando la propria decisione sul principio di effettività, stante il fatto che una norma dell'ordinamento interno non può rendere praticamente impossibile la ripetizione dell'aiuto erogato⁴².

e) La sentenza della Corte in *Lucchini* rappresenta un caso interessante di applicazione dell'impossibilità giuridica a procedere al recupero. Il Consiglio di Stato italiano aveva posto ai giudici comunitari una questione pregiudiziale interpretativa ravvisando un obiettivo contrasto fra un giudicato civile, ai sensi dell'articolo 2909 del codice civile italiano, da un lato, ed una decisione comunitaria di segno opposto, dall'altro⁴³.

In tale contesto, i giudici hanno statuito che il diritto UE osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisca il recupero di un aiuto erogato in contrasto con il diritto UE e già dichiarato incompatibile da una decisione divenuta definitiva. La Corte, in particolare, rileva che spetta ai giudici nazionali interpretare le disposizioni del diritto nazionale in modo da consentire l'attuazione del diritto UE⁴⁴.

2. *La ripartizione di competenze tra Commissione e giudici nazionali – La sospensione temporanea di provvedimenti nazionali di esecuzione della decisione negativa di recupero – Le stringenti condizioni necessarie per la concessione della sospensione provvisoria (i precedenti Zuckerfabrik e Atlanta).* – Mentre la Commissione ha la competenza esclusiva di dichiarare incompatibile con il mercato comune una misura nazionale, l'attuazione dell'obbligo di recupero è rimessa esclusivamente all'autorità nazionale. Tale divisione di competenze, introdotta dalla giurisprudenza UE sin dalla pronuncia *Deutsche Milchkontor*⁴⁵, trova conferma anche nel tenore letterale dell'art. 14 § 3 del Regolamento di procedura.

Le prerogative dei giudici nazionali in sede di esecuzione della decisione di recupero trovano l'unico limite dell'osservanza del principio di effettività delle decisioni della Commissione⁴⁶. In altre parole, la discrezionalità delle autorità nazionali non si estende sino a rendere impossibile l'esecuzione del recupero imposto dal diritto comunitario⁴⁷.

Di recente, le Corti UE hanno precisato che i giudici nazionali non dispongono di alcuna discrezionalità in sede di applicazione dell'art. 107 § 1 TFUE, dovendosi limitare a dare esecuzione alla decisione di recupero. Ciò non impedisce loro di tener conto di alcune "riserve" (e.g., soglia *de minimis*, aiuti esistenti o compatibili in virtù di un regolamento di esenzione) né di interpretare la nozione di aiuto e di pronunciarsi sulle eventuali peculiarità di un caso di applicazione concreta, proponendo eventualmente una questione pregiudiziale alla Corte⁴⁸.

⁴² V. causa 94/87, *Commissione c. Germania*, cit., punto 6; 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Repubblica federale di Germania - "BUG-Alutechnik"*, in *Racc.* 1990, p. I-3437, punti 9-11.

⁴³ C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA - "Lucchini"*, in *Racc.* 2007, p. I-6199.

⁴⁴ *Id.*, punti 59-63.

⁴⁵ C. giust. UE, 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 a 215/82, *Deutsche Milchkontor c. Germania*, in *Racc.* 1983, p. 2633, punto 19.

⁴⁶ V., *ex multis*, C. giust. UE, 21 febbraio 1990, causa C-74/89, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.* 1990, p. I-491.

⁴⁷ C. giust. UE, 13 giugno 2002, causa C-382/99, *Paesi Bassi c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-5163, punto 90. Sulla ripartizione di competenze anche in caso di difficoltà di esecuzione, v. Trib. UE, 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) BV c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1475, punto 69.

⁴⁸ Trib. UE, 11 giugno 2009, causa T-301/02, *AEM SpA c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-1757, punti 165-167, confermata dalla Corte ai punti 160-161, causa C-320/09 P, cit.

Nell'ambito di un'azione nazionale, il beneficiario può chiedere al giudice nazionale la sospensione temporanea dei provvedimenti interni di esecuzione della decisione di recupero, sulla base della presunta illegittimità della decisione di recupero della Commissione. Il giudice dovrà, quindi, valutare se il caso di specie presenti le condizioni prescritte ai sensi della giurisprudenza della Corte⁴⁹. I giudici dell'Unione, infatti, hanno individuato delle stringenti condizioni da rispettare affinché la sospensione cautelare ordinata dal giudice nazionale sia legittima⁵⁰.

3. *Rilievi procedurali*: a) *il rinvio pregiudiziale di validità e di interpretazione*; b) *la giurisprudenza TWD*; c) *il caso Atzeni*. – a) Sebbene, in linea di principio, i giudici nazionali possano trovarsi ad esaminare la validità di un atto delle istituzioni comunitarie, questi non sono competenti a dichiararne l'invalidità⁵¹. Soltanto la Corte, infatti, è competente a dichiararne l'eventuale invalidità, anche a seguito di rinvio pregiudiziale⁵². In merito, rileva che la giurisprudenza comunitaria, specie in materia di aiuti di Stato, considera il procedimento "diretto" del ricorso di annullamento (*ex art. 263 TFUE*) e quello "indiretto" del rinvio pregiudiziale di validità come complementari all'interno del sistema di tutela giurisdizionale predisposto dal diritto comunitario⁵³.

b) In merito alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali, inizialmente la Corte aveva adottato un approccio piuttosto "liberale" che consentiva al soggetto che

avesse depositato un ricorso di annullamento di proporre al tempo stesso un rinvio pregiudiziale di validità dello stesso atto in una causa pendente dinanzi al giudice nazionale⁵⁴. Successivamente, la corte, rivedendo tale approccio nel caso *TWD*, ha escluso che il beneficiario dell'aiuto possa contestare la legittimità della decisione negativa dinanzi ai giudici nazionali (ad esempio, suggerendo al giudice nazionale di sottoporre un rinvio pregiudiziale di validità) quando costui avrebbe potuto impugnare tale decisione dinanzi alle giurisdizioni UE e abbia lasciato decorrere i termini imperativi, previsti ai sensi dell'art. 263 § 6 TFUE⁵⁵.

Si deve, tuttavia, distinguere il caso in cui la decisione negativa della Commissione menzioni espressamente il beneficiario dell'aiuto individuale controverso da quello in cui la decisione contestata verta su regimi di aiuti destinati a categorie di persone definite in modo generico e non a beneficiari espressamente individuati⁵⁶. In generale, al di fuori della fattispecie alla base del caso *TWD*, sembra restare applicabile la giurisprudenza precedente che consente il parallelo esperimento delle azioni, diretta ed indiretta, contro il medesimo atto comunitario.

c) Il superamento della giurisprudenza *TWD* trova definitiva conferma nella pronuncia *Atzeni* della Corte di giustizia⁵⁷. La Corte di giustizia, nonostante il carattere tardivo del ricorso di annullamento, ha ritenuto ricevibili i quesiti pregiudiziali di validità presentati dalle ricorrenti poiché, «contrariamente alle circostanze all'origine

⁴⁹ C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen A.G. e altri c. Hauptzollamt Paderborn - "Zuckerfabrik"*, in *Racc.* 1991, p. I-415, punti 23 e ss.; 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft GmbH e altri - "Atlanta"*, in *Racc.* 1995, p. I-3761, punto 51.

⁵⁰ *Id.*, punto 51.

⁵¹ C. giust. UE, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.* 1987, p. 4199, punto 20.

⁵² V. causa C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, cit., punto 17; 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Racc.* 2006, p. I-403, punto 27.

⁵³ C. giust. UE, 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e altri c. Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2006, p. I-1875, punti 84-85.

⁵⁴ C. giust. UE, 27 settembre 1983, causa 216/82, *Universität Hamburg c. Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, in *Racc.* 1983, p. 2771, punti 7-11; 21 maggio 1987, cause riunite da 133 a 136/85, *Walter Rau Lebensmittelwerke e altri c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, in *Racc.* 1987, p. 2289.

⁵⁵ C. giust. UE, 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, in *Racc.* 1994, p. I-833, punti 17 e 18; e 22 ottobre 2002, causa C-241/01, *National Farmers' Union*, in *Racc.* 2002, p. I-9079, punto 34.

⁵⁶ V. cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Atzeni*, cit. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale, 27 maggio 1997, causa C-408/95, *Eurotunnel SA c. Sea France*, in *Racc.* 1997, p. I-6315, punto 18.

⁵⁷ V. cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Atzeni*, cit.

della sentenza TWD, non era manifesto che un ricorso di annullamento nei confronti di una decisione contestata proposto dai beneficiari delle quattro misure di aiuto sarebbe stato ricevibile»⁵⁸.

Ancora diverso è, infine, il caso in cui il rinvio pregiudiziale di validità sia proposto d'ufficio dal giudice nazionale. In tal caso, infatti, anche qualora il beneficiario non abbia impugnato una decisione che lo riguardava direttamente entro i termini previsti ai sensi del diritto dell'Unione, i giudici comunitari hanno statuito che il rinvio di validità non possa essere dichiarato irricevibile⁵⁹.

II. DIFESE PER UN BENEFICIARIO AVVERSO UN ORDINE DI RECUPERO DI UN GIUDICE NAZIONALE AI SENSI DELL'ART. 108 § 3 TFUE

La giurisprudenza della Corte ha riconosciuto che l'obbligo di recupero dell'aiuto illegittimo, emanato dal giudice nazionale, non si configura come assoluto. Vi sarebbero, infatti, circostanze eccezionali sulla base delle quali sarebbe inappropriato ordinare il rimborso di un aiuto di Stato illegale.

Nel caso *SFEI*⁶⁰, i giudici comunitari hanno accolto le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Jacobs⁶¹, secondo il quale la ripetizione di un aiuto non sarebbe il solo mezzo atto a garantire l'efficacia del divieto di cui all'art. 108 § 3, ultimo periodo. Al contrario, si possono presentare dei casi nei quali è opportuno evitare il recupero degli aiuti e procedere, ad esempio, a chiedere il risarcimento dei danni allo Stato erogatore degli stessi.

I giudici, tuttavia, non hanno riconosciuto la sussistenza di circostanze "eccezionali", tali da precludere il recupero, nel

caso di un aiuto illegale, versato nel periodo successivo ad una decisione della Commissione attestante la compatibilità di quell'aiuto con il mercato comune, ma prima dell'annullamento di quella decisione da parte del Tribunale UE. La Corte, infatti, ha ribadito che, sebbene al beneficiario non venga preclusa la possibilità di invocare circostanze eccezionali sulle quali ha fondato il proprio legittimo affidamento, la decisione positiva di per sé non può creare il legittimo affidamento dell'impresa beneficiaria e non costituisce circostanza eccezionale, soprattutto quando questa è contestata dinanzi ai giudici comunitari. Finché il termine per il ricorso avverso una decisione di compatibilità non sia scaduto, il beneficiario non ha, quindi, alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto prospettato⁶².

Infine, la Commissione, nella propria Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, rifacendosi alla giurisprudenza *SFEI*, suggerisce che il criterio giuridico da applicare, in relazione alle circostanze eccezionali in cui sarebbe inappropriato ordinare il rimborso di un aiuto di Stato illegale, dovrebbe essere analogo a quello applicabile ai sensi dell'art. 14 del Regolamento di procedura⁶³. Per giustificare la mancata emanazione da parte di un giudice nazionale di un ordine di recupero, occorre quindi che un fatto specifico e concreto abbia suscitato legittime aspettative da parte del beneficiario⁶⁴. Tale scenario ricorre, ad esempio, quando la stessa Commissione abbia fornito precise assicurazioni che la misura in questione non costituisce aiuto di Stato ovvero che non è soggetta alla clausola di sospensione⁶⁵.

EDOARDO GAMBARO

⁵⁸ *Id.*, punto 34.

⁵⁹ C. giust. UE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, in *Racc.* 2006, p. I-289, punto 73-74.

⁶⁰ C. giust. UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international e altri contro La Poste e altri - "SFEI"*, in *Racc.* 1996, p. I-3547.

⁶¹ Concl. Jacobs del 14 dicembre 1995, causa C-39/94, *SFEI*, in *Racc.* 1996, p. I-3547, punto 73-77.

⁶² V. causa C-199/06, *CELF*, cit., punto 67; C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-91/01, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-4355, punto 66.

⁶³ In G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, pp. 1-22, punto 32.

⁶⁴ V. Concl. Jacobs, causa C-39/94, *SFEI*, cit., punto 73; V. causa C-223/85, *RSV*, cit., punto 17.

⁶⁵ V. causa C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cit., punto 147.

Bibliografia

BRANDTNER - BERANGER - LESSENICH, «Private State Aid Enforcement», in *EStAL*, I, 2010, p. 23; GIRAUD, «A Study of the Notion of Legitimate Expectations in State Aid and Recovery Proceedings: "Abandon All Hope, Ye Who Enter Here"», in *CMLR*, 2008, p. 1399; GYARFAS, «Recovery of State Aid in Corporate Groups and Post-Transfer», in *EStAL*, I, 2012, p. 33; E. GAMBARO - A. PAPI ROSSI, «Recovery of Unlawful and Incompatible Aid», in *Competition and State Aid*, (ed.) A. SANTA MARIA, L'Aja, 2007, pp. 183 ss.; E. GAMBARO, «The Judicial Phase», in *Competition and State Aid*, (ed.) A. SANTA MARIA, L'Aja, 2007, pp. 221 ss.; D. GRESPAN, «Recovery of Unlawful and Incompatible Aid», in *EC*

Competition Law. State Aid, (eds.) W. MEDERER - N. PESARESI - M. VAN HOOF, vol. IV, Lovanio, 2008, pp. 3.236 ss.; KOHLER, «Private Enforcement of State Aid Law - Problems of Guaranteeing EU Rights by Means of National (Procedural) Law», in *EStAL*, II, 2012, p. 369; T. KÖSTER, «Recovery of Unlawful State Aid», in *The EC State Aid Regime*, (ed.) M. SANCHEZ RYDELSKI, Londra, 2007, p. 653; MONTI, «Recovery Orders in State Aid Proceedings: Lessons from Antitrust?», in *EStAL*, III, 2011, p. 415; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; A. SANTA MARIA, *European Economic Law*, L'Aja, 2009, pp. 461 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il risarcimento dei danni per la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (Diritto UE)

Sommario: I. L'AZIONE RISARCITORIA QUALE STRUMENTO DI PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO DELL'UE E LA SUA RILEVANZA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO. – 1. Le condizioni per il sorgere della responsabilità dello Stato membro e la disciplina degli aiuti. – 2. Il conferimento di diritti ai singoli nell'art. 108 § 3 TFUE. – 3. La natura sufficientemente caratterizzata della violazione dell'obbligo di sospensione. – 4. Il nesso di causalità diretta tra violazione e danno. – II. I DANNI RISARCIBILI NEI CONFRONTI DEI CONCORRENTI, LA LORO PROVA E QUANTIFICAZIONE. – III. I DANNI DERIVANTI DALLA MANCATA ESECUZIONE DI UNA DECISIONE DI RECUPERO. – IV. L'AZIONE CONTRO LO STATO DA PARTE DEL BENEFICIARIO IN QUALITÀ DI DANNEGGIATO. – V. AZIONI RISARCITORIE IN MATERIA DI AIUTI DA PARTE DI SOGGETTI TERZI. – VI. IPOTESI DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL BENEFICIARIO DELL'AUTO.

I. L'AZIONE RISARCITORIA QUALE STRUMENTO DI PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO DELL'UE E LA SUA RILEVANZA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

La possibilità che la violazione del diritto dell'UE dia luogo ad azioni risarcitorie contro uno Stato membro si fonda su di una nota giurisprudenza della corte di giustizia. Il principio generale dell'obbligo di risarcimento per le infrazioni al diritto dell'UE, infatti, non trova un'esplícita base normativa nei Trattati, ma discende dall'opera "creativa" della corte. A partire dall'affermazione per cui questo principio è «inerente al sistema del Trattato», contenuta nella famosa sentenza *Francovich* (nonché nella successiva sentenza *Brasserie du Pêcheur*, di pari rilevanza)¹, la responsabilità verso i singoli degli Stati autori di violazioni del diritto UE è stata annoverata tra i principi più rilevanti nell'ordinamento giuridico dell'U-

nione. Nella prospettiva della corte, il rimedio dell'azione che il danneggiato può proporre contro uno Stato autore di una violazione costituisce uno dei principali strumenti a disposizione del giudice nazionale per garantire la tutela delle situazioni giuridiche di vantaggio nascenti dal diritto dell'UE in capo ai singoli.

Nella specifica materia degli aiuti di Stato, la corte di giustizia UE è favorevole in astratto a riconoscere la configurabilità di obblighi di risarcimento in capo agli Stati inadempienti. Peraltro, nella giurisprudenza nazionale non si ravvisa una prassi significativa di azioni di risarcimento e di correlate sentenze di condanna di Paesi membri per la violazione delle norme degli artt. 107 e 108 TFUE. Il che si spiega verosimilmente per la difficoltà, pure in questa materia, di far valere in un giudizio interno la sussistenza dei presupposti della responsabilità statale delineati nella giurisprudenza dell'UE.

Anche a prescindere dalle concrete ricadute negli ordinamenti nazionali, è spesso rimarcata, specie da parte della Commissione, l'opportunità che i privati contribuiscano all'effettività della disciplina degli aiuti di Stato attraverso azioni risarcitorie². In questa prospettiva, una sentenza che disponga il ristoro della perdita patrimoniale subita in conseguenza di una violazione dell'art. 108 § 3 del TFUE rappresenta evidentemente uno degli strumenti con cui il giudice nazionale può esercitare il compito «di disporre provvedimenti atti a rimediare concretamente agli effetti dell'illegalità dell'erogazione dell'aiuto»³.

Presenta particolare interesse nel campo degli aiuti il fatto che la tutela ri-

¹ C. giust. UE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica italiana* - "Francovich", in *Racc.* 1992, p. I-3547, punto 35; C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri* - "Brasserie du Pê-

cheur e Factortame", in *Racc.* 1996, p. I-1131, punto 31.

² V. Comunicazione Comm. in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, punto 43 ss.

³ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF), Ministre de la culture et de la communication/Société internationale de diffusion et d'édition* - "Celf I", in *Racc.* 2008, p. I-469, punto 46.

sarcitoria per violazione del diritto dell'UE si configuri come un rimedio che non ha natura alternativa rispetto all'efficacia diretta, bensì che si può cumulare ad essa⁴. Il risarcimento concerne infatti il contenuto patrimoniale della pretesa del privato, e si può aggiungere alla tutela che l'efficacia diretta offre in ordine alla pretesa sostanziale fondata sulle norme di diritto dell'UE invocate dal singolo nel giudizio interno. Un operatore economico – concorrente dell'impresa beneficiaria, o terzo – può quindi agire innanzi all'autorità giudiziaria nazionale da un lato per ottenere che sia rilevato il vizio di un atto di concessione di un aiuto illegale e sia ordinato al beneficiario di restituire l'aiuto, dall'altro per richiedere che lo Stato provveda al ristoro del danno patrimoniale causato con l'illegittima erogazione (v. *infra* III). Analogamente, le due domande possono essere cumulativamente presentate nell'ipotesi in cui allo Stato si imputi il mancato o tardivo adempimento dell'obbligo di recuperare l'aiuto illegale: un soggetto diverso dal beneficiario può in primo luogo invocare in un giudizio interno la decisione della Commissione che abbia ordinato il recupero dell'aiuto illegale e chiederne il rispetto; in secondo luogo, al privato che si ritenga leso è offerto l'ulteriore rimedio della domanda di risarcimento del danno derivante dalla posizione concorrenziale indebitamente favorevole, che permane in capo al soggetto che non abbia restituito l'aiuto (v. *infra* IV).

In conformità alla giurisprudenza della corte di giustizia, anche in ordine alla disciplina degli aiuti può essere fatta valere la responsabilità dello Stato mem-

bro – inteso nel suo complesso – qualora la violazione derivi dall'atto di qualunque organo statale, che eserciti poteri di natura legislativa⁵, o esecutiva⁶, o giudiziaria⁷. Con specifico riferimento alla condotta degli organi giudiziari, è importante ricordare che la corte dell'UE, in ordine ad una questione pregiudiziale sollevata da un giudice italiano proprio in materia di aiuti, ha confermato che la violazione manifesta del diritto dell'UE da parte di un giudice di ultima istanza può far sorgere la responsabilità dello Stato⁸. Da un errore giudiziario nell'interpretazione e applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE (o comunque del diritto UE in materia di aiuti) può discendere in capo allo Stato un obbligo di risarcimento verso il singolo, senza che rilevi il diverso profilo dell'eventuale responsabilità personale del giudice⁹. Secondo i principi generali che la corte di giustizia ha rimarcato anche con specifico riferimento al campo degli aiuti, infatti, l'obbligo di risarcimento per violazione del diritto dell'UE non concerne la responsabilità individuale dell'organo statale, ma mira a consentire al singolo di ottenere tutela nei confronti dello Stato nel suo complesso¹⁰.

1. *Le condizioni per il sorgere della responsabilità dello Stato membro e la disciplina degli aiuti.* – La corte di giustizia fa salva l'applicazione delle disposizioni degli ordinamenti interni sulla responsabilità civile e sulla tutela risarcitoria, anche in ordine a violazioni del diritto dell'UE. Nel quadro di tale forma di rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, la giurisprudenza della corte ha però sancito la condizione in base alla quale i

⁴ Cfr. C. giust. UE, "Brasserie du Pêcheur e Factortame", cit., punto 22.

⁵ C. giust. UE, "Brasserie du Pêcheur e Factortame", cit., punto 36.

⁶ C. giust. UE, 23 maggio 1996, C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.* - "Lomas", in *Racc.* 1996, p. I-2553, punto 23 ss.

⁷ C. giust. UE, 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich* - "Köbler", C-224/01, in *Racc.* 2003, p. I-10239, punto 43.

⁸ C. giust. UE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo Spa c. Repubblica italiana* - "Traghetti del Mediterraneo", in *Racc.* 2006, p. I-

5177, spec. punto 41. In conformità alla sentenza della corte, si veda la successiva sentenza del giudice del rinvio, che «dichiara la sussistenza dell'illecito commesso dallo Stato Giudice»: Trib. Genova, 27 febbraio 2009, n. 1329, in *Giur. merito*, 2010, 4, p. 991.

⁹ Cfr. in generale C. giust. UE, 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Repubblica italiana* - "Commissione c. Italia", non ancora pubblicata.

¹⁰ Cfr. C. giust. UE, 17 aprile 2007, C-470/03, *A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio e Tarmo Lehtinen* - "Agm-Cos.Met", in *Racc.* 2007, p. I-2749, punto 97 ss.

giudici nazionali devono accordare ai diritti nascenti per i singoli dal diritto dell'UE una protezione giudiziaria effettiva ed equivalente alla tutela garantita ai diritti di origine interna¹¹.

L'ordinamento statale regola la maggior parte dei profili formali e sostanziali della tutela risarcitoria che i giudici possono essere chiamati ad accordare ai privati, quali quelli relativi alla competenza in merito alla determinazione dei danni risarcibili o alle forme di proposizione della domanda giudiziale di risarcimento¹². Sulla base delle norme nazionali, ad esempio, devono essere risolte eventuali questioni in materia di ripartizione della giurisdizione tra autorità giudiziarie interne. A quest'ultimo riguardo si noti che nel diritto italiano la recente devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle controversie relative agli atti di erogazione di aiuti illegali e agli atti di recupero (art. 49.2, l. 24 dicembre 2012, n. 234) lascia impregiudicata la questione (non pienamente risolta nella giurisprudenza interna) della competenza del giudice civile o amministrativo in merito alle domande di risarcimento dei danni, anche nascenti dal provvedimento statale in materia di aiuti.

Alla giurisprudenza dell'UE si deve invece fare riferimento per l'individuazione dei presupposti della responsabilità civile dello Stato membro¹³. La corte di giustizia è giunta a indicare tre criteri per il sorgere del diritto del singolo al risarcimento: «che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi»¹⁴.

I giudici dell'UE si sono espressi, in linea di principio, in senso favorevole alla possibilità che sussistano tali condizioni nel caso di infrazioni statali alle norme in materia di aiuti, con particolare riferimento a quella che rappresenta la principale (ma non l'unica) violazione a fronte della quale si possono configurare obblighi di risarcimento a carico dello Stato membro, ossia l'erogazione di un "aiuto illegale". Il mancato rispetto dell'obbligo di sospensione costituisce una violazione che può essere accertata agevolmente, in quanto è sufficiente verificare che lo Stato ha erogato l'aiuto in un momento in cui la Commissione non aveva emanato una decisione di autorizzazione al riguardo. Non è però scontato che si possa dimostrare in modo altrettanto facile che sussistono i presupposti della responsabilità dello Stato per un asserito danno causalmente collegato alla violazione stessa.

Nelle sentenze della corte dell'UE a questo proposito si rinvencono per lo più dichiarazioni formulate in via incidentale, ai sensi delle quali il giudice nazionale può essere chiamato, oltre che ad ordinare il recupero degli aiuti illegali, a giudicare su eventuali azioni risarcitorie per la violazione delle norme sugli aiuti e in particolare dell'art. 108 § 3 TFUE¹⁵. Nelle affermazioni generiche dei giudici dell'UE sull'esperibilità in astratto delle azioni risarcitorie si può scorgere una certa riluttanza ad entrare nel merito della responsabilità degli Stati in questa materia. Malgrado in casi diversi la corte abbia preso posizione chiaramente in ordine alla sussistenza nelle singole fattispecie dei presupposti della responsabilità statale¹⁶, l'approccio che sino ad oggi si riscontra nelle pronunce che si sono occupate della questione in materia di aiuti

¹¹ Sui principi di effettività ed equivalenza nella tutela risarcitoria, v. C. giust. UE, 26 gennaio 2010, C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, SAL c. *Administración del Estado - "Transportes Urbanos y Servicios Generales"*, in *Racc.* 2010, p. I-635, punto 33 ss.

¹² In questo senso v. già C. giust. UE, "Franco-vich", cit., punto 42 ss.

¹³ C. giust. UE, 13 marzo 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue - "Thin Cap Group"*, in *Racc.* 2007, p. I-2107, punto 116.

¹⁴ C. giust. UE, "Brasserie du Pêcheur e Factortame", cit., punto 51 e punto 74.

¹⁵ Cfr. C. giust. UE, 5 ottobre 2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri - "Transalpine"*, in *Racc.* 2006, p. I-9957, punto 56; "Celf I", cit., punti 53 e 55.

¹⁶ Cfr. ad es. C. giust. UE "Köbler", cit., punto 101; C. giust. UE, 28 giugno 2001, C-118/00, *Gervais Larsy c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI) - "Larsy"*, in *Racc.* 2001, p. I-5063, punto 40; C. giust. UE, 17

appare più incline a lasciare questo compito ai giudici nazionali. A questi ultimi, del resto, è riservata la competenza ad adottare le decisioni finali sulla sussistenza in concreto della responsabilità dello Stato – specie in ordine alle questioni di prova e all'esistenza del nesso causale – e ad assumere le determinazioni conseguenti in merito alla quantificazione dell'eventuale ristoro patrimoniale per i danni subiti dai singoli.

2. *Il conferimento di diritti ai singoli nell'art. 108 § 3 TFUE.* – Venendo all'esame dei singoli presupposti della responsabilità, si è visto in precedenza come la giurisprudenza dell'UE consideri che un'azione risarcitoria contro uno Stato membro possa essere fondata innanzitutto se chi agisce vanta la lesione di una posizione giuridica di vantaggio che la norma europea violata era preordinata a conferire ai singoli¹⁷. Per quanto riguarda in particolare la violazione consistente nell'erogazione di aiuti illegali, la corte di giustizia ha riconosciuto anche in pronunce risalenti che l'obbligo di sospensione stabilito dall'art. 108 § 3 dà vita a diritti soggettivi degli individui che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare¹⁸. Si tratta di considerazioni che hanno trovato costante conferma in varie sentenze successive in cui la corte di giustizia ha ribadito il ruolo del giudice nazionale nell'*enforcement* dell'obbligo di sospensione¹⁹.

Si potrebbe osservare in senso contrario che il testo dell'art. 108 § 3, ultima frase, non pare strettamente rivolto ai singoli come destinatari e beneficiari²⁰: la di-

sposizione che sancisce l'obbligo di sospensione appare destinata principalmente a regolare le relazioni tra Commissione e Stati membri, in modo che gli Stati stessi non impediscano alla Commissione di esercitare la sua funzione di controllo. In ogni caso, la giurisprudenza dell'UE è chiaramente orientata a considerare che la norma che prevede l'obbligo di sospensione in capo agli Stati contenga un precetto idoneo a creare diritti in capo ai singoli²¹. L'approccio della corte, che si rinvia all'interno di sentenze principalmente relative all'obbligo di recupero, pare rispondere non solo (e non tanto) all'esigenza di tutela degli individui, ma anche all'intento di preservare un rigoroso contesto procedurale volto a garantire la piena effettività del controllo preventivo della Commissione. Alla luce di questa giurisprudenza pare arduo contestare in un giudizio interno la sussistenza, in caso di violazione dell'art. 108 § 3, ultima frase, del primo presupposto della responsabilità dello Stato membro verso il singolo stabilito dal diritto dell'UE, e quindi la possibilità che i diritti nascenti da tale disposizione costituiscano la base per eventuali azioni di risarcimento intentate da singoli verso uno Stato membro.

3. *La natura sufficientemente caratterizzata della violazione dell'obbligo di sospensione.* – Tra i presupposti della responsabilità dello Stato membro individuati dalla giurisprudenza dell'UE si pone il requisito della natura "sufficientemente caratterizzata" (o "qualificata") della violazione del diritto dell'UE²². Con questa

ottobre 1996, C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen* - "Denkavit", in *Racc.* 1996, p. I-5063, punto 49.

¹⁷ Su questa prima condizione v. C. giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland* - "Danske Slagterier", in *Racc.* 2009, p. I-2119, punto 21 ss.

¹⁸ C. giust. UE, 11 dicembre 1973, 120/73, *Gebr. Lorenz GmbH c. Repubblica federale di Germania e Land Rheinland-Pfalz* - "Lorenz", in *Racc.* 1973, p. 1471, punto 8.

¹⁹ Cfr. ad es. C. giust. UE, 21 novembre 1991, C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Repubblica francese* - "Fnce", in *Racc.* 1991, p. I-5505, punto 12 ss.; C. giust. UE, 21 ottobre 2003,

C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. Eugène van Calster e Felix Cleeren e Openbaar Slachthuis NV* - "Van Calster", in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 53; C. giust. UE, "Transalpine", cit., punto 38; "Celf I", cit., punto 38.

²⁰ Art. 108 § 3, ultima frase, TFUE: «Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale».

²¹ V. le sentenze citate nelle note 18 e 19.

²² V. ad es. C. giust. UE, 20 ottobre 2011, C-94/10, *Danfoss A/S, Sauer-Danfoss ApS/Skatteministeriet* - "Danfoss", non ancora pubblicata, punto 33; C. giust. UE, 9 dicembre 2010, causa C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Constructie, van Spijker Infrabouw BV, de Jonge Constructie BV/Provincie Drenthe* - "Combinatie Spijker Infrabouw", in *Racc.* 2010, p. I-12655, punto 87.

espressione la corte indica la condizione, perché sussista l'obbligo di risarcimento, che allo Stato sia addebitabile una «violazione manifesta e grave (...) dei limiti posti al [suo] potere discrezionale»²³. Per quanto riguarda l'infrazione consistente nell'erogazione di aiuti illegali, in assenza di pronunce dei giudici dell'UE sul punto merita di essere ricordata la posizione della Commissione, ai sensi della quale la violazione dell'art. 108 TFUE presenterebbe in linea di principio carattere grave e manifesto. Alla base di questa affermazione sta l'assenza di margine discrezionale lasciato agli Stati membri nell'esecuzione degli obblighi di notifica e di sospensione degli aiuti²⁴, oltre all'elevato grado di chiarezza e di precisione della norma dell'art. 108 TFUE²⁵.

L'erogazione di aiuti illegali può quindi apparire come uno dei casi nei quali la semplice trasgressione del diritto UE è sufficiente per accertare il carattere grave e manifesto della violazione²⁶. Tuttavia, non si può escludere che lo Stato convenuto in un'azione di risarcimento possa avanzare delle fondate eccezioni rispetto alla pretesa del singolo che si dichiara leso. Al riguardo possono entrare in considerazione i fattori che la corte di giustizia considera rilevanti per valutare la gravità della violazione di diritto dell'UE, quali la complessità delle situazioni che l'autorità statale ha affrontato e le difficoltà interpretative o applicative nel caso concreto²⁷.

Pare innegabile, in tale prospettiva, che lo stesso termine "aiuto", presente nella norma in questione esprima una nozione giuridica che ben si può prestare a valutazioni del tutto discordanti nei singoli casi. È molto frequente, infatti, che i giudici dell'UE siano chiamati ad occuparsi di questioni che vertono proprio sulla circostanza che un determinato provvedimento statale abbia o meno natura di aiuto; parimenti, può pure essere controverso che la misura in questione debba o meno essere ricondotta ad una delle varie esenzioni dall'obbligo di notifica previste dal diritto derivato dell'UE²⁸. Un eventuale errore, ad esempio, nella qualificazione della misura come non soggetta a notifica costituisce un errore di diritto, del quale va valutato, come prevede in linea generale la corte di giustizia, il carattere scusabile o meno²⁹. In questa valutazione occorre tener conto di tutte le concrete circostanze del caso di specie³⁰, come l'esistenza di eventuali atti della Commissione o giudizi della corte che possono aver concorso all'errore dell'autorità statale.

4. *Il nesso di causalità diretta tra violazione e danno.* – La scarsa fortuna dello strumento del risarcimento in materia di aiuti di Stato può probabilmente essere imputata anche alle difficoltà che può porre in concreto il requisito del nesso di causalità diretto tra violazione del diritto dell'UE e danno lamentato.

²³ C. giust. UE, "Brasserie du pêcheur e Factortame", cit., punto 55.

²⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione cit., punto 47.

²⁵ Sul requisito della chiarezza e precisione della norma violata in relazione all'obbligo di risarcimento, v. ad es. C. giust. UE, 18 gennaio 2001, causa C-150/99, *Svenska Staten c. Stockholm Lindöpark AB e Stockholm Lindöpark AB c. Svenska Staten* - "Stockholm Lindöpark", in *Racc.* 2001, p. I-493, punto 39.

²⁶ Cfr. C. giust. UE, "Agm-Cos.Met", cit., punto 81; "Köbler", cit., punto 55.

²⁷ Cfr. C. giust. UE, "Brasserie du pêcheur e Factortame", cit., punto 56.

²⁸ La necessità di «chiarimento e migliore illustrazione del concetto di aiuti di Stato» è ammessa dalla stessa Commissione: v. Comunicazione Comm. COM(2012) 209 final, dell'8 maggio 2012, punto 23.

²⁹ Per un caso, seppure non attinente agli aiuti di Stato, in cui la corte ha considerato scusabile l'errore dello Stato membro, a causa del carattere "impreciso" e non univoco di un diritto dell'UE, in assenza di giurisprudenza e chiarimenti sul punto, v. C. giust. UE, 26 marzo 1996, C-392/93, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc* - "British Telecommunications", in *Racc.* 1996, p. I-1631, punto 43. La Corte ha ad esempio considerato "non manifesto" l'errore imputabile ad un giudice di ultima istanza nella sentenza "Köbler", cit., punto 126.

³⁰ Cfr. C. giust. UE, 4 luglio 2000, C-424/97, *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein* - "Haim", in *Racc.* 2000, p. I-5123, punto 42. Sul carattere manifesto della violazione che può commettere il giudice nazionale nell'interpretare le norme dell'UE sugli aiuti di Stato, v. C. giust. UE, "Traghetti del Mediterraneo", cit., punto 41.

Mentre le prime due condizioni della responsabilità degli Stati membri pongono questioni di natura prettamente giuridica, la sussistenza di un legame causale diretto attiene in misura molto maggiore a questioni di fatto, con possibili difficoltà di provare che il danno allegato deriva in modo diretto dalla condotta illegittima dello Stato. Per tale motivo, diverse considerazioni attinenti a questo presupposto meritano di essere affrontate anche sotto il profilo della prova (*infra* III).

Richiedere che il nesso causale sia «sufficientemente diretto» restringe il novero delle persone che possono vantare un danno risarcibile, escludendo i danni che appaiono solo come lontane conseguenze della condotta statale³¹. Ad esempio, nel caso di un'azienda concorrente del beneficiario di un aiuto illegale, poi dichiarata insolvente, il creditore del concorrente che intendesse far valere la responsabilità dello Stato dovrebbe verosimilmente misurarsi nella causa con l'eccezione del carattere indiretto del danno allegato. La condizione in esame risponde quindi all'esigenza di circoscrivere l'obbligo di risarcimento, negando il fondamento di pretese risarcitorie in ordine a qualsiasi danno che un soggetto possa lamentare³².

Emerge sotto questo profilo la differenza tra la sfera, più ampia, dei soggetti che possono far valere in giudizio l'effetto diretto dell'art. 108 § 3, e l'ambito soggettivo più limitato della tutela risarcitoria. La concessione di un aiuto illegale comporta infatti la possibilità di chiedere l'invalidità dell'atto di erogazione dell'aiuto illegale e di ordinare il recupero di quest'ultimo, ma non implica di per sé un diritto al risarcimento.

Nell'ipotesi (alla quale la corte di giustizia ha fatto prevalentemente cenno) in cui l'azione risarcitoria sia proposta da un operatore dello stesso settore del beneficiario, sull'attore incomberà l'onere di provare che l'erogazione dell'aiuto illegale ha comportato una distorsione della concorrenza con una conseguente lesione patrimoniale specificamente nei suoi confronti. La dimostrazione del nesso di causalità diretto può rivelarsi più ardua nel caso in cui vi sia una pluralità di operatori nel settore di mercato interessato dall'aiuto³³. In questo caso può risultare difficile imputare ad un'unica causa (ossia l'aiuto illegale) il verificarsi di determinate circostanze pregiudizievoli per uno dei concorrenti, che potrebbero derivare da varie concause quali le condotte dei soggetti presenti. Tuttavia, la possibilità di rivendicare di aver subito un danno non è riservata ai soli concorrenti di un mercato oligopolistico³⁴: pure nelle situazioni in cui il numero dei potenziali danneggiati sia indeterminato (come può accadere in un settore fitto di operatori) non è escluso – al di là di eventuali difficoltà sul piano probatorio – che un singolo concorrente possa pretendere dallo Stato il risarcimento dimostrando il nesso di causalità diretto tra la violazione di norme UE e la lesione della propria posizione concorrenziale.

Il carattere diretto del nesso causale è oggetto di una valutazione rimessa al giudice nazionale³⁵, che può ovviamente chiedere chiarimenti in via pregiudiziale alla corte di giustizia. Nel giudizio interno può inoltre assumere rilevanza una previa decisione della Commissione, sebbene in linea generale il giudice nazionale sia libero di pronunciarsi a prescindere dalla pen-

³¹ Cfr., con riferimento alla responsabilità extracontrattuale dell'UE, C. giust. UE, 4 dicembre 1979, cause riunite 64/76 e altre, *Dumortier freres e altri c. Comunità economica europea* - "Dumortier", in *Racc.* 1982, p. 1733, punto 21.

³² Cfr. Concl. Kokott, 24 marzo 2011, causa C-94/10, "Danfoss", non ancora pubblicate, punto 76.

³³ Cfr. Concl. Tesouro, 19 settembre 1989, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione delle Comunità europee* - "Tubemeuse", in *Racc.* 1990, p. I-979, spec. a p. I-986.

³⁴ Cfr. Concl. Kokott, 24 marzo 2011, causa "Danfoss", cit., punto 81, che svolge tale argomento richiamando "Brasserie du pêcheur e Factortame", cit., punto 71.

³⁵ Cfr. C. giust. UE, "Danfoss", cit., punto 34; C. giust. UE, "Brasserie du pêcheur e Factortame", cit., punto 65.

³⁶ C. giust. UE, 11 luglio 1996, C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri* - "Sfei", in *Racc.* 1996, p. I-3547, punto 44; C. giust. UE, "Celf I", cit., punto 50.

denza di procedure di indagine in seno alla UE³⁶. Nel caso in cui la Commissione abbia già esaminato la misura di aiuto illegale e abbia emanato una decisione negativa nel merito, può essere più semplice dimostrare che l'aiuto ha avuto come effetto il verificarsi di una distorsione della concorrenza. L'incompatibilità con il mercato interno accertata dalla Commissione ai sensi dell'art. 107 TFUE implica infatti una stima dell'attitudine della misura di aiuto analizzata ad alterare le condizioni della concorrenza nel mercato interno, e quindi evidentemente ad incidere negativamente sui concorrenti.

Sarebbe però erroneo considerare che la pretesa risarcitoria del concorrente derivi dalla previa decisione di incompatibilità della Commissione. Anche in questa ipotesi, infatti, incombe pur sempre sull'attore l'onere di dimostrare nel giudizio interno che la distorsione causata dall'illegittimità della condotta statale ha direttamente comportato una lesione patrimoniale ai suoi danni.

Anche nel diverso caso in cui la Commissione abbia emanato una decisione di compatibilità in ordine ad aiuti illegali, del resto, la corte di giustizia ha considerato come prospettabile un'azione risarcitoria da parte dei concorrenti³⁷. È ben vero che la valutazione positiva della Commissione sta ad indicare che le misure di aiuto non sono idonee a creare un pregiudizio alla concorrenza; tuttavia, il vizio procedurale della mancata notifica è di per sé atto a causare un danno ai concorrenti indipendentemente dalla successiva dichiarazione di compatibilità. In questa ipotesi, i danni per i concorrenti consistono, secondo la corte, nell'aver subito «prima del dovuto, gli effetti in termini di concorrenza di un aiuto compatibile»³⁸. L'operatore che riceve un aiuto illegale può infatti godere di un indebito alleviamento degli oneri normalmente

gravanti sulle imprese, specificamente perché – ricevendo l'aiuto pubblico senza attendere la decisione della Commissione – può evitare di ricorrere ad un equivalente finanziamento sul mercato e di subirne i costi (ossia, in definitiva, di pagare gli interessi sul finanziamento stesso). Anche a voler condividere la prospettazione della corte, che identifica l'indebito vantaggio concorrenziale con il mancato pagamento degli interessi, tuttavia è evidente che pure in questo caso tale vantaggio non coincide automaticamente con i danni che si possono domandare in giudizio. L'attore è tenuto anche nell'ipotesi qui in esame a dimostrare di aver subito dalla violazione imputabile allo Stato convenuto gli specifici danni diretti di cui chiede il risarcimento.

II. I DANNI RISARCIBILI NEI CONFRONTI DEI CONCORRENTI, LA LORO PROVA E QUANTIFICAZIONE

Anche l'individuazione dei danni da risarcire deve essere effettuata da parte del giudice interno nell'ambito delle norme nazionali relative alla responsabilità. Il diritto dell'UE pone la condizione che l'entità del risarcimento sia atta a ripristinare la situazione che si sarebbe avuta in assenza della violazione e quindi che sia tale da ricomprendere il danno emergente e il "lucro cessante" (nonché gli interessi)³⁹ direttamente causati dal mancato rispetto delle norme sugli aiuti. Al riguardo, la corte di giustizia ha costantemente affermato che qualora una legge nazionale non ammettesse la risarcibilità del lucro cessante, tale esclusione si porrebbe in contrasto col diritto dell'UE, poiché potrebbe di fatto impedire la tutela effettiva dei diritti dei singoli⁴⁰.

La precisazione della corte dell'UE in merito al lucro cessante è rilevante per il tipo di lesione patrimoniale che potrebbe

³⁷ C. giust. UE, "Celf I", cit., punti da 50 a 55. Cfr. C. giust. UE, "Transalpine", cit., punto 56.

³⁸ C. giust. UE, "Celf I", cit., punto 50.

³⁹ Cfr. C. giust. UE, "Brasserie du pêcheur e Factortame", cit., punto 87 e cfr. C. giust. UE, 13 luglio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e*

Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA - "Manfredi", in *Racc.* 2006, p. I-6619, punto 95.

⁴⁰ C. giust. UE, "Agm-Cos.Met", cit., punto 94; C. giust. UE, 8 marzo 2001, C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd e altri, Hoechst AG e Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue e HM Attorney General - "Metallgesellschaft"*, in *Racc.* 2001, p. I-1727, punto 91; C. giust. UE,

più probabilmente lamentare il concorrente del beneficiario di un aiuto illegale. Contro gli Stati che abbiano violato l'art. 108 § 3 è plausibile infatti che eventuali azioni risarcitorie abbiano ad oggetto non tanto le perdite patite (dato che l'aiuto è erogato dallo Stato, ai sensi dell'art. 107 TFUE), quanto, più probabilmente, l'aspirato mancato guadagno che gli attori alleghino di aver subito per l'alterazione delle condizioni di concorrenza dovuta all'aiuto.

A questo riguardo, l'onere probatorio incombente sull'attore può presentare rilevanti difficoltà non solo in ordine all'ammontare del danno, ma anche – e forse in misura maggiore – in ordine al nesso di causalità tra l'erogazione di un aiuto illegale e la specifica lesione patrimoniale (ossia l'ipotetico mancato guadagno) di cui si chiede il risarcimento. La prova di questo danno sarà oggettivamente più facile qualora l'attore sostenga di aver perso un'opportunità economica (si pensi al caso di un appalto) per la maggiore competitività del beneficiario dovuta all'aiuto illegale. Al centro della causa si porrà probabilmente la questione del nesso tra l'aiuto ricevuto e la possibilità per il beneficiario di offrire delle condizioni contrattuali che non potevano essere praticate dagli altri operatori, i quali non avevano ricevuto un analogo sostegno pubblico⁴¹. Qualora il giudice nazionale ritenesse sufficientemente provato tale nesso con la perdita dell'affare, risulterebbe agevole dimostrare l'entità del danno risarcibile, che dipenderà dal valore dell'opportunità commerciale perduta.

Maggiori problemi probatori può porre l'ipotesi in cui l'attore lamenti che il proprio svantaggio concorrenziale – rispetto a chi abbia ricevuto l'aiuto illegale – si sia tradotto in una perdita di quote di mercato, con conseguente riduzione del volume di affari e dei profitti (o addirittura con il fallimento dell'impresa stessa) rispetto ai risultati che ci si sarebbe potuti attendere in assenza dell'aiuto. Il lucro cessante direttamente causato dall'aiuto

illegale consiste in queste ipotesi nella variazione di reddito imputabile all'alterazione della concorrenza, a sua volta dovuta all'indebito godimento dell'aiuto da parte di uno dei concorrenti. La prova del danno in tal caso si può rivelare particolarmente difficoltosa, poiché richiede la formulazione di ipotesi sulla possibile evoluzione del mercato se l'aiuto non fosse stato erogato, o se fosse stato erogato solo all'esito della valutazione della Commissione europea. La difficoltà consiste nel valutare i comportamenti ipotetici che le varie imprese concorrenti avrebbero potuto adottare in assenza dell'aiuto, e nel verificare quale reddito le imprese avrebbero potuto teoricamente conseguire rispetto al reddito effettivo. Ad esempio, l'attore potrà dimostrare che i beneficiari dell'aiuto hanno potuto mantenere inalterati i prezzi di vendita, malgrado le condizioni generali del mercato avessero imposto agli operatori del settore un incremento dei prezzi, con conseguenti cambiamenti nelle rispettive quote di mercato.

Provare quest'ultima condizione implica anche che sia possibile escludere la presenza di concause per la perdita di profitti, quali l'arretratezza tecnologica o errate strategie di *marketing* dell'attore. A questa possibile linea di difesa dello Stato convenuto, peraltro, è verosimile che l'attore possa a sua volta contrapporre l'osservazione per cui la maggiore efficienza tecnologica o commerciale del beneficiario dell'aiuto illegale è stata dovuta proprio al fatto che quest'ultimo era stato indebitamente sgravato da alcuni dei costi normalmente gravanti sulle imprese del settore, e aveva quindi potuto disporre di risorse maggiori da investire nello sviluppo tecnologico e commerciale dell'impresa.

Il complesso delle circostanze suscettibili di entrare in considerazione può quindi essere molto ampio e sfumato, ed è probabile che l'attore sottoponga all'autorità giudiziaria delle stime presuntive del danno (che del resto la stessa Commissione considera rilevanti in questa

⁴¹ "Brasserie du pêcheur e Factortame", cit., punto 90.

⁴¹ Cfr. la Comunicazione della Commissione cit. in nota n. 2, punto 49.

specifica fattispecie)⁴². A fronte degli argomenti contrapposti delle parti del processo, il giudice nazionale potrà essere indotto a chiedere un ausilio alla Commissione⁴³, come quest'ultima suggerisce nelle sue comunicazioni.

III. I DANNI DERIVANTI DALLA MANCATA ESECUZIONE DI UNA DECISIONE DI RECUPERO

La possibilità per i singoli di ottenere una tutela di carattere risarcitorio si può prospettare pure in ordine alla mancata o tardiva esecuzione dell'obbligo di recupero di un aiuto illegale. Anche su questo punto la corte di giustizia non ha avuto modo di pronunciarsi specificamente, ma la questione può essere inquadrata sulla base dei principi elaborati nella giurisprudenza dell'UE in tema di responsabilità degli Stati membri.

Il mancato rispetto di una decisione della Commissione che ordina di provvedere al recupero di un aiuto (ai sensi dell'art. 14 Reg. 659/1999) rappresenta un'infrazione al diritto dell'UE che si può prestare ad un facile accertamento. In relazione alla gravità di violazioni di questa natura, inoltre, giova ricordare che la corte è giunta di recente ad irrogare pesanti sanzioni pecuniarie a carico dello Stato italiano per l'inadempimento di una sentenza che disponeva il recupero di un aiuto⁴⁴. Il carattere manifesto della violazione risulta dal fatto che lo Stato è sostanzialmente privo di discrezionalità nell'esecuzione dell'obbligo di recupero, posto che l'unica giustificazione ammessa per l'inadempimento consiste nell'impossibilità assoluta di eseguire correttamente la decisione⁴⁵.

L'idoneità dell'infrazione a cagionare un danno ai singoli si può ravvisare nella specifica finalità che è alla base della restituzione, ossia di eliminare i vantaggi di cui i beneficiari hanno illegalmente go-

duto a scapito dei concorrenti⁴⁶. Il mancato o tardivo recupero, in altri termini, impedisce di ripristinare le condizioni anteriori all'illegittima erogazione dell'aiuto e determina evidentemente il mantenimento di una condizione di concorrenza alterata. Su questa base il concorrente, in particolare, può fondare un'azione risarcitoria contro lo Stato membro e allegare l'esistenza di un nesso causale diretto tra mancato recupero e danni subiti.

Va infine menzionata l'ipotesi in cui lo Stato non rispetti un'"ingiunzione provvisoria di recupero" di un aiuto illegale. Si tratta di un caso sinora teorico, per la natura eccezionale, ai sensi del Reg. 659/1999, dello strumento in considerazione. L'interesse dell'ipotesi, peraltro, è data dal fatto che il ricorso a questa peculiare misura cautelare è possibile solo se la Commissione valuti specificamente che sussiste "un grave rischio di danno consistente e irreparabile ad un concorrente" (art. 11.2 Reg. 659/1999). Sicché, qualora uno Stato violi un'ingiunzione di questo tipo della Commissione e non provveda al recupero, un'eventuale azione risarcitoria potrà essere fondata anche sulla previa valutazione dei danni che la stessa Commissione aveva previsto come probabili e imminenti per i concorrenti in caso di mancata o tardiva restituzione degli aiuti da parte del beneficiario.

IV. L'AZIONE CONTRO LO STATO DA PARTE DEL BENEFICIARIO IN QUALITÀ DI DANNEGGIATO

Una diversa fattispecie di azione risarcitoria può ipotizzarsi nel caso in cui il beneficiario di un aiuto illegale sia stato obbligato a restituire quanto ricevuto, e agisca in giudizio per far valere la responsabilità dello Stato per la violazione della disciplina di diritto dell'UE sugli aiuti di Stato, chiedendo il risarcimento del

⁴² *Ibidem*, punto 51.

⁴³ C. giust. UE, "Sfei", cit., punto 1 del dispositivo.

⁴⁴ C. giust. UE, 17 novembre 2011, C-496/09, *Commissione europea c. Repubblica italiana* - "Commissione c. Italia", non ancora pubblicata, punto 60.

⁴⁵ C. giust. UE, 5 maggio 2011, C-305/09, *Commissione europea c. Repubblica italiana* - "Com-

missione c. Italia", in *Racc.* 2011, p. I-3225, punti 32-34; C. giust. UE, 1 aprile 2004, C-99/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* - "Commissione c. Italia", in *Racc.* 2004, p. I-3353, punto 16.

⁴⁶ C. giust. UE, 29 aprile 2004, C-277/00, *Repubblica federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee* - "Germania c. Commissione", in *Racc.* 2004, p. I-3925, punto 75.

danno lamentato. Al riguardo, si deve notare preliminarmente che non sarebbe corretto operare la quantificazione della lesione patrimoniale direttamente derivante dalla restituzione considerandola di per sé corrispondente all'ammontare dell'aiuto restituito: un'eventuale sentenza che disponesse in tal senso si presterebbe ad essere letta come un modo per aggirare l'obbligo di recupero (e potrebbe costituire a propria volta una violazione di diritto dell'UE imputabile allo "Stato-giudice")⁴⁷. Anche in questo caso, quindi, l'azione di risarcimento richiede la prova dei danni che siano diretta conseguenza della condotta statale, che consistono verosimilmente nelle conseguenze negative dirette sull'attività d'impresa del venir meno dell'aiuto ricevuto.

In linea generale va osservato, peraltro, che alla luce della giurisprudenza dell'UE il beneficiario di un aiuto illegale che intendesse promuovere un'eventuale azione di risarcimento si troverebbe in una posizione di sfavore. Con riguardo al primo presupposto della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE, che sopra si è ricordato, si deve sottolineare che il venir meno del vantaggio ricevuto con l'aiuto (restituito) non comporta di per sé una lesione di un diritto riconosciuto dal diritto dell'UE, in quanto l'art. 107 TFUE non è preordinato a porre per i singoli il diritto ad ottenere aiuti dagli Stati membri. Né, del resto, l'art. 108 TFUE dispone alcun obbligo in capo agli Stati di informare il beneficiario del carattere di aiuto della misura e dell'adempimento o meno degli obblighi di notifica e di sospensione.

In secondo luogo, la giurisprudenza dell'UE (specificamente in merito all'obbligo di recuperare gli aiuti illegalmente erogati) è molto restrittiva nel riconoscere un affidamento meritevole di tutela in capo a colui che abbia ricevuto un aiuto in violazione del diritto dell'UE⁴⁸. La corte di giustizia considera infatti che rientra nella normale diligenza dell'imprenditore il compito di valutare la regolarità dell'aiuto che l'impresa può ricevere dallo Stato: in questa prospettiva, un legittimo affidamento sulla legittimità dell'erogazione può essere vantato solo una volta che la Commissione abbia emanato una decisione positiva⁴⁹. Come la corte UE ha precisato, rappresenta un rischio prevedibile per chi abbia beneficiato di un aiuto illegale quello di essere assoggettato a un ordine di recupero, nonché di subire le conseguenze negative del recupero stesso sull'attività dell'impresa⁵⁰. Si noti, peraltro, che tali conseguenze negative (che secondo la corte sono prevedibili ed evitabili) corrispondono probabilmente al *petitum* in un'eventuale azione risarcitoria del beneficiario.

Il beneficiario che agisca in giudizio chiedendo il risarcimento dei danni subiti per aver dovuto restituire l'aiuto ricevuto deve quindi affrontare il gravoso onere di dimostrare che nel caso di specie sussistono circostanze eccezionali – come ammesso dalla giurisprudenza dell'UE in casi straordinari – che hanno determinato il sorgere di un legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto⁵¹.

Alla domanda di risarcimento del beneficiario, comunque, è verosimile che lo Stato convenuto opponga, oltre agli argo-

⁴⁷ Cfr. Concl. Colomer, 28 aprile 2005, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e altri, Marco Scalas e Renato Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2006, p. I-1883, punto 198. V. però un cenno operato dalla corte alla diversa natura giuridica del risarcimento dei danni e degli aiuti di Stato (in merito ad una fattispecie diversa da quella considerata nel testo) in C. giust. UE, 27 settembre 1988, cause riunite da 106 a 120/87, *Asteris AE ed altri c. Repubblica ellenica e Comunità economica europea - "Asteris"*, in *Racc.* 1988, p. 5515, punti 23-24.

⁴⁸ C. giust. UE, 23 febbraio 2006, "Atzeni", cit., punto 65; C. giust. UE, 20 marzo 1997, C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland*

GmbH - "Alcan Deutschland", in *Racc.* 1997, p. I-1591, punto 25; v. anche, per quanto riguarda il "beneficiario indiretto": T. UE, 15 giugno 2010, T-177/07, *Mediaset SpA c. Commissione europea - "Mediaset"*, in *Racc.* 2010, p. II-2341, punto 177.

⁴⁹ C. giust. UE, "Celf I", cit., punto 67.

⁵⁰ C. giust. UE, 15 febbraio 2005, C-148/04, *Unicredito Italiano SpA c. Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova I - "Unicredito italiano"*, in *Racc.* 2005, p. I-11137, punti 109-110.

⁵¹ Cfr. C. giust. UE, 11 marzo 2010, C-1/09, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) - "Celf II"*, in *Racc.* 2011, p. I-2099, punto 41 ss.;

menti sopra indicati, anche l'argomento in base al quale la condotta negligente dello stesso attore ha determinato o contribuito alla realizzazione del danno. In base ad un principio che la corte dell'UE considera comune alla disciplina della responsabilità civile degli Stati membri, il giudice nazionale potrebbe considerare che la responsabilità dello Stato sia limitata nei confronti di chi si è reso corresponsabile della violazione accettando un aiuto illegale, o addirittura che proprio alla luce della condotta del percipiente non sia ravvisabile il nesso eziologico diretto tra condotta statale e danno lamentato dal beneficiario⁵².

V. AZIONI RISARCITORIE IN MATERIA DI AIUTI DA PARTE DI SOGGETTI TERZI

La sfera dei soggetti che possono agire in giudizio per ottenere il risarcimento di un danno derivante dalla violazione della disciplina di diritto dell'UE sugli aiuti di Stato non è limitata agli operatori del settore economico interessato dagli aiuti (cioè ai soli concorrenti o al beneficiario), ma è atta a ricomprendere anche soggetti terzi. Nel caso specifico della violazione della clausola di sospensione dell'art. 108 TFUE, i giudici nazionali sono tenuti a «salvaguardare i diritti dei singoli» e a «trarne tutte le conseguenze, conformemente al loro diritto nazionale»⁵³, e quindi anche a disporre il risarcimento a favore di soggetti terzi rispetto ai beneficiari e che non lamentino l'alterazione delle condizioni di concorrenza per l'erogazione di un aiuto illegale. Si può astrattamente ipotizzare ad esempio, con le ne-

cessarie cautele, il caso in cui i creditori di un'impresa che abbia dovuto restituire un aiuto illegale, e che per questo sia fallita, agiscano contro lo Stato per far valere la responsabilità delle autorità statali per aver provocato l'insolvenza del beneficiario e la conseguente impossibilità di ottenere la soddisfazione del loro credito⁵⁴.

Sotto un diverso profilo, possono entrare in considerazione domande di rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto dell'UE in quanto parte integrante di misure di aiuto illegale⁵⁵. Non è escluso che in questi casi il contribuente possa dimostrare di aver patito un danno che supera l'importo del tributo, e quindi che possa agire per ottenere non solo il rimborso (facendo valere l'effetto diretto dell'art. 108 § 3 TFUE), ma anche il risarcimento del danno lamentato, stante il carattere cumulativo dei due rimedi⁵⁶. Soprattutto, può entrare in gioco al riguardo la giurisprudenza che riconosce che il pagamento di un tributo contrario al diritto dell'UE può giustificare la richiesta di condannare lo Stato a risarcire i danni causati al contribuente, ad esempio perché il pagamento può aver comportato per il contribuente stesso «una maggiorazione del prezzo dei prodotti e una diminuzione del volume delle vendite»⁵⁷. In questa prospettiva è possibile ipotizzare che un'azione relativa alla violazione delle norme sugli aiuti possa essere proposta da soggetti che non operano nello stesso settore in cui l'aiuto illegale è stato erogato, per ottenere il risarcimento di danni che non siano connessi al vantaggio competitivo goduto dal beneficiario.

C. giust. UE, 24 novembre 1987, 223/85, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV c. Commissione - "Rsv"*, in *Racc.* 1987, p. 4617, punto 17.

⁵² C. giust. UE, "Brasserie du Pêcheur e Factortame", cit., punto 85.

⁵³ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c. Staatssecretaris van Financiën - "Streekgewest Westelijk Noord-Brabant"*, in *Racc.* 2005, p. I-85, punto 17.

⁵⁴ Cfr. l'ultima frase Concl. Lenz, 21 novembre 1985, causa 52/84, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio - "Commissione c. Belgio"*, in *Racc.* 1986, p. 90.

⁵⁵ C. giust. UE, "Streekgewest Westelijk Noord-Brabant", cit., punto 19. Sull'obbligo di rimborsare le imposte percepite in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE v. C. giust. UE, cit., "Van Calster", in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 53.

⁵⁶ V. *supra*, I. Sulla possibilità che una domanda di risarcimento di danni possa accompagnarsi ad una domanda di rimborso delle imposte indebitamente versate v. C. giust. UE, "Danfoss", cit., punto 32.

⁵⁷ C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cause riunite da C-192/95 a C-218/95, *Société Comateb e altri c. Directeur général des douanes et droits indirects - "Comateb"*, in *Racc.* 1997, p. I-165, punti 32-34.

VI. IPOTESI DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL BENEFICIARIO DELL'AUTO

La giurisprudenza della corte di giustizia in tema di responsabilità civile per violazione del diritto dell'UE, che sopra si è menzionata, ha ad oggetto specificamente la responsabilità degli Stati membri e non dei singoli. Si colloca quindi su di un piano diverso l'ipotesi in cui un'azione risarcitoria sia intentata contro il beneficiario, per i danni asseritamente causati dall'illegale percezione di un aiuto di Stato. La soluzione della questione richiede di verificare se il diritto dell'UE in materia di aiuti ponga degli obblighi in capo al beneficiario, la cui violazione potrebbe entrare in gioco in un'azione che lo riguardi in qualità di convenuto.

Al riguardo, la corte di giustizia – la quale da un lato afferma che l'art. 108 § 3 TFUE è preordinato a conferire diritti ai singoli (in particolare ai concorrenti del beneficiario) che possono essere fatti valere nei confronti dello Stato inadempiente (v. *supra* I.2) – d'altro lato nega che da tale disposizione derivino obblighi in capo al destinatario dell'aiuto ed esclude che il fatto di aver accettato di ricevere un aiuto illegale costituisca una violazione del diritto dell'UE. Sulla base della considerazione che le norme in materia di aiuti sono destinate agli Stati membri, la corte non ammette che la responsabilità civile del beneficiario possa fondarsi sul diritto dell'UE⁵⁸. Tuttavia, questa giurisprudenza rimette al giudice nazionale la valutazione della possibilità di fondare sulle norme nazionali in tema di responsabilità civile una condanna al risarcimento dell'«operatore economico che accetta un sostegno illegittimo idoneo a provocare un danno ad altri operatori economici»⁵⁹. In tale prospettiva, sembra che si possa ravvisare una fattispecie di concorrenza sleale nella condotta del soggetto che non ha verificato se l'aiuto ricevuto sia stato debitamente notificato alla Commissione⁶⁰.

Si tenga presente, a questo proposito, che l'eventuale condanna al risarcimento presuppone nel diritto italiano che sia provata in giudizio la colpa (o il dolo) del convenuto (art. 2600 c.c.): il giudice nazionale dovrà quindi considerare che il beneficiario conosceva l'illegalità dell'aiuto o che la normale diligenza gli avrebbe imposto di esserne a conoscenza. Sul punto, il giudice non è tenuto comunque ad adottare come parametro lo *standard* di diligenza richiesto al beneficiario dalla corte di giustizia (v. *supra*, IV), posto che si verte in questo caso su di una questione di responsabilità ai sensi del diritto italiano e non del diritto dell'UE.

Il problema della responsabilità civile del beneficiario è stato normalmente oggetto di esame nella limitata e consueta prospettiva della percezione di un aiuto illegale. Sembra però opportuno, nell'affrontare il tema delle condotte riferibili al destinatario degli aiuti, prendere in considerazione anche la fattispecie dell'«utilizzo abusivo» di aiuti dichiarati compatibili, che è prevista dal regolamento generale di procedura (Reg. 659/1999). Questa ipotesi si può verificare nel caso in cui gli aiuti siano «utilizzati dal beneficiario in violazione di una decisione» della Commissione (art. 1 lett. g), ossia di una decisione condizionale, o di non sollevare obiezioni, o di una decisione positiva. All'attuazione abusiva può far seguito – analogamente a quanto avviene in ordine agli aiuti illegali – l'apertura del procedimento di indagine formale della Commissione nei confronti dello Stato e l'eventuale ordine di recupero (art. 16 Reg. *cit.*). Sul piano interno, se l'attuazione abusiva sia imputabile all'autorità statale può discenderne l'accertamento della responsabilità civile dello Stato secondo i principi della giurisprudenza dell'UE che si sono esaminati.

Qualora l'abuso sia da attribuire strettamente al comportamento del beneficiario, sembra possibile che quest'ultimo sia

⁵⁸ C. giust. UE, "Sfei", cit., punti 72-76.

⁵⁹ *Ibidem*, punto 74.

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. I, 19 aprile 2000, n. 5087, *Fall. Traghetti del Mediterraneo c. Soc. Tirrenia navig.*, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 849, che non considerò

sussistente nel caso di specie una condotta di concorrenza sleale in capo al beneficiario dell'aiuto (che la Cass., riteneva legittimo, nel caso di specie), ma non escluse in linea di principio la possibilità di configurare un illecito di questa natura.

convenuto in giudizio in un'azione risarcitoria, per "l'utilizzo abusivo" dell'aiuto rispetto a quanto previsto nella decisione della Commissione. La previa valutazione, contenuta nell'originaria decisione positiva della Commissione, con la quale quest'ultima considerava l'aiuto inidoneo a causare danni alla concorrenza non può evidentemente valere per forme differenti di attuazione dell'aiuto stesso, qualora se ne dimostrino gli effetti negativi per altri operatori economici. Chiaramente, in questa ipotesi l'eventuale azione può avere maggiori possibilità di accoglimento nel caso in cui sia preceduta da una decisione con cui la Commissione – in seguito ad una procedura di indagine ai sensi dell'art. 16 Reg. 659/1999 – abbia accertato che l'abuso si è effettivamente verificato⁶¹.

Nella fattispecie in esame, comunque, non sembra che al beneficiario si possa imputare direttamente una violazione del diritto dell'UE (posto che a ciò si oppone la considerazione formale che la decisione violata è destinata allo Stato). La condotta contestata al convenuto potrebbe invece configurare un'ipotesi di concorrenza sleale ai sensi del diritto interno, con conseguente condanna a risarcire

quei danni che risultino l'effetto della condotta medesima (dolosa o colposa).

La pretesa al risarcimento, nel caso in considerazione, può essere rivolta sia nei confronti del beneficiario che nei confronti dello Stato membro, qualora l'attore imputi a quest'ultimo la mancata vigilanza in merito alle modalità di utilizzo dell'aiuto previste dalla decisione della Commissione.

FRANCESCO BESTAGNO

Bibliografia

L. DANIELE, «Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 159 ss.; F. FERRARO, «Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi», in *St. int. eur.*, 2010, p. 143 ss.; ID., *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, 2^a ed., Milano, 2012, p. 247 ss.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese*, Padova, 2001, p. 203 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 261 ss.; G. STROZZI, *Il diritto dell'Unione europea, parte speciale*, 3^a ed., Torino, 2010, p. 407 ss.

⁶¹ Questa decisione deve essere notificata al soggetto autore della denuncia, che può coinci-

dere col soggetto interessato a promuovere un'azione di risarcimento; art. 20.2 Reg. n. 659/1999.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le modalità di calcolo dell'aiuto di Stato da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE)

Sommario: I. LA RESTITUZIONE INTEGRALE DELL'AUTO ILLEGALE. – II. LA QUANTIFICAZIONE DELL'AUTO DA RESTITUIRE. – III. GLI INTERESSI E LA LORO DECORRENZA. – IV. I CRITERI PER IL CALCOLO DEL RISARCIMENTO DANNI.

I. LA RESTITUZIONE INTEGRALE DELL'AUTO ILLEGALE

Dall'art. 108 § 3 TFUE, così come d'altronde dall'art. 14 Reg. CE n. 659/99, discende in linea di principio, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, un obbligo di recupero integrale dell'aiuto illegale al fine di eliminare la distorsione del mercato causata dalla misura nazionale adottata in difetto di previa notifica. Naturalmente, come si vedrà, il recupero integrale assume diversa consistenza e deve essere quantificato con modalità diverse a seconda della forma in cui l'aiuto è stato originariamente erogato.

Peraltro, quando l'obbligo di recupero discenda da una decisione della Commissione ai sensi dell'art. 14 Reg. CE n. 659/99, il recupero parziale dell'aiuto complessivamente erogato potrà essere la conseguenza di concrete valutazioni sulla compatibilità dello stesso col mercato comune. Ciò accade, ad esempio, nell'ipotesi di decisioni condizionali relative a regimi di aiuti, con le quali la misura viene considerata compatibile solo nella parte in cui rispetta determinati requisiti. In questi casi, pertanto, l'entità del recupero deve essere parametrata alle specifiche disposizioni contenute nella decisione della

Commissione, salvo il limite generale ma assai rigoroso della impossibilità assoluta di recupero¹.

Poiché, tuttavia, al giudice simili valutazioni sono completamente precluse², egli non potrà che adottare provvedimenti idonei a garantire l'integrale recupero dell'aiuto, mentre non sembra che possano assumere rilevanza ai fini della quantificazione delle somme da recuperare le circostanze eccezionali collegate al principio del legittimo affidamento, cui la Corte di giustizia si è a più riprese richiamata³. Le questioni connesse alla quantificazione dell'importo da restituire sono dunque destinate a porsi con particolare complessità proprio in sede di *private enforcement*.

Occorre nondimeno tener conto, in via preliminare, che vi sono fattispecie in cui la Corte di giustizia ha ritenuto possibile derogare alla regola dell'integralità del recupero: in particolare, essa ha tenuto conto, in alcune pronunce, della peculiarità della situazione che si verifica quando all'esito del procedimento di indagine su un aiuto illegale la Commissione adotti una decisione positiva. È stato così affermato che in tale ipotesi non è necessario procedere al recupero dell'importo capitale, pari alla somma concretamente erogata, di un aiuto consistente in una erogazione di denaro, ma gli obblighi derivanti dall'art. 108 § 3 debbono considerarsi soddisfatti quando il giudice nazionale ordini la restituzione degli interessi sulle somme erogate prematuramente⁴.

¹ I limiti molto ristretti per far valere tale eccezione sono stati peraltro definiti da tempo nella giurisprudenza dell'Unione europea: C. giust. UE, 7 giugno 1988, causa 63/87, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1988, p. 2875; 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1990, p. I-3437; 10 giugno 1993, causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1993, p. I-3131; 29 gennaio 1998, causa C-280/95, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1998, p. I-259.

² C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Stato*

francese - "Saumon", in *Racc.* 1991, p. I-5505, e 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international e altri c. La Poste e altri - "SFEI"*, in *Racc.* 1996, p. I-3547.

³ V. C. giust. UE, 20 settembre 1990, "Commissione c. Germania", cit., e 11 luglio 1996, "SFEI", cit.

⁴ Si tratta di C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition - "CELFI"*, in *Racc.* 2008, p. I-469; 18 dicembre 2008, causa C-384/07, *Wienstrom GmbH c. Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit - "Wien-*

In ogni caso, la portata di tale interpretazione dell'art. 108 § 3, già oggetto di molteplici critiche, deve essere intesa in senso restrittivo: la Corte di giustizia ha infatti successivamente precisato che non è sufficiente, per consentire al giudice nazionale di limitare l'obbligo di recupero di un aiuto illegale, la presenza dinanzi alla Commissione del procedimento diretto ad accertarne la compatibilità col mercato comune⁵. Pertanto, solo l'esistenza di una valida decisione positiva della Commissione è idonea ad assumere rilievo nell'ambito di un giudizio nazionale vertente sul recupero dell'aiuto.

Naturalmente, potrebbero prefigurarsi anche situazioni più complesse rispetto a quelle esaminate dalla Corte di giustizia nelle sentenze *CELF* e *Wienstrom*, qualora un aiuto erogato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE sia giudicato dalla Commissione solo parzialmente compatibile col mercato comune. In tali casi il giudice nazionale dovrà tener conto di un duplice regime per il recupero dell'aiuto, dovendo esso limitarsi agli interessi per la sola parte oggetto di decisione positiva e ordinare per il resto il rimborso integrale al beneficiario.

II. LA QUANTIFICAZIONE DELL'AUTO DA RESTITUIRE

Una volta chiarito che il recupero dell'aiuto deve avvenire in maniera integrale, occorre tuttavia interrogarsi sulle concrete modalità con cui deve essere determinato l'importo da restituire. Tali moda-

lità debbono essere stabilite tenendo conto della finalità che l'art. 108 § 3 intende perseguire imponendo ai giudici nazionali di ordinare il recupero dell'aiuto; ma, allo stesso tempo, esso non può che avere una portata diversificata a seconda della forma assunta dalla misura di aiuto.

Per quanto concerne il primo profilo, escluso che gli effetti negativi della misura possano essere eliminati ampliando la platea dei beneficiari⁶, emerge dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia che l'obbligo di recupero non ha la finalità puramente pubblicistica di consentire la reintegrazione delle risorse statali utilizzate; al contrario, essa ha chiaramente delineato la finalità di tale obbligo nel senso di eliminare la distorsione della concorrenza cagionata dal beneficio accordato a talune imprese⁷. In sostanza, essendo i poteri dei giudici nazionali finalizzati ad assicurare la tutela delle imprese concorrenti, l'obbligo di recupero degli aiuti illegali deve mirare a ripristinare la situazione preesistente nel senso di rimuovere l'utilità ricavata dal beneficiario e idonea, secondo la nozione stessa di aiuto di Stato, a falsare la concorrenza. Mentre in alcuni casi ciò potrà indurre il giudice nazionale a rimuovere completamente, coi mezzi previsti dall'ordinamento interno, la misura che costituisce aiuto, in altri casi potrebbe essere sufficiente ricondurre tale misura al di fuori del perimetro dell'art. 107 TFUE, eliminando quegli elementi che ne determinano la natura di aiuto.

Occorre peraltro aggiungere che il re-

strom", in *Racc.* 2008, p. I-10393. Per il precedente orientamento, che sembrava escludere ogni possibilità di evitare il recupero integrale, C. giust. UE, 21 novembre 1991, "Saumon", cit., punto 16; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261 e 262/01, *Stato Belga c. Eugene Van Calster e Felix Cleeren* - "Van Calster", in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 63; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri* - "Transalpine Ölleitung in Österreich", in *Racc.* 2006, p. I-9957.

⁵ Sul punto, v. da ultimo C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa C-1/09, *Centre d'exportation du livre français e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition* - "CELF II", in *Racc.* 2010, p. I-2099.

⁶ Il problema si è posto soprattutto in materia

di aiuti fiscali: cfr. C. giust. UE, 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium SA c. Ville de Seraing e Province de Liège* - "Air Liquide", in *Racc.* 2006, p. I-5293; 27 ottobre 2005, cause riunite da C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e da C-321/04 a C-325/04, *Distribution Casino France Sas c. Caisse nationale de l'organisation autonome d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés des professions industrielles et commerciales* - "Casino France", in *Racc.* 2005, p. I-9481.

⁷ Tale principio, sviluppato in materia di *public enforcement*, è stato recentemente richiamato in materia di azioni dinanzi ai giudici nazionali per il recupero degli aiuti illegali da C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV CV c. Gemeente Rotterdam* - "Residex Capital IV CV", non ancora pubblicata.

cupero dovrà normalmente limitarsi al beneficio *diretto* conseguito dall'impresa per effetto dell'aiuto, e non potrà estendersi a quei benefici *indiretti*, che ne siano comunque conseguenza, come accade ad esempio allorché la concessione dell'aiuto eviti all'impresa una situazione di insolvenza oppure le consenta di acquisire nuove quote di mercato. Di tali fattori si potrà semmai tener conto, come si vedrà, ove sia proposta dal concorrente azione risarcitoria.

Ora, in sede di *public enforcement* la determinazione concreta dell'importo da restituire è rimessa a una sostanziale cooperazione tra la Commissione e lo Stato membro interessato⁸, fermo il compito esclusivo di quest'ultimo di individuare gli importi riferibili alle singole imprese rispetto ai regimi di aiuti.

Al contrario, nelle azioni promosse dinanzi ai giudici nazionali dai terzi interessati si dovrà altresì tener conto delle questioni relative alla prova del *quantum* di cui è dovuta la restituzione. Infatti, l'efficacia di tali azioni può essere fortemente condizionata, da un lato, dalle regole sull'onere della prova, poiché normalmente il terzo concorrente si troverà in una posizione meno favorevole rispetto alla necessità di dimostrare la concreta utilità ricavata dal beneficiario in conseguenza dell'aiuto. Dall'altro, essa dipenderà in larga misura dai mezzi di prova di cui il giudice nazionale, nel rispetto del principio dispositivo, potrà avvalersi, dal momento che la determinazione del *quantum* richiederà in parecchi casi accertamenti tecnico-economici complessi, per i quali i sistemi processuali nazionali potrebbero non essere attrezzati.

In proposito, la Corte di giustizia ha,

tuttavia, fondato l'individuazione (non solo dei rimedi disponibili, ma conseguentemente anche) delle regole processuali applicabili sulla ben nota teoria dell'*autonomia procedurale* degli Stati membri, pur temperata dalla necessaria osservanza dei principi di equivalenza e di effettività⁹. La soluzione dei problemi sopra accennati potrà dunque variare in relazione al modo d'essere dei sistemi processuali nazionali, almeno fin quando ciò non abbia l'effetto pratico di rendere impossibile o eccessivamente difficile la proposizione di dette azioni, come potrebbe accadere ad esempio ove si richiedesse al terzo concorrente uno *standard* probatorio molto rigoroso rispetto all'importo di cui egli sollecita il recupero.

A mitigare tali rischi potrebbe comunque sovvenire la possibilità per il giudice nazionale di richiedere un parere alla Commissione: nella Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali del 2009 la questione della quantificazione è espressamente indicata come possibile oggetto di una richiesta da parte dei giudici nazionali¹⁰.

Peraltro, come anticipato, la questione è destinata ad atteggiarsi in maniera molto diversa a seconda della tipologia di misura che costituisce aiuto illegale, poiché in ciascuna di esse l'utilità ricavata dal beneficiario in violazione dell'art. 107 TFUE può assumere forme diverse, che di seguito, sia pure senza pretesa di completezza, si esamineranno. In proposito, il giudice nazionale potrà utilmente avvalersi delle indicazioni fornite dalla Commissione nelle sue comunicazioni relative alle varie forme tipiche di aiuto¹¹.

La fattispecie rispetto alla quale si

⁸ Nel senso che la Commissione non è tenuta a indicare l'importo oggetto di recupero nella sua decisione, v. peraltro C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-8717. Sulla cooperazione leale ai fini della quantificazione dell'aiuto da recuperare, v. Trib. UE, 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1475. Nella Comunicazione "Verso l'esecuzione effettiva delle Decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili", del 15 novembre 2007 (in G.U.U.E. C-272

del 15 novembre 2007, p. 4 ss.) viene peraltro espressa l'intenzione di procedere a tale indicazione nei limiti del possibile.

⁹ V., per l'affermazione del principio, C. giust. UE, 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement de cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales - "Laboratoires Boiron"*, in *Racc.* 2006, p. I-7529.

¹⁰ 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85 del 9 aprile 2009, p. 1 ss., sezione 3.2.

¹¹ Si possono citare in proposito, a mero titolo esemplificativo, la Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trat-

pongono minori difficoltà applicative è quella comune della sovvenzione in denaro da parte dello Stato, il cui recupero avviene sulla base dell'importo nominale¹² originariamente erogato al beneficiario o almeno della parte di esso che abbia natura di aiuto di Stato¹³.

Analogamente, laddove l'aiuto venga accordato per effetto della rinuncia dello Stato alla esazione di un suo credito, sia esso di natura fiscale, previdenziale o di qualunque altro genere, il recupero non potrà che essere commisurato alla somma dovuta dal beneficiario e non riscossa¹⁴, almeno per quella parte per cui la misura si configuri come aiuto di Stato¹⁵.

Presentano inoltre tratti comuni le ipotesi, pur tra loro distinte, della alienazione gratuita di beni o della fornitura gratuita di servizi¹⁶, della cessione a prezzo preferenziale dallo Stato alle im-

prese e dell'acquisto di beni a prezzo preferenziale da parte dello Stato. Nella prima ipotesi, in effetti, il recupero potrebbe assumere anche la forma della restituzione in forma specifica; ove così non fosse, il giudice nazionale sarà chiamato a individuare il valore di mercato dei beni trasferiti¹⁷, condannando l'impresa beneficiaria a rimborsarlo allo Stato per intero o, nella seconda e terza ipotesi, nella misura corrispondente alla differenza rispetto al prezzo concordato tra le parti.

Tale valore, da determinare alla data del trasferimento stesso¹⁸, non potrà che essere oggetto di accertamenti tecnici, sostanzialmente analoghi a quelli utilizzati per l'applicazione del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato ai fini della nozione di aiuto di Stato. Ciò discende, in tutta evidenza, dalla funzione del recupero quale potere del giudice na-

tato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie (G.U.U.E. C-155 del 20 giugno 2008, p. 10 ss.); la Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (G.U.U.E. C-384 del 10 dicembre 1998, p. 3 ss.); la Comunicazione della Commissione relativa agli elementi di aiuto di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità (G.U.U.E. C-209 del 10 luglio 1997, p. 3 ss.).

¹² Per il principio che dall'importo nominale possano essere dedotti gli oneri versati dal beneficiario a titolo di imposte, v. Trib. UE, 8 giugno 1995, causa T-459/93, *Siemens SA c. Commissione*, in *Racc.* 1997, 1995, p. II-1675.

¹³ V., ad esempio, C. giust. UE, 10 giugno 2010, causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo Spa c. Presidenza del Consiglio dei Ministri - "Traghetti del Mediterraneo II"*, in *Racc.* 2010, p. I-5243, in cui lo Stato aveva concesso sovvenzioni ad una società qualificandole come compensazione di obblighi di pubblico servizio, mentre in effetti solo una parte di tali sovvenzioni rispettavano le condizioni richieste dalla giurisprudenza della Corte a tal fine, come risultanti in particolare da C. giust. UE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidentium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH - "Altmark"*, in *Racc.* 2003, p. 7747. V. anche C. giust. UE, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti S.r.l. c. Giuseppe Calafiori - "Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti"*, in *Racc.* 2006, p. I-2941.

¹⁴ Una situazione peculiare è quella esaminata da C. giust. UE, 8 maggio 2003, cause riunite C-328/99 e C-399/00, *Repubblica Italiana e Sim Multimedia 2 Spa c. Commissione - "SIM Multimedia 2"*, in *Racc.* 2003, p. I-4035: infatti, una so-

cietà pubblica, a seguito di un accordo con la società debitrice, aveva rinunciato a riscuotere una parte del suo credito; successivamente al fallimento della debitrice era stato ingiunto allo Stato il recupero della parte di credito non riscossa, ma lo Stato aveva segnalato che avrebbe potuto conseguire l'annullamento dell'accordo, e dunque la restituzione alla società fallita di quanto riscosso e l'iscrizione al passivo fallimentare dell'intero credito originariamente dovuto. La circostanza è stata ritenuta non rilevante dalla Corte di giustizia.

¹⁵ Per esempio, in un caso come quello deciso da C. giust. UE, 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale - "Ferring"*, in *Racc.* 2001, p. I-9067, in cui alcune imprese erano esentate dal versamento di un contributo pubblico e tale esenzione poteva prefigurarsi almeno in parte come compensazione di obblighi di servizio pubblico, il recupero riguarda solo la parte di contributo non versato che eccede la compensazione degli obblighi di pubblico servizio.

¹⁶ Ad esempio, C. giust. UE, 20 novembre 2003, causa C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Gemo SA - "GEMO"*, in *Racc.* 2003, p. I-13769, lo Stato francese aveva previsto un sistema di smaltimento delle carcasse di animali e dei resti di macellazione i cui costi erano a carico del bilancio statale.

¹⁷ O almeno il valore più prossimo a quello di mercato: cfr. C. giust. UE, 16 dicembre 2010, causa C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG c. BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH - "Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe"*, in *Racc.* 2010, p. I-13083.

¹⁸ V., ad esempio, C. giust. UE, 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione c. Scott SA*, in *Racc.* 2010, p. I-7763.

zionale diretto a ristabilire la situazione preesistente all'aiuto, eliminando il vantaggio ricavato dal beneficiario: pertanto, la quantificazione effettuata dal giudice avviene come un'operazione uguale e contraria a quella con cui si determina la natura di aiuto, poiché entrambe ruotano intorno al parametro del differenziale rispetto al valore di mercato dei beni oggetto della misura contestata.

In altri casi la quantificazione dell'aiuto da recuperare potrà richiedere operazioni di accertamento più complesse, come accade quando l'aiuto consista nella concessione di un prestito o di una garanzia, ovvero nella dilazione di pagamenti dovuti dall'impresa¹⁹, ovvero ancora nel conferimento del c.d. capitale di rischio. Normalmente, il beneficio accordato all'impresa sarà conseguenza del carattere agevolato dell'operazione, in quanto questa avverrà a condizioni più favorevoli rispetto a quelle di mercato. Pertanto, sarà sempre possibile ricondurre la misura a legittimità attraverso il recupero del maggior importo che il beneficiario avrebbe dovuto versare ove l'operazione fosse stata effettuata a condizioni di mercato²⁰. In queste ipotesi sarà dunque sempre possibile determinare la somma da recuperare, da individuare di volta in volta, sulla base delle condizioni di mercato applicabili alla data dell'operazione, nella maggior somma che sarebbe stata dovuta in termini: *a*) di spese e interessi sul prestito; *b*) di costi della garanzia; *c*) di interessi di mora e eventuali altre spese per ottenere la dilazione di pagamento; *d*) di redditività del capitale conferito quale sarebbe stata richiesta da un investitore privato.

Nella giurisprudenza della Corte di

giustizia sono tuttavia emerse anche ipotesi nelle quali le misure costituivano aiuto non solo in quanto consentivano all'impresa di effettuare operazioni a condizioni agevolate, ma soprattutto in quanto l'impresa, in ragione della sua situazione economico-finanziaria, non sarebbe stata in grado di ottenere – in mancanza dell'aiuto – nuova liquidità²¹.

Ora, in simili fattispecie l'obbligo di recupero dovrebbe atteggiarsi diversamente, poiché non sono le condizioni dell'operazione che accordano un ingiustificato vantaggio al beneficiario, ma questo deriva dal fatto stesso che l'operazione sia stata compiuta. Pertanto, la quantificazione della somma da recuperare non potrà che coincidere con l'intero beneficio economico ricavato dall'impresa per effetto dell'operazione (importo del prestito concesso o somma conferita a titolo di capitale di rischio).

Il quadro appare meno chiaramente delineato qualora la misura di aiuto consista nella concessione di una garanzia. In un caso recente la Corte ha esaminato la fattispecie di una società che si trovava in una situazione talmente grave da non poter accedere a finanziamenti sul libero mercato e che aveva potuto ottenere un mutuo soltanto sulla base della garanzia concessa da un ente locale²². Uno dei problemi sollevati dal giudice del rinvio discendeva dalla circostanza che questi riteneva di poter procedere all'annullamento della garanzia prestata dall'ente pubblico, ma dubitava che ciò potesse eliminare la distorsione della concorrenza in quanto non avrebbe *ex se* fatto venir meno il finanziamento ottenuto dall'impresa beneficiaria.

¹⁹ Nel senso che la dilazione di pagamento può avere, quando consente all'impresa di finanziarsi specialmente ove si trovi in condizioni di scarsa liquidità, il medesimo effetto di un prestito e dunque deve essere valutata secondo il criterio dell'investitore privato, v. C. giust. UE, 29 giugno 1999, causa C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA - "DM Transport"*, in *Racc.* 1999, p. I-3913. In senso parzialmente diverso, C. giust. UE, 29 aprile 1999, causa C-342/96, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-2459.

²⁰ Un'ipotesi di questo genere è stata da ultimo esaminata in C. giust. UE, 21 marzo 2013, causa C-613/11, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata.

²¹ V., in particolare, C. giust. UE, 8 dicembre 2011, "Residex Capital IV CV", cit., punto 41; nonché Trib. UE, 13 giugno 2000, cause riunite T-204/97 e T-270/97, *EPAC - Empresa para a Agroalimentação e Cereais SA c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-2267. Per un'ipotesi peculiare v., da ultimo, C. giust. UE, 19 marzo 2013, cause riunite C-399/10 P e C-401/10 P, *Bouygues SA, Bouygues Télécom SA e Commissione c. Repubblica francese e France Télécom SA - "France Télécom"*, non ancora pubblicata, in cui si è ritenuto sufficiente a garantire un vantaggio all'impresa interessata l'annuncio di un futuro prestito da parte dello Stato.

²² Cfr. C. giust. UE, 8 dicembre 2011, "Residex Capital IV CV", cit.

Sul punto la Corte di giustizia non ha fornito precisi chiarimenti nella decisione appena citata nel caso *Residex Capital IV CV*. Sembra peraltro plausibile che un completo ripristino della situazione preesistente dovrebbe implicare, da parte del giudice nazionale, anche l'adozione di misure atte a elidere il beneficio derivante dalla concessione del finanziamento, qualora sia dimostrato che questo sia stato ottenuto solo in ragione dell'esistenza della garanzia dell'ente pubblico. In pratica, in tal caso la quantificazione della somma da recuperare dovrebbe comunque coincidere con l'intera somma capitale oggetto di finanziamento.

Un cenno deve esser fatto infine anche alle azioni di restituzione dei c.d. tributi parafiscali o comunque dei contributi destinati a finanziare regimi di aiuto, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, quando le modalità di finanziamento siano indissociabili dal regime di aiuto in quanto tale, appaiono equiparate ad azioni di recupero fondate sull'art. 108 § 3 TFUE²³. In tal caso, tuttavia, la richiesta non viene formulata dai concorrenti delle imprese beneficiarie, bensì dai terzi tenuti al pagamento del contributo e non ha la finalità di ripristinare la situazione concorrenziale antecedente all'aiuto, ma di reintegrare il patrimonio del soggetto che ha versato il contributo stesso. Tale differenza di funzione non può che incidere anche sui meccanismi di quantificazione, poiché la somma dovuta al terzo contribuente non sarà in correlazione con l'utilità ricavata dal beneficiario ma darà soltanto luogo alla ripetizione della somma che è stata versata per finanziare l'aiuto.

III. GLI INTERESSI E LA LORO DECORRENZA

Com'è noto, fin dalla sentenza c.d. *Saumon* la Corte di giustizia ha ritenuto che l'attuale art. 108 § 3 TFUE imponesse al giudice nazionale di trarre tutte le con-

seguenze dall'illegalità dell'aiuto anche per quanto concerne il recupero dello stesso²⁴. Ne discende che, al fine di ripristinare la situazione preesistente all'erogazione dell'aiuto e dunque rimuovere del tutto l'utilità ingiustificatamente ricavata dal beneficiario, quest'ultimo deve essere condannato anche alla restituzione degli interessi maturati sulle somme erogate. In questo modo vengono eliminate ora per allora in capo all'impresa beneficiaria le conseguenze della disponibilità dell'aiuto, che costituisce, anche da sola (come dimostra la sentenza *CELF*), una violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

In materia di *public enforcement* l'obbligo di recuperare anche gli interessi discende da un'espressa previsione contenuta nell'art. 14 § 2, Reg. CE n. 659/99, che affida alla Commissione il compito di stabilire un "tasso adeguato". Il tasso c.d. di riferimento è determinato dall'art. 9 Reg. CE n. 794/04, che impone di calcolarlo «sulla base della media dei tassi *swap* interbancari a cinque anni per i mesi di settembre, ottobre e novembre dell'anno precedente, maggiorata di 75 punti base»; l'art. 11 § 2, dello stesso regolamento individua inoltre come applicabile il regime dell'interesse composto con capitalizzazione annuale²⁵.

Nella Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali del 2009 la Commissione ha espressamente precisato di ritenere tale disciplina particolarmente rigorosa degli interessi anche alle azioni di *private enforcement*²⁶.

Ma tale conclusione non è condivisibile. Escluso che tali disposizioni, dettate espressamente per il procedimento di controllo dinanzi alla Commissione, possano applicarsi per forza propria alle azioni dinanzi al giudice nazionale (che discendono direttamente dall'art. 108 § 3 TFUE), un'applicazione analogica non sembra in effetti giustificata per due ordini di ragioni.

²³ C. giust. UE, 21 ottobre 2003, "Van Calster", cit.; 7 settembre 2006, "Laboratoires Boiron", cit.

²⁴ C. giust. UE, 21 novembre 1991, cit.

²⁵ Per due diversi orientamenti in relazione all'applicazione temporale della regola dell'inte-

resse composto nella giurisprudenza italiana, v. Cass., sez. lav., 4 maggio 2012, n. 6756, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 5, p. 559, e Cass., sez. trib., 3 agosto 2012, n. 14019, *ivi*, 2012, 7-8, p. 1019.

²⁶ V. la sezione 2.3 della Comunicazione.

Da un lato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stato affermato che anche in sede di *public enforcement*, laddove non sia applicabile il Reg. CE n. 794/04 e in difetto di una specifica indicazione nella decisione di recupero, la regola del tasso di interesse composto non può trovare applicazione e si deve far rinvio al diritto nazionale²⁷.

Dall'altro, per quanto la funzione del recupero dell'aiuto erogato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE non sia diversa nelle due ipotesi, non può dimenticarsi che il *private enforcement* può intervenire in una fase in cui la misura di aiuto non è stata ancora oggetto di una valutazione della Commissione in ordine alla compatibilità col mercato comune. Esso costituisce conseguenza di una violazione di carattere procedurale (mancata notifica dell'aiuto), oltretutto non addebitabile al beneficiario, e non, ancora, di una valutazione negativa espressa dalla Commissione sul contenuto sostanziale della misura.

Sembra che tali considerazioni siano idonee a giustificare il rifiuto dell'applicazione analogica dell'art. 14 § 2, Reg. CE n. 659/99 nonché degli artt. 9 e 11 Reg. CE n. 794/04.

Per determinare la misura degli interessi e le modalità di calcolo degli stessi il giudice nazionale dovrà invece tener conto della funzione del recupero dell'aiuto nell'ottica dell'art. 108 § 3 TFUE. Se, come detto, essa consiste nel ripristinare la situazione concorrenziale preesistente, al giudice nazionale dovrebbe essere richiesto di accertare l'importo degli interessi che il beneficiario avrebbe dovuto corrispondere per avere la disponibilità della somma corrispondente all'aiuto a condizioni di mercato. In tal senso non dovrebbe dunque essere previsto un rinvio al diritto nazionale, ma piuttosto alle condizioni normalmente praticate (tasso di interessi e modalità di calcolo) nel periodo interessato per analoghe operazioni di finanziamento.

Per quanto attiene alla decorrenza de-

gli interessi, non si può che ritenere, per le stesse ragioni, che essi siano dovuti per il periodo intercorrente tra la data in cui le somme sono state messe a disposizione del beneficiario e la data dell'effettivo recupero. Un'eccezione a tale regola si rinviene qualora si verifichi la situazione prefigurata dalla Corte di giustizia nella sentenza *CELF*, ossia l'aiuto venga dichiarato compatibile da una decisione della Commissione: in tal caso gli interessi saranno calcolati soltanto sino alla data di tale decisione positiva, che pone fine all'illegalità dell'aiuto²⁸.

IV. I CRITERI PER IL CALCOLO DEL RISARCIMENTO DANNI

Le conclusioni raggiunte per la quantificazione delle somme oggetto degli eventuali provvedimenti del giudice nazionale diretti al recupero dell'aiuto non possono essere trasposte all'ipotesi in cui si tratti di quantificare la somma dovuta a terzi a titolo di risarcimento del danno patito per effetto dell'illegale erogazione dell'aiuto.

In proposito, occorre considerare la funzione completamente differente dei due rimedi: mentre, come detto, il recupero mira a ripristinare la situazione concorrenziale preesistente sul mercato, il risarcimento del danno ha lo scopo di compensare la perdita patrimoniale subita da terzi per effetto dell'aiuto accordato al beneficiario. Ne consegue che l'entità dell'aiuto accordato al beneficiario non può costituire, rispetto al calcolo del risarcimento dovuto, il parametro essenziale, come accade invece per le azioni dirette ad assicurare il recupero.

Sotto altro profilo, mentre le azioni dirette al recupero degli aiuti di Stato illegali, anche quando promosse da concorrenti del beneficiario o altri terzi interessati, realizzano direttamente un obiettivo che è comune alle regole sul *public enforcement*, le azioni risarcitorie, determinando una reintegrazione del patrimonio del terzo danneggiato, contribuiscono in-

²⁷ V. C. giust. UE, 11 dicembre 2008, causa C-295/07 P, *Commissione c. Département de Loiret e Scott SA*, in *Racc.* 2008, p. I-9363.

²⁸ V. C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "*CELF I*", cit., ove si precisa peraltro che gli interessi

sono dovuti anche per il periodo intercorso tra una decisione positiva della Commissione poi annullata e la sentenza di annullamento del Tribunale dell'Unione europea, che ha effetti retroattivi.

direttamente alla realizzazione dell'osservanza degli articoli 107 e 108 TFUE e garantiscono principalmente il diritto del privato danneggiato. Tale considerazione non può non riflettersi sulla disciplina dell'onere della prova che, almeno per quanto concerne la dimostrazione del pregiudizio subito dal richiedente, dovrà attestarsi su *standard* più rigorosi.

D'altra parte, le azioni di risarcimento danni possono ritenersi fondate sul diritto dell'Ue – e dunque trovare il loro fondamento diretto nell'art. 108 § 3 TFUE – solo nella misura in cui siano proposte contro lo Stato, essendo al contrario affermazione costante della Corte che eventuali azioni proposte contro il beneficiario possono semmai discendere dal diritto nazionale²⁹. A quest'ultimo riguardo, non trattandosi di far valere un diritto (al risarcimento) fondato sul diritto dell'Ue, bensì sulle regole nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale³⁰, anche la quantificazione del danno risarcibile dovrebbe essere condotta dai giudici degli Stati membri sulla base del diritto nazionale applicabile nei limiti dallo stesso consentiti.

Per quanto riguarda le azioni risarcitorie contro lo Stato per l'erogazione dell'aiuto senza rispettare gli obblighi derivanti dall'art. 108 § 3 TFUE, esse rientrano nel novero più generale delle azioni per responsabilità dello Stato conseguente alla violazione del diritto dell'Ue³¹. Ora, è ben noto che rispetto a tali azioni, se la Corte di giustizia ha costantemente affermato che la sussistenza di un danno collegato da nesso di causalità alla violazione è condizione necessaria del diritto al risarcimento, essa ha anche evitato di indicare compiutamente i criteri per l'accertamento e la quantificazione di tale

danno, richiamandosi sul punto, oltre che a un generale criterio di adeguatezza del risarcimento³², al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri coi conseguenti limiti dell'effettività e dell'equivalenza del rimedio³³.

Ciò nondimeno, dalla giurisprudenza della Corte relativa alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Ue emergono alcune indicazioni certamente rilevanti anche nelle azioni risarcitorie in materia di aiuti di Stato.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha a più riprese affermato che il principio di effettività non consente che il diritto nazionale escluda dall'importo del danno risarcibile il c.d. lucro cessante³⁴. Ora, in materia di aiuti di Stato il mancato guadagno costituirà normalmente la principale perdita patrimoniale che il terzo concorrente potrà lamentare, poiché l'aiuto avrà di volta in volta consentito al beneficiario di acquisire quote di mercato o di aggiudicarsi opportunità commerciali alle quali non avrebbe altrimenti potuto accedere.

In queste ipotesi, pertanto, il giudice nazionale, una volta accertato il nesso di causalità tra la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE e il danno subito dal concorrente, dovrà, sulla base di una valutazione economica inevitabilmente complessa, determinare il *quantum* di tale danno, paramestrandolo al guadagno che il concorrente danneggiato avrebbe potuto conseguire ove le quote di mercato o le opportunità commerciali di cui si tratta non fossero state acquisite dal beneficiario. Un simile accertamento non potrà che presupporre un'articolata analisi del mercato di riferimento, della situazione esistente al momento dell'erogazione dell'aiuto e degli effetti prodotti dall'aiuto sulla situazione concorrenziale esistente nonché una valu-

²⁹ C. giust. UE, 11 luglio 1996, "SFEI", cit.; 5 ottobre 2006, "Transalpine Ölleitung in Österreich", cit.; 12 febbraio 2008, "CELF I", cit.

³⁰ V. ancora C. giust. UE, 11 luglio 1996, "SFEI", cit., punto 75.

³¹ C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo Spa c. Presidenza del Consiglio dei Ministri* - "Traghetti del Mediterraneo (I)", in *Racc.* 2006, p. I-5177.

³² Tra le altre, C. giust. UE, 10 luglio 1997, causa C-373/95, *Federica Maso e altri, Graziano Gaz-*

zetta e altri c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - "Maso ed altri", in *Racc.* 1997, p. I-4051.

³³ Da ultimo, v. C. giust. UE, 9 dicembre 2010, causa C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e altri c. Provincie Drenthe* - "Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie", in *Racc.* 2010, p. I-12655, punti 90 e 91.

³⁴ Il principio è già espresso in C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland, The Queen c. Secretary of State for Transport*

tazione prognostica dell'andamento del medesimo mercato qualora l'aiuto non fosse stato erogato.

Naturalmente, tale operazione ricostruttiva si presenterà più difficoltosa laddove il concorrente danneggiato deduca che, in mancanza di erogazione dell'aiuto, il beneficiario sarebbe uscito dal mercato di riferimento, poiché in questa ipotesi la quantificazione del danno dovrà transitare sia da un accertamento delle condizioni dell'impresa beneficiaria alla data dell'erogazione dell'aiuto sia da una valutazione prognostica di quale sarebbe stata l'evoluzione del mercato in caso di uscita del beneficiario dallo stesso.

Non può peraltro escludersi che il terzo concorrente richieda il risarcimento anche di un vero e proprio danno emergente, che sembra potersi prefigurare soprattutto laddove il concorrente stesso sia stato sottoposto, a causa della distorsione concorrenziale cagionata dall'aiuto, a una procedura di insolvenza secondo lo schema del noto caso *Traghetti del Mediterraneo*³⁵.

Un altro elemento ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è costituito dalla possibilità che il giudice nazionale tenga conto della circostanza che l'istante abbia omissis, dolosamente o colposamente, di promuovere le azioni necessarie ad evitare il verificarsi del danno³⁶. In materia di aiuti di Stato potrebbe essere considerato rilevante, ai fini della quantificazione del danno, il fatto che il concorrente danneggiato abbia o meno denunciato l'esistenza dell'aiuto illegale alla Commissione. Qualora la denuncia non vi sia stata o sia intervenuta tardivamente, il giudice nazionale potrebbe decidere di ridurre proporzionalmente l'importo dovuto a titolo di risarcimento danni.

Da ultimo, sulla somma dovuta per il risarcimento del danno debbono normal-

mente essere computati anche gli interessi, che anche in altri settori la Corte considera una componente essenziale di un indennizzo³⁷: tale indirizzo, che la sentenza *Manfredi* ha espressamente esteso alla politica di concorrenza³⁸, non può non valere anche per eventuali azioni risarcitorie in tema di aiuti di Stato, fermo che la misura degli interessi sarà quella indicata dal diritto nazionale. Gli interessi decorreranno dalla data in cui si è verificato o ha cominciato a verificarsi il danno (che, all'esito della complessa analisi economica sopra delineata ai fini della quantificazione, potrebbe risultare non coincidente con l'erogazione dell'aiuto) sino al pagamento effettivo.

GIACOMO BIAGIONI

Bibliografia

P.C. ADRIAANSE, «Appropriate Measures to Remedy the Consequences of Unlawful State Aid», in *Review of European Administrative Law*, 2009, p. 73 ss.; S. AMADEO, «Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 201 ss.; T. ERAZÃO NUNES, «The Role of National Courts in Recovering State Aid in the Case of Guarantees», in *European Law Reporter*, 2012, p. 15 ss.; F. FERRARO, «Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi», in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 129 ss.; L. HANCHER - T. OTTERVANGER - P.J. SLOT, *EU State Aids*, London, 2012, p. 1011 ss.; E. RIGHINI, «Godot Is Here: Recovery As an Effective State Aid Remedy», in *EC State Aid Law Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alpen aan den Rijn, 2008, p. 268 ss.; F. SPITALERI, «Recenti sviluppi in materia di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato: i casi *CELF* e *Wienstrom*», in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 463 ss.; A. TERRASI, «Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1080 ss.

ex parte Factortame Ltd - "Brasserie du Pêcheur e Factortame", in *Racc.* 1996, p. I-1029, punto 87.

³⁵ C. giust. UE, 10 giugno 2010, "Traghetti del Mediterraneo I", cit.

³⁶ C. giust. UE, 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland* - "Danske Slagterier", in *Racc.* 2009, p. I-2119, lo ammette nei limiti in cui ciò non renda eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno.

³⁷ V. già C. giust. UE, 2 agosto 1994, causa C-

271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Authority* - "Marshall", in *racc.* 1993, p. I-4367, e 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd e altri, Hoechst AG e Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue and HM Attorney General* - "Metallgesellschaft", in *Racc.* 2001, p. I-1727.

³⁸ C. giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Spa e altri*, in *Racc.* 2006, p. I-6619.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il ruolo dell'analisi economica per il calcolo dell'aiuto da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE)

Sommario: I. RECUPERO DELL'AUTO E ANALISI CONTROFATTUALE. – II. RISARCIMENTO DEL DANNO E ANALISI CONTROFATTUALE. – III. METODI PER LA COSTRUZIONE DEL CONTROFATTUALE. – IV. TECNICHE DI STIMA.

I. RECUPERO DELL'AUTO E ANALISI CONTROFATTUALE

La finalità del recupero consiste nel ripristinare la situazione esistente sul mercato precedentemente alla concessione dell'aiuto ritenuto illegale o incompatibile¹. Secondo la Corte di giustizia europea, «il ripristino dello *status quo ante* è raggiunto quando gli aiuti illegali e incompatibili in parola sono stati restituiti dal beneficiario che, per effetto di tale restituzione, è infatti privato del vantaggio di cui aveva fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti e la situazione esistente prima della corresponsione dell'aiuto è ripristinata»².

Il criterio generale che deve informare la quantificazione dell'aiuto di stato si basa sulla ricostruzione di uno scenario ipotetico, di tipo controfattuale, in cui si assume che lo Stato non avrebbe posto in essere la condotta che ha determinato la concessione dell'aiuto o lo avrebbe fatto nella misura idonea a privare l'aiuto del suo carattere illecito. L'entità dell'aiuto corrisponde alla differenza tra la situazione patrimoniale del beneficiario nello scenario controfattuale rispetto alla situazione patrimoniale dello scenario fattuale. In generale, nella determinazione di tale differenza si tiene conto solo degli effetti diretti dell'intervento pubblico e non anche di effetti indiretti quali, ad esempio, l'ottenimento di maggiori quote di mercato grazie all'aiuto, i quali, come si vedrà, rilevano per la quantificazione del danno risarcibile.

Questo criterio generale può essere declinato in diversi criteri specifici a se-

conda della modalità di concessione dell'aiuto. A tal proposito, le varie tipologie di aiuto possono essere ricondotte a tre fattispecie. La prima riguarda l'erogazione di sovvenzioni in denaro in somma fissa o agevolazioni equivalenti. Rientra in questa categoria, ad esempio, la rinuncia dello Stato a un credito di natura fiscale. In queste circostanze la quantificazione dell'aiuto è agevole e non richiede complesse valutazioni di tipo economico, posto che essa presuppone solo la determinazione del valore della sovvenzione o del credito statale non esatto. Lo scenario controfattuale deve semplicemente ipotizzare che lo Stato non avrebbe concesso la sovvenzione (o lo avrebbe fatto nella misura consentita) ovvero non avrebbe rinunciato a erogare il credito.

La seconda fattispecie concerne l'adozione di misure che si pongono in contrasto con il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato e le sue possibili articolazioni. Questa fattispecie comprende: *i*) la vendita di beni e servizi a titolo gratuito o a un prezzo inferiore a quello di mercato, ovvero l'acquisto di beni o servizi a prezzi superiori a quelli di mercato; *ii*) la concessione di un prestito, di una garanzia o la dilazione dei pagamenti; *iii*) la partecipazione al capitale di rischio. Quando l'aiuto assume tali forme, l'analisi economica deve individuare il comportamento che un operatore razionale avrebbe adottato, tenendo conto delle specifiche caratteristiche del mercato interessato e del destinatario dell'azione statale. L'indagine economica che deve essere compiuta è prevalentemente di tipo ricognitivo. Essa deve mirare a identificare le condizioni che il mercato richiedeva per operazioni analoghe, con riferimento ai prezzi di vendita o di acquisto, agli interessi e premi o alla remunerazione del capitale. Ad esempio nel

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione in G.U.U.E. C272 del 15 novembre 2007 punto 13 e ss.

² Causa C-348/93, Commissione contro Italia, in *Racc.* 1995, parte I, p. 673, punto 27.

caso *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)*³, la Commissione ha ipotizzato che l'acquisizione di due cantieri navali e di una fabbrica di motori appartenenti alla sua controllata *Astilleros Españoles* non fosse avvenuta alle normali condizioni del mercato, principalmente perché la SEPI, che già deteneva il controllo delle entità acquistate; aveva proceduto all'acquisizione nonostante le difficoltà economiche in cui versavano i cantieri. In questa circostanza l'entità dell'aiuto corrisponde all'intero prezzo di acquisizione se un investitore privato non avrebbe mai effettuato l'acquisto, se non a titolo gratuito, o alla differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che avrebbe corrisposto un diverso acquirente che avesse agito esclusivamente secondo criteri di razionalità economica.

La terza fattispecie, sicuramente più rara, ma di maggiore interesse dal punto di vista dell'economista, riguarda la concessione di sovvenzioni o sussidi o l'adozione di altre misure che determinano per talune imprese un beneficio *indiretto* in quanto vanno a modificare il comportamento di altri attori economici. Ciò avviene ad esempio, quando lo Stato concede un sussidio ai consumatori, con un carattere discriminatorio, subordinandolo cioè all'acquisto di prodotti provenienti da imprese individuate in modo selettivo, le quali risultano essere le beneficiarie (indirette) dell'aiuto. In tal caso lo scenario controfattuale deve estendersi, includendo, il comportamento ipotetico di coloro che sono destinatari diretti dell'intervento statale. Occorre cioè chiedersi come si sarebbero comportati i beneficiari diretti del sussidio se lo Stato non lo avesse concesso. Nel caso esemplificativo, la quantificazione dell'aiuto deve innanzitutto valutare l'impatto del sussidio sulla domanda e determinare le unità di prodotto addizionali che sono state vendute dalle imprese beneficiarie solo in virtù dell'intervento statale. Accertato questo elemento, andranno ricostruiti nello scenario controfattuale i minori ricavi e i mi-

nori costi che tali imprese avrebbero registrato se non avessero soddisfatto la domanda aggiuntiva generata dal sussidio. L'entità dell'aiuto sarà quindi pari al vantaggio che le imprese hanno ottenuto in termini di maggiori profitti. Ad esempio, nel caso *Digital Decoders*, la Commissione ha ritenuto che la concessione di un contributo a favore degli acquirenti di decoder idonei alla fruizione di programmi televisivi sul digitale terrestre e via cavo costituissero un aiuto illecito concesso alle imprese che offrivano servizi televisivi a pagamento su queste piattaforme⁴. Per determinare l'entità dell'aiuto in tal caso risultava necessario dapprima determinare quanti consumatori non avrebbero acquistato il decoder in assenza del contributo e quanti, tra questi, avevano poi deciso anche di acquistare i servizi televisivi offerti dalle imprese beneficiarie indirette dell'intervento statale. Infine, occorre individuare il margine che le stesse imprese avevano realizzato grazie alle decisioni di acquisto di tali consumatori addizionali.

Da questa sommaria descrizione emerge che il ruolo che l'analisi economica gioca nella quantificazione dell'aiuto è pressoché nullo per la prima fattispecie, rilevante ma limitato nella seconda e cruciale nella terza. Anche la complessità dell'indagine segue un analogo ordine crescente.

II. RISARCIMENTO DEL DANNO E ANALISI CONTROFATTUALE

Il risarcimento del danno conseguente all'adozione di misure che configurano un aiuto di Stato illegale o incompatibile richiede anch'esso la ricostruzione di uno scenario controfattuale, in cui, per ipotesi, l'intervento statale sarebbe stato assente o ricondotto nell'alveo della legittimità. La finalità dell'esercizio è però diversa. Il recupero dell'aiuto è parte del sistema di *public enforcement* che tutela il bene pubblico rappresentato dall'assetto concorrenziale dei mercati. L'azione risar-

³ L'analisi della Commissione è confluita in una procedura riguardante la ristrutturazione dei cantieri navali spagnoli che ha portato alla crea-

zione del gruppo IZAR (cfr. XXXI Relazione sulla politica della concorrenza (2001), 288).

⁴ Dec. Comm., 24 gennaio 2007, C-52/2005.

citoria è invece una forma di *private enforcement* che ha la funzione di compensare coloro che hanno subito un pregiudizio ingiusto. Nonostante queste diverse finalità, l'analisi economica richiesta per pervenire a una quantificazione del *quantum debeatur*, nei suoi presupposti, non è dissimile da quella che deve essere esperita per determinare l'entità dell'aiuto da recuperare. L'obiettivo in questo caso è ottenere una descrizione del mercato, in tutte le sue rilevanti dimensioni, in un ipotetico mondo in cui lo Stato non avrebbe concesso l'aiuto in questione, se non nei limiti consentiti dall'ordinamento. Siccome l'analisi ha un obiettivo più ampio del mero accertamento dell'entità dell'aiuto, la ricostruzione dello scenario controfattuale non può essere troncata⁵, qualunque sia la modalità di concessione dell'aiuto e la tripartizione delle fattispecie prima proposta diventa qui irrilevante. Sia che si tratti di sovvenzioni, di violazioni del principio dell'investitore privato o di sussidi indiretti, la quantificazione del danno impone una descrizione a tutto tondo dell'ipotetico assetto che il mercato avrebbe assunto laddove le misure illegittime non fossero state adottate.

Un secondo elemento di differenziazione riguarda il soggetto di cui occorre ricostruire le variabili economiche controfattuali. Mentre nel caso del recupero, lo scenario controfattuale riguarda il comportamento dello Stato e l'utilità addizionale tratta dall'impresa beneficiaria, nel caso del risarcimento, interessa stabilire la disutilità che altre imprese hanno sofferto come conseguenza dell'aiuto.

Questa disutilità può derivare ad esempio, da: *i*) maggiori costi sostenuti per l'acquisto di materie prime, beni intermedi o servizi; *ii*) minori ricavi per una riduzione dei volumi di vendita; *iii*) ritardi nell'acquisizione della clientela; *iv*) deterioramento della propria reputazione commerciale; *v*) riduzione del valore del *brand* o di altri *asset* materiali o immateriali. Questo elenco probabilmente non è esaustivo.

Va subito chiarito che dal punto di vista dell'economista il danno spesso rubricato come perdita di *chance* non costituisce una categoria sostanzialmente diversa da quelle ora elencate. Ciascuna delle componenti che contribuiscono alla formazione del reddito e del patrimonio delle imprese può essere incisa dall'evento pregiudizievole in termini probabilistici. Ad esempio, qualora l'aiuto impedisca la partecipazione a una gara, a seconda dell'esito della procedura competitiva, esistono diversi scenari controfattuali possibili a cui è associabile una distribuzione di probabilità. I maggiori volumi di vendita che l'impresa avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione vanno scontati per la probabilità di questo evento, e dunque devono essere determinati nel loro valore "atteso". Tale ragionamento può applicarsi anche per eventi futuri, il cui verificarsi è, per loro natura, incerto.

Dato che lo scenario controfattuale ipotizza l'assenza dell'intervento statale illegittimo, esso si caratterizza anche per la mancata restituzione dell'aiuto che invece, nella maggior parte dei casi, connota lo scenario fattuale. In altri termini alla concessione dell'aiuto segue, o dovrebbe seguire, l'azione di recupero dell'aiuto stesso. Mentre la concessione dell'aiuto può determinare un danno per le imprese concorrenti, la restituzione dell'aiuto crea per esse un vantaggio. Ne consegue, dunque, che laddove il recupero dell'aiuto riduca la capacità competitiva del beneficiario a vantaggio delle imprese concorrenti, l'utilità patrimoniale di queste ultime determinata dall'azione di recupero nei confronti del primo, laddove sia avvenuta, deve sottrarsi al danno risarcibile, proprio perché non si sarebbe verificata se lo Stato non avesse mai concesso l'aiuto. Ciò non implica che la restituzione del beneficio illecito elida il fondamento di una richiesta risarcitoria, poiché, sebbene l'istituto del recupero sia volto a ripristinare la situazione concorrenziale *ex-ante*, esso non può evitare il prodursi di effetti non più modificabili.

⁵ Vale a dire che non ci si può limitare a individuare il comportamento ipotetico dello Stato che avrebbe reso suo intervento legittimo, ma oc-

corre sempre considerare i comportamenti ipotetici di tutti gli attori del mercato nello scenario controfattuale.

Tuttavia, quando l'aiuto consiste in una mera sovvenzione in denaro, la sua restituzione avviene nella stessa forma e in un identico valore (maggiorato dagli interessi). Sicché potrebbe anche ipotizzarsi che il danno iniziale subito dai concorrenti del beneficiario sia compensato dal vantaggio successivo, salvo che i due momenti storici in cui si realizzano i due avvenimenti (concessione dell'aiuto e recupero) e i diversi ruoli che i protagonisti della vicenda vi giocavano non comportino conseguenze diverse per le due dazioni di denaro di segno opposto ma identico valore (reale).

Un altro elemento rilevante per la definizione dello scenario controfattuale è il comportamento dell'impresa che si ritiene danneggiata. Ciò rileva sotto due profili. Il primo è che tale impresa potrebbe avere adottato comportamenti – che non avrebbe adottato altrimenti – che le hanno consentito di traslare (almeno) parte del danno sui propri acquirenti. L'ipotesi rileva soprattutto quando la conseguenza dannosa consista nell'imposizione di maggiori costi per l'acquisto dei fattori produttivi. Dato che le decisioni di prezzo di un'impresa dipendono, tra l'altro, dai costi e in modo particolare da quelli di natura variabile, l'analisi economica potrebbe dimostrare che l'impresa danneggiata ha applicato nello scenario fattuale prezzi più elevati di quelli che avrebbe adottato nello scenario controfattuale, così che, di fatto, il maggior costo non è andato interamente a riduzione dei margini di profitto, ma è stato in realtà sopportato in parte dai consumatori. Questo fenomeno, denominato *passing on*, dipende da numerose caratteristiche del mercato interessato, le principali delle quali sono: la natura simmetrica o asimmetrica dell'incremento dei costi e l'elasticità della domanda che si rivolge all'impresa che ha subito l'aggravio di costi. Il *passing on* è maggiore se gli effetti dell'aiuto riguardano in modo simmetrico tutte le imprese concorrenti di quelle beneficiarie e tanto minore è l'elasticità della domanda a esse rivolta.

Il secondo motivo per cui rileva l'analisi del comportamento dell'impresa danneggiata riguarda l'eventuale esistenza di

scelte che hanno aggravato il danno subito o l'eventuale omissione di condotte che avrebbero potuto mitigarlo. In sostanza, all'indagine economica viene chiesto di stabilire se sia più corretto confrontare i valori economici dello scenario controfattuale (assenza dell'aiuto illecito) con quelli dello scenario fattuale o piuttosto con quelli di un altro scenario controfattuale, da determinare analiticamente, in cui l'impresa danneggiata avrebbe tenuto comportamenti idonei a ridurre le conseguenze negative dell'aiuto, ovvero avrebbe evitato condotte che le hanno accresciute.

III. METODI PER LA COSTRUZIONE DEL CONTROFATTUALE

I metodi che sono stati sviluppati per la costruzione di uno scenario controfattuale sono prevalentemente di tipo comparativo. L'ipotesi di lavoro è che il valore che le grandezze economiche rilevanti avrebbero assunto nella situazione ipotetica sono desumibili da quello che le stesse variabili hanno effettivamente fatto registrare in altri contesti che si differenziano su un piano soggettivo, temporale, geografico o merceologico o una qualche combinazione di questi elementi distintivi. Ad esempio, il valore *di mercato* di un terreno che si ipotizza lo Stato abbia venduto a condizioni di favore può essere ricostruito prendendo il prezzo che è stato pagato a soggetti privati per terreni con caratteristiche analoghe in un periodo diverso o in un mercato geografico diverso. Il termine di confronto che viene utilizzato per questa analisi è denominato *benchmark*.

La scelta del *benchmark* di riferimento dipende innanzitutto dalla finalità dell'analisi. Se questa mira alla determinazione dell'entità dell'aiuto e l'aiuto deriva dalla violazione del principio dell'investitore privato in un'economia di mercato, il comportamento ipotetico dello Stato può essere ricostruito considerando le condotte *contemporanee* adottate da *altri soggetti* nel *medesimo mercato* interessato dall'intervento statale. Ad esempio, il prezzo controfattuale di vendita di un bene alienato dallo Stato può essere rinvenuto nei prezzi di vendita dei medesimi beni, nella

stessa area geografica, nello stesso intervallo temporale, ma da parte di soggetti privati. Tuttavia, è opportuno verificare che le condizioni di equilibrio del mercato non siano state modificate proprio dal ruolo che vi giocano le transazioni con lo Stato. Se, infatti, queste ultime hanno un peso di rilievo, le scelte di prezzo dello Stato, che riguardino l'offerta o la domanda di beni (così come di prestiti garanzie o investimenti), possono incidere sui prezzi che gli altri operatori privati sono indotti a corrispondere o ad accettare per concludere una transazione. Ne segue che proprio la vendita a un prezzo inferiore a quello "normale" effettuata dallo Stato può generare un valore di mercato più basso di quello che si sarebbe avuto se lo Stato si fosse comportato come un operatore privato. Pertanto, se non si tenesse conto dell'endogeneità del prezzo osservato, si giungerebbe a una sottostima dell'entità dell'aiuto. Si potrebbe sostenere che se l'intervento pubblico produce una riduzione dei prezzi a cui hanno accesso imprese diverse dalla beneficiaria, l'aiuto potrebbe essere commisurato alla differenza tra il prezzo corrisposto da tale impresa e quello pagato dalle imprese che non hanno beneficiato delle condizioni di vendita proposte dallo Stato, poiché tale differenza identifica il tratto della selettività che è proprio della nozione di aiuto. Tuttavia, ciò contrasta con la finalità dell'azione di recupero che deve mirare a ripristinare le condizioni concorrenziali antecedenti all'adozione della misura statale e che, nel caso esemplificativo, qui discusso, deve portare a identificare il prezzo che l'acquirente avrebbe corrisposto se lo Stato avesse agito come un normale operatore di mercato.

Se la finalità dell'analisi economica è identificare i comportamenti di soggetti diversi dallo Stato, come nel caso di un sussidio dato ai consumatori, allora è opportuno *non* utilizzare come *benchmark* lo stesso mercato interessato dall'aiuto nello stesso periodo. Tale indicazione è valida anche quando il controfattuale deve essere costruito per quantificare il danno.

La ragione di questa affermazione è che l'esistenza di un aiuto indiretto ov-

vero di un danno presuppone che l'intervento statale abbia modificato le scelte di altri attori economici (concorrenti, fornitori, acquirenti), e che dunque le osservazioni riferite alle transazioni economiche che si sono svolte nell'ambito interessato dall'aiuto, contemporaneamente alla sua erogazione, non possono rappresentare ciò che sarebbe accaduto in assenza di tale intervento.

In questi casi i possibili *benchmark* sono forniti dallo stesso mercato interessato dall'aiuto, ma osservato in un periodo diverso, ovvero da altri mercati merceologici o geografici che presentano caratteristiche simili al mercato rilevante, ma che non sono stati influenzati, direttamente o indirettamente, dall'aiuto.

I metodi di stima delle variabili controfattuali sono chiamati: *i) before and after*, se il *benchmark* è dato dallo stesso mercato in periodi diversi; *ii) yardstick*, se il *benchmark* è rappresentato da un mercato diverso. Tali due impostazioni possono essere combinate tra loro, dando origine a un terzo metodo denominato *difference-in-differences*.

Per chiarire questi approcci si supponga che si voglia determinare il volume delle vendite nello scenario controfattuale. Se si usa (una versione semplice) dell'approccio *before-and-after* le vendite controfattuali saranno pari a quelle che si sono realizzate in un periodo precedente la concessione dell'aiuto; se l'approccio è (la versione semplice) dello *yardstick* le vendite controfattuali saranno stimate pari a quelle che si sono avute nel mercato di riferimento non inciso dall'intervento pubblico. Il metodo *difference-in-differences* richiede invece di calcolare due differenze: la variazione delle vendite nel mercato di cui si vuole costruire il controfattuale nel periodo in cui era presente l'aiuto rispetto al periodo precedente (1^a differenza) e l'analoga variazione delle vendite nei medesimi periodi nel mercato di confronto (2^a differenza). L'effetto dell'aiuto sui volumi di vendita è quindi dato dalla differenza tra la 1^a differenza e la 2^a differenza e i volumi controfattuali sono pari a quelli effettivi meno questa "differenza tra le differenze" (da qui il nome del metodo).

L'assunzione implicita in questi metodi è che il contesto utilizzato come *benchmark* costituisce una "narrazione" attendibile di cosa sarebbe successo nel mercato in esame se questo non fosse stato modificato dall'aiuto. E, dunque, nel approccio *before and after*, l'assunzione è che le condizioni di mercato in un periodo antecedente la concessione dell'aiuto sarebbero rimaste invariate; nell'approccio *yardstick*, che le condizioni del mercato usato come comparatore sono le stesse di quelle del mercato oggetto di studio. Queste assunzioni, formulate così semplicisticamente, sono spesso violate. Quasi sempre lo scorrere del tempo comporta la modificazione di altri fattori che incidono sugli scambi economici, sulle scelte dei consumatori e sulle posizioni delle imprese. Analogamente, mercati diversi, geograficamente o merceologicamente, presentano tratti propri e distintivi che hanno effetti decisivi sul loro equilibrio.

L'approccio *difference-in-differences* consente in parte di rimediare alla violazione di queste assunzioni perché tiene conto degli effetti di modificazioni delle condizioni di mercato nel tempo e delle differenze esistenti tra mercati diversi. Con questo metodo si ammette che le condizioni di mercato possano mutare nel tempo o essere disomogenee tra due mercati. Tuttavia si assume, ed è qui il fondamento del metodo, che i fattori che incidono sull'andamento di un mercato siano comuni a entrambi i mercati, con l'eccezione dell'aiuto, e che gli effetti di tali fattori sarebbero stati analoghi se non ci fosse stato l'aiuto. Se dunque esiste una differenza tra le *variazioni* subite dalle grandezze economiche oggetto di analisi, questa può essere attribuita all'evento che a noi interessa e cioè la concessione dell'aiuto. Ovviamente, anche questa assunzione può essere violata e all'economista in tutti i casi deve essere richiesto di verificare la validità delle assunzioni implicite in tutte le metodologie utilizzabili e predisporre gli opportuni rimedi laddove dovesse risultare che la loro violazione è

probabile e idonea ad alterare la stima. Questi rimedi consistono nella elaborazione di correttivi che consentano di incorporare nella stima gli effetti di altri fattori rilevanti, quali modificazioni dei costi dei fattori produttivi, delle tecnologie di produzione e distribuzione, della gamma di prodotti offerti, delle preferenze dei consumatori o di altre determinanti della domanda (v. *infra* sez. IV).

Un approccio alternativo ai modelli comparativi è la costruzione di un modello c.d. "strutturale". I modelli strutturali sono stati elaborati dalla teoria economica per descrivere il comportamento degli attori economici e la loro interazione. Esistono modelli che descrivono le scelte dei consumatori, modelli che riguardano le scelte delle imprese e modelli di mercato che, combinando i precedenti, delineano le caratteristiche dell'equilibrio in termini di prezzi, quantità scambiate, costi e profitti per ciascuna impresa.

Questi modelli teorici, espressi in termini matematici, devono essere "portati sui dati" mediante l'utilizzo di tecniche di stima o di calibrazione, e possono essere usati per simulare i comportamenti di consumatori e imprese qualora le loro scelte fossero avvenute in assenza dell'aiuto. Ad esempio nella decisione riguardante la concessione di un contributo per l'acquisto di decoder digitali per la ricezione di programmi televisivi, la Commissione Europea ha sostenuto che tale misura configurava un aiuto incompatibile perché idonea a favorire l'acquisizione di clientela addizionale da parte di alcune imprese che offrivano programmi televisivi a pagamento. Per la quantificazione dell'aiuto risultava, dunque, necessario calcolare l'incremento della domanda dei decoder e dei servizi di pay-tv determinata dall'aiuto. A tal fine, la Commissione suggeriva l'adozione di un modello di domanda a scelta discreta (*discrete choice demand model*), il quale avrebbe consentito "di valutare l'impatto di una serie di diversi fattori, quali i contenuti dei programmi e il prezzo, sulle scelte operate da vari tipi di consumatori"⁶.

⁶ Dec. Comm. CE, 24 gennaio 2007, C-52/2005, *Decoder digitali* § 203.

All'estremo opposto dei modelli strutturali, si situano approcci più pragmatici, ma anche meno idonei a fornire rappresentazioni attendibili in presenza di fenomeni economici complessi. Ad esempio, un'impresa potrebbe utilizzare il *business plan* elaborato prima della concessione dell'aiuto di cui si è avvantaggiato un proprio concorrente per comprovare gli effetti negativi dell'azione statale e per quantificare il danno. Questo tipo di evidenza deve essere trattato con estrema cautela, nella consapevolezza che un piano aziendale è redatto sulla base di assunzioni la cui validità non può darsi per scontata. Considerazioni analoghe possono formularsi per altri documenti (ricerche di centri studi, report di analisti, ecc.) di cui occorre sempre valutare l'attendibilità della fonte e la correttezza delle ipotesi, implicite o esplicite, utilizzate per la loro redazione. Nonostante queste doverose note di prudenza, si deve riconoscere che qualunque elemento idoneo a fornire informazioni sul mercato interessato dall'aiuto può contribuire alla costruzione di un plausibile scenario controfattuale. L'apprezzamento della capacità probatoria di questi elementi, come di quelli che derivano dall'applicazione dei metodi precedentemente descritti, può essere affidata, in prima battuta, alla valutazione tecnica di un economista e, in ultima istanza, deve essere rimessa al giudice.

IV. TECNICHE DI STIMA

Un cenno conclusivo deve essere fatto alle tecniche di stima. Occorre preliminarmente chiarire che i metodi per la costruzione dello scenario controfattuale, (descritti *supra* III), e le tecniche per l'applicazione di questi metodi sono aspetti complementari ma diversi del lavoro di analisi dell'economista e non dovrebbero essere confusi. Ad esempio, non è corretto parlare di un "metodo econometrico", giacché l'analisi econometrica (di cui si dirà appresso) rappresenta lo strumento

tecnico che può consentire l'applicazione di metodi tra loro molto diversi.

La scelta della tecnica rileva soprattutto quando si opta per un metodo comparativo. Negli altri casi le opzioni sono relativamente più ristrette perché, nel caso dei modelli strutturali, l'adozione di tecniche statistiche avanzate è d'obbligo, mentre negli approcci più semplici e pragmatici esse sono difficilmente utilizzabili. I metodi comparativi sono invece suscettibili di attuazioni più o meno sofisticate a seconda della tecnica applicata.

L'approccio più semplice (a volte semplicistico) consiste nello stimare la variabile controfattuale di interesse utilizzando medie semplici delle sue realizzazioni nel periodo o nel mercato di confronto. Ad esempio, le vendite controfattuali potrebbero essere poste pari alla media delle vendite realizzate nel periodo precedente la concessione dell'aiuto.

Tuttavia una semplice osservazione permette di discutere i possibili problemi di questa tecnica di stima e illustrare l'intuizione alla base delle possibili soluzioni. Se, ad esempio, si osservasse che nel periodo di confronto le vendite mostrano un chiaro *trend* crescente, la media semplice porterebbe a una probabile sottostima delle vendite nel periodo rilevante, le quali, seguendo lo stesso *trend*, sarebbero state più elevate di quelle verificatesi nel periodo precedente. Dunque, l'assunzione implicita della (versione semplice) del metodo *before and after* (che le condizioni di mercato esistenti nel periodo precedente la concessione dell'aiuto sono una "narrazione" attendibile di cosa sarebbe successo nel mercato nel periodo successivo qualora l'aiuto non fosse stato concesso) sarebbe violata. Per correggere questo errore si potrebbe assumere che la dinamica della crescita dei volumi di vendita sarebbe rimasta invariata anche nel periodo successivo (quello di vigenza dell'aiuto) e quindi la stima controfattuale potrebbe avvenire descrivendo il *trend*⁷ e proiettando le vendite, osservate nel primo periodo, nel periodo di interesse.

⁷ Ovviamente anche la scelta della forma funzionale che descrive il trend è cruciale. Questo potrebbe essere lineare (variazioni proporzionali al

l'intervallo di tempo), esponenziale (variazioni più che proporzionali) o logaritmico (meno che proporzionali) o anche assumere forme più articolate.

Questa semplice revisione della tecnica di stima può servire per illustrare l'idea generale. Nell'esempio, l'analista osserva che la variabile di interesse (ad esempio le vendite) non è costante nel tempo e ne deduce che la stima controfattuale deve dare un adeguato peso alla variabile "tempo". Tale ragionamento può essere applicato a qualunque variabile in grado di incidere sulla grandezza economica rilevante. Ad esempio, i prezzi di un prodotto possono dipendere dai costi dei fattori di produzione, dal livello della domanda, da variazioni nella capacità produttiva, ecc. Per tenere nel dovuto conto gli effetti di queste variabili, come nel caso del *trend*, occorre trovare una relazione che descriva il modo in cui incidono sul valore della variabile in esame. Una volta appurato l'impatto di tali fattori, si può tentare di isolare l'effetto dell'aiuto da quello delle altre variabili.

La tecnica più appropriata per identificare la relazione cercata è l'analisi di regressione detta anche analisi econometrica. Questo approccio consiste nell'ipotizzare una relazione funzionale tra una variabile (quella per cui interessa il valore controfattuale – denominata variabile dipendente) e altre variabili esplicative, tra cui l'aiuto concesso dallo Stato e le altre variabili definite "di controllo". Una volta scelta la forma funzionale e le variabili di controllo, che insieme formano il c.d. "modello", l'uso di tecniche statistiche consente di identificare il peso che ciascuna variabile esplicativa ha sulla variabile dipendente. Il modello stimato può quindi essere utilizzato per determinare il valore che la variabile di interesse avrebbe assunto se lo Stato non avesse concesso l'aiuto. Ad esempio, la vendita di *decoder*

interattivi può essere "spiegata" da diversi fattori quali il prezzo e l'offerta di programmi televisivi, nonché la concessione di un contributo all'acquisto. La definizione e la stima di un modello che descriva le decisioni di acquisto dei *decoder* potrebbe consentire di stimare se e in che misura si sarebbe venduto un numero inferiore di *decoder* se il sussidio all'acquisto non fosse stato concesso.

L'analisi di regressione può essere impiegata in tutti i metodi comparativi sopra descritti e dovrebbe essere preferita ad altre tecniche quando sono disponibili dati sufficienti per la sua applicazione.

In conclusione, si deve ricordare che qualunque approccio sia adottato con riferimento al metodo e alla tecnica di stima, proprio per la natura ipotetica dell'esercizio, l'analisi porterà sempre a una stima delle grandezze economiche rilevanti e non alla loro determinazione certa. Il grado di incertezza che può considerarsi accettabile non è questione tecnica, ma attiene allo *standard* probatorio richiesto dall'ordinamento e che può differire a seconda che l'analisi economica sia svolta per determinare l'ammontare dell'aiuto da recuperare o per la quantificazione del danno.

PAOLO BUCCIROSSI

Bibliografia

FRIEDERISZICK - ROLLER - VEROUDEN, «European State Aid Control: An Economic Framework», in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, Cambridge, (MA), 2008 p. 625 e ss.; OXERA, «Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts», in *Study prepared for the European Commission*, 2009.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La tutela giurisdizionale contro le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato (Diritto UE)

Sommario: I. IL CONTROLLO SUGLI AIUTI DI STATO E LA TUTELA GIURISDIZIONALE. – II. LA TUTELA DEGLI “INTERESSATI”. – III. I RICORSI CONTRO LE DECISIONI POSITIVE ADOTTATE SENZA INDAGINE FORMALE. – IV. LA POSIZIONE DEGLI STATI MEMBRI. – V. LA TUTELA DELLA COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA COMMISSIONE A VALUTARE LA COMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI CON IL MERCATO COMUNE. – VI. MOTIVI E NATURA DEL CONTROLLO DI LEGALITÀ. – VII. IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE.

I. IL CONTROLLO SUGLI AIUTI DI STATO E LA TUTELA GIURISDIZIONALE

Il procedimento di controllo in materia di aiuti di Stato ha natura bilaterale, poiché l'unico interlocutore ufficiale della Commissione è lo Stato membro che eroga l'aiuto. Salva la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo per altri soggetti interessati dall'aiuto, come i beneficiari o i loro concorrenti, è sempre lo Stato membro interessato il soggetto principale di tale procedimento e il destinatario delle decisioni adottate in esito ad esso¹. Tale natura bilaterale rappresenta perfettamente la dialettica tra esigenze di tutela della concorrenza, salvaguardate dalla Commissione, e necessità di considerare, mediante l'aiuto, quegli interessi ritenuti importanti per la società in uno Stato membro determinato.

La tutela giurisdizionale offerta dal Trib. UE e dalla C. giust. UE è la sede di composizione di questi diversi interessi e, soprattutto, di protezione dei diritti dei privati interessati dal procedimento ma da esso normalmente esclusi. Quanto al giudice nazionale, esso ricopre un ruolo importante anche in tale settore. In tal senso, è vero che la Commissione dispone della “competenza esclusiva” per valutare la compatibilità con il mercato comune degli aiuti². Ciononostante, il giudice na-

zionale interviene in maniera “complementare” rispetto alla Commissione quando si tratti di valutare non la compatibilità dell'aiuto ma la sua legalità³, ossia il fatto che l'aiuto è stato erogato senza previa notifica alla Commissione in violazione dell'art. 108 § 3 ultima frase, TFUE, disposizione munita di efficacia diretta che può, conseguentemente, essere fatta valere in giudizio direttamente dai singoli dinanzi al giudice nazionale. La riforma del 2009 della disciplina degli aiuti ha ulteriormente messo in evidenza l'importanza del ruolo del giudice nazionale mediante un'apposita Comunicazione della Commissione⁴.

La tutela giurisdizionale contro le decisioni della Commissione in materia di aiuti è dunque offerta sia dal Trib. UE e dalla C. giust. UE sia dal giudice nazionale con il limite, per quest'ultimo, di non poter sindacare direttamente la validità degli atti di diritto derivato, dovendosi a tal fine sollevare una questione pregiudiziale di validità alla Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE. Su tale limite, si fa rinvio a quanto già detto nella voce dedicata alla tutela giurisdizionale contro le decisioni della Commissione in materia *antitrust*, cui si rinvia anche per altri punti generali come la tutela cautelare contro le decisioni della Commissione o le impugnazioni contro le sentenze del Trib. UE o ancora gli aspetti generali della disciplina del rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE ai sensi dell'art. 267 TFUE.

II. LA TUTELA DEGLI “INTERESSATI”

L'art. 1 h, Reg. 659/1999, considera come soggetti interessati qualsiasi Stato membro, e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi pos-

¹ C. giust. UE, 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-7869, punto 81.

² C. giust. UE, 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* 2007, p. I-6199, punto 52.

³ C. giust. UE, 21 ottobre 2003, cause riunite

C-261/01 e C-262/01, *van Calster*, in *Racc.* 2003, p. I-12249, punto 74.

⁴ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1 (di seguito “Com. della Commissione sui giudici nazionali”).

sono essere lesi dalla concessione di aiuti. Tra essi la disposizione annovera espressamente le imprese beneficiarie, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali. Inoltre, nella categoria degli interessati la Corte ha fatto rientrare anche i sindacati⁵. Si tratta pertanto di una categoria molto ampia di soggetti⁶, che sono accomunati dalla circostanza di subire “concrete ripercussioni” sulla propria situazione a fronte dell’aiuto⁷. Nel caso d’imprese, tale rapporto di pregiudizio potenziale è evidentemente ben dimostrato dal rapporto di concorrenza tra beneficiario e impresa concorrente non essendo tuttavia necessario per le due imprese essere attive sullo stesso mercato, bastando, a tal fine, l’utilizzo nel processo di produzione delle stesse materie prime⁸.

Per tali soggetti (tranne che per gli Stati membri), il ricorso principale contro una decisione della Commissione che dichiara l’incompatibilità di un aiuto è il ricorso di annullamento di cui all’art. 263 comma 4 TFUE. Il riferimento al comma 4 di tale disposizione è inevitabile posto che il destinatario delle decisioni della Commissione in materia di aiuti è sempre lo Stato membro che eroga l’aiuto (art. 25, Reg. 659/1999). Pertanto, la prova di un pregiudizio diretto e individuale sarà sempre necessaria sia per i ricorsi dei beneficiari sia per i ricorsi dei terzi interessati.

Quando alla natura diretta del pregiudizio, essa consiste nel fatto che la decisione della Commissione che s’intende contestare produce immediatamente i propri effetti sulla situazione giuridica del

ricorrente e la sua esecuzione è automatica, nel senso che, a tal fine, l’atto non lascia alcun potere discrezionale ai soggetti incaricati di attuarlo, né richiede l’adozione di alcuna norma intermedia⁹.

In merito alla natura individuale del pregiudizio, essa va riferita al fatto che la misura che si vuole contestare tocca il ricorrente in ragione di sue qualità specifiche che lo distinguono dalla generalità, alla stessa stregua del destinatario della decisione¹⁰. Ciò accade con riferimento alla “posizione sul mercato” del beneficiario di un aiuto¹¹, in merito al quale, ad esempio, la Commissione abbia adottato una decisione negativa in cui ordini il recupero dell’aiuto¹².

Ciò può anche accadere ove il ricorrente sia un concorrente del beneficiario. In tal caso, il pregiudizio individuale deve essere dimostrato sulla base degli effetti che la concessione dell’aiuto, accettata dalla Commissione nella decisione positiva impugnata, produce sulla situazione del ricorrente¹³. Una semplice prova dell’esistenza di un rapporto concorrenziale tra ricorrente e beneficiario dell’aiuto non è sufficiente occorrendo, invece, dimostrare gli effetti negativi sulla situazione economica del ricorrente prodotti dalla concessione dell’aiuto¹⁴.

Per contro, la partecipazione del ricorrente al procedimento amministrativo conclusosi con la decisione impugnata, anche se attiva e determinante¹⁵, non costituisce ancora un indice sufficiente dell’esistenza del pregiudizio individuale¹⁶ e, dunque, della ricevibilità del ricorso¹⁷.

⁵ C. giust. UE, 9 luglio 2009, causa C-319/07 P, *3F c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-5963, punto 33.

⁶ C. giust. UE, 14 novembre 1984, causa 323/82, *Intermills c. Commissione*, in *Racc.* 1984, p. 3809, punto 16.

⁷ C. giust. UE, 24 maggio 2011, causa C-83/09 P, *Commissione c. Kronoply e Kronotex*, non ancora pubblicata, punto 65.

⁸ *Ibidem*, punti 66-67.

⁹ C. giust. UE, 13 ottobre, 2011, cause riunite, C-463/10 P e C-475/10 P, *Deutsche Post c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 66 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁰ C. giust. UE, 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*, in *Racc.* 1963, p. 95; 13 dicembre 2005, causa C-78/03 P, *Commissione c. Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (ARE)*, in *Racc.* 2005, p. I-10737, punto 33.

¹¹ C. giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 169/84, *Cofaz e. a. c. Commissione*, in *Racc.* 1986, p. 391, punti 22-25.

¹² C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-298/00 P, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-4087, punto 39.

¹³ C. giust. UE, 22 novembre 2007, causa C-525/04 P, *Spagna c. Commissione (Lenzing)*, *Racc.* 2007, p. I-9947, punto 35.

¹⁴ *Ibidem*, punti 37, 39 e 41.

¹⁵ C. giust. UE, 28 gennaio 1986, *Cofaz*, cit., punto 24.

¹⁶ C. giust. UE, 22 novembre 2007, *Spagna c. Commissione (Lenzing)*, cit.; 22 novembre 2007, causa C-260/05 P, *Sniace c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. I-10005.

¹⁷ C. giust. UE, 13 dicembre 2005, *ARE*, cit., punto 56.

Nel caso di regimi di aiuto, occorre che l'impresa abbia effettivamente beneficiato dell'aiuto perché possa subire un pregiudizio individuale dalla decisione che ne dichiara l'incompatibilità con il mercato comune, non essendo invece sufficiente, a tal fine, il fatto di essere un beneficiario potenziale¹⁸.

I regimi di aiuto pongono una questione di ricevibilità di un ricorso di annullamento diretto contro un'eventuale decisione negativa ad essi riferita. Tale questione va esaminata alla luce dell'art. 263 comma 4 TFUE, ultima frase, introdotta con il Tr. di Lisbona, ove si menziona la possibilità di proporre un ricorso contro un atto di natura regolamentare che non comporti misure di esecuzione. In tal senso, è possibile considerare una decisione avente ad oggetto un regime di aiuto come un atto di portata generale, e dunque avente natura "regolamentare" ai sensi della disposizione da ultimo citata poiché in tal caso la decisione della Commissione si indirizza allo Stato membro nel suo complesso e, rispetto al regime di aiuto, i beneficiari sono designati in maniera generale e astratta¹⁹. E tuttavia, ciò non consente ancora la proposizione di un ricorso di annullamento contro la decisione relativa al regime di aiuto sulla base dell'art. 263 comma 4 TFUE, ultima frase. Invero, anche in tale ipotesi, occorre accertare se vi siano delle misure di esecuzione che la decisione negativa inevitabilmente comporta, dovendosi far rientrare nella categoria di tali misure anche le misure nazionali, com'è stato recentemente ritenuto a proposito di una decisione relativa ad un regime di aiuti in materia fiscale, la cui esecuzione era subordinata all'adozione di un avviso di riscossione²⁰.

Oltre alla sussistenza di un pregiudizio diretto e individuale, la ricevibilità del ricorso presentato da un privato è subordinata alla prova di un interesse ad agire, certo e attuale²¹, nonché all'esistenza di un atto impugnabile, ossia di un atto che produca effetti giuridici obbligatori. Una decisione positiva, ossia che dichiara un aiuto compatibile con il mercato comune, non è un atto impugnabile dal beneficiario dell'aiuto, posto che non incide sui suoi interessi²².

III. I RICORSI CONTRO LE DECISIONI POSITIVE ADOTTATE SENZA INDAGINE FORMALE

Se il concetto di pregiudizio individuale ai sensi dell'art. 263 comma 4 TFUE continua ad essere legato all'interpretazione tradizionale seguita nelle sentenze *Plaumann* e *Cofaz* e sopra ricordata²³, una sfumatura in senso più liberale si ravvisa invece nella giurisprudenza sulla ricevibilità dei ricorsi degli interessati di cui all'art. 1 lett. h Reg. 659/1999, contro le decisioni positive adottate dalla Commissione senza aprire la procedura d'indagine formale prevista all'art. 6 § 1, Reg. 659/1999 e 108 § 2 TFUE.

In tale ipotesi, dopo un esame preliminare, la Commissione può ritenere o che la misura non costituisca un aiuto o che non sussistano dubbi sulla sua compatibilità con il mercato comune (art. 4 §§ 2 e 3 Reg. 659/1999). Nella fase dell'indagine preliminare, anche se soggetta ad un dovere di buona amministrazione, la Commissione non è obbligata ad uno scambio d'informazioni con il denunciante sugli aspetti giuridici e fattuali del reclamo²⁴. Un'informazione sintetica di tale decisione è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale UE (art. 26 § 1, Reg. 659/1999). Ove in-

¹⁸ C. giust. UE, 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-8855, punto 33 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹ C. giust. UE, 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninlijke Friesland Campina*, in *Racc.* 2009, p. I-8495, punto 53.

²⁰ Concl. Kokott, 21 marzo 2013, causa C-274/12 P, *Telefónica sa c. Commissione*, non ancora pubblicate, punti 51-52.

²¹ Trib. UE, 30 aprile 2003, causa T-167/01, *Schmitz - Gotha Fahrzeugwerke GmbH c. Commis-*

sione, in *Racc.* 2003, p. II-1873, punto 47 e la giurisprudenza ivi citata.

²² Trib. UE, 30 gennaio 2002, causa T-212/00, *Nuove Industrie Molisane / Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-347.

²³ C. giust. UE, rispettivamente 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, cit. e 28 gennaio 1986, *Cofaz c. Commissione*, cit.

²⁴ C. giust. UE, 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Commissione c. Syralval e Brink's France*, in *Racc.* 1988, p. I-1719, punto 59.

vece ritenga che sussistano dei dubbi sulla sua compatibilità, la Commissione deve aprire la procedura d'indagine formale che, a differenza dell'esame preliminare, comporta delle garanzie per gli interessati, i quali possono essere strettamente associati al procedimento amministrativo mediante la possibilità di presentare osservazioni (artt. 20 e 6 Reg. 659/1999). Inoltre, in tal caso, il risultato dell'esame della Commissione è una decisione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale UE (art. 7 §§ 1 e 2 Reg. 659/1999).

Pertanto, l'effetto che produce una decisione positiva adottata all'esito del solo esame preliminare è quello di impedire agli interessati di far valere i propri diritti procedurali. In tal senso, tale atto, indipendentemente dalla sua qualificazione formale, è un atto produttivo di effetti giuridici ai sensi dell'art. 263 comma 1 TFUE e, dunque, un atto impugnabile²⁵. Di qui l'importanza di definire le condizioni di ricevibilità di un ricorso di annullamento contro una decisione positiva adottata senza indagine formale e proponibile dagli interessati, come sopra definiti (ad eccezione evidentemente dei beneficiari).

In un ricorso di annullamento contro una decisione del genere, la prova del pregiudizio individuale ai sensi dell'art. 263 comma 4 TFUE può rivelarsi particolarmente ardua. Infatti, oltre alla dimostrazione dell'effetto negativo sugli interessi del ricorrente, come il pregiudizio concorrenziale nel caso del concorrente del beneficiario dell'aiuto e oltre alla espressa contestazione della violazione dei propri diritti procedurali, il ricorrente deve comunque indicare in che termini sussisteranno dei "dubbi" tali da indurre la Commissione a dover aprire il procedimento di indagine formale. E tuttavia, per poter dar prova di questo, è necessario riferirsi ad elementi di merito di cui il ricorrente non è a conoscenza, vista la sua posizione limitata nell'indagine preliminare.

La posizione della giurisprudenza si è infine assestata nel senso di ritenere che, considerata l'esclusività del ricorso di annullamento come strumento per tutelare i propri diritti procedurali, gli interessati debbono far valere non solo il proprio status ai sensi dell'art. 1 h, Reg. 659/1999, ma anche – e soprattutto – dei motivi espressamente riferiti all'esistenza di "serie difficoltà", che avrebbero giustificato l'avvio del procedimento di indagine formale di cui all'art. 108 § 2 TFUE²⁶.

A tal fine, il giudice privilegia una concezione sostanzialistica dei motivi, nel senso che, indipendentemente da quello che il ricorrente fa valere nel proprio ricorso come motivo d'irricevibilità, il giudice deve valutare, anche nella parte del ricorso relativa al merito, se il ricorrente faccia valere l'esistenza di "dubbi" sulla compatibilità con il mercato comune dell'aiuto, che avrebbero giustificato, in sé e per sé, l'apertura del procedimento d'indagine formale. A tal fine, il ricorrente «può invocare qualsiasi motivo idoneo a dimostrare che la valutazione delle informazioni e degli elementi di cui la Commissione dispone, all'atto della fase preliminare di esame della misura notificata, avrebbe dovuto suscitare» i dubbi predetti²⁷.

In mancanza di un'espressa contestazione in tal senso, il giudice non può autonomamente ricavare dal ricorso un motivo relativo alla violazione dei diritti procedurali del ricorrente, non potendo qualificare (o riqualicificare) autonomamente i motivi del ricorso²⁸.

Tale approccio alla ricevibilità di un ricorso di annullamento contro una decisione positiva adottata senza indagine formale vale indipendentemente dalla natura della misura di aiuto oggetto della decisione della Commissione, sia essa un aiuto individuale o un regime di aiuti²⁹.

Quanto al ricorso in carenza, di cui all'art. 265 TFUE, poiché esso è considerato

²⁵ C. giust. UE, 18 novembre 2010, causa C-322/09 P, *NDSHT Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket AB c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 50, 51 e 55.

²⁶ C. giust. UE, 24 maggio 2011, *Commissione c. Kronoply e Kronotex*, cit., punti 48 e 56.

²⁷ *Ibidem*, punto 59.

²⁸ Trib. UE, 10 luglio 2012, causa T-304/08, *Smurfit Kappa Group plc c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 50-52, 65.

²⁹ Trib. UE, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-81.

come l'espressione dello stesso rimedio giurisdizionale costituito dal ricorso in annullamento, gli interessati possono chiedere al Trib. UE la constatazione della carenza della Commissione nella misura in cui quest'ultima non abbia adottato un atto che li avrebbe riguardati direttamente e individualmente ai sensi dell'art. 263 comma 4 TFUE³⁰. In altri termini, chi è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro una decisione positiva adottata dalla Commissione senza indagine formale dispone della qualità necessaria per chiedere di dichiarare l'eventuale carenza nel non avere adottato una simile decisione³¹. Quanto all'interesse diretto a constatare la mancata pronuncia della Commissione, esso sussiste ove l'aiuto sia stato già erogato oppure ove la volontà delle autorità nazionali di dar seguito al progetto di aiuto non lasci adito a dubbi³². In merito all'interesse individuale, esso è connaturato alla natura di soggetto "interessato", ai sensi dell'art. 1 lett. h Reg. 659/1999, del ricorrente, poiché è considerato come titolare di un tale interesse il soggetto toccato nella propria sfera giuridica dall'erogazione dell'aiuto³³.

Infine, quanto all'effettiva sussistenza della carenza in capo alla Commissione, l'obbligo di agire va individuato sulla base della difficoltà di analisi della misura di aiuto in questione, la quale, a sua volta, può giustificare un tempo più o meno lungo di decisione e di reazione alla diffida ad agire³⁴.

IV. LA POSIZIONE DEGLI STATI MEMBRI

In qualità di ricorrenti privilegiati, gli Stati membri non debbono fornire la prova di un interesse ad agire per proporre un ricorso contro una decisione della Commissione. Tuttavia, al fine di poter validamente proporre un ricorso di

annullamento, occorre, anche per gli Stati membri, che l'atto contestato sia un atto impugnabile, ossia un atto produttivo di effetti giuridici vincolanti³⁵. Così, ad esempio, uno Stato membro non può validamente contestare un atto preparatorio, come una lettera della Commissione con cui si annuncia una presa di posizione su una misura di aiuto senza che, tuttavia, tale valutazione si esprima in una vera e propria decisione d'incompatibilità dell'aiuto con il mercato comune³⁶.

Quanto alla decisione positiva, si deve ritenere che anche un ricorso proposto da uno Stato membro contro tale decisione sia irricevibile³⁷.

Oltre alla proposizione di un ricorso di annullamento, un altro aspetto essenziale della posizione degli Stati membri in materia di aiuti di Stato è costituito dai mezzi di difesa invocabili nell'ambito della procedura d'infrazione di cui all'art. 108 § 2 TFUE. In tal caso, la Commissione può ricorrere direttamente alla Corte di giustizia senza seguire la procedura pre-contenziosa prevista invece in linea generale all'art. 258 TFUE. Ciò può accadere, ad esempio, nel caso di erogazione dell'aiuto nonostante una decisione negativa (ossia d'incompatibilità dell'aiuto con il mercato comune), oppure nel caso del mancato rispetto di una richiesta d'informazioni presentata tramite ingiunzione ai sensi dell'art. 10 § 3 Reg. 659/1999 o, come spesso accaduto, nel caso di mancata esecuzione di una decisione di recupero di un aiuto illegalmente erogato.

Una volta dinanzi alla Corte, l'unico mezzo di difesa suscettibile di essere invocato dallo Stato membro è l'impossibilità assoluta di eseguire adeguatamente la decisione della Commissione. Ove la procedura d'infrazione riguardi la mancata esecuzione di una decisione di recupero, tale impossibilità non è reputata come

³⁰ Trib. UE, 11 luglio 2007, causa T-167/04, *Asklepios Kliniken GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2379, punto 45.

³¹ *Ibidem*, punto 52.

³² Trib. UE, 15 settembre 1998, causa T-95/96, *Gestevisión Telecinco SA c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-3407, punto 61.

³³ *Ibidem*, punto 65.

³⁴ Trib. UE, 11 luglio 2007, *Asklepios Kliniken GmbH c. Commissione*, cit., punti 80-81 e 89-90.

³⁵ Trib. UE, 20 settembre 2012, causa T-154/10, *Francia c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 37.

³⁶ C. giust. UE, 22 giugno 2000, causa C-147/96, *Paesi Bassi c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-4723.

³⁷ Trib. UE, 20 settembre 2012, *Francia c. Commissione*, cit., punto 46.

esistente se lo Stato membro si limita a menzionare difficoltà di ordine giuridico, politico o pratico senza intraprendere un vero tentativo al fine di recuperare l'aiuto presso le imprese interessate e senza proporre alla Commissione delle alternative per l'esecuzione della decisione, che avrebbero permesso di superare queste difficoltà³⁸. In particolare, lo stato di fallimento o comunque di cessazione delle attività delle imprese beneficiarie tenute alla restituzione dell'aiuto non incide in alcun modo sull'obbligo di recupero che grava sullo Stato membro, il quale, per costante giurisprudenza³⁹, può provocare la liquidazione della società, iscrivere il suo credito al passivo dell'impresa o prendere qualsiasi altra misura che permetta la restituzione dell'aiuto. Pertanto, in tali circostanze, solo la mancanza di attivi recuperabili può costituire una prova dell'assoluta impossibilità per lo Stato membro di recuperare l'aiuto⁴⁰.

Ciò dimostra la preoccupazione, pienamente condivisa dalla Corte di giustizia, di assicurare l'effetto utile delle decisioni della Commissione in materia di aiuti. In particolare, sempre in tema di decisioni di recupero, e visto il ruolo complementare del giudice nazionale rispetto a quello della Commissione a tale riguardo, la procedura d'infrazione di cui all'art. 108 § 2 TFUE può essere utilizzata dalla Commissione anche per impedire l'applicazione, in uno Stato membro determinato, di disposizioni di diritto processuale che fanno ostacolo al recupero dell'aiuto⁴¹.

Infine, anche in caso di mancata esecuzione di una sentenza della Corte adottata ai sensi dell'art. 108 § 2 TFUE, la Commissione può adire nuovamente la Corte di giustizia al fine di ottenere la condanna dello Stato membro inadem-

piante al pagamento di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 260 § 2 TFUE⁴².

V. LA TUTELA DELLA COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA COMMISSIONE A VALUTARE LA COMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI CON IL MERCATO COMUNE

La Commissione è l'unico soggetto competente a pronunciarsi sulla compatibilità con il mercato comune di un aiuto di Stato; neanche la Corte di giustizia dispone di tale competenza⁴³, anche se controlla la legalità delle decisioni della Commissione, seppur nei limiti in cui tale controllo giurisdizionale è inquadrato (v. *infra* § VI).

Una prima minaccia verso l'esclusività di tale competenza può provenire dall'art. 108 § 2, comma 3 TFUE, ai sensi del quale il Consiglio dell'Unione europea può decidere all'unanimità che un aiuto di Stato, istituito o da istituirsi, debba eccezionalmente considerarsi come compatibile con il mercato comune in deroga alle disposizioni di cui all'art. 107 TFUE o ai regolamenti di cui all'art. 109 TFUE. La richiesta di esercitare tale potere, presentata da uno Stato membro, ha l'effetto di sospendere la procedura di esame eventualmente aperta dalla Commissione, salvo che il Consiglio non si sia pronunciato entro tre mesi dalla richiesta. In tal caso, la Commissione recupera la propria esclusiva competenza e delibera.

In considerazione della portata visibilmente eccezionale di tale disposizione, tale perché il diritto primario riserva esclusivamente alla Commissione la competenza di valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato comune (art. 108 §§ 1 e 2 TFUE), una volta che la Commissione abbia adottato una decisione di incompatibilità dell'aiuto, il Consiglio non può più esercitare il potere descritto⁴⁴. Tale con-

³⁸ C. giust. UE, 21 marzo 2013, causa C-613/11, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata, punti 36-37.

³⁹ *Ibidem*, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁰ Com. della Commissione Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili, in G.U.U.E. C-272, 15 novembre 2007, p. 4 (di seguito "Com.

della Commissione sul recupero"), punto 20 e giurisprudenza ivi citata.

⁴¹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2006, p. I-10071.

⁴² Com. della Commissione sul recupero, punti 73 e ss.

⁴³ C. giust. UE, 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse*, in *Racc.* 2006, p. I-2843, punto 23.

⁴⁴ C. giust. UE, 29 giugno 2004, causa C-110/

clusione s'impone anche alla luce del principio di certezza del diritto, secondo il quale occorre evitare che uno stesso aiuto di Stato sia oggetto di due decisioni contrarie prese successivamente dalla Commissione e dal Consiglio⁴⁵.

La tutela contro questo tipo di lesione della competenza esclusiva della Commissione consiste nel sottoporre al controllo della Corte di giustizia la decisione del Consiglio, sulla base di un ricorso in annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE.

Una seconda minaccia alla competenza esclusiva dalla Commissione può provenire dallo stesso giudice nazionale ove tale giudice, come dimostra un noto caso di cui è stata protagonista proprio la Corte di cassazione italiana⁴⁶, oltre a rifiutarsi di adire la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale di interpretazione, decida anche di valutare la compatibilità con il mercato comune di una misura di aiuto in pendenza di un procedimento di esame iniziato dalla Commissione, riconoscendo, in tal modo, la competenza esclusiva della Commissione che, invece, è tenuto a rispettare in virtù del principio del primato del diritto europeo sul diritto nazionale⁴⁷.

In un'ipotesi del genere, la Commissione mantiene la facoltà di dare inizio ad una procedura d'infrazione contro lo Stato membro interessato ai sensi dell'art. 258 TFUE per violazione del diritto europeo commesso da una giurisdizione nazionale⁴⁸.

Si aggiunga poi che, come dimostra la vicenda italiana appena ricordata, posta la particolare gravità per i soggetti interessati di una simile ingerenza del giudice

nazionale nell'esclusiva competenza della Commissione, essi possono far valere tale violazione dinanzi al giudice civile nazionale e nell'ambito di un ricorso per responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto europeo dello Stato membro per fatto del giudice⁴⁹. Tuttavia, affinché tale diritto possa essere effettivamente esercitato, è necessario che le disposizioni nazionali relative alla responsabilità civile dei magistrati non siano troppo restrittive, come peraltro ritenuto dalla Corte di giustizia nella vicenda italiana a proposito della l. 117/1988⁵⁰.

VI. MOTIVI E NATURA DEL CONTROLLO DI LEGALITÀ

I motivi di un ricorso di annullamento sono previsti all'art. 263 comma 1 TFUE. Quanto alla violazione delle regole necessarie all'applicazione del Trattato, vanno annoverate le disposizioni come, ad esempio, l'art. 13 § 1 Reg. 659/1999, che stabiliscono quando la Commissione deve esprimere la propria valutazione in una decisione.

Anche i principi generali del diritto UE integrano il parametro di legalità delle decisioni della Commissione. In particolare, per le decisioni che dichiarano l'incompatibilità di aiuti illegali, l'art. 14 § 1 Reg. 659/1999 dispone che, in caso di erogazione illegale dell'aiuto, il relativo recupero non possa essere contrario a un principio generale. Un esempio in tal senso è il principio del legittimo affidamento, frequentemente invocato contro le decisioni di recupero⁵¹.

Come nel controllo giurisdizionale

02, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 2004, p. I-6333, punto 33.

⁴⁵ C. giust. UE, 22 giugno 2006, causa C-399/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 2006, p. I-5629, punti 24-30.

⁴⁶ C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Racc.* 2006, p. I-5204.

⁴⁷ C. giust. UE, 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit., punto 62.

⁴⁸ C. giust. UE, 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2003, p. I-14637, punto 29 e ss.; 12 novembre 2009, causa C-154/08, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2009, p. I-187, punto 125 e ss.

⁴⁹ C. giust. UE, 13 giugno 2006, *Traghetti del*

Mediterraneo, cit., punto 32; C. giust. UE, 10 giugno 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, causa C-140/09, non ancora pubblicata, punto 15.

⁵⁰ C. giust. UE, 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punto 41. Si trattava della l. 13 aprile 1988 n. 117 sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, in G.U.R.I. n. 88 del 15 aprile 1988 p. 3.

⁵¹ Trib. UE, 21 febbraio 1995, causa T-472/93, *Campo Ebro Industrial e a. c. Consiglio*, in *Racc.* 1995, p. II-421, punti 52-61; Trib. UE, 18 settembre 1996, causa T-155/94, *Climax Papers Converters c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-877, punto 110.

esercitato sulle decisioni della Commissione in materia di diritto *antitrust*, nel settore degli aiuti il riferimento al carattere tecnico o complesso delle valutazioni della Commissione caratterizza il controllo di sola legalità esercitato dal giudice dell'UE⁵². In tal senso, il giudice non può sostituire la propria valutazione economica a quella effettuata dalla Commissione e deve quindi limitarsi a verificare l'osservanza delle regole procedurali e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere⁵³.

Ciononostante, la natura oggettiva della nozione di aiuto e il fatto che, per determinarne la portata, occorra delimitare il campo di applicazione di una disposizione di diritto primario come l'art. 107 § 1 TFUE⁵⁴, permettono di definire con maggiore chiarezza i contorni del controllo giurisdizionale nel settore degli aiuti, tanto da indurre lo stesso Trib. UE a parlare in tal senso di controllo «pieno»⁵⁵.

A tale proposito, è vero che la nozione di aiuto è connessa a valutazioni economiche complesse, come quella dell'«investitore privato», con cui confrontare l'intervento delle autorità pubbliche al fine di considerare se un investimento sia effettivamente tale o se invece nasconda un aiuto.

Tuttavia, ciò viene interpretato dal Trib. UE e dalla Corte nel senso della impossibilità di sostituire la propria valutazione all'analisi economica svolta dalla Commissione, senza che ciò impedisca al giudice di accertare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati dalla Commissione, la loro affidabilità e la loro coerenza, così come la loro pertinenza al fine di valutare una situazione complessa e la loro idoneità a giustificare le conclusioni che da essi vengono tratte⁵⁶.

Va poi anche ricordata la giurispru-

denza, sopra citata (v. *supra* § III), relativa alla ricevibilità dei ricorsi di annullamento contro una decisione positiva adottata senza aprire un'indagine formale. Poiché la nozione di «dubbi» è una nozione oggettiva, essa sussiste ove l'esame preliminare svolto dalla Commissione risulti essere stato insufficiente o incompleto⁵⁷. In tal caso, pertanto, l'effetto della decisione del giudice in merito alla ricevibilità di un ricorso di annullamento contro una decisione di non procedere ad una indagine formale, o in merito alla ricevibilità di un ricorso in carenza contro l'omissione di adottare una simile decisione, contribuisce a contenere la discrezionalità della Commissione: in caso di annullamento, essa dovrà procedere ad una indagine formale, pur restando libera, naturalmente, di adottare di nuovo una decisione positiva. Similmente, ove sia riconosciuta la carenza, la Commissione dovrà comunque concludere il procedimento di esame preliminare.

VII. IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE

Una prima funzione del giudice nazionale nella materia degli aiuti di Stato è quella di assicurare la tutela dei diritti nel caso in cui un aiuto sia erogato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, ossia senza previa notifica alla Commissione, e ciò a seguito dell'efficacia diretta di tale disposizione. In tale ipotesi, l'erogazione dell'aiuto è illegale per contrasto con la disposizione appena citata (in tal senso v. art. 1 lett. f reg. 659/1999). Al giudice nazionale spetta quindi il compito di tirare tutte le necessarie conseguenze di questa illegalità, sia dichiarando invalidi gli atti di esecuzione della misura di erogazione dell'aiuto, sia assicurando il recupero di quanto nel frattempo illegittimamente percepito dal beneficiario⁵⁸.

⁵² Trib. UE, 20 settembre 2012, *Francia c. Commissione*, cit., punto 58.

⁵³ C. giust. UE, 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione c. Scott SA*, in *Racc.* 2010, p. I-7763, punto 66.

⁵⁴ C. giust. UE, 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost e La Poste c. UFEX e a.*, in *Racc.* 2008, p. I-4777, punto 144.

⁵⁵ C. giust. UE, 22 dicembre 2008, causa C-

487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-10515, punto 111.

⁵⁶ C. giust. UE, 21 marzo 2013, causa C-405/11 P, *Commissione c. Buczek Automotive sp. z.o.o. e a.*, non ancora pubblicata, punti 48-50, e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁷ Trib. UE, 10 luglio 2012, *Smurfit Kappa Group pl c. Commissione*, cit., punti 78-82.

⁵⁸ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-

Quanto al ricorso contro le misure nazionali di esecuzione di una decisione della Commissione che dichiara l'illegalità e/o l'incompatibilità dell'aiuto, ove il ricorrente sia legittimato senza alcun dubbio a chiedere l'annullamento della decisione della Commissione (perché, ad esempio, è l'unico beneficiario), egli non potrà proporre un rinvio pregiudiziale di validità contro la decisione della Commissione⁵⁹. Similmente, non potrà pretendere una tutela cautelare contro le misure nazionali invocando motivi fondati sull'invalidità di tale decisione⁶⁰.

Ciononostante, al fine di precludere la proponibilità di un rinvio pregiudiziale di validità la legittimazione alla proposizione di un ricorso di annullamento, secondo l'art. 263 TFUE, dev'essere certa⁶¹.

Anche il rinvio pregiudiziale d'interpretazione può essere utile al giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sulla natura di aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107 § 1, TFUE, di una determinata misura nazionale. Anche se la Corte non è competente a pronunciarsi sulla compatibilità del diritto nazionale o di misure nazionali con il diritto dell'Unione, essa può comunque fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi d'interpretazione attinenti al diritto dell'Unione che possano consentire a tale giudice di pronunciarsi sulla compatibilità con questo diritto di una misura nazionale⁶².

In tema di recupero degli aiuti illegali, mentre la Commissione può deciderlo solo se dichiara gli aiuti anche incompatibili con il mercato comune, il giudice nazionale deve farlo indipendentemente da tale compatibilità che, del resto, non ha alcuna competenza per valutare (v. *supra* § V)⁶³. In tal senso, il giudice nazionale

protegge i diritti dei terzi lesi dalla erogazione prematura dell'aiuto, concessa in violazione della clausola sospensiva consacrata all'art. 108 § 3 ultima frase TFUE. La violazione della clausola sospensiva è dunque una violazione autonoma distinta rispetto a quella, ulteriore, dell'eventuale incompatibilità dell'aiuto con il mercato comune. In tal senso, anche ove, in un secondo momento, la Commissione dovesse riconoscere detta compatibilità, il giudice nazionale dovrà comunque disporre il recupero degli interessi sull'aiuto erogato prematuramente per il periodo dell'illegalità⁶⁴, restando escluso, in questa ipotesi (illegalità seguita da compatibilità), il recupero del capitale⁶⁵. Per contro, ove la decisione della Commissione dovesse essere negativa, il recupero degli interessi avrà come effetto quello di preservare l'effetto utile della decisione negativa della Commissione.

Ai fini di un efficace coordinamento con la Commissione, il giudice nazionale può chiedere a quest'ultima sia informazioni sia pareri⁶⁶. La Commissione non è obbligata a fornire pareri sulla compatibilità di una misura di aiuto con il mercato, trattandosi di una sua competenza esclusiva, anche se il giudice nazionale può chiedere alla Commissione quando essa intenda procedere a detta valutazione⁶⁷.

Il giudice può ulteriormente tutelare i diritti dei soggetti lesi dalla concessione illegale di un aiuto incompatibile o dalla concessione prematura di un aiuto compatibile mediante l'attuazione, nel settore degli aiuti di Stato, del principio della responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, che, in presenza di danni, viene ravvisata ove il giudice riscontri una violazione grave e

275/10, *Residex capital IV CV*, non ancora pubblicata, punto 29.

⁵⁹ C. giust. UE, 9 marzo 1994, causa C-188/92, *Textilwerke Deggendorf (TWD) c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Racc.* 1994, p. I-833, punto 24; C. giust. UE, 17 novembre 1998, causa C-70/97P, *Kruidvat BVBA c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-7183, punto 49.

⁶⁰ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Commissione c. Francia ("Scott")*, cit.

⁶¹ C. giust. UE, 9 giugno 2011, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere" e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata,

punti 58 e 59; Com. della Commissione sui giudici nazionali, cit., punto 67; C. giust. UE, 23 febbraio 2006, causa C-346/03, *Atzeni e a.*, in *Racc.* 2006, p. I-1875, punti 30-34.

⁶² C. giust. UE, 10 giugno 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, cit., punto 24.

⁶³ *Ibidem*, cit., punti 25 e 31.

⁶⁴ *Ibidem*, punti 37 e ss.

⁶⁵ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, in *Racc.* 2008, p. I-469, punti 47-49.

⁶⁶ Com. della Commissione sui giudici nazionali, cit., punti 77-96.

⁶⁷ *Ibidem*, punto 92.

manifesta di una norma preordinata a conferire diritti al soggetto leso⁶⁸. Posta l'efficacia diretta dell'art. 108 § 3 ultima frase TFUE, tale azione risarcitoria è esperibile, in primo luogo, nei confronti dello Stato membro per fatto dell'amministrazione che ha erogato l'aiuto⁶⁹. In secondo luogo, come chiarito dalla giurisprudenza⁷⁰, l'azione è ulteriormente esperibile nei confronti dello Stato membro per violazione commessa dalle stesse giurisdizioni nazionali di ultima istanza, qualora esse si rifiutino di adempiere al loro obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. In terzo ed ultimo luogo, ci si può chiedere se la responsabilità extracontrattuale possa essere fatta valere, essendo un principio generale, anche nei rapporti orizzontali, ossia da parte del concorrente del beneficiario dell'aiuto erogato prematuramente contro quest'ultimo. La Corte non ha escluso questa possibilità, ove ciò sia consentito dal diritto nazionale⁷¹.

GIACOMO GATTINARA*

Bibliografia

G.L. TOSATO - L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Giuffrè, 2004; A. BIONDI - P. ECKHOUT (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, 2004; G. SCOHE, «Le Statut du plaignant», in M. DONY - C. SMITS (eds.), *Aides d'État*, Bruylant, 2005, p. 213 e ss.; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Giappichelli, 2006; V. DI BUCCI, «Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État», in *EC State Aid Law - Le Droit des Aides d'État. Liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer Law International, 2008, p. 43 ss.; M. BARENNE, «The Standing of the Competitors of the Aid Recipient in State aid Cases», in H. KANNINEN - N. KORJUS - A. ROSAS (eds.), *EU Competition Law in Context: Essays in honour of Virpi Tiili*, Hart, 2009, p. 321 e ss.; C. SCHEPISI, *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato: il nuovo approccio della Commissione e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; F. FILPO, «Art. 108», in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Simone, 2012, p. 1105 ss.; B. WÄGENBAUR, *Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2013.

⁶⁸ C. giust. UE, 4 luglio 2000, causa C-352/98P, *Laboratoires Pharmaceutiques Bergederm SA e Jean Jacques Groupil c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-5291.

⁶⁹ Com. della Commissione sui giudici nazionali, cit., punti 43 e ss.

⁷⁰ C. giust. UE, 13 giugno 2006, *Traghetti del*

Mediterraneo, cit., e 10 giugno 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, cit.

⁷¹ Com. della Commissione sui giudici nazionali, cit., punti 53-55 e giurisprudenza ivi citata.

* Commissione europea - Servizio giuridico. Le opinioni espresse sono solo quelle dell'autore e non possono essere attribuite in alcun modo all'Istituzione di appartenenza.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato in Italia

Sommario: I. IL COORDINAMENTO NAZIONALE. – II. LA PROCEDURA DI NOTIFICA: IL SISTEMA INFORMATICO “SANI”. – III. IL MONITORAGGIO DEI RECUPERI. – IV. ESECUZIONE DELLE DECISIONI DI RECUPERO. – PROBLEMATICHE E NORME NAZIONALI. – V. NORMATIVA NAZIONALE.

I. IL COORDINAMENTO NAZIONALE

La legge 24 dicembre 2012 n. 234¹ che ha modificato la legge 4 febbraio 2005 n. 11², recante «*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*» (c.d. legge Buttiglione) ha dedicato al coordinamento l'intero Capo III che recita «Coordinamento della partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea» e il Capo VIII, che per la prima volta introduce disposizioni organiche in materia di aiuti di Stato.

Più precisamente, all'interno del Capo III, l'art. 18 prevede che il Dipartimento per le politiche europee (il Dipartimento) attui il coordinamento delle politiche derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e di adeguamento della normativa nazionale a quella europea e, nell'ambito del Capo VIII, l'art. 44³ dispone che alla “Presidenza del Consiglio dei Ministri o al Ministro per gli affari eu-

ropei, d'intesa con il Ministro degli affari esteri, è affidato il compito di curare il coordinamento con i Ministeri interessati e i rapporti con le regioni per definire la posizione italiana nel settore degli aiuti pubblici”.

La funzione di coordinamento del Dipartimento inserita nel nuovo contesto legislativo risulta ora meglio strutturata, sebbene sul piano concreto non abbia subito modifiche sostanziali.

Con riferimento all'attività relativa all'adeguamento della normativa nazionale, di cui all'art. 18, il Dipartimento esamina i progetti di legge sottoposti alla sua valutazione, verificando sotto il profilo degli aiuti di Stato, se gli stessi possano essere esentati o meno dalla notifica, ai sensi dell'art. 108 TFUE.

Inoltre, il Dipartimento esprime pareri in ordine alla congruità delle norme regionali con la normativa dell'UE⁴, nell'ambito della potestà del Governo, prevista dall'art. 127 Cost., di promuovere la questione di legittimità costituzionale quando una legge regionale ecceda la competenza della Regione e sconfini nella materia della concorrenza di competenza esclusiva statale, nella quale rientrano le questioni relative agli aiuti di Stato⁵.

Quanto poi al coordinamento previsto

¹ In Gazzetta Ufficiale 4 gennaio 2013, n. 3.

² Il disegno di legge è stato approvato definitivamente il 27 novembre 2012.

³ La norma sostituisce l'art. 57 l. 6 febbraio 1996, n. 52 «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994», abrogato dall'art. 61 l. in esame.

⁴ Con riguardo alle competenze dei giudici nazionali e ai contenuti del ricorso per inammissibilità in materia di aiuti di Stato è di recente intervenuta la sentenza Corte Cost. n. 185/2011 del 7 giugno 2011 punto 7.1. Il giudice delle leggi ha rilevato che «ai giudici nazionali spetta solo la verifica dell'osservanza dell'art. 108, par. 3 TFUE e cioè dell'avvenuta notifica dell'aiuto. Ed è solo a questo specifico fine che il giudice nazionale ha competenza a verificare se una misura rientri nella nozione di aiuto». La stessa sentenza ha precisato che nel giudizio di legittimità costituzio-

nale in via principale, il ricorso deve contenere tutti gli elementi che consentono di ritenere integrabile la nozione di aiuto di Stato vietato dal Trattato, pur nei limiti della competenza attribuita al giudice nazionale: «La mancata esplicitazione di tali argomentazioni, atte a suffragare la censura proposta, è causa di inammissibilità della questione di costituzionalità».

⁵ A titolo di esempio: sulla base di un parere espresso dal Dipartimento politiche europee, il Governo ha di recente proposto ricorso in Corte Costituzionale – ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione – per violazione degli obblighi comunitari in materia di aiuti di Stato, ed ha impugnato, tra l'altro, l'art. 43 *Misure in materia di trasporto aereo* l. della Regione Calabria 23 dicembre 2011, n. 47 – che autorizza la spesa per l'esercizio finanziario 2012 per il ripianamento delle perdite relative all'anno 2010 ed alla sottoscrizione da parte della Regione della quota di aumento di ca-

dall'art. 45, una delle principali attività del Dipartimento è costituita dalla partecipazione dell'Italia al processo di revisione delle disposizioni in materia di aiuti di Stato.

Queste ultime comprendono sia gli atti giuridici previsti dall'art. 288 TFUE (prevalentemente Regolamenti e Decisioni) sia le regole cosiddette di *soft law* (Comunicazioni, Orientamenti, ecc.), cui la Commissione europea ha dato gradualmente origine per orientare la sua azione e ridurre i margini di incertezza nell'ambito dell'ampia discrezionalità di cui è dotata in materia di aiuti di Stato.

Per la revisione periodica delle disposizioni comunitarie la Commissione europea "lancia" specifiche consultazioni pubbliche, visibili sul sito della Direzione generale della Concorrenza, nelle quali vengono coinvolti tutti gli Stati membri e le parti interessate.

In esito a dette consultazioni questi ultimi inviano le proprie considerazioni (cosiddetti *position paper*) o le proprie risposte, nel caso in cui la consultazione preveda appositi questionari.

Il Dipartimento raccoglie le istanze provenienti dalle diverse amministrazioni centrali e regionali e, se del caso, anche dalle parti economico-sociali, e istruisce e definisce una posizione italiana condivisa sui diversi argomenti.

Una volta conclusa la consultazione i contributi degli Stati membri sono con-

sultabili sul sito della Direzione Generale della Concorrenza⁶, nonché sul sito del Dipartimento stesso⁷.

Dei contributi la Commissione tiene conto per formulare uno schema di documento che viene diffuso e discusso nel corso di riunioni multilaterali fra la stessa Commissione e gli Stati membri.

Negli anni recenti, con il Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato⁸ e, con ancora con più forza, con la Modernizzazione degli aiuti di Stato⁹, il processo di revisione ha subito un notevole incremento, dovuto sia all'esigenza di razionalizzare e dare certezza giuridica alle regole vigenti in materia, sia alla necessità di un'applicazione e di un controllo più mirato da parte degli Stati membri per un migliore utilizzo delle risorse pubbliche.

La competenza del Dipartimento in materia di aiuti di Stato comprende anche l'attività relativa ai servizi di interesse economico generale (SIEG).

Infatti, l'affidamento di obblighi di servizio pubblico e il relativo finanziamento possono avere le caratteristiche di un aiuto di Stato ed in tal senso devono essere esaminati per verificarne la compatibilità.

L'entrata in vigore dal 1° gennaio 2012 del nuovo pacchetto sui "servizi d'interesse economico generale" (SIEG)¹⁰, implica la necessità da parte degli Stati membri di verificare la congruità delle norme nazionali con la normativa euro-

pitale sociale della Società di gestione dell'aeroporto, in quanto la norma contiene misure aventi le caratteristiche di aiuti di Stato e non prevede la notifica alla Commissione europea, ai sensi dell'art. 108 del TFUE.

⁶ Il sito della Direzione Generale della Concorrenza è consultabile al link: http://ec.europa.eu/competition/index_en.html.

⁷ Il sito del Dipartimento politiche europee è consultabile al link: <http://www.politicheeuropee.it>.

⁸ Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato: Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005)107def.

⁹ Comunicazione COM(2012)209 *final* dell'8 maggio 2012, della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni Modernizzazione degli aiuti di Stato.

¹⁰ Gli strumenti del nuovo pacchetto sono: - Comunicazione 2012/C 8/02 sulla applicazione

delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (pubblicata sulla G.U.U.E. C-8 dell'11 gennaio 2012); che chiarisce i concetti principali in materia di aiuti di Stato rilevanti per i SIEG, allo scopo di facilitare l'applicazione delle pertinenti norme; // - Decisione 2012/21/UE del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'art. 106, par. 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (pubblicata sulla G.U.U.E. L 7 dell'11 gennaio 2012). Tale decisione esenta gli Stati membri dall'obbligo di notificare alla Commissione le compensazioni di servizio pubblico per talune categorie di SIEG; // - Comunicazione 2012/C 8/03 recante Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio

pea e di adottare le opportune misure per l'eventuale adeguamento della stessa normativa nazionale.

In proposito il Dipartimento ha avviato i contatti fra Regioni e amministrazioni centrali competenti per settore al fine di chiarire le modalità e i termini per la messa a punto del predetto adeguamento.

Inoltre, sulla materia dei SIEG il Ministro per gli affari europei, ai sensi dell'art. 47 l. 4 giugno 2010 n. 96 (legge comunitaria 2009), «assicura l'adempimento degli obblighi di monitoraggio e informazione alla commissione europea derivanti dalle disposizioni dell'Unione europea in materia di Servizi d'interesse economico generale, ivi inclusa la predisposizione delle relazioni periodiche [...]».

Sempre nell'ambito delle funzioni di coordinamento, presso Dipartimento è altresì istituita dal 2006 una Struttura di missione¹¹, con il compito di attivare tutte le azioni possibili atte a prevenire l'insorgere del contenzioso in sede dell'UE ed a rafforzare il coordinamento delle attività volte alla risoluzione delle procedure d'infrazione, alcune delle quali derivano dalla mancata esecuzione delle decisioni di recupero della Commissione europea in materia di aiuti di Stato.

La Struttura svolge una funzione di assistenza e di coordinamento delle Amministrazioni nazionali e di cura dei rapporti con la Commissione europea, contribuendo in tal modo alla risoluzione delle procedure d'infrazione ed alla complessiva riduzione dell'incidenza del contenzioso comunitario.

pubblico (pubblicata sulla G.U.U.E. C-8 dell'11 gennaio 2012). Tale disciplina regola i casi di compensazione al di fuori del campo di applicazione della decisione di esenzione, i quali, quindi, restano soggetti alla notifica alla Commissione europea, e possono essere dichiarati compatibili se soddisfano i criteri indicati nella disciplina stessa; // - Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, del 25 aprile 2012, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale.

¹¹ Istituita con DPCM del 28 luglio 2006 si propone un intervento il più possibile anticipato, in molti casi anteriore all'apertura formale delle procedure, operando per garantire il tempestivo

Sul sito *on line* del Dipartimento è visibile un archivio informatico nazionale delle procedure di infrazione ¹².

II. LA PROCEDURA DI NOTIFICA: IL SISTEMA INFORMATICO "SANI"

L'art. 45 l. n. 234/12 costituisce una novità rispetto alle disposizioni sopra esaminate e all'attività finora svolta dal Dipartimento. Esso prevede che le amministrazioni che notificano alla Commissione europea misure di aiuti di Stato devono trasmettere al Dipartimento stesso una scheda sintetica della misura notificata.

La norma specifica che le informazioni richieste dalla Commissione europea in merito agli aiuti notificati dovranno essere fornite dalle amministrazioni competenti per materia.

Circa le modalità di notifica, il Reg. (CE) n. 794/2004 della Commissione europea del 21 aprile 2004, recante «disposizioni di esecuzione del Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE», prevede che a partire dal 1° luglio 2008, le notifiche sono inviate elettronicamente per mezzo dell'applicazione *web* SANI (Sistema interattivo di notifica degli aiuti di Stato).

Il sistema è utilizzato anche per l'invio della scheda sintetica concernente le misure esentate ai sensi del Reg. (CE) n. 800/2008 del 6 agosto 2008, «che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli [87(ora 107)] e [88 (ora 108)] del

recepimento del diritto comunitario e attivandosi presso la Commissione già in fase di reclamo. La Struttura svolge una funzione di assistenza e di coordinamento delle Amministrazioni nazionali e di cura dei rapporti con la Commissione anche tramite lo strumento delle riunioni pacchetto con le quali si procede, sotto la presidenza del Dipartimento Politiche Europee, ad un esame congiunto tra la Commissione e le Amministrazioni interessate di un certo numero di procedure di infrazione o di casi ancora allo stadio di reclamo afferenti ad uno stesso settore. Tali riunioni pacchetto consentono un dialogo costruttivo e la ricerca di soluzioni condivise, così agevolando una positiva conclusione di molte procedure già aperte o ancora allo stadio di reclamo.

¹² La Banca dati Eur-infra è visibile al link: <http://www.politicheeuropee.it/banche-dati>.

Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria)».

Tale strumento consente di avere una panoramica generale a livello nazionale di tutte le misure di aiuto notificate e esentate dalla notifica dallo Stato membro.

Nessun obbligo di comunicazione esiste invece per gli aiuti *de minimis*¹³, ma gli Stati membri sono comunque obbligati a registrare e a conservare per 10 anni tutte le informazioni riguardanti gli aiuti rientranti in tale categoria.

A tale scopo molte Regioni italiane hanno istituito appositi registri mentre per il settore agricolo è istituito un registro nazionale.

L'accesso al sistema è possibile attraverso *password* che vengono fornite dai Servizi della stessa Commissione, per il tramite del Ministero dello sviluppo economico, a tutte le amministrazioni che ne facciano richiesta. Le *password* di norma sono più di una, ciascuna per le singole fasi in cui si articola la procedura di notifica nell'ambito delle amministrazioni.

Il sistema telematico SANI consente di seguire l'*iter* secondo l'ordine gerarchico, fino alla firma definitiva da parte del responsabile dell'Ufficio più alto in grado.

Il processo di notifica si conclude con la validazione da parte della Rappresentanza italiana¹⁴ presso l'Unione europea.

Per la notifica è necessario compilare appositi formulari, una prima parte dei quali è dedicata ad informazioni di carattere generale, mentre le parti successive contengono informazioni specifiche diverse a seconda dell'obiettivo dell'aiuto.

Al riguardo, nell'intento di dar luogo a procedure più efficaci, semplici e prevedibili nel settore degli aiuti di Stato, la Commissione ha recentemente adottato il «Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato»¹⁵ con il quale tra l'altro ha disciplinato contatti fra gli Stati membri e i Servizi della Commissione nella cosiddetta fase di pre-notificazione.

A tale stadio è possibile discutere aspetti giuridici ed economici di un progetto in modo informale e in via riservata, prima della notifica, migliorando in questo modo la qualità e la completezza delle notifiche stesse.

Con il medesimo scopo di semplificazione, la Commissione ha adottato la «Comunicazione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato»¹⁶, Comunicazione che si fonda sull'esperienza acquisita dalla Commissione nell'applicazione dell'art. 107 TFUE nonché dei Regolamenti, Discipline, Orientamenti e Comunicazioni e riguarda talune categorie di aiuti che non danno adito a dubbi quanto alla loro compatibilità con il mercato interno e che possono essere esaminati in tempi rapidi dalla Commissione che ne verifica la conformità senza esercitare i propri poteri discrezionali.

In ambito nazionale, l'attività di notifica è affidata a ciascuna amministrazione competente per la concessione dell'aiuto¹⁷.

Il Dipartimento politiche europee fornisce il proprio supporto, sotto il profilo degli aspetti del diritto dell'Unione euro-

¹³ Si tratta degli aiuti sotto la soglia di 200.000 euro ai sensi del Regolamento 1998/2006/CE (G.U.U.E. L379 del 28 dicembre 2006), al di sotto 7.500 euro ai sensi del regolamento 1535/2007/CE (G.U.U.E. L337 del 21 dicembre 2007) nel settore dell'agricoltura, e al di sotto della soglia di 30.000 euro ai sensi del regolamento n. 875/2007/CE (G.U.U.E. L 193 del 25 luglio 2007) nel settore della pesca.

¹⁴ La Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione europea (ITALRAP) cura i rapporti fra le Autorità italiane e le istituzioni dell'U.E., in particolare con il Parlamento Europeo e con la Commissione Europea, con l'obiettivo di promuovere e difendere le posizioni italiane nell'ambito della stessa UE. Inoltre, la Rappresen-

tanza partecipa all'elaborazione ed alla gestione dell'insieme delle politiche dell'Unione Europea, tra le quali rientra la politica della concorrenza.

¹⁵ Documento 2009/C-136/04 in G.U.U.E. C-136/04 del 16 giugno 2009.

¹⁶ Documento 2009/C-136/03 in G.U.U.E. C-136/03 del 16 giugno 2009.

¹⁷ Sul sito della Direzione generale Concorrenza della Commissione europea al link http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register, sono visibili tutti gli aiuti di tutti gli Stati membri notificati, in esenzione e illegali a titolo di esempio: aiuto di Stato SA.31651 (N 423/2010) - Italia Progetto Amalattea SpA - Istituto Sviluppo Agroalimentare SpA (notificato dalla Regione Lazio); Aiuto di Stato SA.34582 (2012/N) - Italia Inter-

pea, nella fase dei contatti fra amministrazioni e Commissione europea.

In alcuni specifici casi il Dipartimento per le politiche europee può intervenire per provvedere direttamente alla notifica di misure di aiuto, su richiesta espressa di alcune amministrazioni.

In particolare, ciò è avvenuto nel caso della notifica dei cosiddetti aiuti temporanei per i quali, al fine di dare attuazione alla «Comunicazione della Commissione – Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica»¹⁸, le Autorità italiane, su indicazione della stessa Commissione hanno adottato (su proposta del Ministro per gli affari europei, d'intesa con le Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni), un unico atto, che detta le modalità e i criteri di applicazione della Comunicazione in parola¹⁹ e che è stato notificato alla Commissione europea per la necessaria previa autorizzazione.

Grazie a tale attività di notifica a carattere generale, le amministrazioni e gli enti che hanno fruito di aiuti temporanei non hanno dovuto provvedere alla notifica delle singole misure, ma ad una semplice comunicazione *ex post*²⁰.

Dall'inizio del 2012 la Commissione europea ha anche creato un sistema informatico denominato SARI (Relazione interattiva sugli aiuti di Stato) per il controllo della spesa relativa agli aiuti concessi dai vari Stati membri. In tale sistema confluiscono i dati, separatamente per il settore industriale e per quello agricolo, di tutti gli aiuti notificati e di quelli in esenzione,

quindi di tutte le misure identificabili nel sistema SANI. Gli Stati membri entro il 30 giugno di ogni anno inseriscono le informazioni relative al *budget* stanziato per la misura di aiuto, alla spesa annuale, alla decorrenza, al termine e ogni altra notizia concernente la spesa dell'aiuto. Ad ottobre di ogni anno la Commissione pubblica sul sito della Direzione Generale della Concorrenza i dati di spesa risultanti dal predetto monitoraggio.

III. IL MONITORAGGIO DEI RECUPERI

La legge n. 234/12 ha destinato l'art. 48 Capo VIII l. 234/12 alle procedure di recupero, in tal modo regolarizzando l'attività finora svolta dal Dipartimento in modo informale. Tale attività riguarda innanzitutto il monitoraggio di tutte le misure di aiuto per le quali la Commissione europea ha adottato una decisione negativa con obbligo di recupero. Sul sito del Dipartimento per le politiche europee è visibile l'elenco di tali procedure.

Inoltre, dall'inizio del 2012 viene fornito con cadenza mensile al Consiglio dei Ministri un elenco sintetico, esclusivamente numerico, delle procedure di aiuto e della fase in cui si trovano suddiviso per amministrazione competente.

Un elenco più dettagliato, concernente tutte le procedure di indagine formale aperte dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, viene trasmesso con cadenza trimestrale alle Camere, alla Corte dei Conti, alle Regioni e alle Province autonome ai sensi dell'art. 14 comma 1 l. 234/12²¹.

venti per favorire l'afflusso del capitale di rischio verso le nuove imprese (notificato dal Ministero dell'economia e delle finanze).

¹⁸ Documento 2009/C 83/01 G.U. C-83 del 7 aprile 2009.

¹⁹ Il Decreto del Presidente del Consiglio del 3 giugno 2009. Nel tempo si sono succeduti il DPCM 13 maggio 2010 che ha dato attuazione alla Comunicazione della Commissione che modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica (2009/C 261/02), che ha introdotto gli aiuti di importo limitato al settore della produzione primaria dei

prodotti agricoli e il DPCM del 23 dicembre 2010, con il quale è stata data attuazione alla Comunicazione della Commissione europea del 2 dicembre 2010 che disciplina la proroga degli aiuti temporanei anticrisi fino al 31 dicembre 2011.

²⁰ Il Dipartimento Politiche Europee ha predisposto delle linee guida visibili sul sito del Dipartimento alla pagina servizi di pubblica utilità: <http://www.servizidipubblicautilita.eu/> che hanno l'obiettivo di garantire la puntuale osservanza di tutte le disposizioni in esso contenute e delle decisioni di autorizzazione e degli impegni assunti in questo contesto dalle Autorità italiane.

²¹ Nel testo precedente previste all'art. 15-bis, 1° comma lett. c) e d).

Il predetto elenco è suddiviso secondo le varie fasi della procedura: dall'apertura d'indagine formale, alla Decisione di recupero, ai casi per i quali l'Italia è stata deferita in Corte di giustizia per mancata esecuzione di una Decisione della Commissione europea ai sensi dell'art. 108 § 2 TFUE, ai casi per i quali la Commissione europea ha adito la Corte di Giustizia per mancata esecuzione di una sentenza della stessa Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 260 § 2 TFUE.

In questo modo si cerca di sensibilizzare le amministrazioni a velocizzare l'iter di risposta alle richieste della Commissione europea per evitare di pervenire ad una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 260 § 2 TFUE.

Tanto più che quest'ultima disposizione, rispetto al previgente art. 228 § 2 TCE, concede alla Commissione europea tempi notevolmente ridotti per ottenere l'osservanza dell'obbligo di eseguire il recupero.

Infatti, l'art. 260 § 2 prevede che, qualora lo Stato membro non ottemperi alla sentenza di inadempimento della Corte di Giustizia, la Commissione, dopo avere dato al medesimo Stato la possibilità di presentare osservazioni, può adire direttamente la Corte di Giustizia e chiedere la condanna al pagamento di sanzioni, senza obbligo di formulare un parere motivato²².

Ad oggi risulta una procedura²³ per la quale la Corte di giustizia ha condannato l'Italia al pagamento di una sanzione calcolata sulla base della Comunicazione del 2007²⁴.

La Comunicazione in parola prevede, da una parte, che l'importo della penalità deve essere fissato in funzione dell'obiettivo di garantire l'applicazione effettiva del diritto comunitario, dall'altra, che l'importo stesso sia prevedibile per gli Stati

membri e calcolato secondo un metodo che rispetti, nel contempo, il principio di proporzionalità e quello di parità di trattamento.

La suddetta Comunicazione a tale scopo prevede il pagamento di una penalità per ogni giorno di ritardo successivo alla pronuncia della sentenza a norma dell'art. 260 TFUE e di una somma forfettaria che sanzioni la continuazione dell'infrazione tra la prima sentenza, di constatazione dell'inadempimento, e la sentenza a norma dell'art. 260 TFUE²⁵.

Anche l'attività di risposta alle richieste di informazioni della Commissione europea è stata formalizzata. Infatti l'art. 48 c. 4 l. n. 234/12, ha espressamente previsto che le informazioni richieste dalla Commissione, concernenti l'esecuzione delle decisioni di recupero, dovranno essere fornite dalle amministrazioni competenti d'intesa e per il tramite del Dipartimento per le politiche europee.

L'esigenza di accentrare l'attività di risposta nasce dalla necessità di fornire alla Commissione europea riscontri che siano il più possibile coerenti e offrano un quadro giuridico privo di contraddizioni.

Allo stesso scopo è stato inserito il c. 2 art. 45 l. n. 234/12 il quale prevede che "transitivo" dal Dipartimento anche le risposte che le amministrazioni competenti per materia devono fornire in ordine a presunti aiuti di Stato non notificati (cosiddetti aiuti illegali).

Infine, il successivo art. 52 l. n. 234/12 demanda al Ministro per lo sviluppo economico il monitoraggio – ai fini della verifica del rispetto del divieto di cumulo – degli aiuti pubblici relativi alle agevolazioni, sotto qualsiasi forma, concesse alle imprese dalle amministrazioni pubbliche e da altri soggetti pubblici o privati, attraverso fondi pubblici, nonché le agevolazioni fiscali fruite direttamente dalle im-

²² Di fatto la Commissione può comunque adottare un parere motivato, riservandosi il diritto di adire la Corte di Giustizia, come nel recente caso 2012-2201 concernente il mancato recupero degli aiuti concessi alle imprese che investono in municipalità colpite da disastri naturali.

²³ Relativa al regime di aiuti per interventi a favore dell'occupazione previsto dagli articoli 15 e 26 l. 24 giugno 1997 n. 196, causa Corte di Giustizia, C-496/09, sentenza del 17 novembre 2011.

²⁴ Comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'art. 228 del trattato CE, SEC(2005) 1658.

²⁵ In caso di ricorso alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 260 TFUE, la Commissione proporrà almeno una somma forfettaria fissa, determinata per ogni Stato membro in funzione di un metodo di calcolo indicato nella Comunicazione del 2007, che per l'Italia è pari a 9.920.000 euro.

prese, compresi gli aiuti a titolo di *de minimis*.

IV. ESECUZIONE DELLE DECISIONI DI RECUPERO: PROBLEMATICHE E NORME NAZIONALI

Le difficoltà di esecuzione delle decisioni di recupero non sono tipiche di una condotta esclusivamente italiana, ma corrispondono a problematiche riscontrabili fra tutti gli Stati membri.

Nella Comunicazione «Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili»²⁶ la Commissione europea ha individuato alcune delle difficoltà più comuni che impediscono la piena esecuzione del recupero.

Una *prima criticità concerne l'individuazione del responsabile dell'esecuzione del recupero*. Infatti, il diritto europeo non stabilisce quale sia l'organo di un Stato membro che deve essere incaricato dell'esecuzione concreta del recupero. Tuttavia sulla base di quanto affermato in più occasioni dalla Corte di Giustizia²⁷, la predetta Comunicazione ribadisce che l'obbligo di eseguire la decisione deve intendersi rivolto a tutti gli organi, sia giudiziari sia amministrativi, dello Stato membro interessato dal provvedimento di recupero dell'aiuto.

Più esattamente, la giurisprudenza comunitaria prescrive che alle autorità giudiziarie e amministrative dello Stato

membro incombe il divieto assoluto di applicare la normativa dichiarata incompatibile e l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti intesi ad agevolare la piena efficacia del diritto comunitario, anche a prescindere dalla emanazione di norme che abroghino²⁸ o modifichino le disposizioni interne dichiarate incompatibili con il diritto comunitario medesimo²⁹.

La mancata adozione da parte delle amministrazioni responsabili di idonee iniziative tese a dar corso all'esecuzione del recupero può condurre la Commissione a ricorrere alla Corte di giustizia per mancato adempimento dell'obbligo di recupero.

Allo Stato membro non è consentito applicare disposizioni di diritto nazionale che possano ostacolare l'esecuzione immediata delle decisioni della Commissione³⁰, ma deve adottare ogni provvedimento utile a dar corso all'esecuzione della decisione di recupero. Al riguardo, la Commissione chiede allo Stato membro di provare, ad esempio, a seconda dei casi, di avere provveduto all'iscrizione a ruolo delle somme dovute dall'impresa beneficiaria, di avere presentato istanza di revoca dell'ordinanza di sospensione del giudizio, di avere presentato istanza di fallimento nei casi in cui il beneficiario dell'aiuto sia insolvente³¹. Ciò perché ogni condotta che proroghi l'indebito vantaggio concorrenziale, derivante dagli aiuti illegittimi ed incompatibili, si pone in contrasto con il diritto comunitario e, in particolare, con l'art. 14 § 3 Reg. di procedura³², nonché

²⁶ Comunicazione della Commissione: *Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili* (2007/C 272/05).

²⁷ Cause: C-101/91; C. giust. CE, 19 gennaio 1993, *Commissione c/ Repubblica italiana*; C-71/04 *Xunta de Galicia*; C-39/94 *SFEI e altri*; C-302/97 *Klaus Konle c/ Austria*; C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Austria*.

²⁸ Un esempio è il caso dell'art. 94, comma 14 l. 27 dicembre 2002, n. 289 (Aiuto di Stato C-55/03) - Credito d'imposta nelle zone non ammissibili aiuti a finalità regionale abrogato dall'art. 1, comma 524, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge Finanziaria 2005).

²⁹ Cfr. Massima della sentenza, C-101/91: «Qualora uno Stato membro, invece di emanare i provvedimenti necessari per conformarsi alla sentenza della Corte, adotti misure specifiche intese

a prorogare la normativa dichiarata contraria al diritto comunitario, ciò costituisce una violazione patente ed inammissibile dell'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 5, comma 2 del Trattato di astenersi da qualsiasi misura idonea a compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato e conseguentemente mina le fondamenta stesse dell'ordinamento giuridico comunitario».

³⁰ Cause C-404/97, *Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica portoghese*; C-101/93 *Commissione c/ Italia*.

³¹ Si veda ad esempio punto 27 C. giust. CE, C-454/09, *New Interline SpA*, dove la Corte richiama le contestazioni della Commissione alle Autorità italiane, concernenti, tra l'altro, la mancata prova della registrazione del credito nella procedura di concordato preventivo.

³² Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE.

con l'obiettivo del ripristino delle condizioni di concorrenza nel mercato interno.

Allo scopo di indurre al maggiore rispetto di tale previsione è stato a suo tempo inserito nell'ordinamento nazionale l'art. 16-*bis* comma 4 l. 4 febbraio 2005, n. 11, ora art. 43 c. 4 l. n. 234/12, il quale, fermo restando quanto disposto dall'art. 28 Cost., prevede la possibilità dello Stato di rivalersi degli oneri finanziari derivanti dalle sentenze di condanna rese dalla Corte di Giustizia nei confronti dei soggetti responsabili della violazione degli obblighi scaturenti dalla normativa comunitaria³³.

La nuova legge ha poi destinato l'art. 48 l. 234/12 all'individuazione delle amministrazioni competenti ad eseguire il recupero. Infatti, l'ordinamento previgente non prevedeva una disciplina che demandasse in via ordinaria ad una determinata amministrazione la competenza a rendere efficaci le decisioni di recupero, ma richiedeva di volta in volta l'approvazione di un apposito provvedimento legislativo che disciplinasse la procedura da seguire per individuare i beneficiari e quantificare le somme dovute.

In tal senso la relazione illustrativa all'originario disegno di legge comunitaria (AC 3866) ha segnalato come «la necessità di stabilire di volta in volta la procedura da seguire ha comportato in passato notevoli ritardi nell'adempimento da parte dello Stato delle decisioni di recupero. A questi ritardi, a volte cronici, è principalmente attribuibile l'alto numero di ricorsi attualmente pendenti di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea a carico dell'Italia in questa materia».

L'art. 48 prevede due distinte proce-

ture in relazione al soggetto competente al recupero degli aiuti incompatibili.

Nel caso in cui il soggetto competente sia lo Stato, l'incarico di procedere al recupero viene affidato alla società Equitalia S.p.A., qualunque sia la forma dell'aiuto concesso ed il soggetto erogatore.

I soggetti tenuti alla restituzione degli importi, nonché la determinazione degli stessi e le modalità ed i termini del pagamento, dovranno essere indicati con apposito decreto ministeriale a cura del Ministro competente per materia, da adottare entro due mesi dalla data della notifica della decisione della Commissione europea.

Il termine di due mesi corrisponde a quello in genere concesso dalla Commissione allo Stato membro per fornire ogni informazione utile circa le modalità con le quali lo Stato stesso procederà al recupero dell'aiuto.

Nel caso in cui l'ente competente al recupero sia un soggetto diverso dallo Stato il c. 3 dell'art. 48 prevede che il provvedimento di esecuzione sia emanato dalla Regione, ovvero dalla Provincia autonoma o dall'ente territoriale competente. Il recupero degli importi sarà a cura del concessionario della riscossione delle entrate dell'ente interessato³⁴.

Anche l'art. 15 l. 234/12, nel disporre che il Ministro con competenza prevalente³⁵ illustri alle Camere le ragioni che hanno determinato l'inadempimento o la violazione contestati con la procedura d'infrazione, indicando le attività svolte e le azioni che si intende assumere ai fini della positiva soluzione della procedura stessa, sembra poter essere interpretato come il tentativo di responsabilizzare

³³ Originariamente la norma era l'art. 1, comma 1216 l. 296/2006 (finanziaria 2007).

³⁴ Il d.l. 203/2005 ha previsto l'abolizione dell'affidamento in concessione del servizio nazionale della riscossione a favore della società Equitalia S.p.A., prevedendo l'affidamento a mezzo di gara ad evidenza pubblica o l'internalizzazione. Con la legge 206/11 dal 1 gennaio 2012 i comuni possono effettuare la riscossione delle loro entrate tributarie e la riscossione coattiva in gestione diretta o mediante società interamente pubblica, esclusivamente sulla base del RD 693/10 o del d.P.R. 602/73. La legge ha stabilito che dal 1 gennaio 2012 le società del gruppo

Equitalia cessano di effettuare le attività di accertamento liquidazione e riscossione delle entrate dei comuni e delle società da essi partecipate (art. 7 il lettera *gg-ter*). Le regioni Emilia-Romagna, Toscana e Lazio hanno avviato nel secondo semestre 2012 le gare per l'affidamento del servizio.

³⁵ Nei casi in cui le amministrazioni coinvolte dalla decisione della Commissione siano più d'una il Ministro con competenza prevalente è solitamente quello cui è attribuibile la norma, ad esempio nell'ipotesi di crediti di imposta per gli autotrasportatori il Ministero con competenza prevalente è il Ministero infrastrutture e trasporti e non il Ministero dell'economia e delle finanze.

l'amministrazione destinataria di procedure d'infrazione.

Per cercare di *responsabilizzare anche le imprese beneficiarie di aiuti* ed evitare che gli effetti della concessione di aiuti illegittimi non rimborsati fosse aggravata dalla corresponsione di altri aiuti alle stesse imprese, la Commissione europea ha iniziato ad applicare in modo sistematico il cosiddetto principio *Deggendorf*³⁶.

In base a tale principio, che è stato tradotto in norma di diritto positivo in ambito nazionale³⁷ e che il legislatore ha ora inserito all'art. 46 l. n. 234/12, la concessione di nuovi aiuti è subordinata alla preventiva verifica da parte delle autorità nazionali che i potenziali beneficiari non rientrino fra coloro che hanno ricevuto e non restituito, o depositato in un conto corrente appositamente creato allo scopo, aiuti che la Commissione stessa abbia dichiarato incompatibili e dei quali abbia ordinato il recupero.

Sotto questo profilo, la Commissione, in occasione della revisione del regolamento di procedura 659/1999³⁸ nell'ambito della modernizzazione degli aiuti di Stato, ha di recente elaborato una proposta di modifica con la quale viene introdotta la possibilità per la stessa Commissione, a seguito di apertura di indagine formale o nei casi di aiuti illegali, di chiedere direttamente alle imprese tutte le informazioni necessarie alla valutazione della misura sottoposta a indagine (cosiddetti MIT - *market information tools*).

Nel caso in cui le imprese non rispondano alle richieste formulate dalla Commissione europea, la stessa Commissione può anche comminare, adottando una decisione, sanzioni (forfettarie e giornalieri).

Una ulteriore criticità di una certa rilevanza è quella relativa alle problematiche derivanti dall'*impugnazione dinanzi alle corti nazionali promossa dai beneficiari dell'aiuto avverso l'ordine di recupero*.

In tali casi, infatti, il ricorrente tende a chiedere o la sospensione del giudizio, eccependo la illegittimità della Decisione della Commissione europea o, ancor più di frequente - quando la Decisione sia stata impugnata anche innanzi alle Corti europee - di attendere che le Corti europee si pronuncino sulla validità della decisione di recupero. Nei casi di sospensione del giudizio, l'esecuzione di una decisione di recupero può essere ritardata per anni, impedendo il ripristino della situazione esistente sul mercato precedentemente alla concessione dell'aiuto.

La Corte di giustizia europea ha peraltro rilevato che il beneficiario di un aiuto ha adeguati strumenti per contestare la validità della decisione della Commissione europea, potendo proporre ricorso alle corti comunitarie in forza degli articoli 242 e 243 TFUE³⁹.

Pertanto, fatta salva la possibilità per il giudice nazionale di presentare richiesta di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia conformemente all'art. 267 TFUE nel caso in cui non abbia presentato ricorso il beneficiario non può chiedere una sospensione delle misure adottate dalle autorità nazionali per dare esecuzione alla Decisione in questione, invocando motivi connessi alla validità della medesima⁴⁰.

Solo in casi espressamente indicati e nel rispetto di specifiche condizioni⁴¹, il giudice nazionale può ordinare la sospensione provvisoria della decisione, tenendo

³⁶ Il principio deriva dalle Cause T-244/93 e T-486/93, *TWD Deggendorf* contro Commissione, in *Racc.* 1995, parte II, p. 2265, punto 56, esso è stato inserito anche nell'art. 1 § 6, lettere a) e b) del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 (regolamento generale di esenzione per categoria).

³⁷ Art. 1, comma 1223, l. 27 dicembre 2006, n. 296, in seguito trasposto nel comma 11 dell'art. 16-bis l. 11/2005.

³⁸ Il testo della proposta è visibile sul sito della Direzione Generale della Concorrenza della Commissione europea [c'è un decreto COM da citare?].

³⁹ Causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*

GmbH contro Germania, *Racc.* 1994, parte I, p. 833.

⁴⁰ Emblematico il caso Lucchini: in palese contrasto con la decisione della Commissione europea 90/555/CECA e con la sentenza C. giust. CE, C-119/05, il Tribunale di Roma, seconda sezione civile, nel procedimento n. 71678/2008 con sentenza del 21 marzo 2011 accoglieva la pretesa del beneficiario degli aiuti di trattenere gli importi da recuperare, sulla base del fatto che l'autorizzazione a fruire degli aiuti era stata già oggetto di una precedente sentenza passata in giudicato.

⁴¹ Cfr. punto 59 della Comunicazione citata alla nota 47.

conto delle pronunce delle Corti europee relative alla legittimità dell'atto e delle eventuali pronunce concernenti la concessione di provvedimenti provvisori. D'altra parte, sul piano concreto, possono essere comprensibili gli scrupoli dei giudici nazionali laddove il recupero della misura di aiuto possa risolversi con il fallimento dell'impresa, con pesanti ripercussioni sul piano socio-economico⁴².

L'ordinamento nazionale ha inciso sul ruolo dei giudici e sulle procedure giurisdizionali in materia di recupero di aiuti di Stato⁴³, attraverso il d.l. 8 aprile 2008 n. 59, convertito, con modificazioni dalla l. 6 giugno 2008 n. 101⁴⁴, per i procedimenti innanzi agli organi di giustizia civile e con l'art. 47-*bis* del d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 per i procedimenti innanzi ai giudici tributari. Entrambe le norme delineano i limiti entro i quali i giudici possono sospendere gli atti e le procedure volte al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una Decisione della Commissione europea.

Tali norme, ormai abrogate dalla l. 234/2012, continuano ad applicarsi ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vi-

gore della nuova l. 234/2012 (art. 61 c. 4 e 5). Quest'ultima, in una visione più ampia dell'intera materia degli aiuti di Stato, con l'art. 49 ha affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero. In particolare, le controversie in materia di recupero sono inserite fra quelle per le quali è previsto il rito abbreviato, ai sensi dell'art. 119 c.p.a., caratterizzato dalla dimidiazione dei termini processuali ordinari.

Con il successivo art. 50 l. n. 234/2012 è inoltre prevista la possibilità di impugnazione avanti al TAR competente per territorio degli atti e dei provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Le problematiche derivanti dall'applicazione della normativa europea da parte dei giudici nazionali è stata trattata dalla Commissione europea nella Comunicazione relativa all'applicazione della legislazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali⁴⁵.

Inoltre, in sede di revisione del regolamento di procedura la Commissione pro-

⁴² Un caso significativo di sospensione da parte dei giudici nazionali, riguarda il dossier dell'esenzione dell'accisa sugli oli minerali utilizzati come combustibile per la produzione di allumina, sul quale la Commissione ha adottato due decisioni (Decisione della Commissione 2006/323/CE notificata con il numero C(2005)4436 del 7 dicembre 2005 e Decisione 2007/375/CE notificata con il numero C(2007)286 del 7 febbraio 2007) che coinvolgono oltre l'Italia anche la Francia e l'Irlanda. La Commissione tributaria provinciale di Cagliari, tenendo conto delle gravi problematiche di carattere socio-economico sottostanti il recupero, ha sospeso il giudizio, motivando con la necessità di attendere la sentenza del Tribunale europeo, cui sono ricorse le aziende e le autorità italiane, francesi e irlandesi. Sul piano amministrativo, l'Agenzia delle dogane competente al recupero, sollecitata dalla Commissione europea, ha chiesto la revoca della sospensione. Sul caso è intervenuta una prima sentenza del Trib. CE, 12 dicembre 2007 (Cause riunite *Irlanda e a. c. Commissione* T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 E T-69/06), che ha annullato la decisione della Commissione per mancanza di motivazione, senza decidere nel merito. Quindi una sentenza della Corte di giustizia, a seguito dell'appello presentato dalla stessa Commissione, che ha rinviato nuovamente al Tribunale per una decisione nel merito ed infine la sentenza del 21 marzo 2012

che ha annullato la decisione della Commissione europea, la quale a sua volta ha impugnato la sentenza. Poiché la sentenza non è definitiva, la Commissione continua a chiedere informazioni sulle modalità di esecuzione del recupero e ha altresì presentato ricorso in Corte di giustizia (causa C-272/P) per inadempimento dell'obbligo di recupero. L'Italia rischia pertanto di subire una prima condanna per inadempimento della decisione della Commissione europea, nelle more della pronuncia definitiva della Corte di Giustizia, che potrebbe confermare la sentenza del Tribunale, annullando la decisione della Commissione.

⁴³ Cfr. il decreto legge 8 aprile 2008, n. 59 (in G.U.R.I. 9 aprile 2008, n. 84), convertito, con modificazioni, nella legge 6 giugno 2008, n. 101. Esso ha inciso sui procedimenti innanzi agli organi di giustizia civile e tributaria, precisando i limiti entro i quali i giudici possono sospendere gli atti e le procedure volte al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una decisione della Commissione europea.

⁴⁴ Art. modificato dall'art. 34, comma 8 del d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150.

⁴⁵ COM 2009/C 85/01 in G.U.C.E. C-85/02 del 9 aprile 2009 che sostituisce la precedente Comunicazione della Commissione n. 95/C 312/97 in G.U.C.E. 23 novembre 1995, C-312 relativa alla cooperazione fra giudici nazionali e Commissione in materia di aiuti di Stato.

pone la possibilità per la Commissione stessa di assumere il ruolo di *“amicus curiae”*, offrendo consulenza alle corti nazionali, su richiesta di queste ultime o agendo di propria iniziativa⁴⁶.

DORIANA LUCAFERRI

Bibliografia

European State Aid Law Quarterly - Rivista - (Estal - Lexxion); DERENNE-JACQUES, «Econo-

mic Analysis Of State Aid Rules - Contributions And Limits», in M. MEROLA (eds.), in *Lexxion - Estal*; L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007; «La disciplina degli aiuti di Stato», in A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'UE*, I ed., cap. XXXVIII, vol. XXVI; «La politica di concorrenza rivolta agli Stati membri», in G. STROZZI, *Diritto Ue Parte Speciale*, I ed., 2006; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000.

⁴⁶ Cfr. nota 22 e 24.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato fiscali in Italia

Sommario: I. ATTIVITÀ DI CONTROLLO E DI NOTIFICA DEGLI AIUTI. – II. IL RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO FISCALI NELL'ESPERIENZA ITALIANA. – III. PROBLEMATICHE CONNESSE AL RECUPERO DEGLI AIUTI FISCALI. – 1. Recupero dell'aiuto di Stato CR-27/99. – 2. Aiuto di Stato C-8/2004 - "Neoquote". – 3. Recupero dell'aiuto di Stato C-57/2003. – Agevolazioni per gli investimenti effettuati in comuni colpiti da eventi calamitosi. – 4. Recupero dell'aiuto di Stato CR-12/2004. – Incentivi fiscali in favore di società partecipanti ad esposizioni all'estero.

I. ATTIVITÀ DI CONTROLLO E DI NOTIFICA DEGLI AIUTI

Il presupposto dell'attività di controllo degli aiuti di Stato, anche nel caso di aiuti di natura fiscale, è la notifica. *Liter* procedurale è lo stesso di quello che viene posto in essere per le altre misure agevolative concesse sotto forma di erogazione di finanziamenti, garanzie dello Stato o accesso ai fondi comunitari. Pertanto, anche nel caso delle agevolazioni fiscali, nel momento in cui viene predisposta una norma nella quale è contenuta la cosiddetta "clausola di compatibilità comunitaria" o clausola di *standstill* che ne sospende l'efficacia fino al momento in cui la Commissione europea non si sia pronunciata sulla possibile configurazione di aiuto di Stato o che, anche in assenza di tale clausola, si ritiene possa ricadere nell'ambito applicativo della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, le autorità che dispongono l'aiuto si attivano per avviare la procedura di notifica. Come sopra evidenziato, la notifica degli aiuti fiscali segue le stesse regole procedurali della notifica degli altri tipi di misure agevolative.

Secondo costante prassi amministrativa, la notifica di una misura con cui vengono introdotti benefici di natura fiscale

nell'ordinamento italiano è preceduta da una serie di azioni tese ad assicurare il coordinamento tra i diversi soggetti istituzionali coinvolti nel processo che va dalla definizione della misura fino alla fase della sua comunicazione alla Commissione europea. La proposta normativa con cui si stabilisce la concessione di un credito di imposta oppure un'aliquota agevolata a favore di determinati soggetti titolari di reddito di impresa viene sottoposta all'esame preventivo delle strutture competenti dell'Amministrazione fiscale, in particolare della Direzione della legislazione tributaria e della Direzione relazioni internazionali del Dipartimento delle Finanze, coordinate dall'Ufficio legislativo - Finanze, al fine di stabilire se essa possa configurare una fattispecie di aiuto e, in caso positivo, se tale fattispecie possa essere considerata compatibile sulla base delle specifiche regolamentazioni che la disciplina comunitaria prevede in materia. In particolare, se la norma non prevede una "clausola di compatibilità" che ne sospenda l'efficacia sino alla valutazione positiva da parte dell'esecutivo comunitario a seguito della notifica¹, se necessario, vengono individuati i correttivi alla proposta di legge idonei a eliminare, ad esempio, eventuali profili di selettività o a definire i requisiti necessari affinché la stessa misura possa ricadere nell'ambito delle tipologie di aiuti compatibili o esenti da notifica previsti dai Regolamenti comunitari.

Le misure di aiuti di Stato concessi nelle forme di deduzioni o detrazioni d'imposta, esenzioni fiscali, crediti d'imposta o applicazione di aliquote agevolate non necessariamente vengono predisposte nell'ambito degli uffici dell'amministrazione fiscale. Infatti, lo strumento fiscale è sovente proposto da amministra-

¹ L'entrata in vigore di una norma agevolativa non notificata fa sì che la Commissione, nei cataloghi come aiuto non notificato e, pertanto, come aiuto illegale a prescindere dagli esiti della successiva valutazione da parte dell'Esecutivo comu-

nitario con la conseguenza ulteriore che lo Stato membro deve sospendere l'erogazione dei benefici in attesa del placet della Commissione. In caso poi di decisione di incompatibilità, occorrerà procedere al recupero degli aiuti erogati.

zioni diverse da quella fiscale per incentivare, ad esempio, iniziative di ricerca scientifica, che ricadono nella competenza del Ministero della Università e ricerca scientifica, oppure per favorire lo sviluppo di determinate aree sottosviluppate del territorio nazionale, materia di competenza del Ministero dello sviluppo economico. Anche in tal caso l'Amministrazione fiscale è chiamata ad esprimere le proprie valutazioni in merito alla compatibilità comunitaria delle norme agevolative mentre la competenza a notificarle rimane dell'Amministrazione che le ha proposte.

L'art. 45 l. 24 dicembre 2012 n. 234 con la quale è stata riformata la disciplina relativa alla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, stabilisce che «a prescindere dalla forma dell'aiuto, le informazioni richieste dalla Commissione europea in merito a presunti aiuti di Stato non notificati ai sensi dell'articolo 108, § 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea sono fornite dalle amministrazioni competenti per materia, per il tramite della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche europee». Al riguardo, occorre considerare che in presenza di norme con le quali si costruiscono forme di aiuto complesse che prevedono, ad esempio, sia il riconoscimento di agevolazioni fiscali che lo sgravio di contributi previdenziali ed assistenziali, non sempre è possibile applicare in maniera efficace il criterio della competenza per materia per individuare l'amministrazione tenuta a notificare una norma di natura fiscale. Nella prassi, la competenza per materia a

notificare la misura avente carattere fiscale o a fornire le informazioni richieste dalla Commissione europea è stata attribuita all'amministrazione proponente la norma, allorquando è stato possibile individuarla².

In assenza di una idonea attività di coordinamento, può anche accadere ed è accaduto che di fronte ad una norma complessa che, come nell'esempio sopra descritto, preveda differenti strumenti di aiuto, l'amministrazione competente per materia notifici solo la parte tecnicamente di competenza senza fornire informazioni sugli altri strumenti di aiuto contemplati dalla stessa norma. In tal caso, la Commissione europea può non solo chiedere di integrare le informazioni "non notificate" ma anche considerare illegale la parte di aiuto non notificata e chiedere di sospendere l'applicazione in attesa della valutazione di compatibilità.

Al riguardo l'obbligo introdotto dall'art. 45 c. 1 l. 24 dicembre 2012 n. 234, in base al quale le amministrazioni che notificano progetti con le quali si istituiscono o si modificano aiuti di Stato forniscono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Politiche europee una scheda sintetica della misura notificata, introduce di fatto già una prima forma di controllo da parte dello stesso Dipartimento per le Politiche europee dal quale potrebbe derivare, in generale, un rafforzamento dell'attività di coordinamento tra le diverse amministrazioni interessate ed evitare che si verifichino episodi di notifica parziale di una norma.

Nelle fasi successive alla notifica di una misura fiscale è possibile che intervengano contatti informali con la Com-

² In Italia è stata adottata la misura notificata dal Ministero per i Beni Culturali e autorizzata dalla Commissione come Aiuto C-25/2009 (ex N 673/2008) - Incentivi fiscali per gli investimenti e la distribuzione nel settore cinematografico. Il regime notificato comprende diverse misure fiscali a favore di diverse attività relative al settore cinematografico: a) credito d'imposta a favore d'impresse esterne al settore cinematografico che investono nella produzione di film a carattere culturale «di nazionalità italiana»; b) detassazione degli utili reinvestiti in film a carattere culturale «di nazionalità italiana» da imprese esterne al settore cinematografico; c) credito d'imposta a favore

d'impresse di distribuzione e di esercizio³ che investono nella produzione di film di particolare interesse culturale; d) credito d'imposta a favore d'impresse di distribuzione che investono nella distribuzione di film a carattere culturale «di nazionalità italiana»; e) detassazione degli utili reinvestiti da imprese di distribuzione nella distribuzione di film a carattere culturale «di nazionalità italiana»; f) credito d'imposta a favore d'impresse di esercizio che installano impianti di proiezione digitale. La valutazione di compatibilità della norma è stata effettuata dall'Amministrazione fiscale in coordinamento con il Ministero per i Beni Culturali.

missione che, prima di aprire un'indagine, chiede di chiarire eventuali punti critici. In qualche caso più complesso è anche possibile chiedere alla Commissione, per il tramite della Rappresentanza permanente presso l'Unione europea, di essere ricevuti allo scopo di illustrare i meccanismi applicativi delle disposizioni notificate allo scopo di facilitare il processo di valutazione da parte dell'esecutivo comunitario. Dalle attività precedentemente descritte è possibile che discendano ulteriori adempimenti tesi a rendere la proposta normativa maggiormente aderente ai requisiti di compatibilità. Pertanto è possibile che, a seguito di eventuali considerazioni effettuate anche in via riservata dalla Commissione europea, la norma possa essere sottoposta a modifiche. Infine, una volta intervenuta la Decisione con cui la Commissione europea ritiene compatibile la norma notificata, gli Uffici italiani competenti per gli aspetti operativi, in particolare l'Agenzia delle Entrate, pongono in essere le necessarie azioni per rendere fruibile materialmente l'agevolazione fiscale ed effettuano il monitoraggio sul rispetto delle condizioni di fruibilità fissate dalla stessa Decisione della Commissione. Nel caso poi in cui l'erogazione dell'aiuto necessiti di disposizioni attuative di dettaglio, viene emanato un apposito Regolamento di attuazione, in forma di Decreto ministeriale, cui gli uffici operativi si attono nella fase applicativa della misura di aiuto³.

II. IL RECUPERO DEGLI AIUTI DI STATO FISCALI NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Secondo la giurisprudenza costante, la soppressione di un aiuto illegittimo mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità e indipendentemente dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso⁴. Il recupero di un aiuto di Stato può aver luogo sia in caso

di aiuto autorizzato da parte della Commissione europea sia in caso di aiuto dichiarato illegittimo con Decisione dell'esecutivo Comunitario. Il primo caso – aiuto di stato dichiarato legittimo con una Decisione della Commissione europea – si verifica quando l'aiuto è stato fruito da soggetti che non ne avevano i requisiti. In tal caso, quando si tratta di aiuti di natura fiscale, l'Agenzia delle Entrate, per recuperare i benefici usufruiti illegalmente, applica le normali procedure di accertamento. Nel caso di aiuti fiscali dichiarati illegittimi con una Decisione della Commissione europea:

- lo Stato esegue la Decisione con cui la Commissione europea impone di recuperare gli aiuti, comprensivi delle imposte non corrisposte e degli interessi, presso i beneficiari;

- in alcuni casi nella stessa Decisione di recupero vengono individuati i soggetti beneficiari nei cui confronti operare il recupero, quantificate le somme dovute a titolo di capitale ed individuati i criteri da adottare per il corretto calcolo degli interessi;

- se la Decisione non contiene gli elementi necessari all'individuazione sia dei beneficiari che della quantificazione dell'aiuto, l'Agenzia fiscale competente provvede a reperire tali informazioni attraverso i dati esposti nelle dichiarazioni ed in particolare attraverso i codici tributo istituiti per consentire ai potenziali beneficiari di chiedere le agevolazioni fiscali.

A seguito del controllo delle dichiarazioni, viene notificato agli interessati l'ordine di restituzione dell'aiuto fruito corrispondente alle imposte non versate ed ai relativi interessi comunitari. In caso di mancato pagamento entro il termine perentorio disposto, la somma dovuta è iscritta a ruolo ed il beneficiario inadempiente è assoggettato alle procedure esecutive previste dal d.P.R. n. 602/1973 per la riscossione coattiva.

³ In tal caso anche i decreti ministeriali di attuazioni previsti dalle norma vengono inviate alla Commissione europea, spesso in forma di bozza, in occasione della notifica e a corredo della base giuridica del regime di aiuto notificato.

⁴ Cfr. sentenze 10 giugno 1993, causa C-183/

91, *Commissione/Grecia*, in *Racc.* 1995, p. I-3131, punto 16; 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione/Portogallo*, in *Racc.* 2000, p. I-4897, punto 38, e 26 giugno 2003, causa C-404/00, *Commissione/Spagna*, in *Racc.* 2005, p. I-6695, punto 4.

La Commissione europea nell'ambito del principio di leale collaborazione – art. 4 § 3 del TFUE – viene tenuta costantemente aggiornata sullo stato di avanzamento della procedura di recupero comprese le eventuali criticità che ostacolano la immediata e completa restituzione dell'aiuto. Quando, infatti, la Decisione della Commissione che dispone la soppressione di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune non è stata impugnata con un ricorso o un tale ricorso è stato respinto, il solo motivo difensivo che uno Stato membro può opporre ad un eventuale ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione sulla base dell'art. 108, § 2 TFUE, è l'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione⁵. Qualora lo Stato in occasione dell'esecuzione di una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato, incontri difficoltà imprevedibili o si renda conto di conseguenze non considerate dalla Commissione può sottoporre tali problemi alla valutazione di quest'ultima, proponendo appropriate modifiche della decisione stessa. In tal caso, la Commissione e lo Stato membro, in forza del predetto principio che impone agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie doveri reciproci di leale cooperazione, devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà nel pieno rispetto delle disposizioni del Trattato e di quelle relative agli aiuti di Stato⁶. La condizione di un'impossibilità assoluta di esecuzione non è soddisfatta quando lo Stato interessato si limita a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche, politiche o pratiche che l'esecuzione della Decisione presenta, senza intraprendere alcuna reale iniziativa al fine di recuperare l'aiuto e senza proporre alla Commissione modalità alternative di esecuzione di tale Decisione che consentano di superare le difficoltà⁷.

L'esperienza italiana in materia di recupero di aiuti di Stato è stata caratterizzata dalla tendenza ad emanare disposizioni *ad hoc* sentenze 10 giugno 1993, causa C-183/91, per ogni specifico aiuto, contrapponendosi ai principi contenuti anche nella Comunicazione della Commissione 2007/C272/05 "Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili" pubblicata nella G.U.U.E. C-272 del 15.11.2007 secondo cui il recupero va effettuato secondo le procedure previste dalla legge dello Stato interessato purché le stesse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva del recupero. Con l'introduzione del d.l. n. 59/08, entrato in vigore il 9 aprile 2008 l'Italia ha tentato di reagire alle preoccupazioni manifestate dalla Commissione europea sul tema della effettività dell'azione di recupero degli aiuti di Stato dichiarati incompatibili con l'ordinamento comunitario adeguando la normativa nazionale alle esigenze di pronto adempimento delle determinazioni assunte in sede europea in tema di recupero degli aiuti di Stato. Con la predetta disposizione, il legislatore nazionale ha inteso affrontare sistematicamente ed organicamente la materia del recupero degli aiuti fiscali dichiarati illegittimi, al fine di evitare che tutti gli sforzi compiuti dall'amministrazione nelle attività di recupero fossero vanificati e rallentati dal diritto processuale e dalla possibilità da quest'ultimo offerta ai giudici di sospendere gli effetti esecutivi dei provvedimenti nazionali di recupero. La norma si era posta due fondamentali finalità: a) agire sui giudizi pendenti; b) risolvere, come norma di sistema, anche i casi futuri, in quanto conformava il diritto processuale nazionale, applicabile anche in futuro ai casi di recupero di aiuti di Stato in attuazione di decisioni della Commissione Europea, ai

⁵ Cfr. sentenze 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione/Italia*, in *Racc.* 1997, p. I-673, punto 16; 22 marzo 2001, causa C-261/99, *Commissione/Francia*, in *Racc.* 2003, p. I-2537, punto 23; 2 luglio 2002, causa C-499/99, *Commissione/Spagna*, in *Racc.* 2003, p. I-6031, punto 21, e 26 giugno 2003, *Commissione/Spagna*, cit., punto 45.

⁶ Cfr. causa C-378/98, *Commissione/Belgio*, in *Racc.* 2001, p. I-5107, punto 31;

⁷ Cfr. sentenze 2 febbraio 1989, causa 94/87, *Commissione/Germania*, in *Racc.* 2001, p. 175, punto 10; 29 gennaio 1998, causa C-280/95, *Commissione/Italia*, in *Racc.* 2000, p. I-259, punto 14.

requisiti di immediatezza ed effettività previsti dal diritto comunitario. In particolare, il c. 2 art. 2 in questione ha disposto, tra l'altro, che nei procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore del Decreto, nel caso era stata concessa la sospensione, le relative controversie fossero definite nel merito, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto, disposizione transitoria e non più applicabile. Inoltre, per regolamentare la materia in maniera sistematica, il comma 1 dell'articolo 2 del decreto legge in argomento ha introdotto, dopo l'art. 47 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 – Disposizioni sul processo tributario – l'articolo 47-bis – Sospensione di atti volti al recupero di aiuti di Stato e definizione delle relative controversie. È stata così prevista una normativa speciale nell'ambito del processo tributario che ha disciplinato le sole ipotesi di sospensione giudiziale degli atti finalizzati al recupero di aiuti di Stato.

In relazione alle sospensioni, il c. 1 dell'art. 47-bis così introdotto ha disposto che la Commissione tributaria provinciale può concedere la sospensione dell'efficacia del titolo di pagamento conseguente a detta Decisione se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni: a) gravi motivi di illegittimità della Decisione di recupero, ovvero evidente errore nella individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato o evidente errore nel calcolo della somma da recuperare e nei limiti di tale errore; b) pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile. Circa la rapida definizione delle controversie, il c. 4 dell'art. 47-bis ha inoltre previsto che le controversie relative agli atti di cui al c. 1 fossero definite, nel merito, nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione. Anche per quanto riguarda gli eventuali giudizi di appello, era stata prevista dal legislatore una drastica riduzione dei tempi di definizione delle controversie, in quanto il c. 7 dell'art. 47-bis ha previsto che

tutti i termini del giudizio di appello siano dimezzati.

La suddetta disciplina è stata però superata con l'introduzione della l. 24 dicembre 2012 n. 234 con cui si è provveduto a riformare la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche europee. In particolare, la nuova disposizione sembra risolvere in maniera sistematica il problema dei recuperi in quanto stabilisce all'art. 48 comma 2 che, a seguito della notifica di una Decisione di recupero emanata ai sensi dell'art. 14 Reg. CE n. 659/1999, il Ministro competente per materia individua, con un Decreto da adottare entro due mesi dalla notifica della predetta Decisione, i soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto. La stessa l. n. 234/13, con l'art. 61, provvede ad abrogare sia l'art. 1 del d.l. n. 59/08 che l'art. 47-bis del d.l. n. 546/92 che continuano ad applicarsi solo per i giudizi in corso alla data del 19 gennaio 2013.

III. PROBLEMATICHE CONNESSE AL RECUPERO DEGLI AIUTI FISCALI

Con l'imposizione della restituzione dell'aiuto il soggetto beneficiario viene privato del vantaggio di cui ha fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti e si ripristina la situazione esistente prima della corresponsione dell'aiuto⁸. Le decisioni in materia di aiuti della Commissione implicano non solo l'obbligo per lo Stato di emendare o eliminare le misure fiscali costituenti aiuto *ex art.* 107 TFUE, ma anche l'obbligo per le autorità nazionali di disapplicare la normativa in contrasto con quanto previsto nelle decisioni stesse⁹. Le decisioni della Commissione europea sono vincolanti sia per lo Stato destinatario sia per le varie autorità dello Stato stesso, compresi gli organi giurisdizionali e amministrativi¹⁰. Al riguardo si richiamano i contenuti della Comunicazione della Commissione n. 95/C/312/07 relativa alla cooperazione tra i giudici na-

⁸ Sen. 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia/Commissione*, in *Racc.* 2006, p. I-3679, pp. 103 e 104; Sen. 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito /Agenzia dell'Entrate di Genova*.

⁹ Sen. 6 ottobre 1970 causa C-9/70, *Leber/Pfenning*, in *Racc.* 1970, p. 825; sen. 9 marzo 1994

causa C-188/92, *Textilwerke*, in *Racc.* 1994, p. I-833.

¹⁰ Sen. 6 ottobre 1970 causa C-9/70, *Leber/Pfenning*, in *Racc.* 1970, p. 825; sen. 9 marzo 1994 causa C-188/92, *Textilwerke*, in *Racc.* 1994, p. I-833.

zionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato dove al § 10 è stabilito che «(...) in una causa di sua competenza, il giudice nazionale deve applicare integralmente il diritto comunitario e tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria»¹¹. Il principio generale di effettività del diritto comunitario si applica, come abbiamo visto, anche nell'ambito della materia fiscale, materia rimasta nell'ambito delle prerogative dei singoli stati membri dell'Ue. Tuttavia, nel rapporto con la giurisdizione nazionale, le maggiori criticità che è stato possibile riscontrare nell'esperienza italiana in materia di recupero degli aiuti fiscali attengono, invece, ai casi in cui i beneficiari dell'aiuto illegittimamente fruito hanno chiesto ed ottenuto dal giudice nazionale la sospensione degli atti di recupero impedendo allo Stato italiano di completare le procedure di recupero e dare esecuzione alle decisioni della Commissione. La mancata esecuzione di una Decisione entro i tempi stabiliti dalla stessa Commissione comporta per quest'ultima la possibilità di adire la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 260 TFUE¹². Tale aspetto sembra essere risolto dalle previsioni della l. 234/13.

1. *Recupero dell'aiuto di Stato CR 27/99*. – Per quanto di interesse, si richiama la vicenda relativa al contenzioso creatosi in riferimento al recupero dell'aiuto di Stato CR 27/1999 – incentivi fiscali concessi a favore di società a prevalente capitale pubblico istituite ai sensi dell'art. 22, l. n. 142/90, per la gestione dei servizi

pubblici locali, in relazione al quale l'Italia è stata condannata per il mancato recupero degli aiuti illegali con sentenza della Corte di Giustizia del 1° giugno 2006¹³. In questo caso, il mancato completamento del recupero nei tempi stabiliti con la Decisione della Commissione europea n. 2003/93/CE, è stato causato dal contenzioso instauratosi innanzi ai giudici tributari e, in particolare, dall'accoglimento delle istanze di sospensione ottenute dai soggetti tenuti al rimborso. Inoltre, alcune delle società beneficiarie del predetto aiuto non solo hanno ottenuto la sospensione degli atti di recupero ma hanno presentato istanze di rimborso delle somme versate in pendenza di giudizio ai sensi dell'art. 68 comma 2, del d.lgs. n. 546/92. L'applicazione dell'art 68 comma 2 del d.lgs. n. 546/92, pur in presenza di sentenze di accoglimento delle istanze di sospensione del recupero, ha ulteriormente accentuato il contrasto con il principio stabilito con la sentenza della Corte di Giustizia del 18.07.2007¹⁴, secondo la quale «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario». Inoltre, nel caso del recupero dell'aiuto CR 27/1999, con la lettera di messa in mora del 5 maggio 2010, la Commissione europea, richiamando quanto stabilito dall'art. 260 del TFUE, ha fatto presente che «l'Italia non può eccepire il fatto che vi siano dei procedimenti giudiziari nazionali in corso per giustificare il mancato adempimento dell'obbligo di completare la procedura di recupero»¹⁵. Il contenzioso creatosi riferi-

¹¹ Va evidenziato che il potere della Commissione è in tal senso così forte da consentire a tale istituzione di emanare, in corso di un'istruttoria volta all'analisi di una misura nazionale di erogazione di risorse pubbliche anche una ingiunzione di recupero in attesa della decisione finale - cfr. Regolamento (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE, G.U.C.E. L 83 del 27 marzo 1999.

¹² In virtù dello stesso art. 260 § 2 TFUE e sulla base della comunicazione del 13 dicembre 2005 sull'applicazione dell'articolo 228 del Trattato CE, la Commissione, quando adisce la Corte di giustizia, precisa l'importo della somma forfe-

taria, della penalità, o di entrambe, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze.

¹³ Con la Dec. n. 2003/193/CE del 5 giugno 2002, la Commissione europea ha dichiarato incompatibili con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato la misura con la quale sono stati riconosciute esenzioni fiscali e prestiti agevolati concessi alle imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico.

¹⁴ Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* 2007, p. I-6199.

¹⁵ Sul caso "municipalizzate" vedi infra sui casi concreti di recupero degli aiuti illegali.

mento al recupero degli aiuti fiscali in esame è stato recentemente definito con la sentenza della Corte di Cassazione – Sezione tributaria, 23 maggio 2012 n. 8108 con la quale è stato stabilito che il recupero degli aiuti di Stato concessi a società di capitali a prevalente capitale pubblico che forniscono servizi pubblici locali è obbligatorio, con l'eccezione della sola appartenenza dell'aiuto individualmente concesso alla categoria *de minimis*. Ai sensi della sentenza, tale obbligatorietà non consente al giudice nazionale alcuna diversa valutazione, in quanto l'esame della compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato rientra nella competenza esclusiva della Commissione europea¹⁶. Ciò a conferma del principio già consolidato nella giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 26948/2006 del 18 dicembre 2006¹⁷, secondo il quale la conformazione del diritto interno al diritto comunitario deve trovare attuazione anche con riguardo alle regole – processuali o procedurali – che di tale diritto comunitario possono impedire una piena applicazione.

In osservanza del principio generale di effettività del diritto comunitario, più volte affermato dalla Corte di giustizia europea¹⁸, al fine di dare piena esecuzione alla Decisione di recupero, l'Italia si era dotata di specifici strumenti normativi. Infatti, con il d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 – Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali – erano state definite le modalità di recupero degli aiuti in esame dopo che la l. n. 65/2005 era stata ritenuta insufficiente a ottemperare alle decisioni della Commissione europea¹⁹. Alla luce degli obblighi derivanti dalla norma n. 10/07 l'Agenzia delle Entrate ha potuto procedere al recupero delle agevolazioni con esclusione solo degli aiuti *de minimis*, con una Co-

municazione-Ingiunzione. La previsione contenuta nella legge n. 10/07, pur prevedendo una tutela cautelare analoga a quella poi successivamente prevista dall'articolo 47-*bis*, si applicava al solo recupero delle agevolazioni fiscali concesse in favore delle società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria, dichiarate illegittime dalla Commissione con Decisione n. 2003/193/CE del 5 giugno 2002. Per questa ragione, l'esigenza di introdurre nel sistema legislativo italiano una tutela cautelare "generale" per gli aiuti di Stato ha comportato l'abrogazione dell'art. 1 comma 2, ult. per. d.l. n. 10/07 disposta con l'art. 2 d.l. n. 59/08. Per quanto riguarda il citato d.l. n. 59/08 in forza del quale, in caso di sospensione fondata su motivi attinenti all'illegittimità della Decisione di recupero, il giudice deve, in via di principio, provvedere all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia, la Commissione ha ritenuto che tale normativa nazionale non sembra aver avuto grande effetto sulla pratica procedurale dei giudici nazionali. Infatti, ha sottolineato la Commissione, oltre quattro anni dopo l'adozione della Decisione n. 2006/261, le autorità italiane hanno recuperato solo il 25,91% degli aiuti per i quali è stata inviata un'ingiunzione di pagamento. Pertanto, successivamente all'entrata in vigore del predetto provvedimento legislativo, con la Decisione n. C(2010)2702 del 5 maggio 2010, la Commissione europea ha invitato le Autorità italiane, ai sensi dell'art. 260 TFUE a presentare ulteriori osservazioni in merito allo stato di avanzamento dei recuperi. In esito a tali osservazioni, pur registrando il recupero del 90% degli aiuti, la stessa Commissione, in data 28 ottobre 2010, ha deferito nuovamente l'Italia alla Corte di giustizia per non aver eseguito la Sentenza della Corte di giusti-

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 18 luglio 2007 causa C-119/05, *Lucchini*; Corte di Giustizia, 3 settembre 2009, in causa C-2/08, *Olimpiclub*.

¹⁷ Cfr. anche le decisioni 27 aprile 2012, nn. 6546, 6538, 6539, 6540, 6541, 6542, 6543, 6544, 6545.

¹⁸ Cfr. sentenze della Corte di giustizia 12 maggio 2005, C-415/03, *Commissione/Grecia*; 26 giugno 2003, C-404/00, *Commissione/Spagna*; 12

dicembre 2002, *Commissione/Germania*; 5 ottobre 2006, C-232/05, *Commissione/Francia*; sentenza del 14 febbraio 2008, *Commissione/Grecia*, C-419/06.

¹⁹ Il caso in esame rappresenta uno degli ultimi in cui l'Italia si è dotata di una norma ad hoc per attuare il recupero. Superata la necessità di individuare i singoli beneficiari, la decisione comunitaria è immediatamente applicata.

zia del 1° giugno 2006, *ex art.* 260 par. 2 del TFUE. Con tale nuovo deferimento, la Commissione ha deciso di chiedere alla Corte di imporre all'Italia il pagamento di una penalità di mora di 65.280 euro per giorno di ritardo successivo alla seconda sentenza della Corte fino al giorno della regolarizzazione dell'infrazione e di una sanzione forfetaria di 7.140 euro al giorno per il periodo intercorso tra la sentenza della Corte del 2006 e la seconda sentenza della Corte. Con le recenti sentenze della Corte di Cassazione con le quali, come precedentemente osservato, è stato stabilito che il recupero in esame è obbligatorio, ed in considerazione degli ulteriori progressi registrati nell'attività di recupero stesso²⁰, la circostanza del deferimento alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 220 TFUE potrebbe offrire spunti per una considerazione critica dell'affermazione dogmatica del principio di ripristino integrale delle condizioni di mercato esistenti prima dell'erogazione dell'aiuto, attraverso il recupero del 100% del beneficio illegittimo.

2. *Aiuto di Stato C8/2004 - "Neoquotate"*. – La Commissione europea, con la Dec. n. 2006/261/CE, ha deciso che il regime italiano che riduce l'aliquota nominale e l'aliquota effettiva dell'imposta sul

²⁰ La procedura di recupero ha fatto registrare una restituzione della quasi totalità delle somme illegittimamente fruite dai beneficiari.

²¹ L'Italia aveva istituito uno speciale regime fiscale destinato a concedere una riduzione (del 13%) per tre anni dell'aliquota dell'imposta sui redditi delle società a favore delle società ammesse alla quotazione in un mercato regolamentato nel corso del 2004, più la deduzione per un anno dall'imponibile delle società stesse di un importo corrispondente alle spese sostenute per ottenere l'ammissione alla quotazione. Benché ne potessero formalmente usufruire tutte le imprese che ottenessero l'ammissione alla quotazione in una qualsiasi borsa valori dell'UE, il regime è apparso alla Commissione come una potenziale sovvenzione occulta a favore delle società in grado di farsi ammettere alla quotazione nel breve arco di tempo previsto. Da un'indagine approfondita della Commissione è emerso che nel 2004 sono state ammesse alla quotazione in Italia solo dieci società, ognuna delle quali avrebbe potenzialmente potuto beneficiare di una riduzione delle imposte per un totale di svariati milioni di euro. Dopo aver esaminato le osservazioni dell'Italia e i commenti ricevuti da terzi, la Commissione ha

reddito delle società che sono state ammesse alla quotazione in un mercato regolamentato dell'UE nel 2004²¹ viola le regole del TFUE in materia di aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE. Questa Decisione è stata presa dopo un'indagine approfondita avviata nel febbraio 2004. Tale regime falserebbe la concorrenza in quanto si applica ad un numero limitato di società – quelle in grado di farsi ammettere alla quotazione nell'arco del breve periodo di tempo – previsto dalla legge che l'ha istituito e costituisce un aiuto al funzionamento a favore di alcune delle imprese italiane a più rapida crescita. L'aiuto è stato eseguito senza la previa autorizzazione della Commissione e deve essere quindi rimborsato dai beneficiari. Dopo tre anni dalla Decisione con cui imponeva il recupero, il 18 agosto 2009 la Commissione europea ha presentato ricorso alla Corte di Giustizia Ue, diretto a far constatare che l'Italia, non avendo preso nei termini stabiliti tutti i provvedimenti necessari a "sopprimere" il regime di aiuti giudicato illegittimo ed incompatibile con il mercato interno, è venuta meno agli obblighi imposti dalla Dec. n. 2006/261/CE. I ritardi nelle procedure di recupero, anche in questo caso sono da attribuire ai provvedimenti di sospensione del recupero riconosciute dalle Commissioni tributarie

concluso che il regime costituisce un aiuto di Stato selettivo in quanto consente unicamente alle società ammesse alla quotazione durante il 2004 di fruire di una riduzione dell'imposta. L'aiuto è proporzionale agli utili realizzati dai beneficiari nel periodo ed equivale perciò ad un aiuto al funzionamento, un tipo di aiuto che è vietato. Inoltre, poiché l'aiuto è concesso mediante il sistema tributario nazionale, sono di fatto favorite le imprese registrate in Italia. Il fatto che dell'agevolazione fiscale potessero beneficiare solo le società che si facevano ammettere alla quotazione in borsa si traduceva in un aiuto occulto a favore di alcune delle imprese con il tasso di crescita più alto nell'economia italiana ed aveva quindi effetti pregiudizievoli sugli scambi e sulla concorrenza all'interno della Comunità. La Commissione ha rilevato che l'aiuto non era neppure destinato a finanziare investimenti ammessi a beneficiare di un sostegno nel quadro delle regole sugli aiuti di Stato e doveva quindi essere considerato incompatibile con il mercato comune. Poiché ha dato esecuzione all'aiuto senza la previa autorizzazione della Commissione, l'Italia deve recuperare gli aiuti illegittimamente fruiti dai beneficiari.

competenti ad alcune società beneficiare. La Causa C-304/09, sollevata dalla Commissione europea contro l'Italia, è stata discussa il 29 settembre 2010. Con sentenza del 22 dicembre 2010, la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha ritenuto che la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi di recupero imposti dalla citata Dec. n. 2006/261/CE e che la sospensione di imposta disposta da una Commissione tributaria regionale di Bologna a favore di una delle società beneficiarie ha violato le norme comunitarie sul recupero degli aiuti di Stato. Con la revoca del provvedimento di sospensione del recupero è stato possibile procedere al completamento del recupero.

3. *Recupero dell'aiuto di Stato C-57/2003 - Agevolazioni per gli investimenti effettuati in comuni colpiti da eventi calamitosi.* – 'aiuto è stato dichiarato illegittimo dalla Commissione europea con la Dec. n. 2005/315/CE del 20 ottobre 2004, e l'Italia è stata obbligata a recuperare i relativi benefici concessi. Con l'art. 24 l. 25 gennaio 2006, n. 29 – legge comunitaria 2005, è stato disposto il recupero degli aiuti dichiarati illegittimi. In data 29 luglio 2009 la Commissione europea ha presentato un ricorso alla Corte di Giustizia Ue interno, è venuta meno agli obblighi imposti dalla Dec. n. 2005/315/CE. Gli argomenti principali addotti dalle autorità italiane per giustificare i ritardi nella esecuzione del recupero hanno riguardato, oltre che l'idoneità delle procedure adottate a garantire il recupero dell'aiuto e assenza di ritardo nell'azione amministrativa, la complessità dell'esecuzione della Decisione e, soprattutto la legittimità degli ordini di sospensione dei giudizi pendenti innanzi alle autorità giudiziarie nazionali nei con-

fronti dei beneficiari illegittimi. La Commissione ha costantemente monitorato l'andamento del recupero, chiedendo, tra l'altro, anche informazioni circa l'applicazione delle disposizioni previste dal Reg. *de minimis* nei confronti di un certo numero di beneficiari nonché notizie relative alla verifica dello stato di insolvenza per altre società considerate come "evasori fiscali"²². L'individuazione all'interno della categoria dei beneficiari illegittimi perché fruitori di un aiuto incompatibile, di una seconda categoria di beneficiari che non presentavano i requisiti per accedere alle agevolazioni, considerati a loro volta come evasori fiscali, presenta interessanti spunti di riflessione in ordine al tipo di procedura che l'Agenzia delle Entrate deve applicare per effettuare il recupero di somme che potrebbero essere considerate ricadenti al di fuori dalla Decisione di compatibilità della Commissione. Il contrasto deriverebbe dalla necessità di recuperare l'intero aiuto nei tempi rapidi previsti dal diritto comunitario contrapposta alle possibilità per i cosiddetti "evasori fiscali" di vedersi applicate le procedure previste dalla normativa italiana che consentono la rateizzazione dei pagamenti. Al riguardo l'applicazione nei confronti dei beneficiari appartenenti alla categoria degli "evasori fiscali" dell'istituto della definizione agevolata delle liti fiscali pendenti previsto dall'art. 39 comma 12, del d.l. n. 98/11 potrebbe porsi in contrasto sia con i principi del diritto comunitario che con la normativa nazionale poiché lo stesso d.l. n. 98/11 prevede l'inapplicabilità di tale istituto alle procedure di recupero degli aiuti di Stato.

4. *Recupero dell'aiuto di Stato CR12/2004 - Incentivi fiscali in favore di società*

²² Al riguardo, nella causa C-303/09, la Repubblica italiana asserisce che l'obbligo di recupero previsto dalla decisione 2005/315 non sussiste nei confronti dei beneficiari che hanno ottenuto l'aiuto in violazione delle condizioni stabilite dalla normativa nazionale, giacché la loro situazione rientrerebbe piuttosto nel contesto dell'evasione fiscale e che, in tal caso, l'obbligo di recuperare gli aiuti illegali non poteva trovare applicazione. Sotto tale aspetto, la si Corte di Giustizia osserva che la questione di determinare se il beneficio concesso alle imprese interessate fosse

conforme alla normativa interna ovvero se, al contrario, costituisse un'ipotesi di evasione o di frode fiscale è priva di incidenza sull'obbligo dello Stato membro in questione di recuperare gli aiuti entro i termini impartiti (sentenza 5 maggio 2011, causa *Commissione/Italia*, cit., punto 42). Eventuali difficoltà legate alla necessità di verificare le dichiarazioni fiscali, nell'ambito delle apposite procedure nazionali, non possono di per sé giustificare, come emerge dai punti 34 e 38 della stessa sentenza, la mancata esecuzione della decisione 2005/315 entro i termini stabiliti.

partecipanti ad esposizioni all'estero. – Il 14 dicembre 2004 la Commissione ha dichiarato incompatibile con le norme europee in materia di aiuti di Stato un regime di aiuti adottato dall'Italia sotto forma di incentivi fiscali diretti a favore di imprese partecipanti ad esposizioni all'estero e ha invitato l'Italia a recuperare tali aiuti illegali e incompatibili dai beneficiari. Le autorità italiane hanno trasmesso ingiunzioni di recupero ai beneficiari individuati e gli aiuti sono stati parzialmente rimborsati. Tutte le ingiunzioni di pagamento pendenti sono state però impugnate e in parecchi casi i giudici nazionali hanno deciso di sospendere l'esecuzione. In questo contesto la Commissione ha concluso che le misure adottate dalle autorità italiane non sono state abbastanza efficaci per garantire l'osservanza della Decisione negativa emessa nella fattispecie²³. Anche in questo caso, quindi, la sospensione dell'esecuzione de-

gli ordini di pagamento da parte dei giudici nazionali è stata riconosciuta dalla Commissione come principale causa di ritardo dei recuperi stessi. L'esecuzione della procedura di recupero ha dato luogo a un lungo contenzioso con la Commissione oltre che con i soggetti che hanno ottenuto la sospensione degli ordini di pagamento. Con la Sent. 5 maggio 2011, la Corte di giustizia Ue ha condannato l'Italia per l'inadempimento degli obblighi stabiliti con la Dec. della Commissione europea n. 2005/919²⁴.

MARIA DI MEGLIO

Bibliografia

C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012; M. INGROSSO e G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009; L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005.

²³ L'aiuto è stato dichiarato illegittimo dalla Commissione Europea con la decisione 2004/4746/CE per cui l'Italia è stata obbligata a recuperare i benefici concessi. Con l'art. 15 l. 25 gennaio 2006, n. 29 (legge comunitaria 2005), è stato disposto il recupero degli aiuti dichiarati illegittimi. In data 29 luglio 2009 la Commissione Europea ha presentato un ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, diretto a far constatare che l'Italia, non avendo preso nei termini

stabiliti, tutti i provvedimenti necessari a sopprimere il regime di aiuti giudicato illegittimo ed incompatibile con il mercato comune, è venuta meno agli obblighi imposti dalla Decisione 2004/4746/CE.

²⁴ L'obbligo di recuperare l'intero ammontare degli aiuti illegittimi trova un suo limite solo in presenza di beneficiari falliti nei confronti dei quali non è possibile chiedere il rimborso delle somme erogate.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La riforma della l. 234/2012 con riferimento agli aiuti di Stato

Sommario: I. LE LINEE DELL'INTERVENTO NORMATIVO. – II. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.

I. LE LINEE DELL'INTERVENTO NORMATIVO

La nuova legge sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea¹ dedica un intero capo, l'ottavo, agli aiuti di Stato.

Il complesso delle disposizioni che ne fanno parte rappresenta il primo tentativo di introduzione di un quadro normativo organico della materia, sin qui oggetto di interventi episodici e settoriali o di norme specifiche, relative a singole decisioni di recupero della Commissione europea².

L'intervento normativo si muove lungo linee che, in parte, confermano le prassi affermatesi in passato, recependo così anche le acquisizioni della giurisprudenza nazionale, in altra parte, propongono soluzioni decisamente innovative.

È confermato il ruolo di coordinamento del Dipartimento per le politiche europee nella definizione della posizione italiana nei confronti dell'Unione europea, il cui esercizio è agevolato da un sistema di comunicazioni tra il Diparti-

mento e le Amministrazioni di volta in volta interessate (artt. 44 e 45).

Viene riproposto, in una versione più ampia, il contenuto dell'articolo 16-*bis*, comma 11, legge n. 11 del 2005³, che già aveva recepito la giurisprudenza *Deggendorf*⁴, relativamente al divieto di beneficiare di aiuti di Stato per coloro che abbiano ricevuto, e successivamente non restituito, aiuti oggetto di una decisione di recupero. Poiché la Commissione europea ormai subordina l'autorizzazione alla concessione di nuovi aiuti all'impegno, da parte degli Stati membri, di verificare che i destinatari non siano obbligati a restituire aiuti dichiarati incompatibili, la nuova legge pone in capo alle amministrazioni che intendono concedere aiuti l'obbligo di effettuare detta verifica (art. 46).

Si introducono, all'art. 47, disposizioni in tema di aiuti pubblici conseguenti a calamità naturali o altri eventi eccezionali, erogati in favore di soggetti che esercitano un'attività economica, per la prima volta indicando in quale misura – nei limiti del 100% del danno effettivamente subito – e a quali condizioni essi potranno essere concessi. Il meccanismo che si è immaginato prevede, in particolare, l'adozione di un regolamento che, previa autorizzazione della Commissione europea ai

¹ L. 24 dicembre 2012, n. 234, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 4 gennaio 2013, n. 32, che ha riformato, abrogandola, la l. 4 febbraio 2005, n. 11.

² La legge 4 febbraio 2005, n. 11 (c.d. legge Buttiglione), conteneva una sola disposizione in materia di aiuti di Stato: il comma 11 dell'art. 16-*bis*, introdotto dall'art. 6 l. 25 febbraio 2008 - legge comunitaria 2007, volto ad assicurare l'applicazione della giurisprudenza *Deggendorf* (v. *infra* in questo §).

Un efficace sforzo di disciplina di taluni aspetti processuali delle controversie in materia di recupero, finalizzato a garantire il rispetto da parte dei giudici nazionali dei principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, era contenuto negli articoli 1 e 2 del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito, con mod., dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, relativi, rispettivamente, ai giudizi devoluti alla giurisdizione ordinaria (art. 1, poi trasfuso nell'art. 9 del decreto le-

gislativo 1° settembre 2011, n. 150) e a quelli attribuiti al giudice tributario (art. 2, che ha introdotto l'art. 47-*bis* del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546).

Tra le disposizioni speciali, si possono ricordare i vari interventi legislativi volti a regolare il recupero della componente fiscale degli aiuti concessi alla società c.d. *ex municipalizzate*, di cui alla decisione 2003/913/CE della Commissione europea: l'art. 1 del decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10, convertito, con mod., dalla legge 6 aprile 2007, n. 46 (che si segnala per l'espressa attribuzione, al comma 2, della controversie di recupero alla giurisdizione tributaria); l'art. 24 del decreto-legge 19 novembre 2008, n. 185 (conv., con mod., dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2); l'art. 19 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (conv., con mod., dalla legge 20 novembre 2009, n. 166).

³ Articolo inserito dall'art. 6 l. 25 febbraio 2008, n. 34 - legge comunitaria 2007.

sensi dell'art. 108 § 3 TFUE, consentirà l'automatica erogazione di regimi di aiuti che ne rispettino le condizioni. Benché lo strumento della legge ordinaria sia di per sé inidoneo a vincolare le future iniziative del legislatore nella materia, è auspicabile che la possibilità di usufruire di tale autorizzazione generale costituisca un incentivo a contenere i ristori alle imprese in caso di calamità nei limiti di quanto ammesso dal Trattato⁵. Nel contempo, con riguardo a leggi regionali che dovessero intervenire a concedere aiuti e sovvenzioni di questa natura, la disposizione è suscettibile di agevolare, quale c.d. parametro interposto, lo scrutinio di legittimità costituzionale in relazione al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e alla materia della tutela della concorrenza.

Al fine di porre rimedio alla tradizionale inefficienza delle autorità nazionali nell'attuazione dell'obbligo di recupero degli aiuti illegali, e ai ritardi che ne derivavano, la legge prescrive, all'art. 48, che il ministro competente per materia adotti, entro due mesi dalla notifica della decisione di recupero⁶, un decreto immediatamente esecutivo che – oltre a individuare, ove necessario, i soggetti tenuti alla restituzione – determini gli importi dovuti, le modalità e i termini del pagamento. Le conseguenti attività di riscossione sono affidate *ex lege* alla società Equitalia s.p.a., indipendentemente dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso. Si ha, qui, una prima declinazione del principio della unitarietà della nozione di aiuto di Stato, a prescindere dalla forma della sua concessione: principio, invero,

direttamente desumibile dai Trattati, ma che può dirsi innovativo nel nostro ordinamento, in quanto quasi mai colto, nel passato, dalla prassi e dalla giurisprudenza nazionale (piuttosto incline, per converso, a costruire il procedimento di recupero dell'aiuto di Stato secondo le forme e le modalità che caratterizzavano il procedimento di attribuzione dello stesso)⁷.

Nel caso in cui la concessione dell'aiuto debba farsi risalire a un ente diverso dallo Stato, si stabilisce che il provvedimento di esecuzione sia adottato dalla regione, dalla provincia autonoma o dall'ente territoriale interessato e che la riscossione delle somme competa al concessionario della riscossione delle entrate dell'ente interessato (art. 48): viene così codificata una prassi già precedentemente instauratasi sulla base dei principi generali. Un simile riparto delle competenze era, del resto, desumibile anche dal già citato art. 16-*bis* della «legge Buttiglione» che – con disposizione ora testualmente riprodotta nell'art. 43, comma 1, della legge in esame (salvo gli aggiornamenti resi necessari dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) – stabiliva che «(a)l fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 226 e seguenti del Trattato istitutivo della Comunità europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comu-

⁴ Cfr. C. giust. CE, 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*.

⁵ Le agevolazioni fiscali e contributive concesse dall'Italia in connessione con terremoti o altre calamità naturali a partire dal 2002 sono, come noto, oggetto di un'indagine formale della Commissione europea, nel contesto della quale è stata assunta la decisione di esecuzione n. C(2012) 7128, che ha ordinato di sospendere tutti gli abbattimenti fiscali e contributivi in corso, considerati aiuti di Stato illegali in quanto non effettivamente commisurati al danno subito.

⁶ Termine da considerare necessariamente acceleratorio, essendo, per ragioni intuitive, da escludere che il suo superamento possa determinare l'estinzione del potere/dovere delle autorità

nazionali di dare esecuzione alla decisione di recupero della Commissione europea.

⁷ Così, ad esempio, nella misura in cui si riteneva attribuita la giurisdizione per le controversie insorte in fase di recupero al giudice competente *ratione materiae* in relazione alla forma di concessione dell'aiuto. Con effetti, fortunatamente circoscritti alla giurisprudenza di merito, spesso del tutto eccentrici rispetto a pacifici *acquis* della giurisprudenza comunitaria: ad esempio, il ritenere applicabili alla pretesa di recupero di aiuti concessi sotto forma di sgravi fiscali o contributivi i brevi termini di decadenza cui soggiace la riscossione delle imposte o dei contributi previdenziali non versati o il considerare l'azione di recupero preclusa da condoni c.d. tombali.

nitaria. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'articolo 228, paragrafo 1, del citato Trattato». Naturalmente, il riparto di competenze ha rilievo puramente interno e non elide la responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea per mancato recupero. Non a caso, la l. 234/2012, sempre al citato art. 43, conferma, anche con evidenti finalità di deterrenza, lo strumento della rivalsa nei confronti delle regioni e degli enti locali cui sia imputabile la violazione sanzionata.

Si assiste, dunque, con l'art. 48 della legge in esame, allo sforzo di ricondurre a sistema e procedimentalizzare le attività di esecuzione delle decisioni di recupero, sino a oggi rimesse – salvo il caso, già ricordato, dei provvedimenti legislativi *ad hoc* – a decisioni amministrative assunte sulla base di un riparto di competenze e di procedure ricavati da norme o principi generali, che avevano quale unico parametro di riferimento i regolamenti comunitari e le decisioni della Commissione europea da attuare. L'esigenza di regolamentare il procedimento era (ed è) particolarmente avvertita soprattutto nel caso di aiuti concessi in forma di regime, il cui recupero presuppone un'attività di "individualizzazione" della decisione di recupero della Commissione europea: attività che ha contenuto indubbiamente provvedimento, non risolvendosi nella mera

identificazione dei soggetti beneficiari e nel calcolo dell'ammontare dell'aiuto. L'esecuzione di una decisione che dichiara l'illegalità di un regime di sovvenzioni postula, infatti, un successivo riscontro, caso per caso, della ricorrenza in capo ai singoli beneficiari di tutti i requisiti essenziali dell'aiuto di Stato, ivi incluso il fatto che l'aiuto determini un pregiudizio, attuale o potenziale, alla concorrenza e agli scambi fra Stati membri.

In questo contesto, di particolare interesse è un altro intervento legislativo, pressoché coevo a quello qui in esame, nel quale si fa un riferimento specifico alla possibile collaborazione alla detta fase da parte dell'AGCM, nell'esercizio delle funzioni consultive ad essa attribuite dall'art. 22 l. 287/1990⁸. Questo dato di diritto positivo, se da un lato ha il pregio di mettere in luce, nel campo degli aiuti di Stato, le potenzialità di un modello di collaborazione tra soggetti pubblici già sperimentato in altri settori, dall'altro lato contribuisce ad avvalorare la scelta legislativa di attribuire alla competenza per giurisdizione del giudice amministrativo le controversie insorte in fase di recupero: scelta che sembra potersi giustificare non solo in quanto ciò che diviene oggetto di scrutinio giurisdizionale non è una mera pretesa creditoria, bensì un'attività funzionalizzata al perseguimento di interesse pubblico (il ripristino delle condizioni di corretta concorrenza), ma anche perché questa si estrinseca in massima parte in

⁸ Cfr. legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013), art. 1, commi da 351 a 356. Tali disposizioni si occupano dell'annosa vicenda del recupero degli aiuti di Stato concessi dal 1995 al 1997, sotto forma di sgravi contributivi, alle imprese operanti nei territori di Venezia e Chioggia (decisione n. 2000/394/CE della Commissione europea). Esse sono volte a dare applicazione alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 6 ottobre 2011, causa C-302/09, *Commissione/Italia*, che al punto 52 afferma che, al fine di dare esecuzione alla decisione di recupero della Commissione, «spettava alla Repubblica italiana verificare la posizione individuale di ogni impresa interessata da un'operazione di recupero. In particolare, le autorità nazionali avevano l'obbligo di esaminare, in ciascun caso individuale, se i benefici concessi fossero in grado di falsare la concorrenza e incidere sugli scambi intracomunitari». Analoghe affermazioni si rinvencono nella sentenza 9 giugno 2011, causa C-71/09, *Comitato "Ve-*

nezia vuole vivere" e a./Commissione, punti 63, 64 e 121, resa a seguito dell'impugnazione della medesima decisione della Commissione europea da parte di alcuni dei beneficiari. Le disposizioni in rassegna demandano, quindi, all'autorità amministrativa competente per il recupero – nella fattispecie l'INPS – di adottare i provvedimenti di recupero nei soli confronti delle imprese beneficiarie per le quali la concessione dello sgravio sia stata, appunto, in concreto idonea a falsare o a minacciare la concorrenza e a incidere sugli scambi tra gli Stati membri. Di qui – trattandosi, nella sostanza, dell'identificazione del mercato rilevante in cui opera l'impresa e della valutazione della capacità di incisione della misura in tale mercato – il coinvolgimento dell'Autorità *antitrust*, cui l'art. 22 l. 287 del 1990 consente di rendere pareri «sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato», a richiesta di amministrazioni o enti pubblici.

provvedimenti che presuppongono valutazioni di mercato complesse, che trovano nel giudice amministrativo – ormai vero e proprio “giudice della concorrenza” – la naturale sede di contestazione.

Altro profilo rilevante, del quale si occupa la l. 234/2012, è quello del regime di prescrizione del diritto alla restituzione di un aiuto di Stato. L'articolo 51, con formulazione forse non impeccabile, stabilisce che «(i)ndipendentemente dalla forma di concessione dell'aiuto di Stato, il diritto alla restituzione dell'aiuto oggetto di una decisione di recupero sussiste fino a che vige l'obbligo di recupero ai sensi del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999».

Quello che la legge vuol dire è che la prescrizione della pretesa nazionale di recupero è collegata al decorso del c.d. “periodo limite” di efficacia del diritto/obbligo di recupero da parte della Commissione e risente delle cause di sospensione e di interruzione previste dal regolamento comunitario.

Come noto, tale periodo è di dieci anni, a far data dal giorno in cui l'aiuto illegale è stato concesso, è interrotto da qualsiasi azione intrapresa dalla Commis-

sione, ancorché diretta verso lo Stato membro, o dallo Stato membro medesimo nei confronti dell'aiuto illegale ed è sospeso per il tempo in cui la decisione della Commissione è oggetto di un procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia.

Il diritto al recupero riflette l'obbligo dello Stato di esigere dal beneficiario il rimborso integrale dell'aiuto illegale, che trova la sua fonte nell'art. 108 TFUE oltre che nell'articolo 14 del citato Regolamento.

In considerazione della sua matrice sovranazionale, la speciale disciplina contenuta nel Reg. 659/1999, di diretta applicazione, è destinata a prevalere sulla disciplina nazionale in materia di prescrizione, segnatamente l'art. 2946 c.c.⁹ e le altre norme che regolano le cause di interruzione e di sospensione della prescrizione. Ne consegue che il giudice nazionale, in ossequio al principio di primazia del diritto dell'Unione, è tenuto a non applicare le norme interne sulla prescrizione che possano ostacolare l'esecuzione immediata della decisione di recupero della Commissione per cui non sia decorso il periodo limite previsto dall'articolo 15 Reg. (CE) n. 659/1999¹⁰.

⁹ Il principio aveva già trovato applicazione nella giurisprudenza nazionale, sia pure non senza oscillazioni: cfr. Cass., 19 novembre 2010, n. 23418: «In tema di recupero di aiuti di Stato, la normativa nazionale sulla prescrizione deve essere disapplicata per contrasto con il principio di effettività proprio del diritto comunitario, qualora tale normativa impedisca il recupero di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con decisione della Commissione europea divenuta definitiva»; conf. Cass., 29 dicembre 2010, n. 26286; *contra* Cass., 12 settembre 2012, n. 15207: «In tema di recupero di aiuti di Stato, l'azione di recupero è soggetta al termine ordinario di prescrizione stabilito dall'art. 2946 c.c., in quanto idoneo a garantire sia l'interesse pubblico di assicurare l'effettività del diritto comunitario mediante il ripristino dello *status quo ante* alla violazione della concorrenza, sia l'interesse privato ad evitare l'esposizione ad iniziative senza limiti di tempo, non essendo invece applicabile il termine di cui all'art. 15 del Regolamento Cee del Consiglio 22 marzo 1999 n. 659, il quale si riferisce esclusivamente ai rapporti tra Commissione e Stato membro. Ne consegue che il momento di inizio del termine di decorrenza della prescrizione va individuato non nella data della fruizione dell'aiuto, ma in quella della notifica della decisione della Commissione allo Stato membro, essendo solo da quel

momento l'aiuto erogato qualificabile come illegale».

¹⁰ A soluzione analoga a quella prevista dalla legge poteva pervenirsi, a parere di chi scrive, anche sulla base del mero diritto interno, valorizzando l'art. 2934, comma 2, c. c. A ben vedere, infatti, il “diritto” al recupero dell'aiuto non è altro che il riflesso di un obbligo posto dall'ordinamento europeo, del quale l'esercizio della pretesa creditoria costituisce attuazione, il che consente di escludere, anche per ragioni indipendenti dalla primazia del diritto dell'Unione europea, l'applicabilità di termini di prescrizione o decadenza non previsti dal diritto europeo, o diversi da quelli da esso previsti: le cause di estinzione dell'obbligo vanno, evidentemente, rinvenute nell'ordinamento nel quale esso ha fonte. Non sembra, pertanto, che il singolo Stato membro possa invocare la propria inerzia e l'applicazione di termini di diritto interno per sottrarsi all'obbligo in questione, la cui causa giustificatrice è il ripristino della concorrenza: l'attuazione dell'obbligo postula necessariamente la sottrazione all'impresa del beneficio economico distorsivo, di guisa che è da escludere, nel caso dell'inadempimento definitivo, una soddisfazione per equivalente attraverso regole risarcitorie che implichino la responsabilità dello Stato medesimo. Il “diritto” al recupero, in altre parole, costituisce mero strumento di ri-

II. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Trattazione a parte merita l'art. 49 l. 234/2012, che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un duplice ambito di controversie: da un lato, quelle relative agli atti e ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE; dall'altro, quelle aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso (controversie, queste ultime, cui viene estesa l'applicazione del rito del giudizio c.d. abbreviato di cui all'articolo 119 c.p.a.).

Si tratta di due ipotesi nettamente distinte – forse impropriamente riunite dal legislatore in un'unica nuova lettera dell'art. 133, comma 1 c.p.a. – che richiedono di essere analizzate separatamente.

La giurisdizione esclusiva sulle «controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» si riferisce, genericamente, a tutti i giudizi in cui venga in questione in via principale l'illegittimità dell'atto in relazione al richiamato parametro di diritto primario dell'Unione europea. Oggetto del giudizio deve, dunque, essere la contestazione della legittimità di un atto o di un provvedimento che attribuisce benefici i quali rientrano nella nozione di aiuto di Stato, in ragione della violazione della citata norma del Trattato, la quale si verifica nel

caso in cui la misura non sia stata notificata alla Commissione ovvero nel caso in cui sia stato violato l'obbligo di *stand still* che si costituisce per effetto della notifica¹¹. La giurisdizione esclusiva, pertanto, non sembra potersi estendere alle controversie nelle quali il giudice sia chiamato a valutare solo incidentalmente la sussistenza di tale violazione ovvero nelle quali la questione della possibile violazione sia agitata in via di eccezione dalla parte resistente (si pensi all'ipotesi, non infrequente, di una pretesa relativa a taluni benefici, cui la parte resistente oppone che la loro concessione integrerebbe un aiuto di Stato illegale: in tal caso non viene in questione in via principale la legittimità dell'atto in relazione all'art. 108 § 3 TFUE, ma il giudice è chiamato esclusivamente a tenere conto, ai fini dell'applicazione del diritto nazionale, dei principi dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e/o della disapplicazione delle norme interne ad esso contrarie).

Così ricostruito, in prima approssimazione, il perimetro della nuova fattispecie di giurisdizione esclusiva – fattispecie la cui introduzione si deve ai lavori parlamentari e può apparire a prima vista ultronea, trattandosi di casi che sarebbero naturalmente attribuiti alla giurisdizione generale di legittimità¹² – essa viene, in sostanza, a coincidere con l'ambito del *private enforcement* delle norme sugli aiuti di Stato che, come noto, costituisce la più recente frontiera del contrasto a tali forme di distorsione della concorrenza¹³.

pristino della concorrenza: interesse che viene attuato con l'attribuzione allo Stato di una pretesa che si colloca al di fuori del diritto interno delle obbligazioni, perché essa non corrisponde ad un interesse del creditore (art. 1172 cod. civ.) – che non può, dunque, disporre – ma ad un obbligo che, nell'ordinamento europeo, resta vigente anche dopo il decorso del termine interno di decadenza o di prescrizione. Di qui, a giudizio di chi scrive, le condizioni per l'applicazione dell'art. 2934, comma 2, c.c., secondo il quale non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili. Tale conclusione non è suscettibile di pregiudicare definitivamente l'interesse alla certezza dei rapporti giuridici, perché il diritto resterebbe comunque soggetto alle cause di estinzione stabilite nelle fonti comunitarie, le quali pure prendono in considerazione il decorso del tempo e l'inerzia del

soggetto legittimato (per tale intendendosi, tuttavia, la Commissione europea).

¹¹ Non rientrano, quindi, nell'ambito della giurisdizione esclusiva le azioni con le quali si contesti che l'aiuto sia stato illegittimamente ritenuto compatibile e, dunque, autorizzato dalla Commissione europea: in questi casi, non avendo l'art. 107 TFUE effetto diretto, l'impugnazione dinanzi al giudice nazionale può costituire unicamente il veicolo per consentire che sia sollevata una questione pregiudiziale di validità della decisione della Commissione europea, di competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹² Con la significativa eccezione del caso in cui l'aiuto sia concesso sotto forma di esenzione o agevolazione fiscale.

¹³ Al *private enforcement* è dedicata ampia parte della Comunicazione della Commissione

A tali controversie si riferisce anche l'art. 50 della legge: norma che, come chiarisce anche la relazione illustrativa al disegno di legge governativo, ha scarsa portata innovativa sul piano sostanziale, verosimilmente assolvendo a una funzione "pedagogica", tesa a rendere effettiva la collaborazione dei giudizi nazionali nel controllo sugli aiuti illegali sulla quale spesso si sofferma la Commissione europea nelle proprie comunicazioni¹⁴.

Nel novero delle controversie considerate dall'art. 50 rientrano, dunque, certamente quelle instaurate dai concorrenti del beneficiario nei confronti delle autorità pubbliche che abbiano erogato gli aiuti – o che stiano per erogarli – in violazione dell'obbligo di previa notifica o dell'obbligo di *stand still*. Per le ragioni sopra illustrate, alla condizione che la pretesa sia esercitata nei confronti della pubblica amministrazione che ha concesso l'aiuto, o del soggetto ad essa equiparato, il giudice amministrativo può conoscere di tali controversie anche a fini risarcitori, ai sensi dell'art. 30, comma 2 c.p.a., con cognizione estesa alla eventuale lesione di diritti soggettivi¹⁵.

Oggetto dell'impugnativa sarà, di regola, il provvedimento amministrativo che ha concesso un aiuto di Stato indivi-

europa relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (COM 2009/C 85/01), pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C-85 del 9 aprile 2009, che sostituisce la precedente Comunicazione della Commissione n. 95/C 312/07 relativa alla cooperazione fra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato.

¹⁴ Nella giurisprudenza nazionale già si rinvenivano esempi nei quali è stata ritenuta ammissibile l'impugnazione, da parte di un concorrente, di una misura di concessione di aiuto di Stato ad un'impresa: cfr. T.A.R. Lombardia, 6129/2008.

¹⁵ La giurisdizione del g.a. non dovrebbe, invece, sussistere nel caso – ammesso di poterne ipotizzare la verifica – di una controversia tra imprese nelle quali l'una avanzi pretese risarcitorie fondate sulla fruizione di un aiuto di Stato illegale da parte dell'altra: in tal caso, invero, la cognizione circa l'esistenza dell'aiuto illegale è meramente incidentale, essendo oggetto di delibazione principale una condotta imprenditoriale che, in tesi, si assume colposamente illecita ai sensi dell'art. 2598, comma 1, n. 3) c.c. Al riguardo, è noto che, in base a una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia UE, sia pure riferita alla contestazione della decisione di recu-

duale e, nei limiti e con le forme in cui è ammessa la relativa contestazione, la legge-provvedimento che disponga in tal senso.

Più problematica è l'individuazione di forme di tutela nei confronti di misure legislative che istituiscano aiuti in forma di regime: in tali casi, dirigendosi la contestazione nei confronti di una legge, sembra preclusa l'attivazione diretta dello strumento demolitorio. Resta da interrogarsi, tuttavia, sulla possibilità di attivare rimedi alternativi di contenuto restitutorio e/o risarcitorio.

La questione interseca quella, forse ancora più delicata, della legittimazione ad agire, che la legge in commento, all'art. 50, non risolve, rimettendone interamente la definizione all'interprete.

Nessun dubbio può sussistere sulla legittimazione del concorrente che fa valere l'interesse al corretto svolgersi della concorrenza. Secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, essa discende dall'effetto diretto dell'articolo 108 § 3, ultimo periodo, TFUE¹⁶.

La questione che si pone è se occorre ammettere casi di legittimazione ulteriore, riconoscendo il diritto alla contestazione in capo a soggetti diversi dal con-

pero, il beneficiario non può invocare il legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto e ciò perché, se avesse fatto uso dell'ordinaria diligenza, sarebbe stato certamente in grado di accertarsi se l'aiuto riscosso era stato o meno notificato (cfr. *ex plurimis*, sentenza del 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, punto 14). Nella sentenza 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, la Corte ha affermato che il Trattato non impone al beneficiario dell'aiuto alcun obbligo specifico, in quanto l'obbligo di notifica e il divieto di attuazione immediata della misura hanno come destinatario lo Stato membro, con la conseguenza che l'eventuale responsabilità del beneficiario non può trovare fondamento giuridico nel diritto dell'Unione europea; tuttavia, secondo la Corte, tale comportamento potrebbe dar luogo a responsabilità extracontrattuale in base al diritto nazionale.

¹⁶ L'effetto diretto è stato riconosciuto dalla C. giust. UE fin dalla sentenza *Costa c. Enel*, del 15 luglio 1964, causa C-6/64 e poi ripetutamente affermato (*ex plurimis*, C. giust. CE, 11 dicembre 1973, causa C-120/73, *Lorenz c. Repubblica Federale Tedesca*; C. giust. CE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e a.*).

corrente, che assumano di aver risentito di una lesione per effetto della concessione di un aiuto di Stato illegale: si pensi, ad esempio, ai consumatori che lamentino che un'agevolazione tariffaria in materia elettrica ad imprese, costituente aiuto di Stato illegale, sia finanziata attraverso un aumento della bolletta elettrica, attuato mediante l'istituzione di una specifica voce della tariffa destinata a coprire il minor introito cagionato dall'agevolazione.

Il punto è, comprensibilmente, di particolare interesse della Commissione europea, che, nella Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali¹⁷, fa leva sul principio di effettività, che è parte del diritto dell'Unione europea, per ricordare che «(l)e norme nazionali non possono quindi limitare la legittimazione ad agire soltanto ai concorrenti del beneficiario. I terzi che non sono lesi dalla distorsione di concorrenza derivante dalla misura di aiuto possono del pari avere un sufficiente interesse giuridico di differente carattere (come è stato riconosciuto in casi fiscali) ad adire un giudice nazionale».

Quando ciò si verifichi – quando cioè sussista un interesse alla domanda sufficientemente differenziato, che legittimi la contestazione giudiziale – e quali siano i rimedi disponibili è questione che resta aperta. La Corte di giustizia ha in effetti chiarito, come ricorda la Commissione europea nella citata Comunicazione, che una simile legittimazione va riconosciuta nei casi in cui la misura di aiuto sia stata finanziata mediante una entrata (tassa, contributo parafiscale, ecc.) e questa rappresenti, quindi, «parte integrante della

misura di aiuto»¹⁸: in altre parole, quando il gettito della nuova o maggiore entrata viene necessariamente destinato al finanziamento dell'aiuto di Stato illegale e influenza direttamente l'entità di tale aiuto¹⁹.

Meno incontrovertito è che, in forza del diritto dell'Unione Europea, la tutela debba necessariamente comprendere, come afferma la Commissione europea al punto 74 della più volte citata Comunicazione, l'applicazione, anche officiosa, della c.d. "clausola di sospensione" che discende dall'art. 108 § 3 TFUE.

Il punto va, come di consueto, risolto sulla base dei principi di effettività e di equivalenza²⁰ e, alla luce di quest'ultimo principio, che si limita ad imporre al giudice di trattare la situazione giuridica soggettiva di derivazione comunitaria alla stessa stregua di una paragonabile situazione di matrice interna, sembrano in linea di massima da escludere, sulla base dei principi che regolano il nostro processo, pronunce di sospensione della misura impugnata che trascendano l'interesse, individuale o collettivo, dedotto in giudizio.

Da ultimo, occorre rilevare che al medesimo ambito di giurisdizione esclusiva dovrebbero essere attratte le impugnazioni proposte dall'AGCM ai sensi dell'art. 21-*bis* l. 287/1990, nel caso in cui si ammetta che – come ritiene chi scrive, trattandosi della prospettata violazione di norme poste a tutela della concorrenza e del mercato – nel novero degli atti impugnabili dall'Autorità rientrino anche gli atti e i provvedimenti che concedono aiuti di Stato illegali²¹.

La giurisdizione esclusiva sulle «con-

valere ed accertata dai giudici nazionali, deve indurre questi ultimi a trarne tutte le conseguenze, conformemente al loro diritto nazionale».

²¹ Il comma 3 dell'art. 21-*bis* l. 287 del 1990, che richiama la disciplina del Libro IV, Titolo V, del codice del processo amministrativo, è disposizione processuale che non fonda la giurisdizione, ma la presuppone, così non contribuendo a risolvere la questione della natura della giurisdizione esercitata dal giudice amministrativo nei casi di impugnazione da parte dell'Autorità *antitrust* (né, a rigore, a far ritenere necessariamente attribuite a tale giudice la cognizione delle impugnazioni in esame). La questione non è risolta dal successivo art. 33, che visibilmente si riferisce alla tutela giu-

¹⁷ V. nota 11.

¹⁸ Cfr. C. giust. UE, 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster e a.*, punto 52 e 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, punti 16, 19 e 21.

¹⁹ Cfr. sent. *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, cit., punti 16, 19 e 21 e giurisprudenza ivi citata.

²⁰ Al principio di equivalenza allude il punto 17 della citata sent. *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, «(s)petta ai giudici nazionali salvaguardare i diritti dei singoli in caso di eventuale inosservanza, da parte delle autorità nazionali, del divieto di dare esecuzione agli aiuti. Siffatta inosservanza, dedotta dai singoli che possono farla

troverse aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» è certamente uno dei punti di maggiore innovazione della l. 234/2012.

Si sono già tratteggiate le ragioni che paiono giustificare la devoluzione ad un unico plesso giurisdizionale, individuato nel giudice amministrativo, delle controversie che insorgono in fase di recupero: da un lato, l'accoglimento del principio della unitarietà della nozione di aiuto di Stato, indipendentemente dalle forme giuridiche della sua concessione, risulterebbe incompatibile con l'attribuzione a giudici diversi di controversie che, nella sostanza, hanno il medesimo contenuto; dall'altro lato, si è visto che tra la decisione della Commissione europea, nella quale trova la propria fonte remota l'obbligo di restituzione, e la sua attuazione si inserisce necessariamente un'attività della pubblica amministrazione, che raramente ha contenuto meramente esecutivo e che, comunque, essa compie in veste di pubblica autorità e in vista del soddisfacimento non di una propria pretesa creditoria – pretesa della quale, in effetti, non ha la disponibilità – ma del perseguimento di un interesse pubblico.

La soluzione, che appare dunque giustificata sul piano dei principi costituzionali, è inoltre suscettibile di generare dei “sottoprodotti” positivi, quali la formazione di una giurisprudenza nazionale unitaria nella materia degli aiuti di Stato e, auspicabilmente (grazie, in particolare, alla applicazione del rito del “giudizio abbreviato”), una riduzione dei tempi dei procedimenti di recupero²².

Di contro, si deve rilevare che la scelta operata ha comportato che venissero “sa-

crificate” le significative innovazioni processuali, che avevano dato buona prova nel giudizio tributario e in quello ordinario, introdotte dagli artt. 1 e 2 del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59²³. Peraltro, le finalità cui presiedevano le disposizioni “acceleratorie” contenute nelle norme abrogate sembrano poter essere adeguatamente garantite dall'applicazione del rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a., mentre le altre norme processuali dovrebbero, nella sostanza, continuare in gran parte ad avere applicazione, costituendo declinazione di principi che sono parte del diritto dell'Unione europea, in quanto oggetto di pronunce interpretative della Corte di giustizia dell'Unione europea. Così, ad esempio, è a dirsi della regola secondo la quale la sospensione di un provvedimento di recupero fondata su motivi che attengono alla legittimità della decisione della Commissione europea posta in esecuzione, implicando una valutazione di esclusiva competenza esclusiva della Corte di giustizia²⁴, postula la contestuale sollevazione di fronte ad essa della questione pregiudiziale di validità²⁵. Pari merito applicabile è il corollario che ne deriva, secondo il quale la possibilità di contestare il provvedimento nazionale di recupero per motivi che attengono alla validità della decisione della Commissione europea, presuppone una carenza di legittimazione dell'interessato ad impugnare la decisione medesima dinnanzi agli organi di giustizia comunitaria, ché, altrimenti, si consentirebbe a chi ha fatto inutilmente decorrere il termine di impugnazione dinnanzi all'organo giurisdizionale competente di rimettere in discussione la validità del provvedimento, con pregiudizio del principio di stabilità (la Corte di giustizia UE richiama, al riguardo, il principio dell'autorità della cosa giudicata)²⁶.

risidionale nei confronti degli atti e dei provvedimenti adottati dall'AGCM e non ai casi in cui sia quest'ultima ad agire in giudizio.

²² Non è inutile qui ricordare che l'Italia è tra i pochi Stati membri ad avere subito una condanna pecuniaria, ai sensi dell'art. 260 § 3 TFUE, per intempestiva esecuzione di una decisione di recupero di aiuti di Stato illegali: v. C. giust. UE, 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione/Italia* (caso «contratti di formazione lavoro»).

²³ V. nota a piè di pagina 2. Con previsione forse superflua, l'art. 61 l. 234 del 2012, ai commi 3 e 4, dichiara le previgenti disposizioni processuali applicabili ai giudizi in corso.

²⁴ Cfr. C. giust. CE, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, punto 52.

²⁵ Cfr. Trib. CE, 22 ottobre 1996, causa T-330/94, *Salt Union/Commissione*, punto 39.

²⁶ Cfr. C. giust. UE, 23 febbraio 2006 cause riunite da C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e a.*, punto

Il perimetro della giurisdizione esclusiva qui in esame comprende, in buona sostanza, tutte le controversie promosse dai beneficiari dell'aiuto di Stato per contestare gli atti o i provvedimenti con i quali le autorità danno attuazione alla decisione che accerta l'incompatibilità delle misure di aiuto con il mercato interno. Specularmente, dovrebbero rientrarvi – eventualmente strutturandosi quali azioni contro l'inerzia della pubblica amministrazione – anche le azioni di eventuali concorrenti dei beneficiari che lamentino la mancata o la scorretta esecuzione della decisione di recupero della Commissione.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame dovrebbe, tuttavia, portare a escludere dal novero delle controversie attribuite al giudice amministrativo – pur nell'ampiezza della formulazione legislativa – quelle che riguardano gli atti della esecuzione forzata successivi alla notifica del titolo amministrativo esecutivo: in altre parole, le contestazioni che attengono alle attività rimesse al concessionario della riscossione (si pensi, ad esempio, ad un'opposizione all'esecuzione del terzo proprietario o alle opposizioni agli atti esecutivi).

SERGIO FIORENTINO - DANIELA GOTTUSO

31 e 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione/Francia*, punto 59. Che un soggetto teoricamente interessato a contestare una decisione di recupero della Commissione europea possa essere privo della legittimazione ad impugnarla dinanzi agli organi di giustizia dell'Unione europea, è situazione che può verificarsi nel caso di decisioni che attengono ad aiuti concessi in forma di regime, per i quali l'attualità dell'interesse all'impugnazione può sorgere solo dopo la "individua-

lizzazione" della decisione da parte delle autorità nazionali. L'interesse all'impugnazione immediata sussiste, infatti, solo nel caso in cui la contestazione attenga a questioni che sono pregiudicate dalla decisione della Commissione europea: così non è, ad esempio, nell'ipotesi del soggetto che, pur fruitore di una sovvenzione concessa in forma di regime, affermi, per ragioni individuali, che nel proprio caso non si è verificata alcuna incidenza sugli scambi fra gli Stati membri.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il riparto di giurisdizione per l'applicazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE

Sommario: I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SECONDO LA RIFORMA. – II. LE CONTROVERSIE DEVOLUTE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA. – 1. Le controversie su atti e provvedimenti di recupero, adottati in esecuzione di una decisione della commissione, ai sensi dell'art. 14 Reg. 659/99 – 2. L'oggetto proprio della giurisdizione esclusiva: le situazioni giuridiche configurabili a proposito del recupero. – 3. In particolare, la formula *“a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”*. – 4. Riepilogo: il limite della giurisdizione esclusiva sugli atti di recupero emessi in esecuzione di una decisione della commissione – III. LE CONTROVERSIE RELATIVE AD ATTI E PROVVEDIMENTI DI CONCESSIONE DELL'AUTO, IN VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE. – IV. LA GIURISDIZIONE *“ESCLUSIVA”* E I RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE ORDINARIA E TRIBUTARIA. – V. (*Segue*) DUBBI SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA E IPOTESI SULLA GIURISDIZIONE ORDINARIA.

I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SECONDO LA RIFORMA

La legge 24 dicembre 2012 n. 234 – *Norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle Politiche dell'Unione europea* – dedica un apposito capo alla disciplina degli aiuti di Stato (artt. 44 ss.) e, in particolare, introduce una novità, l'art. 49, intitolato «giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». Questa norma istituisce la giurisdizione esclusiva sopra un duplice oggetto: gli atti di concessione degli aiuti di Stato, non comunicati alla Commissione, in violazione dell'art. 103 § 3 TFUE; e gli atti e i provvedimenti di recupero dell'aiuto, adottati dalle pubbliche amministrazioni italiane in esecuzione dell'art. 107 TFUE e dell'art. 14 Reg. (Ce) 1999 n. 659. L'art. 49 l. 234/2012 inserisce questa ipotesi di giurisdizione esclusiva nel co-

dice del processo amministrativo, nell'art. 133 – lettera *z-sexies*, nell'elenco dei casi di giurisdizione esclusiva ivi contemplati. Però la norma dell'art. 49 aggiunge una precisazione essenziale: questa giurisdizione esclusiva vale «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». In questo modo la norma raggiunge un effetto fondamentale: la “concessione” di aiuti non notificati e il “recupero” di aiuti incompatibili diventano materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Soprattutto, secondo la formula «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso», il recupero di «qualsiasi» aiuto finisce per appartenere alla giurisdizione amministrativa. Di conseguenza, tutta la materia è sottratta alla giurisdizione ordinaria e tributaria; e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo diventa la giurisdizione unica di questa materia¹. Su questo risultato potrebbero nascere alcuni dubbi di costituzionalità, assieme ai noti limiti della giurisdizione esclusiva, donde la possibilità di tornare, in parte, alla giurisdizione ordinaria (v. *infra* § V). In ogni caso, stando al testo dell'art. 49 l. 234/2012, la giurisdizione esclusiva sembra sovrapporsi alla giurisdizione ordinaria. Questo effetto è confermato dall'art. 61 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, rubricato «abrogazioni e modificazioni»: abrogando l'art. 1 del decreto-legge 8 aprile 2008 n. 59², l'art. 61 l. 234/2012 elimina la giurisdizione ordinaria; mentre, abrogando l'art. 47-*bis* del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, l'art. 61 elimina la giurisdizione tributaria (v. *infra* § IV). Siffatta abrogazione, in fondo, corrisponde alla natura della nuova giurisdizione: l'art. 49 istituisce una giurisdizione

¹ Quindi la materia è sottomessa alla disciplina generale del codice del processo amministrativo e all'art. 7, comma 5: «nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie

nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi».

² Articolo convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008 n. 101, come modificato dall'art. 34, comma 8, del decreto legislativo 1 settembre 2011 n. 150.

che, per definizione costituzionale (art. 103 Cost.), è «esclusiva» e che, inoltre, può avere ad oggetto sia diritti soggettivi che interessi. Non deve quindi meravigliare che istituendo una giurisdizione esclusiva l'art. 49 si accompagni – e vada letto assieme – alla volontà dell'art. 61 di abrogare le giurisdizioni diverse (ma su i dubbi di costituzionalità v. *infra* § V). Questo permette di vedere la *ratio* profonda della norma: considerare la concessione e il recupero dell'aiuto come una materia, donde una giurisdizione sola, una *reductio ad unum*, escludendo le altre giurisdizioni nazionali, superando le molteplici discipline sostanziali. Il che diventa visibile anche nella formula propria dell'art. 49, davvero caratterizzante: «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Questo segna il *proprium* della norma di riforma, la sua peculiare efficacia (v. *infra* § II), ma anche il sorgere di alcuni dubbi di costituzionalità (v. *infra* § V). In ogni caso, questo carattere va oltre il piano processuale. Difatti la norma ha un preciso riflesso sostanziale: si vedrà che l'art. 49 l. 234/2012, devolvendo alla giurisdizione esclusiva «atti e provvedimenti di recupero», ne esige l'identificazione e la disciplina: atti e provvedimenti di recupero si individuano secondo l'art. 48 l. 234/2012 e sono il decreto di recupero adottato dal Ministro competente per materia, o dall'ente territoriale competente; e, poi, le procedure di riscossione, che l'art. 48 affida alla società Equitalia; inoltre, sempre la previsione dell'art. 48 identifica sia il contenuto sia il valore del provvedimento di recupero: l'atto accerta i destinatari, determina quanto sia dovuto e vale come titolo esecutivo (v. *infra* § II).

Per questi caratteri, si può dire che l'art. 49, assieme all'art. 48 ed all'art. 61 l. 234/2012, stabilisca un piccolo sistema. Segna una disciplina sostanziale e processuale del recupero e ne fa una materia. Si presenta come la norma della materia. Per questo sostituisce le discipline previgenti, elimina le giurisdizioni diverse e così i problemi del passato: i conflitti di competenza tra amministrazioni nazionali titolari dell'azione di recupero, le difficoltà nel distinguere le controversie su diritti, interessi e poteri connessi al recu-

pero, le conseguenti difficoltà nel riparto tra giurisdizione ordinaria, amministrativa, tributaria. In questa prospettiva l'art. 49 appare come norma generale, sopravvenuta, sistematica. E in questa luce il suo oggetto va inquadrato, assieme ai dubbi di costituzionalità (v. *infra* § V).

II. LE CONTROVERSIE DEVOLUTE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA

Secondo l'art. 49 l. 234/2012, le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono di due tipi:

i) quelle relative agli «atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di stato in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato»;

ii) quelle relative agli «atti e ai provvedimenti» di recupero, adottati «in esecuzione di una decisione della Commissione, ai sensi dell'art. 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Si tratta di due categorie profondamente diverse. L'una riguarda la concessione dell'aiuto, l'altra il recupero dell'aiuto di Stato. Quindi se ne scinde la trattazione. Per un primato logico, conviene iniziare dal recupero sugli aiuti dichiarati incompatibili ai sensi dell'art. 107 TFUE e dell'art. 14 Reg. 659/1999, rinviando ad un momento successivo l'esame degli atti di concessione di aiuti in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE; tuttavia, si avverte subito che è su quest'ultima categoria di controversie che potrebbe affacciarsi l'ipotesi della giurisdizione ordinaria (v. *infra* § V).

1. *Le controversie su atti e provvedimenti di recupero, adottati in esecuzione di una decisione della commissione, ai sensi dell'art. 14 reg. 659/99.* – Secondo l'art. 49 l. 234/2012, ovvero secondo l'art. 133, lett. *z-sexies* - c.p.a, sono devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie relative agli «atti e provvedimenti», adottati «in esecuzione di una decisione di recupero» fondata sull'art. 14 Reg. 1999/659. Questi atti e provvedimenti sono quelli dell'art. 48 della legge stessa, rubricato «Proce-

di recupero»: precisamente, sono il «decreto» di «recupero» adottato dal «ministro competente per materia», avente valore di «titolo esecutivo» (comma 2, art. 48), e la conseguente «riscossione», affidata alla società Equitalia (comma 1, art. 48)³. In particolare, leggendo l'art. 49 assieme all'art. 48, il termine «provvedimenti» dell'art. 49 corrisponde al «decreto» di recupero dell'art. 48, mentre il termine «atti» corrisponde alla procedura di «riscossione» affidata alla società Equitalia dalla norma dell'art. 48. Quindi, a oggetto della giurisdizione vi sono il provvedimento di recupero e la procedura di riscossione. Si deve aggiungere, considerando la prassi amministrativa, che il provvedimento di recupero suole essere preparato da provvedimenti di annullamento o di revoca dell'atto amministrativo che concedeva l'aiuto, sicché anche questi atti di autotutela saranno parte intrinseca del recupero e quindi oggetto della giurisdizione esclusiva.

In sintesi, in un solo quadro, i provvedimenti di recupero e gli atti della riscossione diventano un oggetto solo, «materia» di giurisdizione amministrativa esclusiva.

2. *L'oggetto proprio della giurisdizione esclusiva: le situazioni giuridiche configurabili a proposito del recupero.* – Per principio costituzionale (art. 103 Cost.), la giurisdizione esclusiva suppone una «materia» identificata dalla legge. Questa «materia» consiste di situazioni giuridiche soggettive e di rapporti (che poi sono la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva). Precisamente, in questo caso, nel soggetto privato si configura un diritto soggettivo all'aiuto, fondato sulla legge italiana e sugli atti amministrativi che l'avevano concesso; di contro, nell'Amministrazione pubblica italiana, si configura il dovere giuridico di recuperare. Su questo dovere servono alcune precisazioni, per identificare l'oggetto e il limite di questa

giurisdizione esclusiva (sul limite della giurisdizione v. 4).

Il dovere di recupero ha fonte nel diritto dell'Unione: è imposto dall'art. 107 TFUE, dall'art. 14 Reg. 1999/659 e dalla decisione della Commissione, «obbligatoria in tutti i suoi elementi» (art. 249 TFUE). Così da queste norme si trae che non la discrezionalità dello Stato bensì la necessità determina il recupero: l'aiuto è vietato dal diritto dell'Unione e quindi dev'essere recuperato. Pertanto il dovere di recupero è il riflesso immediato del divieto comunitario di aiuti statali.

Questo divieto-dovere configura, *ab origine*, l'indebito: l'aiuto percepito non è dovuto, l'atto nazionale che istituisce l'aiuto è illegittimo, mentre la situazione giuridica del beneficiario non è meritevole di tutela⁴.

Da questa situazione giuridica nascono le situazioni giuridiche conseguenziali: il dovere di recupero dell'Amministrazione nazionale, il conseguente potere amministrativo di recupero in via di autotutela, sotto forma di provvedimento amministrativo di ripetizione; e, d'altro lato, l'obbligazione di restituzione che sorge in capo al beneficiario dell'aiuto.

Questa configurazione si riflette con precisione nelle norme dell'art. 49 e dell'art. 48 l. 234/2012: dal dovere giuridico di recupero nascono atti e provvedimenti di recupero definiti in «esecuzione». Per questo, nell'art. 48 e nell'art. 49, gli atti di recupero e di riscossione, in «esecuzione», sono volti a soddisfare il divieto di aiuto ed il connesso dovere di recupero; e soprattutto, per la forza giuridica primaria ad essi derivante dal diritto dell'Unione, possono operare un affievolimento del diritto soggettivo del beneficiario e un superamento degli atti giuridici dello Stato nazionale che quel diritto fondavano. In fondo, è un esempio di primato del diritto dell'Unione e di relativa disapplicazione del diritto nazionale (v. *amplius* n. 4). Ed è spiegabile per l'interesse

³ La norma dell'art. 48, comma 2, precisa inoltre che «Nei casi in cui l'ente competente è diverso dallo Stato, il provvedimento di cui al comma 2 è adottato dalla regione, dalla provincia autonoma o dall'ente territoriale competente. Le

attività di cui al comma 1 sono effettuate dal concessionario per la riscossione delle entrate dell'ente territoriale interessato».

⁴ *Ex multis*, Corte di giustizia 8-11-2001 - C-143/99, *Adria Wien Pipeline*.

comunitario superiore, che può affievolire quel diritto soggettivo che, invece, è protetto da una norma nazionale e che ha ad oggetto il beneficio ricevuto, in contrasto con il divieto comunitario di aiuto statale.

Così, affievolimento e disapplicazione sono i fenomeni propri di questo particolare caso del recupero sottoposto a giurisdizione esclusiva. Difatti, configurano quel tipico intreccio di interessi, pubblici e privati, nonché di poteri, dell'Amministrazione e del soggetto privato, che nel diritto amministrativo italiano giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sì da configurare una «materia» che per natura ha ad oggetto sia diritti che interessi (art. 103 Cost.). Questo carattere è destinato ad influenzare il processo che si svolgerà in giurisdizione esclusiva e soprattutto l'ampiezza del sindacato di legittimità e delle forme di tutela che il privato potrà ottenere (v. n. 3).

3. *In particolare, la formula* “a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”. – Della giurisdizione esclusiva sul recupero, la formula dell'art. 49 l. 234/2012 «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» costituisce il carattere essenziale: sottopone qualsiasi recupero controverso al giudice amministrativo. In questo modo configura la giurisdizione esclusiva come giurisdizione generale della materia «recupero». In particolare, questa formula ha due significati giuridici, da leggere assieme, ai fini della giurisdizione:

i) Anzitutto la formula «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» richiama la formula dell'art. 107 TFUE, che vieta aiuti «sotto qualsiasi forma». Denota la molteplicità delle forme di aiuto sottoponibili a recupero e, ora, alla giurisdizione esclusiva. In questo la giurisprudenza della Corte di giustizia è chiara: l'aiuto può manifestarsi sotto forma di agevolazione, di riduzione di costi, di sgravio; può avere natura fi-

scale, sociale, di finanziamento pubblico, di agevolazione creditizia; può essere prestabilita in una legge, in un regolamento amministrativo, in un provvedimento amministrativo generale; usualmente, nel diritto italiano, l'aiuto è reso fruibile al destinatario – ed entra nella sua sfera giuridica – attraverso un provvedimento amministrativo di concessione, basato su norme legislative o regolamentari⁵.

Ne discende che tale formula ribadisce un fondamentale effetto: il recupero colpisce aiuti che si manifestano in «qualsiasi forma». E dunque la formula porta a configurare una controversia tipica di questa giurisdizione: un'amministrazione pubblica italiana – quella che provvede al recupero – che si contrappone al beneficiario e ad un'altra amministrazione italiana – quella che l'aiuto aveva concesso – e porta, altresì, a configurare la possibilità di un provvedimento amministrativo – quello di recupero – che supera e disapplica una norma legislativa e i relativi atti amministrativi – quelli che l'aiuto avevano istituito ed elargito.

ii) Inoltre la formula, nella parte in cui vuol prescindere dalla «forma» dell'aiuto, corrisponde al principio comunitario dell'irrilevanza dello scopo e della massima rilevanza dell'effetto. In questo senso, in luce comunitaria, la formula «a prescindere dalla forma» indica che è irrilevante lo scopo o la causa che lo Stato nazionale perseguiva con l'atto giuridico che istituiva l'aiuto; e, d'altro lato, la formula significa che è rilevante solo l'effetto che l'aiuto crea: quello di favorire i destinatari e di sfavorire i concorrenti, falsando la competizione nel mercato⁶. Questo principio è apprezzato anche dal giudice amministrativo italiano, che, riconducendolo all'esigenza espressa nel XIII considerando del regolamento 1999/659, per cui «occorre ripristinare la concorrenza effettiva», lo mette a fondamento delle sue decisioni: il recupero e l'esecuzione sono «coessenziali all'effettività della concorrenza»⁷.

⁵ Inoltre, la formula «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso» si ritrova anche nell'art. 48, a rafforzare l'idea che il recupero prescinde dal “soggetto”.

⁶ V. ad es., Corte di giustizia 5-10-1999 - C-251/1997, *Francia c. Commissione*

⁷ Tar Lazio, sez. II, 11 gennaio 2005 n. 167 - su cui v. *amplius* § VI.

In sintesi, la formula, nei due significati appena messi in luce *sub i)* e *sub ii)*, sta a designare che il recupero è sottoposto alla giurisdizione amministrativa, quale che sia la forma dell'aiuto sottostante, a prescindere dalla molteplicità dei soggetti, degli atti, delle forme e dei rapporti di aiuto, e a designare il fatto che tutti quei vari e diversi aspetti si compongono in un oggetto solo, una materia, mentre la controversia si concentra su di un punto solo, il provvedimento di recupero, sottoposto ad una giurisdizione unica, quella amministrativa esclusiva.

4. *Riepilogo: il limite della giurisdizione esclusiva sugli atti di recupero emessi in esecuzione di una decisione della commissione.* – La giurisdizione esclusiva prefigurata nell'art. 49 l. 234/2012 va dunque inquadrata alla luce della sua formula caratterizzante: «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Nella sostanza, la varietà delle forme di aiuto e l'intreccio appena visto, di norme, di ordinamenti e di situazioni giuridiche, spiega, in termini costituzionali (art. 103 Cost.), la scelta della giurisdizione esclusiva ma, soprattutto, denota il limite della giurisdizione amministrativa. Difatti la giurisdizione esclusiva italiana si restringe entro un ambito preciso. Questo accade perché gli atti ed i provvedimenti nazionali di recupero sono, per definizione dell'art. 48 e dell'art. 49 l. 234/2012, in «esecuzione» di una decisione di recupero della Commissione europea. Quindi suppongono come già decisa e come legittima la necessità del recupero, dando adito solo al modo dell'esecuzione. E difatti secondo l'art. 48 l. 234/2012, l'atto statale di recupero può definire solo aspetti modali: «individua i destinatari», accerta quanto sia dovuto, determina i modi del pagamento, costituisce il «titolo esecutivo» della riscossione affidata alla società Equitalia.

Dunque questa giurisdizione ammini-

strativa riguarda un ambito limitato. Questo aspetto era già ben chiaro alla giurisprudenza. La Corte di giustizia ha stabilito che il giudice nazionale non è competente a sindacare nel merito la compatibilità dell'aiuto di Stato con il diritto comunitario; la valutazione è riservata alla Commissione e poi alla Corte di giustizia⁸.

Ne consegue un limite ben percepito anche dal giudice amministrativo italiano⁹, che ne fa un principio, che conviene riportare per esteso: ove s'impugni un provvedimento amministrativo di recupero adottato da un'Amministrazione italiana, esso rappresenta la «mera esecuzione, nell'ordinamento interno, di una decisione della Commissione europea che ha dichiarato gli aiuti in esame incompatibili con il mercato comune, disponendo altresì il recupero degli aiuti già versati». In proposito, una volta intervenuta una decisione della Commissione di incompatibilità di un aiuto con il Trattato, «il solo strumento per rimuovere quello che è un atto amministrativo comunitario dotato di esecutività è il ricorso alla Corte di giustizia». Ed è pacifico che «il divieto, imposto allo Stato membro interessato, di dare attuazione ai progetti d'aiuto non notificati alla Commissione o ritenuti incompatibili dalla Commissione stessa, ha carattere generale ed obbliga a far rispettare il divieto ivi contenuto»¹⁰. Ne consegue «il dovere di eseguire le decisioni dell'Esecutivo comunitario da parte delle amministrazioni nazionali, in via diretta e senza necessità di recepimento della decisione nell'ordinamento interno, nonché l'imposizione degli obblighi previsti dalla decisione anche ai privati»¹¹.

Il risultato finale è che in questi casi lo Stato italiano «non ha alcuna possibilità di operare una valutazione difforme da quella operata in sede comunitaria poiché l'interesse da bilanciare con le aspettative delle imprese destinatarie degli aiuti, ha carattere sovranazionale e riguarda l'at-

⁸ Corte di giustizia 5-10-2006 - C-368/2006, punto 38.

⁹ Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658; Tar Lazio, sez. II, 11 gennaio 2005 n. 167.

¹⁰ Così Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658, cit.

¹¹ Così Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658, cit.

tuaZIONE di vincoli di matrice comunitaria»¹².

Dunque si comprende perché la giurisdizione amministrativa italiana sul recupero abbia ad oggetto un ambito ben delimitato; mentre la vera questione, la compatibilità o meno dell'aiuto di Stato, si consuma tutta nella giurisdizione e nel diritto dell'Unione. In questa luce la giurisdizione amministrativa italiana è concorrente ma subordinata alla giurisdizione della Corte di giustizia.

III. LE CONTROVERSIE RELATIVE AD ATTI E PROVVEDIMENTI DI CONCESSIONE DELL'AUTO, IN VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE

In questa luce si spiega anche l'altra categoria di controversie devoluta alla giurisdizione esclusiva: quella relativa agli «atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di stato in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato».

Si tratta di atti che concedono l'aiuto, omettendo la comunicazione preliminare alla Commissione, in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. Quindi si tratta di una fattispecie profondamente diversa da quella del recupero: qui si tratta di concessione dell'aiuto, lì si trattava di recupero dell'aiuto; qui il vizio è formale ed è costituito dall'omissione della comunicazione preventiva, ma la questione sostanziale – la compatibilità o meno dell'aiuto –, resta aperta. Perciò la giurisdizione esclusiva che si configura in questo caso assume un aspetto e un oggetto assai diversi. Non è più una giurisdizione di limite, "chiusa" da un dovere di recupero già costituito e rispetto ad un'illegittimità comunitaria già definita dalla decisione della Commissione, ma riguarda una situazione "aperta"; la sostanza della situazione giuridica da decidere è la valutazione di compati-

bilità dell'aiuto con il diritto dell'Unione ed è tutta da vedere. Questo aspetto, in termini di giurisdizione esclusiva, ha un riflesso immediato, perché porta ad una maggiore rilevanza del diritto soggettivo all'aiuto di cui è titolare il beneficiario. Porta quindi alla possibilità di una sua maggior tutela, specie sotto il profilo della tutela dell'affidamento, dell'azione risarcitoria, della tutela cautelare. La questione dipende dall'uso che il giudice amministrativo italiano farà del principio dell'affidamento, argomento tipico della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Inoltre, la presenza di un diritto soggettivo e l'assenza di comunicazione, dunque l'assenza apparente di esercizio del potere amministrativo, lasciano affacciare l'ipotesi che le azioni di risarcimento relative a questa categoria possano appartenere alla giurisdizione ordinaria (*v. infra* § V).

IV. LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA "ESCLUSIVA" E I RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE ORDINARIA E TRIBUTARIA

La giurisdizione configurata dall'art. 49 l. 234/2012 è «esclusiva» e quindi, per definizione costituzionale (art. 103 Cost.), esclude la giurisdizione ordinaria¹³. Questo effetto di esclusione è confermato dall'art. 61 l. 234/2012, rubricato «Abrogazioni e modificazioni»¹⁴. Ne consegue che l'art. 61, comma 4, abrogando l'art. 1 del decreto legge 8 aprile 2008 n. 59, elimina la giurisdizione civile sul recupero ivi configurata.

In questo senso, la lettura combinata dell'art. 49 e dell'art. 61, comma 4, elimina la dualità delle giurisdizioni e risolve il problema del riparto.

Allo stesso risultato di abrogazione si arriva per la giurisdizione tributaria. Difatti sempre la norma dell'art. 61, comma

¹² Così Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002 n. 465, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4658, cit.

¹³ Ma *v.* § V per i dubbi di costituzionalità della norma.

¹⁴ In particolare, l'art. 61, comma 4, dispone: «L'art. 1 del decreto-legge 8 aprile 2008 n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, come modificato dall'art. 34, comma 8, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150,

continua ad applicarsi ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge». Il testo dell'art. 1, abrogato, è il seguente: «I giudizi civili concernenti gli atti e le procedure volti al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una decisione di recupero adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 sono regolati dall'articolo 9 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150».

5, dispone: «L'art. 47-bis del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546 continua ad applicarsi ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge». L'art. 47-bis prevedeva un giudizio, cautelare e di merito, di fronte alla giurisdizione tributaria, per controversie sul recupero di aiuti fiscali. In specie, per le controversie relative al provvedimento emesso per recuperare agevolazioni fiscali contrarie al divieto di aiuti di stato. Su questo tipo di controversie, in passato, in dottrina e negli orientamenti prevalenti della Cassazione, si configurava la giurisdizione tributaria, supponendo questa equivalenza: l'agevolazione fiscale non dovuta equivale ad un'imposta non pagata e quindi configura un'obbligazione tributaria e, dunque, la giurisdizione tributaria; in senso inverso, un altro orientamento riconosceva che nel recupero l'amministrazione non agisce come ente impositore, bensì come ente preposto al recupero, organo dell'amministrazione comunitaria, con la conseguenza di sottrarre la controversia alla giurisdizione tributaria¹⁵. Ora, anche in questo caso, il problema sembra risolto, giacché la disposizione di abrogazione dell'art. 61, comma 5, l. 234/2012 sembra cancellare il giudizio tributario sulla questione del recupero fiscale, consentendo l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

V. DUBBI SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA E IPOTESI SULLA GIURISDIZIONE ORDINARIA

Si può immaginare una giurisdizione amministrativa esclusiva che sia del tutto avulsa dall'esercizio del potere amministrativo?

La domanda si pone per gli aiuti di Stato non comunicati alla Commissione, in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (v. § III). È un caso di pura omissione: nella mancata comunicazione non vi è nulla che ricordi l'esercizio del potere amministrativo. O meglio, nulla che ricordi quella valutazione di pubblico interesse

insita nell'uso del potere, nel provvedimento, da parte di una pubblica Amministrazione. Viceversa, in questo caso, molti ritengono che vi sia un diritto soggettivo e quindi un'azione di risarcimento contro lo Stato. Così, l'assenza del potere amministrativo e la presenza di puri diritti soggettivi sembrano convenire alla giurisdizione ordinaria, almeno secondo una certa visione, e pur di fronte alla volontà testuale dell'art. 49 della legge 234/2012.

Qui si entra in un campo di ipotesi e di letture opposte, che vengono dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, l'interrogativo di fondo che si è posto – «può una giurisdizione esclusiva essere avulsa dall'esercizio del potere amministrativo?» – trae origine dalla nota decisione 6 luglio 2004 n. 204 della Corte costituzionale (in G.U. 14.7.2004). Nel caso si dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 7 l. 205/2000: la norma devolveva alla giurisdizione amministrativa esclusiva «tutte» le controversie relative alla materia «pubblici servizi», ivi comprese le azioni di risarcimento del danno. Così, secondo la sentenza 6 luglio 2004 n. 204, è incostituzionale una materia «dai confini non compiutamente delimitati», estesa a «tutte le controversie» ricadenti in quella materia, prescindendo dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive ivi configurabili. In positivo, e in sintesi, l'insegnamento della Corte è il seguente: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve limitarsi ai soli casi in cui l'amministrazione «agisce come autorità», esercitando il suo «potere autoritativo». È l'esercizio del potere autoritativo che permette di configurare quella «particolare materia» prefigurata nell'art. 103 Cost., ove figura un intreccio tra diritti del cittadino e amministrazione pubblica, con i suoi poteri e i suoi interessi, sì da giustificare la giurisdizione esclusiva, la sua estensione «anche ai diritti soggettivi», come eccezione alla giurisdizione ordinaria (art. 103 Cost.)¹⁶. In linea logica, ne segue che tutto quel che è avulso dall'esercizio del potere autoritativo non è «particolare materia». Quindi fuoriesce

¹⁵ Così M. AULENTA, *Il recupero degli aiuti di Stato*, Bari, 2007, 48-54.

¹⁶ Cfr. sentenza n. 204/2004, punto 3.2 della motivazione nella parte in diritto.

dalla giurisdizione esclusiva, tornando alla giurisdizione ordinaria.

Se quest'insegnamento della sentenza 204/2004 avesse valore generale, ogni legge che sottopone una materia alla giurisdizione esclusiva dovrebbe conformarsi. Nel caso negativo, ogni nuova materia sottoposta *ex lege* alla «giurisdizione esclusiva» che non abbia la cura di osservare quel principio si potrebbe sdoppiare: la parte che attiene all'esercizio del potere amministrativo resterebbe alla giurisdizione amministrativa, mentre quella che non riguarda l'esercizio del potere finirebbe alla giurisdizione ordinaria. Dunque, questo insegnamento potrebbe valere anche per l'art. 49, per la parte relativa agli aiuti di Stato non comunicati (v. *supra* § III). E vi corrisponderebbe con una certa precisione, giacché nella pura omissione della comunicazione non vi è provvedimento, non vi è esercizio del potere amministrativo, e, viceversa, ci sono diritti soggettivi. Questi diritti, si sa, possono trovare tutela in un'azione di risarcimento del danno contro lo Stato, fondata sul piano della responsabilità per violazione del diritto dell'UE, secondo una tradizione consolidata. In particolare, in materia di aiuti di Stato non comunicati, la dottrina fa tre ipotesi: 1. azione di risarcimento proposta dal concorrente del beneficiario; 2. azione di risarcimento proposta dal «terzo»; 3. azione di risarcimento proposta dallo stesso beneficiario, per violazione dell'affidamento. Le tre azioni hanno tratti particolari, ma hanno un carattere comune, riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue: l'art. 108 § 3 TFUE è rivolto non solo agli Stati ma anche agli individui e così è matrice di un diritto soggettivo. Questo diritto è considerato tutelabile. Genera l'azione di risarcimento contro lo Stato, nella giurisdizione ordinaria. Dunque, in conclusione, l'insegnamento della Corte costituzionale reso nella sent. 204/2004, teso a limitare la giurisdizione esclusiva all'ipotesi di esercizio del potere amministrativo, letto in combinazione con il principio comunitario della respon-

sabilità statale, può riportare alla giurisdizione ordinaria le azioni di risarcimento contro lo Stato per aiuti non comunicati, in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE. In sostanza, per un'omissione che non è esercizio del potere amministrativo e dunque non giustifica la giurisdizione amministrativa.

Però, come si anticipava, esistono anche argomenti contrari a favore della giurisdizione esclusiva; e sono da considerare, stante la novità della norma e il suo calarsi in un sistema nazionale di riparto della giurisdizione, che non sempre è limpidamente praticabile. È bene dunque segnalarli in via di ipotesi. Anzitutto, si deve considerare la volontà testuale dell'art. 61 l. 234/2012 (v. § IV): la norma abroga esplicitamente la giurisdizione ordinaria. Quindi, anche leggendo l'art. 49 nel sottinteso costituzionale dell'esercizio del potere amministrativo e immaginando che una parte della «materia» si stacchi e torni alla giurisdizione ordinaria, bisogna osservare che la giurisdizione ordinaria non può sussistere per volontà espressa dell'art. 61: la disposizione abroga la giurisdizione ordinaria in modo esplicito (v. § IV). Questa volontà abrogatrice non sembra facilmente superabile per l'interprete comune e, inoltre, si accompagna all'esigenza di concentrare le controversie davanti ad un giudice unico. Di più, nella sostanza, si accompagna all'idea di «materia». La materia «incostituzionale» della sent. 204/2004 era ben diversa e riguardava «pubblici servizi». Si trattava di una materia molto estesa, priva di «confini», quasi una non materia, una sfera così generale da essere «qualitativamente diversa», e quindi «incompatibile» con il dettato costituzionale¹⁷.

Essa è forse eguale alla materia dell'aiuto di Stato non comunicato? È, questa dell'aiuto di Stato, una materia anch'essa senza confini, non particolare e generale? Sembra questo il vero interrogativo da affrontare. Sembrirebbe di sì, per gli argomenti enunciati all'inizio di questo paragrafo. Ma può anche sembrare di no, per le cose dette da ultimo, sì

¹⁷ Cfr. § 3.1 della motivazione in diritto di C. cost., 6 luglio 2004 n. 204.

da vedere l'aiuto di Stato come una materia particolare, delimitata, unitaria, grazie alla formula dell'art. 49 «a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Qui l'unità della materia potrebbe venire da un fattore unico: esiste un'unica norma di riferimento, l'art. 108 § 3 TFUE, che è matrice di un unico diritto soggettivo, secondo la tradizione sopra riportata. Si può quindi ipotizzare che esista un'unica situazione soggettiva: e che sempre si tratti di tutela della concorrenza e che sempre vi sia protezione dello stesso diritto soggettivo, quello ad avere rapporti di mercato effettivi e non lesivi del diritto d'impresa, almeno nel limite del pubblico interesse. Al riguardo, si deve far notare che questo diritto soggettivo potrebbe essere affievolito da un'omessa comunicazione che non è neutra, ma significativa di una valutazione amministrativa di apprezzamento del pubblico interesse, espressiva d'un uso del potere in via implicita, ravvisando l'Amministrazione italiana, per esempio, che la misura in questione non sia «aiuto di Stato» e che risponda ad un pubblico interesse nazionale, di esclusivo apprezzamento, in eccezionali circostanze.

I suddetti argomenti potrebbero anch'essi, in ipotesi, consentire di "tener ferma" la giurisdizione esclusiva a discapito di quella ordinaria, superando gli argomenti addotti in suo favore all'inizio di questo paragrafo. Se invece, ragionando all'inverso, si pensa che l'art. 108 § 3 abbia una pluralità di destinatari e protegga

molteplici diritti soggettivi, ma di natura diversa, allora la materia non è più particolare ma è qualcosa di generale. Dunque è incompatibile con l'art. 103 Cost. e deve "tornare" alla giurisdizione ordinaria.

In questa sede non si vuole privilegiare l'una o l'altra ipotesi, ma solo evidenziare la possibilità di ragionare attorno a tutt'e due. In fondo, in ambedue le ipotesi, si tratta di definire cosa sia la «materia» e, inoltre, di considerarla in un collegamento che per la Corte costituzionale è «necessario»: quello con la «natura» della situazione giuridica soggettiva, ovvero con il potere autoritativo dell'Amministrazione¹⁸. Si tratterà quindi di classiche questioni: di definire cosa sia il potere autoritativo dell'Amministrazione italiana, cosa sia la giurisdizione amministrativa esclusiva. Vi si aggiunge la complicazione che le norme e i diritti soggettivi in questione derivano da una matrice comunitaria. Lettura, questa dell'art. 49 l. 234/2012 e della giurisdizione esclusiva, che va calata nel discorso generale sulla giustizia amministrativa, sulla giurisdizione ordinaria, nelle sedi di definizione della giurisdizione e della legittimità costituzionale.

ALESSANDRO CIOFFI

Bibliografia

O. PORCHIA, «Aiuti di Stato», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2010, vol. aggiorn., IV, 1 ss.; M. AULENTA, *Il recupero degli aiuti di Stato*, Bari, 2007.

¹⁸ Cfr. § 3.2 della motivazione in diritto di Corte cost. sen. n. 204 del 2004. Sul concetto di potere amministrativo e di "autorità" v. gli studi che di recente tentano di identificare il concetto: *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale, in Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di di-*

ritto amministrativo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012. In particolare, sulla ricostruzione del potere autoritativo come potere di scelta unilaterale, caratterizzato dall'unilateralità e dall'assenza di consenso privato, v. ALBERTO ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, *ibidem*, 363 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* dell'art.108 § 3 del TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice amministrativo

Sommario: I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE IN TEMA DI AIUTI DI STATO. – II. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'ART. 108, § 3 TFUE. – III. PROFILI PROCESSUALI: IL GIUDICE COMPETENTE E LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA. – IV. (*Segue*) IL CONTENUTO IMPUGNATORIO DEL RICORSO, IL TERMINE DI PROPOSIZIONE DELL'AZIONE E LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA. – V. (*Segue*) ULTERIORI AZIONI ESPERIBILI. L'AZIONE DI RECUPERO DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE DI RECUPERO DEGLI INTERESSI DOVUTI PER LA DURATA DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE RISARCITORIA. – VI. LA TUTELA CAUTELARE. – VII. L'AMBITO COGNITORIO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E I PROVVEDIMENTI EROGABILI. – VIII. I MEZZI DI IMPUGNAZIONE E L'OTTEMPERANZA. – IX. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI RECUPERO DI AIUTI INCOMPATIBILI. – X. PROFILI PROCESSUALI: L'OGGETTO DEL GIUDIZIO, IL RITO, LA FASE CAUTELARE. – XI. AZIONI ESPERIBILI IN CASO DI INERZIA NELL'ESECUZIONE DELLA DECISIONE DI RECUPERO DELLA COMMISSIONE.

I. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE IN TEMA DI AIUTI DI STATO

È noto che, nell'ambito del sistema di controllo sugli aiuti di Stato, al giudice nazionale compete il fondamentale ruolo di tutelare i diritti dei singoli lesi dalla concessione di aiuti in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE (cc.dd. aiuti illegali). È parimenti noto che il giudice nazionale svolge un ruolo importante anche nell'ambito delle controversie relative all'esecuzione delle decisioni della Commissione di recupero dell'aiuto illegale e incompatibile adottate in forza dell'art. 14 Reg. 659/1999/CE del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'art. 108 del TFUE¹.

¹ In G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss.

² In G.U.R.I. 3 del 4 gennaio 2013.

³ Negli ultimi anni si registra, infatti, la scelta, sempre più consapevole, del legislatore di attribuire al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva il compito di giudice naturale della regolamentazione economica (di "giudice dell'economia" secondo un'espressione largamente condivisa). In tal senso, si veda, ad esempio, la nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del

La presente voce si prefigge di analizzare i procedimenti dinanzi al giudice amministrativo per ambedue i tipi di controversie «domestiche» sopra indicate. È appena il caso di evidenziare che l'intervento del giudice amministrativo in siffatte ipotesi è destinato, come si è anticipato, ad acquistare nuova linfa in virtù della devoluzione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 49 comma 2, l. 24 dicembre 2012, n. 234² (che ha, a tal fine, novellato l'art. 133 c.p.a., recante le "materie di giurisdizione esclusiva", aggiungendovi la lett. *z-sexies*). Si conferma così la vocazione del giudice amministrativo quale giudice naturale degli interventi pubblici nel campo dell'economia³.

II. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'ART. 108 § 3 TFUE

L'art. 108 § 3 TFUE impone, come è noto, agli Stati membri un duplice obbligo: da un lato, d'informare previamente la Commissione dei progetti diretti a istituire nuovi aiuti ovvero a modificare aiuti esistenti (c.d. obbligo di notifica); dall'altro, di non dare corso alla loro esecuzione prima che la Commissione abbia adottato una decisione finale sulla loro compatibilità con il mercato interno in forza dei criteri enunciati all'art. 107, §§ 2 e 3, TFUE (c.d. obbligo di *standstill* definito "clausola di sospensione" dall'art. 3 del Reg. 659/1999).

In particolare, per giurisprudenza pacifica la clausola di sospensione gode di

giudice amministrativo introdotta dal legislatore in sede di riforma della disciplina della *golden share* con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 maggio 2012, n. 56, sulle controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

efficacia diretta nell'ordinamento giuridico interno, facendo sorgere, in caso di sua violazione, diritti individuali azionabili innanzi al giudice nazionale⁴.

Uno dei compiti più importanti del giudice nazionale nel campo degli aiuti di Stato è, quindi, proprio quello di far osservare, in attesa della decisione della Commissione, le regole procedurali tutelando i diritti dei singoli lesi dalla prematura concessione dell'aiuto.

Di regola, dunque, prima della decisione della Commissione, la tutela dei singoli è sostanzialmente demandata al giudice nazionale al quale compete l'*enforcement* dell'obbligo di *standstill*⁵.

Va da sé che, in assenza di un'apposita disciplina del diritto dell'UE, spetta all'ordinamento di ciascuno Stato membro, in virtù del principio di autonomia procedurale, stabilire le regole applicabili alle azioni di *private enforcement* nel rispetto dei noti vincoli dell'equivalenza e dell'effettività⁶.

In questo contesto, si inserisce il ricorso dinanzi al giudice amministrativo avverso «gli atti e i provvedimenti che concedono aiuti di Stato» in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Come si è detto, il legislatore ha di recente previsto un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in questione (art. 49 comma 2 l. 234/2012).

È appena il caso di precisare che il nostro sistema di giustizia amministrativa non prevede un rito *ad hoc* per le controversie in parola con la conseguenza che si applicheranno le regole processuali interne modulandole conformemente all'ef-

ficacia diretta dell'obbligo di *standstill* e all'obiettivo di garantirne adeguata effettività.

A tal proposito, un utile strumento su come conformare gli schemi processuali interni al diritto dell'UE è costituito dalla Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (di seguito, la "Comunicazione")⁷.

Si avverte fin da ora che la Comunicazione, pur costituendo un prezioso strumento orientativo, deve comunque essere interpretata, per non ingenerare false aspettative, nel rispetto dei principi basilari del processo amministrativo come quello di giurisdizione di tipo soggettivo e non oggettivo⁸, del principio della domanda e della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, del principio probatorio dispositivo (seppur temperato dal metodo acquisitivo tipico del giudizio impugnatorio), del principio del contraddittorio⁹.

Giova, infine, rammentare che, come è noto, nelle particolari materie espressamente devolute dalla legge alla sua giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo non limita la propria cognizione agli interessi legittimi ma la estende anche ai diritti soggettivi (v. artt. 103 Cost. e 7 c.p.a.)¹⁰. Tuttavia, nell'ambito della giurisdizione esclusiva la distinzione fra le due tipologie di posizioni giuridiche soggettive, se non rileva al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, continua a rivestire importanza per determinare il regime processuale da seguire e, soprattutto, per stabilire la tipologia di azioni da

⁴ TAR Liguria, sez. II, 11 aprile 2008, n. 528, in *Foro amm. TAR*, 2008, 4, p. 980.

⁵ Da mera forma di tutela l'azione giurisdizionale si configura così come una leva per l'*enforcement* della disciplina degli aiuti di Stato. In tal modo, il giudice nazionale si erge a custode delle regole procedurali in materia e, segnatamente, dell'obbligo di *standstill*.

⁶ *Ex multis*, C. giust. UE, 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl - "Olimpiclub"*, in *Racc.* 2009, p. I-07501, punto 24.

⁷ In G.U.U.E. C85, 9 aprile 2009, p. 1 ss.

⁸ Nel senso che la verifica della legittimità dei

provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta a tutela di un astratto interesse generale alla legalità, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dal ricorrente, cfr. Cons. St. ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro it.*, 2011, III, c. 306 ss.

⁹ Si tratta di principi desumibili dal c.p.c. applicabili anche al giudizio amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.

¹⁰ Si tratta di una deroga al tradizionale criterio di riparto basato sulla natura della situazione giuridica soggettiva in favore di quello della "particolare materia". Sul punto, v. C. cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594 ss.

esperire e il relativo termine entro cui agire. In particolare, nell'ipotesi in cui la posizione giuridica soggettiva lesa abbia natura di interesse legittimo, la tipica azione è quella demolitoria di annullamento, da proporre nel rispetto del termine decadenziale previsto dall'art. 29 c.p.a. Nel caso in cui, invece, si tratti di diritti soggettivi si può agire in giudizio nel termine di prescrizione sollecitando una pronuncia non di mera demolizione dell'atto ma di accertamento circa la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta¹¹.

Al di fuori di ciò, lo strumentario giuridico a disposizione del ricorrente all'interno delle controversie incluse nella giurisdizione esclusiva è, a seguito delle innovazioni introdotte dal legislatore nel corso del tempo, ora riprese e sviluppate nel c.p.a., sostanzialmente omogeneo sia se si verta nell'ambito di questioni di diritti soggettivi sia in quello di situazioni di interesse legittimo¹².

Tenendo, pertanto, a mente le suddette differenze, per comodità espositiva nel prosieguo si farà principalmente riferimento all'ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio abbia i connotati dell'interesse legittimo.

III. PROFILI PROCESSUALI: IL GIUDICE COMPETENTE E LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA

Per l'individuazione del TAR presso cui incardinare le controversie in esame

valgono le regole ordinarie in tema di competenza.

L'art. 50 della l. n. 234/2012 dispone, infatti, con norma dal carattere meramente ricognitivo, che i provvedimenti volti a concedere aiuti illegali possono essere impugnati «davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio».

Come è noto, il criterio ordinario di riparto della competenza per territorio è, ai sensi dell'art. 13 comma 1 c.p.a., quello della sede dell'autorità che ha emesso il provvedimento. Tale criterio è, tuttavia, sostituito da quello inerente gli "effetti diretti" dell'atto, qualora essi si esplichino in un luogo compreso in una diversa circoscrizione territoriale di TAR¹³.

A seguito delle innovazioni introdotte dal c.p.a., la competenza territoriale è ormai inderogabile anche in ordine alle misure cautelari (art. 13 comma 4 c.p.a.).

Nell'ipotesi in cui, tuttavia, oltre al provvedimento concedente un aiuto illegale si impugni congiuntamente anche un atto amministrativo normativo o generale (ad es., rispettivamente, un regolamento ovvero un bando), la competenza territoriale di questi ultimi, di regola, attrae a sé anche quella dell'atto applicativo impugnato, seppur avente efficacia territoriale circoscritta (art. 13 comma 4-bis c.p.a.)¹⁴.

Legittimati ad agire sono tutti i soggetti interessati che si ritengono pregiudici-

¹¹ In altre parole, in sede di giurisdizione esclusiva il problema della qualificazione della situazione giuridica lesa, risolto a livello di giurisdizione (e, cioè, di individuazione del giudice al quale chiedere tutela), si ripresenta al momento di stabilire se è necessario agire, in caso di interessi legittimi, entro il termine di decadenza con l'azione di annullamento del provvedimento lesivo o, in caso di diritti soggettivi, in quello di prescrizione del diritto con un'azione di accertamento sostanziale della pretesa dedotta. Ciò in quanto, in presenza di diritti soggettivi, per i quali se la materia non fosse stata attribuita al giudice amministrativo si sarebbe dovuto agire innanzi al giudice ordinario, si può continuare ad azionare la pretesa nei medesimi termini (di prescrizione) entro i quali si poteva agire in via ordinaria; il cambiamento del giudice viene effettuato dalla legge a fini di concentrazione e di effettività della tutela e non ammette restrizioni della tutela stessa a detrimento di chi agisce in giudizio (sebbene il criterio secondo cui la tutela dei diritti

soggettivi assegnati alla giurisdizione esclusiva non debba essere qualitativamente inferiore a quella offerta dal giudice civile non può dirsi ancora oggi pienamente raggiunto). Se, invece, si verte in ambito di interessi legittimi, ossia di posizioni che si incontrano (in maniera statica, di conservazione, o dinamica, di pretesa) con l'esercizio del potere amministrativo, vige il normale regime impugnatorio con il rispetto del termine decadenziale o eventualmente quello del silenzio, in relazione alla mancata adozione dell'atto amministrativo invocato. In proposito, v. Cons. St. ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 877; Id., ordinanza 24 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, III, c. 305; Id., sez. VI, 10 marzo 2004, n. 1196, inedita.

¹² Così Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3261, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, p. 1200.

¹³ Cons. St. ad. plen. 19 novembre 2012, n. 34, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 11, p. 2779.

¹⁴ Cons. St. ad. plen. 14 novembre 2011, n. 19, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, p. 3353.

cati dal mancato rispetto degli obblighi procedurali posti dall'art. 108 § 3 TFUE.

Secondo la Corte di Giustizia, infatti, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di matrice europea, le norme nazionali non possono limitare la legittimazione attiva a far valere l'inosservanza dell'art. 108 § 3 TFUE soltanto ai concorrenti del beneficiario dell'aiuto illegale; di tal ch , anche i terzi, seppur non lesi sotto il profilo concorrenziale dall'aiuto *contra ius*, possono del pari vantare una posizione meritevole di tutela¹⁵.

La cerchia dei soggetti legittimati ad agire dinanzi al giudice amministrativo per far valere la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE risulta essere, quindi, molto ampia e non circoscritta al solo concorrente del beneficiario dell'aiuto illegale, fermo restando il rispetto dell'imprescindibile limite interno di una posizione giuridica qualificata in capo al terzo che si assume lesa (seppur non su un piano strettamente concorrenziale) dall'aiuto illegale. In tal senso si   posta la giurisprudenza amministrativa riconoscendo la legittimazione a invocare l'illegalit  dell'aiuto anche in capo a soggetti non annoverabili

fra i concorrenti del beneficiario dell'aiuto illegale¹⁶. In questa prospettiva, appare, quindi, plausibile includere fra i soggetti legittimati a invocare la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE l'AGCM, anche in virt  della speciale legittimazione ad essa conferita dall'art. 21-*bis* comma 1 l. 287/90.

IV. (Segue) IL CONTENUTO IMPUGNATORIO DEL RICORSO, IL TERMINE DI PROPOSIZIONE DELL'AZIONE E LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA

In linea generale, lo schema classico di iniziativa dinanzi al giudice amministrativo prevede l'impugnazione del provvedimento amministrativo concedente l'aiuto illegale al fine di ottenerne, anzitutto, l'annullamento.

Un atto amministrativo che disponesse un aiuto in spregio all'art. 108 § 3 TFUE sarebbe senza dubbio colpito da un'illegittimit  per violazione di legge¹⁷.

Del resto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia   costante nel ritenere illegittima una misura di aiuto attuata in violazione dell'art. 108 § 3 TFUE¹⁸, demandando, in tal caso, al giudice nazionale il compito di trarne tutte le conseguenze,

¹⁵ C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c. Staatssecretaris van Financi n - "Streekgewest"*, in *Racc.* 2005, p. I-00085. Nello stesso senso, v. § 72 della Comunicazione.

¹⁶ TAR Lombardia Brescia ord. 21 marzo 2006, n. 577, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, p. 906, che ha ravvisato la legittimazione di una societ  di gestione aeroportuale a fronte di aiuti illegali consistenti nella rideterminazione, in ribasso e, quindi, in danno degli enti gestori aeroportuali, dei diritti d'uso dovuti dalle compagnie aeree, beneficiarie delle misure in parola. Per contro, non appare correttamente calibrata la motivazione con cui il TAR Lazio Roma, sez. II, 31 maggio 2010, n. 14109, inedita, non ha ravvisato l'interesse dei concessionari di un bene pubblico a censurare, tra l'altro, per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, la complessa operazione costituita dal conferimento, previa sua sdemanializzazione, del bene immobile su cui essi operavano in favore di una societ  in mano pubblica in quanto incentrata proprio sul difetto di una lesione in termini di concorrenza in capo ai ricorrenti «operatori del settore delle carni all'interno del compendio de quo e, dunque, attivi in un mercato relativo *prima facie* non assimilabile a quello» della societ  beneficiaria.

¹⁷   noto il prevalente orientamento della giu-

risprudenza amministrativa secondo cui il provvedimento contrastante con il diritto dell'UE non   radicalmente nullo n  disapplicabile ma   colpito da un vizio di violazione di legge che lo rende annullabile e soggetto, pertanto, all'onere della tempestiva impugnazione, pena la sua inoppugnabilit . *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, p. 400; TAR Puglia Bari, sez. II, 11 aprile 2012, n. 712, inedita. Secondo Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 3, p. 1000, la nullit  del provvedimento amministrativo   configurabile nella sola ipotesi in cui esso sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto dell'UE (e quindi disapplicabile). Nell'ipotesi, dunque, in cui il mancato rispetto degli obblighi procedurali in tema di aiuti di Stato si configuri come "difetto assoluto di attribuzione" in relazione alla norma disponente l'ausilio ovvero come carenza degli "elementi essenziali" della fattispecie di cui all'art. 21-*septies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, si dovrebbe proporre un'azione di nullit  ai sensi dell'art. 31 comma 4 c.p.a. entro il pi  lungo termine di decadenza di centottanta giorni.

¹⁸ *Ex multis*, C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV CV c. Gemeente Rotterdam - "Residex Capital IV CV"*, non ancora pubblicata, punto 28.

conformemente al diritto nazionale, in punto di validità della misura¹⁹. Illegittimità che non è sanata *ex post* dalla sopravvenuta decisione di compatibilità della Commissione della medesima misura²⁰.

La tipica azione da proporsi in tal caso è, quindi, quella di annullamento con cui il ricorrente prospetta una ben precisa categoria di vizio-motivo consistente nella violazione dell'art. 108 § 3 TFUE²¹.

Sotto il profilo strutturale, a fondamento della propria domanda, il ricorrente ha l'onere di dimostrare, in primo luogo, la riconducibilità della misura contestata nel paradigma della nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107 TFUE, dando atto della contestuale presenza di tutti i requisiti costitutivi di tale nozione e, in secondo luogo, il mancato rispetto degli obblighi procedurali di cui all'art. 108 § 3 TFUE.

La qualificazione della misura impugnata come aiuto di Stato è, infatti, funzionale alla deduzione della sua illegittimità per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Qualora la dimostrazione della natura di aiuto di Stato della misura controversa richieda mezzi di prova che non siano nella disponibilità del ricorrente (ad esempio, implichi l'esame di documenti ignoti), è sufficiente, ai sensi dell'art. 64 c.p.a., fornire almeno un indizio di prova affin-

ché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori. Ciò in quanto, come è noto, il sistema probatorio del giudizio amministrativo impugnatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice.

Non è, invece, richiesto al ricorrente di spingersi fino a provare l'incompatibilità con il mercato interno della misura contestata, trattandosi, come è noto, di valutazione di esclusiva spettanza della Commissione.

L'azione di annullamento deve essere proposta nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni (art. 29 c.p.a.) decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto impugnato ovvero dal giorno di scadenza del suo termine di pubblicazione imposto *ex lege* (art. 41 comma 2 c.p.a.)²².

Quanto alla legittimazione passiva, il ricorrente deve, a pena di decadenza, evocare in giudizio l'autorità amministrativa concedente l'aiuto illegale in qualità di parte resistente nonché almeno uno dei beneficiari della misura contestata, ove evincibile dall'atto impugnato, in veste di controinteressato (art. 41 comma 2 c.p.a.), con successiva integrazione del contraddittorio per gli eventuali altri (art. 49 c.p.a.).

¹⁹ Ritiene il controllo preventivo della Commissione una condizione legale di efficacia, con effetti costitutivi, del provvedimento nazionale (legislativo o amministrativo) mediante il quale l'aiuto è stato adottato e posto in essere TAR Liguria, sez. II, 11 aprile 2008, n. 528, cit. La procedura di autorizzazione dinanzi alla Commissione costituisce, quindi, un subprocedimento incidentale, in funzione di presupposto e condizione di validità, del procedimento di diritto interno che conduce alla concessione degli aiuti.

²⁰ *Ex multis*, C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) - "CELF I"*, in *Racc.* 2008, p. I-00469, punto 40.

²¹ In sostanza, il ricorso avverso aiuti *contra ius* appare limitato, in punto di invalidità, a uno dei tre generali vizi di legittimità, vale a dire quello di violazione di legge, non residuando spazi per far valere l'eccesso di potere né l'incompetenza (v. artt. 29 c.p.a. e 21-*octies* comma 1, l. 241/1990).

²² È dubbia l'incidenza, ai fini della decor-

renza del *dies a quo* per impugnare, dell'art. 18 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha imposto «a tutte le pubbliche amministrazioni centrali, regionali e locali, le aziende speciali e le società *in house* delle pubbliche amministrazioni» la «pubblicità sulla rete internet» della concessione «di vantaggi economici di qualunque genere di cui all'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ad enti pubblici e privati» (articolo abrogato a far data dal 20 aprile 2013 dall'art. 53, comma 1, lett. *t*), d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e sostituito dall'art. 26 del medesimo d.lgs. n. 33/2013 con l'unica differenza di aver limitato l'obbligo di pubblicazione sulla rete internet solo per i vantaggi economici di importo superiore a mille euro). Peraltro, ai sensi dell'art. 32, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69, a far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. In proposito, v. TAR Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 445, inedita.

È dubbio, non constando precedenti giurisprudenziali sul punto, se, nell'ipotesi in cui l'aiuto illegale fosse concesso da un ente diverso dallo Stato (ad es., un ente territoriale oppure un'impresa pubblica), il ricorso debba comunque essere notificato, a pena di inammissibilità, anche allo Stato. Una piana applicazione delle regole processuali interne porterebbe a fornire risposta negativa al quesito. Per contro, si potrebbe ritenere che, indipendentemente dall'autorità che istituisce ed eroga l'aiuto, per il diritto dell'UE è pur sempre lo Stato il soggetto direttamente responsabile in caso di aiuti illegali con conseguente necessità di intamarlo in giudizio anche in ambito interno.

V. (*Segue*) ULTERIORI AZIONI ESPERIBILI. L'AZIONE DI RECUPERO DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE DI RECUPERO DEGLI INTERESSI DOVUTI PER LA DURATA DELL'AUTO ILLEGALE; L'AZIONE RISARCITORIA

Oltre all'azione di annullamento, avverso un aiuto illegale il ricorrente può esperire innanzi al giudice amministrativo ulteriori rimedi sfruttando il sistema aperto di domande attualmente previsto dal c.p.a.²³.

Va preliminarmente chiarito che la tipologia di azioni esperibili dipende dalla circostanza se l'aiuto illegale sia stato o meno già versato al beneficiario.

Ove, infatti, l'aiuto illegale, benché istituito, non sia stato ancora concreta-

mente percepito dal beneficiario, appare sufficiente, al fine di impedirne l'erogazione, l'esercizio dell'azione di annullamento con il relativo effetto demolitorio, verosimilmente affiancata dalla richiesta di una misura cautelare di sospensione del pagamento (su cui v. *infra* VI).

Lo scenario, invece, è destinato a mutare nell'ipotesi in cui l'aiuto illegale sia già stato corrisposto, in tutto o in parte.

In tal caso, infatti, oltre all'azione di annullamento, appare opportuno, al fine di conseguire un effetto utile, esperire anche una domanda volta a imporre all'amministrazione interessata il recupero dell'aiuto illegale²⁴. Tale domanda appare inquadabile nella categoria dell'azione di condanna codificata dall'art. 30 c.p.a. senza, tuttavia, che la disposizione ne tipizzi i contenuti²⁵.

Del resto, la suddetta norma va letta in combinato disposto con il successivo art. 34 comma 1 c.p.a. che, nell'elencare i tipi di sentenze di merito del giudice amministrativo, prevede, alla lett. c), la «condanna (...) all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio», dando così la stura alla possibilità di proporre azioni di condanna atipiche²⁶.

A tal proposito, occorre rammentare il consolidato orientamento della Corte di Giustizia secondo cui il giudice nazionale è tenuto, in linea di principio, a ordinare il recupero integrale dell'aiuto illegale proprio per tutelare i diritti individuali

²³ Per il principio di ordinaria atipicità delle tecniche di tutela azionabili per l'interesse legittimo dinanzi al giudice amministrativo, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela, v. Cons. St. ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, III, c. 31 ss.; Id., 29 luglio 2011, n. 15, in *Foro it.*, 2011, III, c. 501 ss.; Id., sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Guida al diritto*, 2013, 2, p. 96 ss.

²⁴ Nell'ipotesi in cui la posizione giuridica sia di diritto soggettivo, l'azione di condanna al recupero dell'aiuto illegale può proporsi in aggiunta a quella di accertamento.

²⁵ Potrebbe ritenersi non necessario esperire, oltre all'azione di annullamento, anche quella di condanna. Ciò in quanto l'annullamento della concessione dell'aiuto illegale comporterebbe comunque un effetto conformativo che imporrebbe all'amministrazione concedente di procedere al recupero (tutelabile poi, in caso di inadempimento,

con il ricorso per ottemperanza). Tale posizione, tuttavia, oltre a non sfruttare appieno le attuali potenzialità del c.p.a., non sembra la più coerente con il principio dell'efficacia diretta dell'art. 108 § 3 TFUE e con l'esigenza comunitaria di assicurare un'accelerazione, in sede nazionale, della tutela relativa al recupero dell'aiuto illegale.

²⁶ Secondo TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220, in *Foro amm.* TAR, 2012, 9, p. 2669, l'art. 34 c.p.a. non è da considerare una disposizione eccezionale, ma un'esemplificazione di un'azione ammessa in via generale.

²⁷ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 39-41. V., anche, § 30 ss. della Comunicazione.

²⁸ Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, l'azione di condanna può, quindi, esperirsi in via autonoma sia nell'ipotesi in cui si versi al cospetto di una situazione giuridica di interesse legittimo sia di diritto soggettivo.

del ricorrente lesi dalla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE²⁷.

Quello che, quindi, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia viene definito «potere del giudice nazionale di ordinare la restituzione», sul versante del processo amministrativo si atteggia, in ossequio al principio della domanda, come richiesta, da parte del ricorrente, di condanna dell'amministrazione al recupero dell'aiuto illegale dal beneficiario.

L'azione in parola potrà essere proposta contestualmente a quella di annullamento o, trattandosi di controversie rientranti nei casi di giurisdizione esclusiva, anche in via autonoma (art. 30 comma 1 c.p.a.)²⁸.

Il ricorrente può, inoltre, chiedere che la condanna dell'amministrazione al recupero dell'aiuto illegale includa, oltre all'importo nominale, anche gli interessi dovuti per tutta la durata della violazione²⁹. Quanto al metodo di calcolo degli interessi che il giudice dovrà indicare all'amministrazione nella pronuncia di condanna, in assenza di specifiche indicazioni a livello del diritto dell'Unione europea, la valutazione andrà fatta sulla base delle pertinenti norme nazionali, tenendo conto, caso per caso, delle concrete circostanze della fattispecie³⁰.

²⁹ Secondo C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 50-52 e 55, il vantaggio economico dell'aiuto illegale non si limita, infatti, al suo importo nominale. Il beneficiario trae un vantaggio finanziario anche dall'esecuzione prematura dell'aiuto. Ciò è dovuto al fatto che se l'aiuto fosse stato notificato alla Commissione, la corresponsione sarebbe stata comunque effettuata più tardi, ragione per cui, per reperire i fondi in questione, il beneficiario sarebbe stato costretto a contrarre un prestito sul mercato dei capitali pagando interessi al tasso di mercato. L'esecuzione prematura dell'aiuto costringerà i concorrenti a subire, a seconda delle circostanze, prima di quando avrebbero dovuto, in termini di concorrenza, gli effetti dell'aiuto. Il beneficiario ha quindi ottenuto un indebito vantaggio. In questo contesto, «in forza del diritto comunitario il giudice nazionale è dunque tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità».

³⁰ In proposito, utili indicazioni possono trarsi al § 41 della Comunicazione.

³¹ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punto 55.

³² Non constando precedenti giurisprudenziali,

Si noti che, secondo la Corte di Giustizia, il recupero degli interessi può essere chiesto anche nell'ipotesi in cui, eccezionalmente, non ricorrano i presupposti per accogliere la domanda di recupero integrale dell'aiuto illegale (come, ad esempio, qualora la Commissione abbia adottato, sia prima che nelle more del giudizio dinanzi al giudice nazionale, una decisione di compatibilità dell'aiuto illegale)³¹.

Ulteriore azione esperibile innanzi al giudice amministrativo è la condanna dell'autorità concedente³² al risarcimento del danno ingiusto cagionato al ricorrente dall'aiuto illegale³³.

Si tratta, ovviamente, di un'iniziativa molto importante per il ricorrente in quanto, a differenza dell'azione volta al mero recupero dell'aiuto illegale e, quindi, al ripristino dello *status quo ante*, consente, ove accolta, di reintegrare direttamente la sfera patrimoniale del soggetto leso.

La violazione della clausola sospensiva di cui all'art. 108 § 3 TFUE, in quanto avente efficacia diretta, è idonea, infatti, a far sorgere domande di risarcimento dei danni conformemente alla nota giurisprudenza *Francovich*³⁴ e *Brasserie du Pêcheur*³⁵ della Corte di Giustizia in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE³⁶.

ziali, è dubbio se l'azione risarcitoria debba essere proposta unicamente, o anche, contro lo Stato membro, unico soggetto responsabile in base al diritto dell'UE per la violazione *de qua*.

³³ Ai sensi dell'art. 7 comma 5 c.p.a., nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva la cognizione del giudice amministrativo si estende anche alle controversie risarcitorie per lesione di diritti soggettivi. Si rammenta che, ai sensi dell'art. 7 comma 2 c.p.a. «per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». Esula, invece, dalla giurisdizione del giudice amministrativo l'azione risarcitoria contro il beneficiario dell'aiuto illegale.

³⁴ C. giust. UE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifazi e altri c. Repubblica italiana - "Francovich"*, in *Racc.* 1992, p. I-3547.

³⁵ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri - "Brasserie du Pêcheur"*, in *Racc.* 1996, p. I-1029.

³⁶ C. giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-

I ricorrenti possono, quindi, agire in conformità alle regole di diritto interno per ottenere nei confronti dell'autorità concedente il risarcimento dei danni patiti per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE.

Sotto il profilo processuale, ai sensi dell'art. 30 comma 1 c.p.a., la domanda risarcitoria può essere introdotta anche in via autonoma ed indipendentemente dalla preventiva impugnazione dell'atto amministrativo concedente l'aiuto illegale. In caso di lesione di interessi legittimi, la domanda risarcitoria deve essere proposta nel termine di decadenza di centoventi giorni «decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo» (art. 30 comma 3 c.p.a.)³⁷ oppure, se è stata formulata azione di annullamento, può essere promossa «nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza» (art. 30 comma 5 c.p.a.). Se, invece, la natura giuridica della situazione soggettiva dedotta in giudizio è di diritto soggettivo, per la domanda risarcitoria vale il termine prescrizionale.

Sul piano dei principi sostanziali, il ricorrente ha l'onere di dimostrare le tre note condizioni cumulativamente necessarie elaborate a tal fine dalla Corte di Giustizia: *i*) che la norma dell'Unione europea violata sia preordinata a conferire diritti in capo ai singoli; *ii*) che tale violazione sia manifesta e grave; *iii*) che esista un nesso di causalità diretto fra la violazione invocata e il danno subito dall'interessato.

173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana* - "Traghetti del Mediterraneo", in *Racc.* 2006, p. I-05177, punto 41, ha confermato che la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato determini la responsabilità diretta degli Stati membri. In tal senso, v. nota 75 della Comunicazione.

³⁷ Il secondo periodo del comma 3 dell'art. 30 precisa che «Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperienza degli strumenti di tutela previsti». Sull'interpretazione di tale disposto e sulla complessa tematica della c.d. pregiudizialità amministrativa, v. Cons. St. ad. plen. 23 marzo

In caso di aiuti illegali, non sembra revocabile in dubbio che l'art. 108 § 3 TFUE sia una norma tributaria di diritti individuali, tanto cogente e precisa nel prescrivere un obbligo di risultato (come quello di *non facere* posto dalla clausola di *standstill*)³⁸ che ogni sua violazione ben può, in linea di principio, ritenersi *ex se* manifesta e grave³⁹.

A tal proposito, pare opportuno precisare che fra i presupposti costitutivi della responsabilità dello Stato da violazione del diritto dell'Unione europea, per come costantemente individuati dalla Corte di Giustizia, non vi è un elemento di natura soggettiva relativo alla natura dolosa o colposa della condotta illecita posta in essere dagli organi statuali.

Per converso, fin da quando nel nostro ordinamento interno è stata per la prima volta affermata la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi da attività provvedimentale⁴⁰, detta responsabilità è stata prevalentemente inquadrata nello schema della responsabilità aquiliana con la conseguente necessità di individuare tutti gli elementi dell'illecito extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, ivi incluso quello soggettivo.

Tuttavia, come rilevato dalla giurisprudenza⁴¹, si tratta di un'apparente dicotomia: gli indici rivelatori, individuati dalla Corte di Giustizia, del carattere "grave e manifesto" della violazione del diritto dell'Unione europea (e, quindi, di quella natura particolarmente qualificata della violazione che costituisce presupposto per l'affermazione della responsabilità dello Stato)⁴² si pongono in linea, in al-

2011, n. 3, cit.; Id., sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, p. 3442.

³⁸ Concl. Tesouro, 28 novembre 1995, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri* - "Brasserie du Pêcheur", in *Racc.* 1996, p. I-1029, punto 80.

³⁹ Cfr. i §§ 46-47 della Comunicazione.

⁴⁰ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, c. 2261 ss.

⁴¹ Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1, p. 104, che fa il punto sui principali approdi della Corte di Giustizia in materia.

⁴² C. giust. UE, 5 marzo 1996, "Brasserie du Pêcheur", cit., punto 56.

cuni casi coincidendo letteralmente, con i parametri e i criteri individuati dal giudice amministrativo per definire i contorni dell'elemento soggettivo dell'illecito che, come è noto, ruotano intorno al concetto di «errore scusabile» ovvero di inesigibilità di una condotta alternativa lecita⁴³.

In sostanza, facendo ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., l'accertata illegittimità dell'atto amministrativo rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della p.a., sulla quale, quindi, incombe l'onere di provare la scriminante dell'errore scusabile⁴⁴.

In quest'ottica, appare sufficiente per il ricorrente dimostrare la violazione dell'art. 108 § 3 TFUE come indice presuntivo della colpa dell'amministrazione concedente l'aiuto illegale alla quale spetterà di provare la scusabilità dell'errore.

Degli elementi costitutivi dell'illecito restano, dunque, essenzialmente il danno (nelle sue componenti di danno emergente e lucro cessante) e il nesso che causalmente lo collega alla violazione dell'obbligo di *standstill*⁴⁵.

Il ricorrente dovrà soddisfare il proprio onere probatorio in modo pieno⁴⁶ con riguardo a questi aspetti della pretesa risarcitoria azionata che, ovviamente, dipen-

dono dalle concrete circostanze fattuali dedotte in giudizio (differente è, ad esempio, il caso, anche in termini di quantificazione, del ricorrente-concorrente del beneficiario da quello del ricorrente-terzo pregiudicato dall'aiuto illegale)⁴⁷.

Infine, la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni per violazione della clausola di *standstill* è, in linea di principio, indipendente da qualsiasi indagine parallela della Commissione concernente l'aiuto illegale, considerato che un esame in corso, come è noto, non esime il giudice nazionale dall'obbligo di tutelare i diritti individuali in materia. Se il ricorrente è, infatti, in grado di dimostrare di aver subito uno specifico danno a causa dell'esecuzione prematura (e per ciò solo illegittima) dell'aiuto illegale e, più specificamente, in conseguenza del vantaggio temporale goduto dal beneficiario, non può escludersi la ricevibilità di azioni risarcitorie quand'anche la Commissione abbia già approvato l'aiuto nel momento in cui il giudice amministrativo si deve pronunciare.

VI. LA TUTELA CAUTELARE

Nell'ambito dei rimedi esperibili dinanzi al giudice amministrativo, la richiesta di misure cautelari si rivela particolar-

⁴³ In altre parole, secondo Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, cit., ricorre una sostanziale equivalenza fra il concetto nazionale di "errore scusabile" per accertare l'elemento soggettivo della colpa della p.a. e il concetto europeo di "violazione grave e manifesta".

⁴⁴ In questo modo, se non a una vera e propria sua inversione, si è pervenuti a un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente al privato in forza del quale – e in ciò consiste l'elemento di "atipicità" di tale regime rispetto a quello generale ex art. 2043 c.c. – una volta accertata l'illegittimità dell'azione della p.a., è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile Cons. St., sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 11, p. 2374; Id., 11 gennaio 2010, n. 14, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1, p. 140.

⁴⁵ Anche ad ammettere che l'esistenza di un danno sia effettivamente provata (il che è, senz'altro, più agevole qualora alla violazione dello *standstill* si affianchi la decisione di incompatibilità della Commissione), resterebbe il non meno arduo compito di provare che esso sia stato causato proprio dall'erogazione dell'aiuto illegale, in

base a un nesso di causalità diretto difficile da stabilire se non forse in via presuntiva. Peraltro, il nesso di causalità potrebbe essere finanche del tutto interrotto dal comportamento negligente del danneggiato che ha, in ipotesi, determinato o contribuito con la sua condotta alla realizzazione del danno (principio generale comune agli ordinamenti degli Stati membri; in tal senso, C. giust. UE, 5 marzo 1996, "Brasserie du Pêcheur", cit., punto 84). Potrebbe, quindi, assumere rilievo la mancata tempestiva proposizione dell'azione di annullamento avverso l'atto concedente l'aiuto illegale. A riguardo, C. giust. UE, 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland - "Danske"*, in *Racc.* 2009, p. I-02119, punti 60-62.

⁴⁶ Trattandosi di azione risarcitoria, l'onere probatorio in capo al ricorrente è pieno ex art. 64 c.p.a. in quanto i fatti costitutivi sono comprovabili mediante fonti di prova nella sua disponibilità, non trovando applicazione il temperamento del principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova. *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2, p. 425.

⁴⁷ V. §§ 48-49 della Comunicazione.

mente efficace anche alla luce dell'armamentario previsto dal c.p.a.

È nota, infatti, l'attuale tripartizione di misure cautelari distinte in relazione alle diverse fasi di trattazione: misure cautelari monocratiche provvisorie *ante causam* (art. 61 c.p.a.); misure cautelari monocratiche provvisorie *intra causam* (art. 56 c.p.a.) e misure cautelari collegiali in corso di causa (art. 55 c.p.a.)⁴⁸.

È altresì noto che la tutela cautelare nel processo amministrativo ha ormai carattere innominato (nel rispetto, ovviamente, del principio della domanda)⁴⁹.

Lo spettro di domande cautelari proponibili sia *ante causam* che in seno al ricorso consente, quindi, di ritenere la tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo certamente idonea a salvaguardare le posizioni giuridiche vantate e a preservare l'efficacia dell'art. 108 § 3 TFUE.

Quanto ai presupposti dell'azione cautelare e al rito, trovano applicazione le regole ordinarie (v. artt. 55-62 c.p.a.).

Quanto al contenuto dei provvedimenti cautelari da richiedere, esso dipenderà dalla circostanza se l'aiuto illegale sia o meno già stato erogato.

L'ipotesi più semplice è, ovviamente,

quella dell'aiuto illegale non ancora percepito dal beneficiario.

In tal caso, la misura cautelare più idonea è quella della sospensione dell'esecutività del provvedimento amministrativo concedente l'aiuto illegale in modo da impedirne il versamento in attesa della decisione della controversia (in caso di imminente erogazione, la sospensione potrà richiedersi in via interinale *ante causam*).

Qualora, invece, l'aiuto illegale sia già stato corrisposto, facendo leva sul carattere atipico dei provvedimenti cautelari, la misura più idonea a tutelare nelle more la posizione del ricorrente (soprattutto se concorrente del beneficiario) appare essere quella di ingiungere all'amministrazione il recupero provvisorio dell'aiuto illegale, comprensivo degli interessi dovuti per la durata della violazione, in modo da privare il beneficiario della relativa disponibilità in attesa della decisione⁵⁰. In tal caso, si potrebbe ipotizzare di disporre il deposito dei fondi su un conto bloccato.

La circostanza che, in parallelo al giudizio, si svolga l'indagine presso la Commissione non sembra poter esentare il giudice amministrativo dall'adottare le richieste misure cautelari, pena il venir meno all'obbligo di tutelare i diritti indivi-

⁴⁸ A differenza della terza che è la misura cautelare ordinaria del processo amministrativo che permane fino alla decisione del merito della causa, le prime due sono forme di tutela cautelare meramente provvisorie con la funzione di garantire il ricorrente solo per il tempo necessario a ottenere rispettivamente la misura cautelare in corso di causa o la misura cautelare collegiale. Inoltre, mentre la prima tipologia è esperibile soltanto in ipotesi ben circoscritte («in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie»), le altre due presuppongono l'avvenuta notificazione del ricorso e sono ordinariamente ad esso incidentali (oppure proposte successivamente in modo separato).

⁴⁹ L'art. 55 comma 1 c.p.a., parla, infatti, di «misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso». L'atipicità della tutela cautelare vale, ovviamente, anche nell'ipotesi in cui la posizione dell'interessato sia qualificabile in termini di diritto soggettivo.

⁵⁰ Al § 61 della Comunicazione, la Commis-

sione ipotizza, nel rispetto del diritto procedurale nazionale, come rimedio più rapido, ove il giudice nazionale abbia *prima facie* la ragionevole convinzione che la misura in questione comporti un aiuto illegale, l'ordine del deposito dell'aiuto illegale e degli interessi dovuti su «un conto bloccato fino a quando non sia deciso il merito della controversia». Si dubita della percorribilità in sede giurisdizionale di tale rimedio in assenza di una specifica previsione normativa interna. Tuttavia, C. giust. UE, 11 marzo 2010, causa C-1/09, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministère de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)* - «CELF II», in *Racc.* 2010, p. I-2099, punto 37, sembra aver avallato il suggerimento della Commissione del versamento dei fondi su un conto bloccato per evitarne la disponibilità in capo al beneficiario. Peraltro, si fa presente che il deposito in un conto bloccato è stato introdotto nel nostro ordinamento non come misura cautelare a disposizione del giudice ma come strumento che l'amministrazione competente può porre in essere nelle ipotesi rientranti nel c.d. «impegno *Deggendorf*» (artt. 1 comma 1223, della l. 27 dicembre 2007, n. 296, e 46 della l. 234/2012).

duali discendenti dall'art. 108 § 3 TFUE. In siffatta ipotesi, qualora il giudice amministrativo preferisse attendere l'esito della valutazione di compatibilità della Commissione, un'ideale misura cautelare potrebbe pur sempre individuarsi nell'ordine del versamento dei fondi su un conto bloccato in modo da congelare nelle more la situazione.

Giova infine, rilevare che il nostro sistema di giustizia amministrativa conosce un rimedio molto rapido per poter porre termine alla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE: quello cioè di definire l'intera controversia con sentenza in forma semplificata da adottarsi, in presenza di tutti i presupposti previsti dall'art. 60 c.p.a., in occasione della camera di consiglio prevista per la trattazione della domanda cautelare.

VII. L'AMBITO COGNITORIO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E I PROVVEDIMENTI EROGABILI

Una volta investito di una controversia in tema di aiuti illegali, il giudice amministrativo deve anzitutto stabilire se, in base alla prospettazione del ricorrente, la misura di ausilio contestata rientri effettivamente nel paradigma della nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE e, in caso positivo, verificare se la stessa sia stata debitamente notificata alla Commissione e non attuata prima del suo *placet*.

Il giudice amministrativo può, quindi, qualificare in via interpretativa, in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, alla prassi decisionale della Commissione e ai suoi orientamenti o comunicazioni, la misura concessa come aiuto di Stato al solo scopo di accertare l'osservanza dell'art. 108 § 3 TFUE⁵¹.

L'area della cognizione del giudice amministrativo è, dunque, funzionale alla verifica del rispetto degli obblighi procedurali in materia di aiuti, restandogli assolu-

tamente preclusa qualsiasi valutazione in punto di compatibilità dell'aiuto, riservata esclusivamente alla Commissione.

La qualificazione della misura controversa come aiuto di Stato può, in alcuni casi, rivelarsi assai problematica poiché – specie se la destinataria del presunto aiuto è un'impresa pubblica – spesso presuppone la disponibilità di approfonditi studi di carattere economico su scala europea (ad esempio, quando occorre capire se l'aiuto pregiudica o meno gli scambi fra gli Stati membri) che le parti non sempre sono in grado di fornire e il giudice di ponderare adeguatamente. Per ovviare a simili difficoltà, il giudice amministrativo può chiedere il parere della Commissione (ad esempio, sul se una determinata misura configuri un aiuto di Stato ovvero se sia soddisfatto uno dei requisiti costitutivi di tale nozione)⁵² oppure può (*rectius* in caso di giudice di ultima istanza, deve) utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, investendola del quesito se la misura sottoposta al suo vaglio sia o meno suscettibile nella nozione di aiuto di Stato.

Il giudice amministrativo ha l'obbligo di tutelare in modo pieno e definitivo i diritti individuali in caso di violazione dell'art. 108 § 3 TFUE indipendentemente da qualsiasi indagine parallela della Commissione concernente la stessa misura. Anche in pendenza del procedimento innanzi alla Commissione, il giudice amministrativo deve pronunciarsi sulla violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, non essendo tenuto né a declinare la propria competenza né a sospendere il giudizio in attesa della decisione della Commissione.

I provvedimenti giurisdizionali concretamente erogabili dal giudice amministrativo dipendono, in ossequio al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, dalla domanda fatta valere in giudizio dal ricorrente⁵³.

⁵¹ C. cost. 10 giugno 2011, n. 185, in *Giur. cost.*, 2011, 3, p. 2398 ss.

⁵² V. § 89 ss. della Comunicazione. Il giudice amministrativo può, inoltre, chiedere alla Commissione di trasmettergli le informazioni procedurali e i documenti pertinenti in suo possesso (v. § 82 ss. della Comunicazione). Per una recente ri-

chiesta di parere alla Commissione v. Cons. St., sez. VI, ord. 12 giugno 2012, n. 3425.

⁵³ A sua volta, la domanda proposta in giudizio dal ricorrente varia in funzione, come si è detto, della situazione giuridica dedotta in giudizio, del tipo di misura contestata (ad esempio, se sovvenzione o esenzione da una prestazione im-

In linea di principio, il giudice amministrativo, ove riscontri l'effettiva violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, deve accogliere una domanda di recupero degli aiuti illegali⁵⁴, a meno che non sussistano circostanze eccezionali ostative alla ripetizione. Il criterio giuridico da applicare in tal caso dovrebbe, quindi, essere analogo a quello di cui all'art. 14 Reg. 659/1999 che inibisce il recupero qualora esso «sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario»⁵⁵. In quest'ottica, possono rilevare in senso ostativo al recupero soltanto le circostanze che impedirebbero alla Commissione di provvedere in tal senso con la decisione di incompatibilità.

In proposito, sono note le limitate possibilità per il beneficiario di invocare il proprio legittimo affidamento contro un ordine di recupero della Commissione stante la nozione di "operatore economico diligente" elaborata dalla Corte di Giustizia (su cui *infra* X).

Per non condannare l'amministrazione al recupero occorre, quindi, che il giudice amministrativo accerti la sussistenza di circostanze eccezionali che abbiano suscitato legittime aspettative in capo al beneficiario, come, esemplificativamente, quando la Commissione abbia fornito precise assicurazioni sulla non riconducibilità della misura in questione alla nozione di aiuto di Stato oppure sulla

sua non assoggettabilità alla clausola di *standstill*⁵⁶.

Peraltro, secondo il più recente orientamento della Corte di Giustizia, qualora la Commissione abbia adottato, prima o in pendenza del giudizio, una decisione positiva sulla compatibilità della misura con il mercato unico, il giudice nazionale, ove richiesto, non è tenuto, in base al diritto dell'UE, a ordinare il recupero integrale dell'aiuto illegale⁵⁷.

Tuttavia, il giudice amministrativo, ove richiesto dal ricorrente, deve comunque pronunciarsi sulla condanna dell'amministrazione a richiedere al beneficiario il pagamento degli interessi per il periodo di illegalità in modo da eliminare l'indebito vantaggio derivante dalla concessione prematura dell'aiuto illegale⁵⁸.

Resta altresì fermo che il giudice amministrativo, pur dopo l'adozione di una decisione positiva della Commissione, debba comunque statuire sulla validità della misura. La successiva decisione positiva della Commissione non produce, infatti, l'effetto di sanare *ex post* l'invalidità dell'aiuto illegale⁵⁹.

In quest'ottica, la giurisprudenza amministrativa ha comunque annullato il provvedimento amministrativo concedente l'aiuto illegale benché fosse sopraggiunta nella more del giudizio una decisione di compatibilità da parte della Commissione⁶⁰.

posta), della posizione del medesimo ricorrente (se concorrente del beneficiario o altro terzo interessato), dell'essere stato l'aiuto già implementato o meno.

⁵⁴ In caso di difficoltà per la quantificazione dell'importo dell'aiuto illegale da recuperare, il giudice amministrativo può chiedere assistenza alla Commissione (v. § 36 della Comunicazione) così come per il calcolo degli interessi e per il tasso di interesse da applicare (v. §§ 42 e 91).

⁵⁵ V. § 32 della Comunicazione. Sull'analisi di situazione nell'ordinare il recupero fra la Commissione in sede di scrutinio di compatibilità e il giudice nazionale adito per violazione dell'art. 108 § 3 TFUE, cfr. Concl. Jacobs, 14 dicembre 1995, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri - "SFEI"*, in *Racc.* 1996, p. I-03547, punto 75.

⁵⁶ In caso di dubbio sulla sussistenza di circostanze eccezionali impeditive del recupero, il giudice amministrativo può ricorrere all'assistenza della Commissione (§ 91 della Comunicazione).

⁵⁷ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 45-49.

⁵⁸ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 50-52. Tuttavia, se questo è l'obiettivo del pagamento degli interessi, ci si chiede se non sia più corretto che lo ordini la Commissione nelle sue decisioni di compatibilità dell'aiuto illegale. Il che, peraltro, sarebbe anche maggiormente aderente al carattere di giurisdizione soggettiva del nostro processo amministrativo.

⁵⁹ C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Repubblica francese - "FNCE"*, in *Racc.* 1991, p. I-5505, punti 16-17.

⁶⁰ TAR Sardegna, sez. I, 14 marzo 2009, n. 306, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3, p. 918 ss., secondo cui «la valutazione di compatibilità espressa a sanatoria in un periodo successivo (nel caso di specie molti anni dopo l'adozione delle misure)

VIII. I MEZZI DI IMPUGNAZIONE E L'OTTEMPERANZA

Quanto alle impugnazioni, non distinguendosi le sentenze in tema di controversie concernenti gli aiuti illegali dalla generalità delle pronunce del giudice amministrativo, trovano applicazione gli ordinari mezzi previsti dall'art. 91 c.p.a. con applicazione delle relative regole.

L'amministrazione erogante è tenuta a ottemperare al *dictum* giudiziale, anche cautelare, adottando, ove necessario, tutti gli atti amministrativi volti al recupero dell'aiuto illegale con la maggiorazione degli interessi.

In caso di inadempimento, la parte interessata può agire con lo strumento dell'azione di ottemperanza, ai sensi dell'art. 112 c.p.a., al fine di ottenere l'attuazione del *decisum* giurisdizionale ineseguito in tutto o in parte⁶¹. Il giudizio seguirà le comuni regole del procedimento di ottemperanza (artt. 113 ss. c.p.a.).

IX. LA TUTELA DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN CASO DI RECUPERO DI AIUTI INCOMPATIBILI

Ai sensi dell'art. 49 comma 2 l. 234/2012, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione della Commissione di recupero di aiuti di Stato illegali e incompatibili di cui all'art. 14 Reg. 659/1999 «a pre-

scindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Tutte le controversie relative all'implementazione nell'ordinamento interno della decisione di recupero della Commissione, indipendentemente dalla tipologia della misura di ausilio in questione e dal soggetto erogante, rientrano, quindi, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In linea generale, è plausibile ritenere che si tratti di giudizi promossi dai beneficiari per contestare il recupero a loro carico.

X. PROFILI PROCESSUALI: L'OGGETTO DEL GIUDIZIO, IL RITO, LA FASE CAUTELARE

Oggetto di contestazione è la pretesa di recupero avanzata dall'amministrazione⁶² nei cui confronti il beneficiario può dedurre, in via esemplificativa, motivi di illegittimità⁶³ ovvero l'errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione oppure nel calcolo della somma da recuperare nonché eccepirne l'intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 51 l. 234/2012.

Soltanto raramente tale contestazione potrà estendersi a porre in dubbio la legittimità della decisione della Commissione sulla quale si fonda il provvedimento impugnato.

Per giurisprudenza pacifica, infatti, qualora il beneficiario, pur essendone legittimato ai sensi dell'art. 263 TFUE, non abbia tempestivamente impugnato la decisione della Commissione, lo stesso non

può comportare effetti nei rapporti fra lo Stato e la Comunità europea, la quale eventualmente rinuncia a ulteriori sanzioni, ma non fa venir meno l'illegittimità del beneficio attribuito in base a una normativa non preventivamente notificata alla Commissione».

⁶¹ Per quanto qui rileva, oltre che per le sentenze passate in giudicato, l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione anche delle sentenze di primo grado e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo. Per l'esecuzione delle misure cautelari inattuate in tutto o in parte v. art. 59 c.p.a.

⁶² Ai sensi dell'art. 48 comma 2 l. 234/2012, il decreto ministeriale di recupero individua, ove necessario, i soggetti tenuti alla restituzione dell'aiuto, accerta gli importi dovuti, determina le modalità e i termini del pagamento e costituisce titolo esecutivo nei confronti degli obbligati. Lo

stesso vale per il provvedimento di recupero dell'ente territoriale competente. Appare plausibile ritenere che siano questi i provvedimenti di recupero da contestare, ove comunicati al beneficiario. Avverso la riscossione effettuata da Equitalia S.p.A. o dal concessionario per la riscossione delle entrate dell'ente territoriale interessato sembrano, invece, potersi dedurre soltanto eventuali vizi formali/procedurali. Se si volesse operare un parallelismo, si potrebbe far riferimento alla nota distinzione del c.p.c. fra opposizione all'esecuzione (ove si contesta l'*an* della pretesa esecutiva) e agli atti esecutivi (ove si contesta il *quomodo* dell'azione esecutiva attraverso il processo).

⁶³ Sui limiti del sindacato di legittimità del giudice nazionale sull'atto interno esecutivo della decisione di recupero della Commissione c. C. giust. UE, 5 maggio 2001, causa C-305/09, *Com-*

può più metterne in discussione la validità dinanzi al giudice nazionale nell'ambito di una controversia concernente i provvedimenti adottati dall'amministrazione in esecuzione della medesima decisione (pena, altrimenti, una facile elusione del termine decadenziale per ricorrere previsto dall'art. 263 TFUE)⁶⁴.

In tal caso, quindi, il giudice amministrativo non potrà annullare gli atti esecutivi interni della decisione di recupero della Commissione per motivi attinenti alla sua validità, essendo ad essa vincolato, ma soltanto per profili strettamente inerenti all'attività esecutiva posta in essere.

Viceversa, nei casi in cui la legittimazione del beneficiario a impugnare la decisione della Commissione non sia così manifesta⁶⁵, quest'ultimo può contestare il provvedimento interno di recupero facendo valere dinanzi al giudice amministrativo l'illegittimità della decisione della Commissione. In tal caso, il giudice amministrativo, non potendosi pronunciare sulla validità degli atti della Commissione, deve sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE⁶⁶.

Per converso, non sembra che il giudice amministrativo incontri le suddette limitazioni per il rinvio pregiudiziale qualora sollevi *ex officio*, e non su richiesta di parte, la questione della legittimità della decisione della Commissione⁶⁷.

missione europea c. Repubblica italiana, in *Racc.* 2011, p. I-03225, punti 45-48.

⁶⁴ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese - "Scott"*, in *Racc.* 2006, p. I-10071, punti 59-60.

⁶⁵ Ad esempio perché la misura era un regime di aiuti di ampia portata (riguardante cioè una categoria di soggetti non individuabili a priori) per cui il ricorrente può non essere in grado di dimostrare un interesse individuale. In tal caso, spetta al giudice amministrativo valutare se il ricorrente avrebbe potuto impugnare la decisione della Commissione in quanto indiscutibilmente legittimato.

⁶⁶ C. giust. UE, 23 febbraio 2006, cause riunite C-346 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e a., Marco Scalas e Renato Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna - "Atzeni"*, in *Racc.* 2006, p. I-01875, punti 30-34.

⁶⁷ C. giust. UE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione*

Fra i motivi di asserita illegittimità del provvedimento di recupero il beneficiario difficilmente potrà invocare la lesione del proprio legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto.

Salve specifiche ed eccezionali circostanze da comprovare adeguatamente⁶⁸, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che il suddetto principio possa essere favorevolmente addotto soltanto qualora l'aiuto sia stato concesso nel rispetto degli obblighi procedurali di previa notifica e *standstill* atteso che un «operatore economico diligente» deve essere normalmente in grado di accertarsi del loro rispetto, essendo altrimenti prevedibile la precarietà della misura⁶⁹. Di conseguenza, fino a quando la Commissione non abbia assunto una decisione positiva che sia divenuta definitiva perché non tempestivamente impugnata dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione europea ovvero perché confermata con sentenza passata in giudicato⁷⁰, il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto, unico elemento che può far sorgere in lui un legittimo affidamento.

Per le medesime ragioni non sembra che il beneficiario possa utilmente proporre un'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione erogante sostenendo di aver percepito l'aiuto in buona fede⁷¹.

Parimenti consolidata è la giurisprudenza nel ritenere che non può conte-

Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA - "Fondazioni Bancarie", in *Racc.* 2006, p. I-289, punti 72-73.

⁶⁸ C. giust. UE, 12 febbraio 2008, "CELF I", cit., punti 43-44.

⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2012 n. 3898, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 7-8, p. 2044; TAR Sardegna, sez. I, 19 gennaio 2011 n. 41, in *Giur. merito*, 2011, 4, c. 1120 e 29 novembre 2010 n. 2632, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, p. 3726; TAR Lombardia Milano, sez. III, 12 novembre 2009 n. 5059, in *Foro amm. TAR*, 2009, 11, p. 3062; TAR Marche, sez. I, 15 aprile 2009, n. 216, in *Foro amm. TAR*, 2009, 4, p. 1085; TAR Lazio, sez. II-ter, 11 gennaio 2005, nn. 164, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1, p. 120 e 167, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2, p. 552 e 3 marzo 2005, n. 1644, inedita.

⁷⁰ C. giust. UE, 11 marzo 2010, "CELF II", cit., punto 45.

⁷¹ Il ragionamento appare essere il seguente: non rileva la buona fede del beneficiario di un aiuto qualora l'aiuto fosse fin da principio illegit-

starsi il provvedimento di recupero per mancata formale abrogazione della normativa istitutiva dell'aiuto in quanto la decisione negativa della Commissione ha efficacia diretta e immediata nell'ordinamento nazionale, prevalendo sulla contrastante disciplina interna suscettibile di disapplicazione⁷².

Quanto al procedimento, considerata l'importanza delle questioni e l'esigenza di una loro definizione in tempi rapidi, l'art. 49 comma 1 l. 234/2012 ha annoverato le controversie in parola fra quelle cui si applica il rito abbreviato previsto dall'art. 119 c.p.a.⁷³.

Tale rito si caratterizza, in particolare, per la netta riduzione dei termini processuali ordinari ed è stato introdotto per consentire una rapida definizione dei giudizi in determinati settori che, per la delicatezza delle materie considerate e la complessità dei contrapposti interessi giuridici coinvolti, necessitano di una drastica riduzione dei tempi del processo e di una significativa semplificazione dello svolgimento di determinate fasi⁷⁴.

Si tratta, quindi, di un procedimento speciale che manifesta soprattutto nella fase cautelare la sua peculiarità.

Si prevede, infatti, che il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, ove ritenga, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, non conceda la misura cautelare *ad hoc* ma si li-

miti a fissare la data di discussione del merito a breve termine⁷⁵ in un'ottica accelerativa (lo stesso avviene qualora, a fronte del rigetto dell'istanza cautelare da parte del TAR, il Consiglio di Stato dovesse accogliere l'appello).

Soltanto laddove ravvisi una situazione di «estrema gravità e urgenza» il giudice amministrativo può disporre le opportune misure cautelari, ferma restando la fissazione a breve del merito della causa.

In sostanza, la scelta del legislatore è stata quella di garantire alla categoria di controversie previste dall'art. 119 c.p.a. una sorta di corsia processuale preferenziale. A tal fine, si è limitata a situazioni eccezionali di estrema gravità e urgenza la concessione, da parte del giudice amministrativo, di concrete misure cautelari, ritenendo di poter conciliare i contrapposti interessi in gioco (la necessità di non ostacolare, con provvedimenti giurisdizionali provvisori adottati sulla base di una sommaria deliberazione, l'attività amministrativa in tali settori di rilevanza strategica, da un lato, e la tutela cautelare del ricorrente, dall'altro) mediante una celere trattazione del merito della controversia in vista di una sua rapida definizione con una pronuncia definitiva.

Tale sistema, nella misura in cui prevede presupposti più stringenti per la concessione della misura cautelare nonché una procedura accelerata di definizione della controversia, sembra, quindi, coe-

timo; in quanto illegittimo non doveva essere erogato e, pertanto, il beneficiario non può reclamare di aver subito un danno posto che non avrebbe avuto diritto a queste somme. Peraltro, facendo leva sul concetto di "operatore economico diligente", si potrebbe ritenere che il beneficiario che non abbia previamente verificato il rispetto degli obblighi procedurali non possa utilmente dolersi nei confronti dell'amministrazione erogante del danno subito, poiché la sua condotta negligente lo ha reso corresponsabile della violazione accettando un aiuto illegale ovvero ha inciso sul nesso causale tra atto illecito ed evento dannoso (art. 1227 c.c.).

⁷² Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 465, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 126; Id., 16 settembre 2002, n. 4658, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2143; Id., 16 settembre 2003, n. 5250, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 1944; TAR Sardegna, sez. I, 23 maggio 2007, n. 1204, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, p. 2234.

⁷³ L'art. 49 comma 1 l. 234/2012 ha, infatti, novellato l'art. 119 comma 1 c.p.a. aggiungendovi la lettera *m-quinquies* che contiene la tipologia di controversie in esame.

⁷⁴ In estrema sintesi, il rito abbreviato si caratterizza per i seguenti aspetti: *i*) tutti i termini processuali del rito ordinario sono dimezzati ad eccezione, nei giudizi di primo grado, di quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli relativi all'appello cautelare previsti dall'art. 62 c.p.a.; *ii*) vigono regole particolari per la fase cautelare (v. testo); *iii*) è prevista la pubblicazione del dispositivo di sentenza su richiesta di parte; *iv*) si consente l'appello avverso il dispositivo con riserva dei motivi da proporre successivamente.

⁷⁵ Il comma 3 dell'art. 119 c.p.a. parla di «prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza».

rente con l'esigenza, prevista dall'art. 14 comma 3 Reg. – 659/1999, di effettuare il recupero «senza indugio» sottostante all'intervento dell'autorità nazionale.

Occorre aggiungere che, nei limiti in cui al beneficiario, come si è anticipato, sia consentito contestare il provvedimento di recupero invocando l'illegittimità della decisione della Commissione, il giudice amministrativo può sospendere la misura interna se, oltre ai predetti requisiti, ricorrono anche le condizioni previste dalla giurisprudenza «*Zuckerfabrik*»⁷⁶ e «*Atlanta*»⁷⁷, vale a dire: *i*) si nutrano «gravi riserve» sulla validità della decisione della Commissione; *ii*) ricorrono gli «estremi dell'urgenza nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile»; *iii*) si tenga pienamente conto dell'interesse dell'Unione europea; e *iv*) si rispettino le pronunce del giudice dell'Unione europea in ordine alla legittimità della decisione della Commissione o a un'ordinanza rivolta alla Commissione «in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi».

In caso di accoglimento dell'istanza cautelare per motivi attinenti all'illegittimità della decisione della Commissione, il giudice amministrativo sospende l'esecutività del provvedimento impugnato non-

ché il giudizio *ex art.* 79 c.p.a. provvendo all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia⁷⁸. Qualora fosse già pendente analoga questione, il giudice amministrativo, nel sospendere il giudizio in attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia, può disporre le più opportune misure provvisorie per la salvaguardia nelle more degli interessi delle parti⁷⁹.

Per il resto, il giudizio non si distingue dalla generalità delle controversie amministrative.

XI. AZIONI ESPERIBILI IN CASO DI INERZIA NELL'ESECUZIONE DELLA DECISIONE DI RECUPERO DELLA COMMISSIONE

Qualora nel termine di due mesi dalla notifica della decisione di recupero della Commissione previsto dall'art. 48 comma 2 l. – 234/2012 non sia stato adottato il provvedimento di recupero, il terzo interessato (verosimilmente il concorrente del beneficiario) può, mediante la tipica azione avverso il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a.⁸⁰, contestare l'inerzia dell'amministrazione al fine di far accertare, in capo ad essa, l'obbligo di provvedere⁸¹. Peraltro, trattandosi di attività vincolata, il ricorrente può anche chiedere, ai sensi dell'art. 31 comma 3 c.p.a., la condanna dell'amministrazione all'adozione dell'atto di recupero entro un termine congruo (non superiore, di norma, a trenta giorni)⁸².

scadenza del termine di conclusione del procedimento.

⁸¹ A differenza dei classici casi in cui l'amministrazione esercita un potere ampliativo della sfera giuridica del richiedente, nell'ipotesi in esame siamo in presenza di un potere restrittivo, da esercitarsi *ex officio* nel termine di due mesi dalla notifica della decisione di recupero della Commissione, che si estrinseca in un provvedimento diretto a produrre effetti sfavorevoli verso terzi, qual è il provvedimento di recupero a carico del beneficiario. Nei confronti di tale potere il terzo concorrente appare titolare di un interesse strumentale a richiedere l'emanazione del provvedimento restrittivo, a tal fine legittimato per la propria posizione differenziata e qualificata in quanto il suo interesse è direttamente tutelato dalle norme comunitarie in materia di concorrenza (per una fattispecie simile, v. Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 5, p. 1568).

⁸² In siffatta ipotesi, il ricorrente è tenuto a esercitare l'azione di condanna al rilascio del

⁷⁶ C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e 92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH contro Hauptzollamt Paderborn - "Zuckerfabrik"*, in *Racc.* 1991, p. I-00415, punto 33.

⁷⁷ C. giust. UE, 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft - "Atlanta"*, in *Racc.* 1995, p. I-03761, punto 51.

⁷⁸ È dubbio se la suddetta tutela cautelare possa essere accordata anche qualora il ricorrente, pur avendo impugnato dinanzi all'autorità giurisdizionale dell'Unione europea la decisione della Commissione di recupero, non ne abbia richiesto la sospensione ai sensi dell'art. 278 TFUE ovvero non gli sia stata concessa.

⁷⁹ C. giust. UE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd - "Masterfoods"*, in *Racc.* 2000, p. I-11369, punto 58.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 31 comma 2 c.p.a. l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla

In tal caso, trova applicazione lo speciale rito avverso l'inerzia dell'amministrazione di cui all'art. 117 c.p.a. che può portare altresì alla nomina di un commissario *ad acta* il quale, in caso di persistente inadempimento dell'amministrazione, provvede in luogo di questa.

Il ricorrente può anche esperire l'azione risarcitoria, congiuntamente⁸³ a quella avverso il silenzio o disgiuntamente⁸⁴ da essa, per il danno ingiusto derivante dal mancato esercizio di attività amministrativa obbligatoria (art. 30 comma 2 c.p.a.), come quella in esame⁸⁵.

Rispetto alla violazione degli obblighi procedurali di notifica e di *standstill*, la tardiva esecuzione, da parte delle autorità nazionali, di una decisione di recupero appare ancora più grave in quanto finalizzata non solo a garantire il rispetto delle regole ma anche a ripristinare quel *level*

playing field necessario per il corretto funzionamento di un sistema di concorrenza non falsata⁸⁶.

MARCO MARTINELLI

Bibliografia

L. DANIELE, «Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea», in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, (a cura di) C. SCHEPISI, Torino, 2011, p. 159 ss.; E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006, spec. p. 189 ss.; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Padova, 2012, spec. p. 93 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; A. TEDOLDI, «La tutela dinanzi ai giudici nazionali in caso di aiuti illegali», in *Concorrenza e aiuti di Stato*, (a cura di) A. SANTA MARIA, Torino, 2006, p. 295 ss.

provvedimento richiesto contestualmente all'azione avverso il silenzio (art. 34 comma 1, lett. c), ult. per. c.p.a.).

⁸³ In tale prima ipotesi, il giudice amministrativo definisce con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e tratta con il rito ordinario la domanda risarcitoria (art. 117 comma 6 c.p.a.).

⁸⁴ In tale seconda ipotesi, il termine per proporre autonomamente l'azione risarcitoria è quello di decadenza previsto dall'art. 30 comma 4 c.p.a. Tuttavia, la mancata attivazione del rito sul silenzio può rilevare ai fini dell'art. 1227 c.c. in ordine all'accertamento della spettanza del risarcimento nonché alla quantificazione del danno risarcibile. In tal senso, v. TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012 n. 450, in *Foro amm. TAR*, 2012, 5, p. 1769.

⁸⁵ Particolarmente difficile è la prova del nesso eziologico atteso che grava sul ricorrente l'onere di dimostrare che il danno subito sia una conseguenza diretta del recupero tardivo. Peraltro, si discute se il mero ritardo procedimentale nell'adozione del provvedimento (come quello di recupero) possa costituire di per sé causa di risarcimento del danno soprattutto nell'ipotesi in cui si tratti, come nella specie, di tardiva emanazione di provvedimenti sfavorevoli per terzi soggetti. Per l'orientamento favorevole a riconoscere la risarcibilità del danno per mera perdita di tempo v. TAR Campania Napoli, sez. VII, 9 novembre 2012 n. 4538, in *Foro amm. TAR*, 2012, 11, p. 3608; in senso contrario, v. TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 20 novembre 2012 n. 1120.

⁸⁶ V. § 69 della Comunicazione.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice civile prima della riforma della l. 234/2012

Sommario: I. IMPATTO DELLA LEGGE 24 DICEMBRE 2012, N. 234 SULLE AZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO; II. AZIONE DI OPPOSIZIONE A PROVVEDIMENTI DI RECUPERO. – 1. La disciplina processuale applicabile *ratione temporis*. – 2. Individuazione del giudice competente e fase introduttiva del giudizio. – 3. La sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero. – 4. Condizioni per la concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero. – 5. Il procedimento di opposizione. – III. AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO. – 1. Azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE. – 2. Azione risarcitoria del beneficiario dell'aiuto di stato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE. – 3. Azione del concorrente contro il beneficiario per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE. – IV. AZIONE DI RESTITUZIONE PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO.

I. IMPATTO DELLA LEGGE 24 DICEMBRE 2012, N. 234 SULLE AZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Con l'art. 49 l. 24 dicembre 2012, n. 234 – testo di legge pubblicato nella G.U. n. 3 del 4 gennaio 2013, entrata in vigore il 19 gennaio 2013, recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea» il legislatore, innovando gli artt. 119, comma 1 c.p.a. e 133, comma 1 c.p.a. – introducendovi rispettivamente la lettera *m*-*quinquies* e *z*-*sexies* – ha stabilito, da un lato, che il rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a. si applica anche ai giudizi aventi ad oggetto le controversie relative «agli atti ed ai provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'art. 14 Reg. 659/2009/CE del

Consiglio, 22 marzo 1999» e, dall'altro lato, che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, § 3, TFUE e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Alla luce di questa modifica normativa sul riparto di giurisdizione in materia di aiuti di Stato, le regole processuali di cui tra poco diremo circa il procedimento di opposizione, le azioni di risarcimento del danno, nonché l'azione di restituzione, continueranno ad applicarsi ai giudizi in corso ed instaurati prima del 19 gennaio 2013. Successivamente a tale data, in ossequio alle prescrizioni della citata l. 234/2012, nella parte in cui ha incluso la materia degli aiuti di Stato nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si seguiranno invece le regole processuali del giudizio dinanzi al G.A.

II. AZIONE DI OPPOSIZIONE A PROVVEDIMENTI DI RECUPERO

Come è noto, il diritto Ue consente alla Commissione europea di ingiungere allo Stato membro di recuperare gli aiuti di Stato ritenuti incompatibili con il mercato comune presso i beneficiari¹ e la giurisprudenza della Corte di Giustizia è fermamente orientata ad imporre agli Stati membri il recupero degli aiuti messi a disposizione ovvero concessi in violazione delle norme comunitarie².

¹ C. giust. UE, 8 maggio 2003, cause riunite C-328/99 e 399/00, *Repubblica italiana e SIM 2 Multimedia S.p.A. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2003, p. I-4035.

² C. giust. UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, punto 61, in *Racc.* 1990, p. I-959; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, causa C-

169/95, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.* 1997, p. I-135, punto 47; C. giust. UE, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.* 2000, p. I-8717; C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.* 2004, p. I-3679.

È altrettanto noto che il recupero di un aiuto di Stato, illegittimamente erogato, deve avvenire nel rispetto delle norme di procedura fissate da ciascun ordinamento nazionale; di conseguenza, lo Stato che abbia erogato l'aiuto, poi dichiarato «illegale» o incompatibile con il mercato interno dalla Commissione europea, deve provvedere al suo immediato recupero presso il soggetto che ne abbia beneficiato³.

A fronte di questa azione di recupero l'impresa beneficiaria dell'aiuto, in disparte il profilo del riparto di giurisdizione in tema di aiuti di Stato – per il quale si rinvia alla voce «il riparto di giurisdizione degli artt. 102 e 108 § 3 TFUE» *sub* III.5 – ha potuto, dal 7 ottobre 2011 al 19 gennaio 2013, giorno di entrata in vigore della l. 234/2012, spiegare opposizione dinanzi al giudice civile seguendo le regole di cui tra poco diremo.

1. *La disciplina processuale applicabile ratione temporis.* – Prima della novella di cui alla citata l. 234/2012, la disciplina concernente l'opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato era dettata dall'art. 1 d.l. 8 aprile 2008, n. 59 – convertito con modificazioni dalla l. 6 giugno 2008, n. 101, come modificato dall'art. 34, comma 8, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 –, a mente del quale «i giudizi civili concernenti gli atti e le procedure volti al recupero di aiuti di Stato in esecuzione di una decisione di recupero adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, sono regolati dall'art. 9 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150».

Per il disposto dell'art. 36, comma 1, d.lgs. 150/2011, tale disciplina si applica ai procedimenti di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato instaurati dopo il 6 ottobre 2011.

Per le controversie, invece, già pendenti al 6 ottobre 2011 la disciplina processuale applicabile è (*rectius* era) quella indicata dall'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, prima

della novella di cui al d.lgs. 150/2011; di conseguenza, per esse si applica ancora oggi il rito dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 22 l. 24 novembre 1981, n. 689, nel testo *ante* d.lgs. 150/2011.

Non essendo, invece, predisposta alcuna normativa, prima dell'entrata in vigore dell'anzidetto art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, il giudizio di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, segue *tout court* la disciplina generale di cui al codice di procedura civile.

Tornando infine ai nostri giorni, dopo l'entrata in vigore della l. 234/2012, i giudizi in tema di aiuti di Stato, come sopra accennato, dovranno incardinarsi dinanzi al giudice amministrativo.

Da questa rassegna discende quindi, come già ricordato, che le regole processuali di cui appresso si applicano ai giudizi instaurati dopo il 6 ottobre 2011 e prima del 19 gennaio 2013.

Per l'arco temporale appena indicato, dunque, il procedimento di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato è regolato dall'applicazione combinata delle seguenti norme: *a*) l'art. 9 d.lgs. 150/2011; *b*) l'art. 6, commi 1, 6, 7, 8, 10, 11, 12, d.lgs. 150/2011, per effetto del richiamo ad esso operato dal predetto art. 9 d.lgs. 150/2011; *c*) le disposizioni generali contenute nel libro I c.p.c., la cui applicazione non sia espressamente esclusa; *d*) le norme del rito del lavoro contenute nel c.p.c. per mezzo del richiamo ad esse operato dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 150/2011 e la cui applicazione non sia espressamente esclusa; *e*) l'art. 2 d.lgs. 150/2011.

Occorre, inoltre, segnalare che al procedimento in parola si applicano le seguenti peculiarità rispetto alla disciplina generale del rito del lavoro contenuta nel c.p.c.: *a*) l'ordinanza di cui all'art. 423, comma 2, c.p.c., può essere concessa su istanza di ciascuna parte; *b*) la sentenza di primo grado di condanna è sempre provvisoriamente esecutiva; *c*) il giudice può esercitare i poteri officiosi di cui all'art. 421, comma 2, c.p.c., ma senza pos-

³ Cass., 1° giugno 2012, n. 8817, in *Giur. it.*, 2012, 2191 ss.

sibilità di derogare ai limiti in materia di prova sanciti dal codice civile.

Appare opportuno, peraltro, precisare che la riforma di cui al d.lgs. 150/2011, essendo applicabile alle controversie instaurate a far data dal 6 ottobre 2011 fino al 19 gennaio 2013, non ha ancora reso possibile il formarsi di una prassi applicativa sul tema oggetto del nostro studio e, pertanto, ci limiteremo a fornire le coordinate interpretative ed applicative così come emergono dalla disciplina approntata dal patrio legislatore.

2. Individuazione del giudice competente e fase introduttiva del giudizio. – Fissato il quadro normativo di riferimento, bisogna innanzitutto prestare particolare attenzione all'individuazione del giudice ordinario competente a conoscere dell'opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato.

Iniziando dalla competenza in senso verticale preme osservare come non emergano modifiche rispetto al sistema vigente fino al 6 ottobre 2011: il giudice munito di competenza, infatti, va ancora individuato secondo le ordinarie regole di cui agli artt. 7 ss. c.p.c. In senso orizzontale, invece, qualcosa è cambiato. Nel sistema vigente fino al 6 ottobre 2011, l'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, nel richiamare l'art. 22 l. 24 novembre 1981, n. 689, individuava il giudice territorialmente competente in quello «del luogo in cui è stata commessa la violazione».

L'art. 9 d.lgs. 150/2011, invece, escludendo l'applicabilità del comma 2 dell'art. 6 dello stesso d.lgs., secondo cui «L'opposizione ad ordinanza-ingiunzione si propone davanti al giudice del luogo in cui è stata commessa la violazione», ha eliminato l'ancoraggio della competenza territoriale al luogo in cui sia commessa la violazione (*rectius* erogato l'aiuto poi dichiarato «illegale»); ne deriva che l'individuazione del giudice territorialmente competente è da effettuarsi secondo le regole generali di cui agli artt. 18 ss. c.p.c.

Il che, tuttavia, ha fatto sorgere un

dubbio di legittimità costituzionale del predetto art. 9 d.lgs. 150/2011, sotto il profilo dell'eccesso di delega, in quanto il comma 4 dell'art. 54 l. 69/2009 – ovvero sia la legge di delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili – obbligava il Governo a mantenere fermi i criteri di competenza precedentemente fissati dalla legislazione previgente.

Ad ogni modo, nel caso in cui la domanda giudiziale sia proposta ad un giudice incompetente, questi, nel declinare la propria competenza, deve disporre che la causa sia riassunta dinanzi all'autorità giudiziaria competente – secondo i criteri sopra evidenziati – a norma dell'art. 4, comma 4, d.lgs. 150/2011; riassunzione che, in assenza di specifica indicazione legislativa, è da eseguirsi a norma dell'art. 50 c.p.c. e, quindi, nel termine fissato dal giudice con l'ordinanza declinatoria di competenza o, in mancanza, in quello di tre mesi dalla comunicazione della predetta ordinanza.

Individuato il giudice competente, il procedimento di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato si propone con ricorso che, a pena di inammissibilità, deve essere depositato presso la cancelleria del giudice competente entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero.

Come peraltro stabilito dalla corte Costituzionale⁴, il legislatore ha precisato che il ricorso può essere depositato anche attraverso l'utilizzo del servizio postale, di modo che il deposito sarà tempestivo qualora la spedizione del plico avvenga entro il termine sopra evidenziato; in tale eventualità farà fede il timbro apposto sulla busta spedita alla cancelleria dell'ufficio giudiziario competente.

3. La sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero. – Dal momento che il procedimento di cui ci stiamo occupando ha natura oppositiva ed il provvedimento di recupero di un aiuto di Stato è dotato di immediata ese-

⁴ C. Cost., 18 marzo 2004, n. 98, in *Giur. it.*, 2004, p. 1809 ss.

cutività, l'art. 9 d.lgs. 150/2011, con i commi 2, 3 e 4, al pari di quanto precedentemente disciplinato dall'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, commi 1, 2 e 3, si preoccupa di regolare il meccanismo attraverso il quale chiedere ed ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento in discorso.

All'indomani dell'emanazione del d.lgs. 150/2011, un primo problema che si è posto agli interpreti è stato quello di comprendere il valore della deroga operata dall'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 all'art. 5 dello stesso decreto il quale, dal canto suo, disciplina la sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento impugnato attraverso uno qualsiasi dei procedimenti civili confluiti nel d.lgs. 150/2011.

Con maggiore impegno esplicativo, ci si è chiesti se l'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 deroghi all'intera disciplina dettata dall'art. 5 d.lgs. 150/2011, oppure se, per quanto non esplicitamente previsto da quello, valgano le prescrizioni contenute nell'anzidetto art. 5.

A tal proposito una parte della dottrina ha affermato che, abbracciando la seconda soluzione, si avrebbero due importanti conseguenze operative: a) sarebbe possibile chiedere ed ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato con decreto pronunciato fuori udienza e *inaudita altera parte* – salva successiva conferma della sospensione *de qua* con ordinanza entro la prima udienza successiva – giusto il disposto di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 150/2011; b) l'ordinanza con la quale il giudice abbia concesso ovvero negato la sospensione dell'efficacia esecutiva in discorso non sarebbe soggetta ad alcun rimedio, così come prescritto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 150/2011.

A sostegno di questa lettura deporrebbe un duplice argomento: uno di carattere letterale e l'altro più strettamente interpretativo.

Sotto il profilo letterale si è osservato che l'art. 9 d.lgs. 150/2011 si preoccupa di fissare esclusivamente i requisiti richiesti per ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero

di un aiuto di Stato, con la conseguenza di dover rintracciare *aliunde* le modalità attraverso le quali chiedere e conseguire la misura in discorso.

In chiave interpretativa, invece, si è affermato che l'operatività dell'anzidetto art. 5 d.lgs. 150/2011, alle controversie in tema di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, discenderebbe dalla constatazione che l'art. 9, comma 1, d.lgs. 150/2011 – nel rinviare in quanto compatibili alle disposizioni di cui all'art. 6 d.lgs. 150/2011 –, non esclude l'applicazione del comma 7 del predetto art. 6, a tenore del quale «l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'art. 5».

Questa lettura, a ben considerare, non appare condivisibile né convincente e presta il fianco ad almeno quattro rilievi critici.

In primo luogo, non sembra tenersi in debita considerazione il disposto dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 laddove espressamente deroga all'intera disciplina dell'art. 5 d.lgs. 150/2011.

In secondo luogo, non sembra affatto che la lettura in combinato degli artt. 5 e 9 del d.lgs. 150/2011 sia necessaria per affermare la possibilità per il giudice di sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato fuori udienza e *inaudita altera parte*: anche l'art. 9 d.lgs. 150/2011 autorizza, infatti, senza ausilio dell'art. 5 d.lgs. 150/2011, la parte a chiedere la concessione della misura in parola fuori udienza ed il giudice a concederla *inaudita altera parte*. A tal riguardo, infatti, è sufficiente soffermarsi sulla lettera dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011, nella parte in cui recita che nelle controversie in tema di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, «il giudice, *su richiesta di parte*, può sospendere l'efficacia esecutiva del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni (...)».

Emerge, dunque, come il giudice, potendo disporre la sospensione *de qua* «solo» su richiesta di parte, vi possa provvedere sia fuori udienza sia in udienza: nel primo caso lo farà con decreto *inaudita altera parte*, nel secondo con ordinanza.

A tacer d'altro, a smentire l'opinione di coloro i quali ritengono che la deroga operata dall'art. 9 d.lgs. 150/2011 consenta di ritenere applicabile, ove non diversamente disposto, le prescrizioni di cui all'art. 5, d.lgs. 150/2011, è un argomento di carattere sistematico.

Invero, al fine di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato il legislatore, come si analizzerà fra breve, chiede la sussistenza «cumulativa» di due requisiti: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Ora, l'art. 5, comma 2, d.lgs. 150/2011 afferma che il giudice può sospendere l'efficacia esecutiva del «provvedimento impugnato» con decreto *inaudita altera parte* alla sola dimostrazione di un «pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile». Ne deriva che il sostenere che la possibilità per il giudice di sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato con decreto *inaudita altera parte* passi dall'applicazione del comma 2 dell'art. 5 d.lgs. 150/2011, significherebbe ritenere che la misura *de qua* possa essere concessa alla ricorrenza del solo *periculum in mora*; il che, però, significherebbe tradire la chiara volontà del legislatore di subordinare, nell'art. 9 d.lgs. 150/2011, la concessione della misura in parola alla ricorrenza cumulativa del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Infine, occorre osservare come in tema di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, l'art. 9 d.lgs. 150/2011 riproduce fedelmente il contenuto del previgente art. 1 d.l. 59/2008 (convertito con modificazioni dalla l. 101/2008) – eccetto il comma 3, periodo 3, dichiarato incostituzionale dalla Consulta⁵ –; ne consegue che, aderendo all'impostazione favorevole a riconoscere l'applicabilità dell'art. 5 d.lgs. 150/2011 ai giudizi di opposizione a provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, non si comprenderebbe perché l'ordinanza che conceda ovvero neghi la misura in narrativa debba seguire un regime giuridico diverso rispetto alla disciplina

di cui al previgente art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, ed essere, quindi, non soggetta ad alcun rimedio, nonostante la simmetria tra le due formulazioni legislative.

Pertanto, in tema di tutela cautelare avverso un provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, continuando a trovare applicazione le norme sul procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., si avranno tre importanti ricadute operative: a) l'adozione di un provvedimento negativo di concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto di recupero non preclude la riproposizione dell'istanza qualora si verifichino mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto e di diritto, così come disposto dall'art. 669-*septies* c.p.c.; b) l'ordinanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato è modificabile e revocabile ai sensi dell'art. 669-*decies* c.p.c.; c) contro la predetta ordinanza, con la quale è stato concesso ovvero negato il provvedimento cautelare, è esperibile il reclamo secondo le regole di cui all'art. 669-*terdecies* c.p.c.

4. *Condizioni per la concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero.* – Qualora sia chiesta la sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento di recupero di un aiuto di Stato – dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, in esecuzione di una decisione di recupero della Commissione ex art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999 – il destinatario del provvedimento *de quo* deve dimostrare, a norma dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011, «cumulativamente» due requisiti: il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Più precisamente, per il *fumus boni iuris* occorre provare la sussistenza di «gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero, ovvero evidente errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato o evidente errore nel calcolo della somma da

⁵ C. Cost., 23 luglio 2010, n. 281, in *Riv. giur. trib.*, 2010, p. 944 ss.

recuperare e nei limiti di tale errore», mentre per il *periculum in mora* occorre dimostrare il «pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile».

Iniziando da quest'ultimo, occorre osservare come la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto di recupero sia possibile solo in caso di accertato «pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile» che deve sostanziarsi in un «pericolo concreto, effettivo ed immediato di un danno grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto e non suscettibile di un successivo ristoro in presenza di una decisione definitiva favorevole all'istante»⁶.

Si è in proposito precisato che, da un lato, l'accertamento di tale presupposto non possa limitarsi all'entità dell'importo richiesto, ma deve tener conto anche della complessiva situazione patrimoniale ed aziendale del richiedente e, dall'altro lato, che al fine di valutare la sussistenza del *periculum in mora*, il giudice debba valutare anche il comportamento tenuto dal beneficiario di un aiuto dichiarato «illegale» dalla Commissione europea, successivamente alla pubblicazione della decisione di recupero nella G.U.U.E.

Ne deriva che più tempo intercorrerà tra la pubblicazione della decisione con la quale la Commissione europea dichiara un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno e la notifica del provvedimento di recupero da parte dell'autorità amministrativa competente a chiederne la restituzione, più difficoltoso sarà provare la sussistenza del *periculum in mora*, in quanto il beneficiario ha avuto un ragionevole arco temporale per precostituirsì un'adeguata riserva finanziaria tesa a fronteggiare la prevedibile notifica del provvedimento di recupero di un aiuto indebitamente erogato⁷.

Più complessa è, invece, la disciplina del requisito del *fumus boni iuris*.

La predeterminazione normativa di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011 co-

stituisce il traguardo di un'evoluzione giurisprudenziale della corte di Giustizia – culminata con le pronunce *Zuckerfabrik*⁸ e *Atlanta*⁹ –, attraverso la quale si è cercato di limitare la concessione di una tutela cautelare in materia di recupero di aiuti di Stato. Questa esigenza, ribadita anche nella Comunicazione della Commissione 2007/C 272/05, è approdata nell'ordinamento nazionale, dapprima attraverso il disposto dell'art. 1 d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con modificazioni dalla l. 6 aprile 2007, n. 46, in seguito per via dell'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, e successivamente per mezzo dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011.

Iniziando dalla prima ipotesi contemplata da quest'ultima disposizione, il giudice può concedere la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato qualora sussista un grave motivo di illegittimità della decisione di recupero.

Il successivo comma 3, dell'art. 9 d.lgs. 150/2011, tuttavia, esclude che il giudice possa accogliere la predetta richiesta qualora la parte istante – «pur avendone facoltà perché individuata o chiaramente individuabile» – non abbia proposto impugnazione avverso la decisione di recupero ai sensi dell'art. 263 TFUE, e successive modificazioni, ovvero quando, avendo proposto l'impugnazione, non abbia richiesto la sospensione della decisione di recupero ai sensi dell'art. 278 del Trattato medesimo ovvero l'abbia richiesta e la sospensione non sia stata concessa».

In proposito la corte di Giustizia ha precisato che il beneficiario di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, il quale avrebbe potuto (e dovuto) impugnare la decisione della Commissione europea, non può contestare la legittimità della stessa dinanzi al giudice nazionale nell'ambito di un ricorso avverso il provvedimento di recu-

⁶ Cfr. circ. Agenzia delle entrate del 29 aprile 2008, n. 42.

⁷ Cfr. ancora la circ. Agenzia delle entrate del 29 aprile 2008, n. 42. In applicazione di queste coordinate v. Comm. tribut. 2°, reg. Toscana Firenze, 5 maggio 2009, n. 76, in *Dir. e prat. trib.*, 2010, 1365 ss.

⁸ C. giust. UE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e 92/89, *Zuckerfabrik Suderdithmarschen A.G. e altri* - "Zuckerfabrik", in *Racc.* 1991, p. I-415.

⁹ C. giust. UE, 9 novembre 1995, causa C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altri* - "Atlanta", in *Racc.* 1995, p. I-3761.

pero emanato dall'autorità amministrativa a ciò preposta.

Nello specifico la corte di Giustizia ritiene che, qualora si consentisse, in circostanze del genere, l'opposizione all'esecuzione della decisione comunitaria eccedendo l'illegittimità di quest'ultima dinanzi al giudice nazionale, all'interessato sarebbe riconosciuta «la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza del termine di ricorso previsto all'art. 230, comma 5, CE»¹⁰.

Passando al contenuto dei «gravi motivi» di illegittimità della decisione di recupero, la corte di Giustizia ha avuto modo di osservare che il giudice nazionale «non può adottare provvedimenti provvisori se non quando le circostanze di fatto e diritto invocate dai ricorrenti lo inducano a convincersi dell'esistenza di gravi dubbi sulla validità del regolamento comunitario sul quale l'atto amministrativo impugnato è fondato. Solo la possibilità di un'invalidazione, riservata alla corte, può infatti giustificare la concessione di provvedimenti provvisori in sede nazionale»¹¹.

Nel valutare la sussistenza di tali requisiti, inoltre, il giudice deve tener conto anche di precedenti pronunce della stessa corte di Giustizia o del Tribunale circa la legittimità dell'atto comunitario¹².

Verificate le predette condizioni, il giudice nazionale, qualora ravvisi la sussistenza dei gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero e accerti che non sussistano i motivi ostativi alla concessione della misura *de qua* appena scrutinati, a norma dell'art. 9, comma 3, d.lgs. 150/2011, deve provvedere «all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla corte di Giustizia, se ad essa non sia stata

già deferita la questione della legittimità dell'atto comunitario contestato».

Nel procedere a tale rinvio, il giudice non può limitarsi a proporre alla corte una domanda di pronuncia pregiudiziale per l'accertamento della validità della decisione di recupero, ma «deve precisare, al momento di concedere il provvedimento urgente, i motivi per i quali ritiene che la corte sarà indotta a dichiarare l'invalidità dell'atto comunitario»¹³.

Quando accoglie l'istanza di sospensione per l'illegittimità della decisione di recupero, l'autorità giudicante deve provvedere all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla corte di Giustizia, sempre che ad essa non sia stata già deferita la questione di validità dell'atto comunitario contestato; in entrambi i casi, la giurisprudenza ha precisato che il giudice dovrà disporre la sospensione del processo che si sta svolgendo dinanzi a lui a norma dell'art. 295 c.p.c.¹⁴.

Secondo caso che può concretare il *fumus boni iuris* è rappresentato dalla sussistenza di un «evidente» errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto di Stato dichiarato incompatibile dalla Commissione europea. Tale erroneità deve emergere allo stato degli atti e senza che sia necessaria alcuna particolare indagine. Questa necessità trova fondamento nell'aggettivo «evidente» che il legislatore ha voluto utilizzare per caratterizzare l'errore idoneo a concretare la sussistenza del *fumus boni iuris*.

Terza ed ultima ipotesi che può integrare il requisito del *fumus boni iuris* è l'evidente errore nel calcolo della somma da recuperare e nei limiti di tale errore. Anche qui, come per l'ipotesi precedente, il legislatore utilizza l'aggettivo «evidente»

¹⁰ C. giust. UE, 9 marzo 1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf v. Federal Republic of Germany*, in *Racc.* 1994, p. I-833; C. giust. UE, 15 febbraio 2001, C-239/99, *Nachi Europe GmbH v. Hauptzollamt Krefeld*, in *Racc.* 2001, p. I-1197; C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-232/05, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica Francese*, in *Racc.* 2006, p. I-10071, punto 59.

¹¹ C. giust. UE, 9 novembre 1995, «Atlanta», cit., punto 35.

¹² C. giust. UE, 20 maggio 2010, causa C-210/

09, *Scott Kimberly Clark v. Ville d'Orléans*, in *Racc.* 2010, p. I-4613.

¹³ C. giust. UE, 9 novembre 1995, «Atlanta», cit., punto 36; C. giust. UE, 22 dicembre 2010, *Commissione v. Italia*, C-304/09, in *Racc.* 2010, p. I-13903.

¹⁴ Cass., 21 giugno 2006, n. 14411, in *Foro it.*, 2007, I, 1886, con nota di P. PORRECA; Cass., 21 giugno 2006, n. 14357, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Procedimento civile*, n. 320; Cass., 23 giugno 2006, n. 14595, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Procedimento civile*, n. 317.

con la conseguenza che l'errore di calcolo dovrà emergere «con evidenza» dagli atti di causa senza che sia necessaria alcuna indagine sul merito della pretesa. Inoltre, nell'eventualità che il giudice disponga la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato per un «evidente» errore di calcolo, l'art. 9, comma 3, d.lgs. 150/2011 dispone che la predetta sospensione possa essere concessa nei soli limiti dell'errore invocato, di modo che la parte del provvedimento non colpita da errore continuerà ad essere dotata di immediata esecutività.

Nei casi appena scrutinati – errore soggettivo ed errore di calcolo –, peraltro, in caso di accoglimento dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, il giudice nazionale non deve rinviare alcuna questione alla corte di Giustizia, ma dovrà, ai sensi dell'art. 9, comma 4, d.lgs. 150/2011, «fissare la data dell'udienza di trattazione nel termine di trenta giorni e la causa decisa nei successivi sessanta giorni».

5. *Il procedimento di opposizione.* – Chiusa la parentesi sull'incidente cautelare, si può tornare all'analisi del procedimento di opposizione.

Depositato il ricorso nel termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento ovvero sessanta giorni nel caso in cui il destinatario risieda all'estero, il giudice fissa, con decreto, l'udienza di discussione a norma dell'art. 415, comma 2, c.p.c., così come espressamente richiamato dall'art. 6, comma 8, d.lgs. 150/2011; ne deriva che, da un lato, il giudice deve pronunciare il decreto di fissazione d'udienza entro cinque giorni dal deposito del ricorso e, dall'altro lato, le parti sono tenute a comparire personalmente alla prima udienza.

Contestualmente a tale decreto, il giudice deve ordinare all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in Cancelleria, dieci giorni prima dell'udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione.

Come accadeva sotto l'impero dell'art. 1 d.l. 59/2008, convertito con modificazioni dalla l. 101/2008, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 9, comma 1, d.lgs. 150/2011 e 6, comma 8, d.lgs. 150/2011, ricorso e decreto sono notificati, a cura della cancelleria, all'opponente e all'autorità che ha emesso il provvedimento di recupero di un aiuto di Stato.

Nulla, invece, è espressamente previsto riguardo i termini a difesa per l'autorità che abbia emesso il provvedimento in discorso; troveranno, quindi, applicazione i commi 5 e 6 dell'art. 415 c.p.c. a tenore dei quali tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni, termine elevato a quaranta giorni qualora una delle notificazioni sia da eseguirsi all'estero.

A questo punto, l'autorità che ha emesso il provvedimento di recupero di un aiuto di Stato ha l'onere di costituirsi in giudizio secondo le regole ordinarie di cui all'art. 416 c.p.c.

Giunti all'udienza, il giudice deve innanzitutto verificare che il ricorso in opposizione al provvedimento di recupero di un aiuto di Stato sia stato depositato in cancelleria nel termine indicato dall'art. 6, comma 6, d.lgs. 150/2011 (trenta giorni dalla notificazione del provvedimento ovvero sessanta giorni nel caso in cui il destinatario risieda all'estero); così, in caso di deposito tardivo, l'autorità giudicante adita dovrà, ai sensi dell'art. 6, comma 10, lett. a), d.lgs. 150/2011, dichiarare il ricorso «inammissibile con sentenza», la quale sarà normalmente appellabile secondo le regole del rito del lavoro.

Ancora, se alla prima udienza l'opponente o il suo difensore non si presentino senza addurre alcun legittimo impedimento, l'art. 6, comma 10, lett. b), d.lgs. 150/2011 dispone che il giudice debba convalidare con ordinanza appellabile il provvedimento di recupero di aiuto di Stato e provvedere sulle spese processuali, salvo che l'illegittimità del provvedimento *de quo* risulti dalla documentazione allegata dall'opponente, ovvero l'autorità che ha emesso l'ordinanza abbia

omesso il deposito dei documenti di cui all'art. 6, comma 8, d.lgs. 150/2011.

Passando alla fase di trattazione ed istruzione della causa occorre segnalare che le attività di allegazione e prova seguono le preclusioni dettate dal rito del lavoro contenute nel c.p.c., con la precisazione che il giudice può esercitare i poteri istruttori di cui all'art. 421, comma 2, c.p.c. ma non oltre i limiti sanciti dal codice civile.

Per la pronuncia della sentenza, non disponendo nulla le norme contenute nel d.lgs. 150/2011, si applicheranno le disposizioni di cui all'art. 429 c.p.c., commi 1 e 2, c.p.c.

Infine, in caso di accoglimento dell'opposizione a provvedimento di recupero di un aiuto di Stato, trova applicazione l'art. 6, comma 12, d.lgs. 150/2011 (così come richiamato dall'art. 9, comma 1, d.lgs. 150/2011) e, pertanto, il giudice può annullare in tutto o in parte il provvedimento di recupero «anche limitatamente all'entità» della somma dovuta.

Per quanto infine concerne le impugnazioni, emerge il normale regime di impugnabilità proprio del rito del lavoro.

III. AZIONI DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO

In tema di aiuti di Stato la questione circa l'ammissibilità di talune azioni risarcitorie si è sempre presentata alquanto problematica.

Se è vero infatti che l'obbligo risarcitorio a carico degli Stati membri, riconosciuto più volte dalla corte di Giustizia a partire dalla nota sentenza *Francovich*¹⁵, rappresenta ormai un principio acquisito del diritto comunitario, è altrettanto vero che esso non sia ancora stato adeguatamente preso in considerazione nel settore degli aiuti di Stato; non è, infatti, del tutto chiaro in che termini, a quali condizioni e chi possa utilmente coltivare un'azione risarcitoria in tale materia.

Prima di occuparci della concreta ammissibilità di tali azioni risarcitorie, biso-

gna preliminarmente soffermarsi sul riparto di giurisdizione, in quanto, come già indicato per l'azione di opposizione a provvedimenti di recupero, il legislatore, con l'art. 49 l. 234/2012, ha assegnato la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A tal riguardo appare opportuno precisare che i primi commentatori della novella sono divisi sull'interpretazione della norma appena riferita. Mentre, infatti, alcuni ritengono che l'art. 49 l. 234/2012, assegnando la giurisdizione in via esclusiva al giudice amministrativo, escluderebbe *in toto* la giurisdizione del giudice civile, altri sostengono che, qualora l'atto concretante un aiuto di Stato dichiarato «illegale» dalla Commissione, sia un atto «tutto privato», potrebbe residuare uno spazio per radicare la giurisdizione in capo al giudice civile.

La questione, invero, si pone con esclusivo riferimento ad un'azione risarcitoria proposta in via autonoma, ovvero sia non connessa ad un'azione di annullamento dell'atto o provvedimento amministrativo concretante violazione della normativa in materia di aiuti di Stato; in questo ultimo caso, infatti, nessun dubbio sembra porsi nel ritenere esclusivamente dotato di *potestas iudicandi* il giudice amministrativo.

Bisogna quindi chiedersi se sia possibile avanzare una domanda risarcitoria autonoma dinanzi al giudice amministrativo per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato in quanto, qualora ciò non fosse possibile, tale azione andrà proposta dinanzi al giudice ordinario.

Sul punto si può osservare che prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, poche questioni hanno appassionato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza come quella della cosiddetta «pregiudizialità amministrativa»; non essendo questa la sede per ripercorrerne le tappe, ai fini che qui interessano preme segnalare che l'art. 30 c.p.a., nel disciplinare l'azione di condanna nei confronti della P.A., prevede, al comma 3, la possibilità che la pretesa risarcitoria sia

¹⁵ C. giust. UE, 19 novembre 1991, "Francovich", cit.

promossa indipendentemente dal previo annullamento dell'atto.

Ne deriva che, aderendo all'idea secondo cui l'art. 49 l. 234/2012 esclude *in toto* la giurisdizione del giudice civile, le azioni di risarcimento del danno, ancorché proponibili e proposte in via autonoma in materia di aiuti di Stato, dal 19 gennaio 2013 dovranno proporsi al giudice amministrativo, salvo quanto diremo per l'azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598, comma 2, c.c.

Diversamente, qualora dovesse ritenersi residuare uno spazio per la giurisdizione del giudice civile, le relative azioni di risarcimento del danno, proposte in via autonoma, non essendovi alcuna peculiarità, seguiranno le ordinarie regole stabilite in generale dal codice di procedura civile.

Svolte queste doverose precisazioni in punto di riparto di giurisdizione, possiamo occuparci della concreta ammissibilità di tali azioni risarcitorie.

La Commissione europea, con la nota Comunicazione del 9 aprile 2009¹⁶, ha precisato che i giudici nazionali possono essere chiamati a pronunciarsi su domande di risarcimento danni causati dall'aiuto di Stato «illegale» a concorrenti del beneficiario e a terzi. La corte di Giustizia, peraltro, ha ripetutamente confermato che in tema di aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il mercato comune, i terzi lesi possono intentare «azioni di risarcimento del danno in base alle norme del diritto nazionale»¹⁷.

È di palmare evidenza, infatti, che il soggetto prioritariamente responsabile di eventuali danni generati da un erroneo utilizzo della normativa sugli aiuti di Stato non può che essere lo Stato stesso; nel dettaglio, questi può porre in essere

un duplice ordine di infrazioni: in primo luogo, può erogare un aiuto senza previamente comunicare alla Commissione europea i «progetti diretti a istituire o modificare aiuti» oppure dando esecuzione alle misure progettate e comunicate alla Commissione europea senza attendere la decisione finale di questa (c.d. violazione della clausola di *standstill*); in secondo luogo, lo Stato può disattendere la decisione della Commissione europea di provvedere al recupero dell'aiuto di Stato dichiarato «illegale» omettendo di attivare la procedura di recupero della somma indebitamente erogata.

Da questa possibile duplice violazione, tre sono le fattispecie risarcitorie che possono venire alla luce: *a*) un'azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro lo Stato; *b*) un'azione risarcitoria del beneficiario dell'aiuto contro lo Stato; *c*) un'azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro il beneficiario dell'aiuto.

1. *Azione risarcitoria del concorrente danneggiato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE.* – La Commissione europea, con Comunicazione del 9 aprile 2009, C-85/01, ha ritenuto ammissibile un'azione risarcitoria del concorrente del soggetto beneficiario dell'aiuto di Stato, erogato e successivamente dichiarato «illegale», contro lo Stato, individuandone il fondamento nelle note sentenze *Francoovich*¹⁸ e *Brasserie du Pêcheur*¹⁹.

In linea con tali arresti giurisprudenziali, la Commissione europea ha precisato che gli Stati membri «sono tenuti a compensare le perdite e i danni causati agli individui da violazioni del diritto comunitario delle quali sia responsabile lo Stato membro»²⁰.

¹⁶ Comunicazione Commissione del 9 aprile 2009 2009/C 85/01.

¹⁷ Cfr. anche C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication v. SIDE - "Celf"*, in *Racc.* 2008, p. I-469, punti 53 e 55; C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich e altri v. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri*, in *Racc.* 2006, p. I-9957, punto 56; C. giust. UE, 11 dicembre 2008, causa C-334/07 P., *Commissione delle Comunità europee v. Freistaat Sachsen*, in *Racc.* 2008, p. I-9465, punto 54; C. giust.

UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e altri v. La Poste e altri - "Sfei"*, in *Racc.* 1996, p. I-3547, punto 75.

¹⁸ V. *supra* nota 15.

¹⁹ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame v. Repubblica Federale di Germania e altri*, in *Racc.* 1996, p. I-1029.

²⁰ C. giust. UE, 5 marzo 1996, cit., punto 31; C. giust. UE, 19 novembre 1991, "Francovich", cit., punti 31-37.

Ovviamente l'accoglimento di una siffatta domanda risarcitoria è subordinato alla ricorrenza cumulativa delle note condizioni elaborate dalla giurisprudenza della corte di Giustizia in tema di azioni di risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazione delle norme di diritto comunitario, ovvero: a) la prescrizione violata deve essere destinata a conferire diritti agli individui; b) la violazione deve essere sufficientemente grave; c) deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato e i danni subiti dalla parte lesa²¹.

Bisogna peraltro segnalare che, nonostante la violazione degli obblighi di notifica e/o di *standstill*, in uno alla decisione della Commissione europea che dichiara l'aiuto erogato «illegale», la responsabilità dello Stato potrebbe comunque essere esclusa, ovvero limitata, qualora il concorrente danneggiato sia responsabile per aver determinato ovvero contribuito con la sua condotta alla realizzazione del danno²².

In disparte le violazioni degli obblighi di notifica e di *standstill*, il concorrente di un'impresa beneficiaria di un aiuto «illegale» potrebbe dolersi della violazione, da parte dello Stato, dell'obbligo di recupero gravante sullo stesso a seguito di una «decisione di recupero» della Commissione europea ex art. 14 Reg. 659/2009/CE del Consiglio, 22 marzo 1999. A tal riguardo, è sufficiente sottolineare come anche qui l'accesso al risarcimento del danno sarà subordinato alla presenza cumulativa delle note condizioni elaborate dalla corte di Giustizia sopra indicate. Maggiormente difficoltosa, però, potrebbe risultare la dimostrazione del nesso di causalità tra la condotta inerte dello Stato e il pregiudizio economico sofferto, posto che grava sul ricorrente la dimostrazione che il danno assertivamente subito sia conseguenza di-

retta ed immediata della mancata attivazione della procedura di recupero da parte dello Stato.

2. *Azione risarcitoria del beneficiario dell'aiuto di stato contro lo Stato per violazione dell'art. 108, § 3, TFUE.* – Si discute da tempo sulla possibilità per il soggetto beneficiario dell'aiuto di Stato, tenuto alla sua restituzione perché dichiarato «illegale» dalla Commissione europea, di chiedere allo Stato il risarcimento del danno.

Ci si è, in particolare, chiesti se sia ammissibile un'azione risarcitoria del beneficiario di un aiuto di Stato il quale, subita la «revoca» dell'aiuto, contesti allo Stato italiano la violazione dell'art. 108, § 3, TFUE laddove non abbia comunicato preventivamente alla Commissione europea il progetto diretto ad istituire o modificare un aiuto ovvero non abbia atteso, prima di erogare l'aiuto, la decisione finale dell'anzidetta Commissione.

Per un primo orientamento, favorevole al riconoscimento di una siffatta azione risarcitoria, si è sostenuto che il sistema di controllo e di esame degli aiuti di Stato previsto dall'art. 108, § 3, TFUE, non imporrebbe alcun dovere specifico al beneficiario dell'aiuto, in quanto gli obblighi di notifica e *standstill* avrebbero come unico destinatario lo Stato membro. Si è, per tale via, affermato che nulla vieterebbe di ritenere che anche il beneficiario di un aiuto «illegale» possa accedere al risarcimento del danno contro lo Stato che abbia violato le prescrizioni di cui all'art. 108, § 3, TFUE.

Questa impostazione, tuttavia, non può essere condivisa per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, occorre richiamare la costante giurisprudenza sia della corte di Giustizia²³ sia della giurisprudenza italiana²⁴ laddove, affermando che lo Stato

²¹ C. giust. UE, 13 giugno 2006, cit., punto 45.

²² C. giust. UE, 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e 37/90, *Mulder e altri v. Consiglio delle comunità europee e Commissione delle comunità europee*, in *Racc.* 1992, p. I-3061, punto 33; C. giust. UE, 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*, in *Racc.* 2007, p. 2107, punto 124. Nel nostro ordinamento cfr. l'interpretazione fornita dell'art. 1227 c.c. dalla

nota sentenza di Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corr. giur.*, 2011, con nota di Scoca p. 979 ss.

²³ C. giust. UE, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica Italiana v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2002, p. I-2289, punto 104; C. giust. UE, 29 aprile 2004, cit.

²⁴ Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, in *Notiz. giur. lav.*, 2012, 537; App. Torino, 2 dicembre 2009, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Previdenza sociale*, n.

membro – le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione dell'art. 108, § 3, TFUE – «non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini del recupero dell'aiuto in esecuzione di una decisione della Commissione europea», sostiene, parimenti, che il beneficiario di un aiuto – successivamente dichiarato «illegale» – non può invocare il suo legittimo affidamento circa la correttezza della procedura seguita dallo Stato per essere esonerato dalla restituzione.

Detto altrimenti è stato precisato che il carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti di Stato operata dalla Commissione europea consente, da una parte, ai soggetti beneficiari di un aiuto di riporre legittimo affidamento sulla regolarità dell'erogazione di quello solamente nel caso in cui venga erogato nel rispetto della procedura prevista dall'art. 108, § 3, TFUE²⁵ e, dall'altra parte, che qualunque operatore economico diligente è normalmente in grado di compiere tale verifica²⁶.

In secondo luogo, bisogna considerare che qualora si accogliesse l'orientamento favorevole a riconoscere tutela risarcitoria al soggetto beneficiario di un aiuto, poi dichiarato «illegale» dalla Commissione europea, si vanificherebbe, di fatto, l'intera disciplina del recupero degli aiuti di Stato. A ben considerare, infatti, accadrebbe che le somme indebitamente erogate da parte dello Stato, tenuto al loro recupero, sarebbero poi successivamente

dovute dallo Stato stesso a favore del beneficiario a titolo di risarcimento del danno.

Ci sembra, allora, che il beneficiario di un aiuto di Stato, successivamente dichiarato «illegale» dalla Commissione europea non possa accedere al risarcimento del danno per violazione da parte dello Stato delle prescrizioni di cui all'art. 108, § 3, TFUE.

3. *Azione del concorrente contro il beneficiario per violazione del disposto di cui all'art. 108, § 3, TFUE.* – A seguito degli arresti giurisprudenziali che hanno riconosciuto, in caso di violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 108, § 3, TFUE, la possibilità per il concorrente danneggiato di agire in giudizio per chiedere ed ottenere il risarcimento del danno direttamente allo Stato, ci si è chiesti se sia parimenti ammissibile un'azione dello stesso concorrente danneggiato, contro il beneficiario dell'aiuto dichiarato «illegale».

Nel noto caso *Sfei*, la corte di Giustizia ha espressamente esaminato la questione se il diritto comunitario consenta l'esperibilità di azioni di risarcimento del danno promosse dal concorrente danneggiato direttamente contro il beneficiario dell'aiuto «illegale»²⁷. A tal riguardo la corte ha fornito una risposta negativa, evidenziando che l'art. 108, § 3, TFUE, non impone alcun obbligo diretto al beneficiario bensì soltanto allo Stato membro. Tuttavia, la stessa corte di Giustizia ha affermato che l'impossibilità di coltivare azio-

312; TAR Sardegna - Cagliari, 19 gennaio 2011, n. 41, in www.mondogiuridico.com; TAR Lombardia - Milano, 12 novembre 2009, n. 5059, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio - Roma, 11 gennaio 2005, n. 167, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ C. giust. UE, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione delle Comunità Europee v. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.* 1990, I-3437, punto 14; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cit.; C. giust. UE, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz v. Alcan Deutschland GmbH*, in *Racc.* 1997, p. I-1591, punto 25; C. giust. UE, 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Repubblica ellenica v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2004, p. I-3997; C. giust. UE, 11 novembre 2004, cause riunite C-183 P e 187/02 P, *Daewoo Electronics Manufacturing España SA (Demesa) e altri v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*

2004, p. I-10609. Per la giurisprudenza nazionale v. Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, cit.; App. Torino, 2 dicembre 2009, cit.; TAR Sardegna - Cagliari, 19 gennaio 2011, n. 41, cit.; TAR Lombardia - Milano, 12 novembre 2009, n. 5059, cit.; TAR Lazio - Roma, 11 gennaio 2005, n. 167, cit.

²⁶ C. giust. UE, 20 settembre 1990, cit., punto 14; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cit.; C. giust. UE, 20 marzo 1997, cit., punto 25; C. giust. UE, 11 novembre 2004, cit. Per la giurisprudenza interna v. le già richiamate Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, cit.; App. Torino, 2 dicembre 2009, cit.; TAR Sardegna - Cagliari, 19 gennaio 2011, n. 41, cit.; TAR Lombardia - Milano, 12 novembre 2009, n. 5059, cit.; TAR Lazio - Roma, 11 gennaio 2005, n. 167, cit.

²⁷ C. giust. UE, 11 luglio 1996, "*Sfei*", cit., punti 72-74.

ni di risarcimento del danno direttamente contro il beneficiario di un aiuto «illegale» in base alle norme comunitarie, non esclude che siffatte azioni possano promuoversi sulla base delle disposizioni dell'ordinamento giuridico interno; a tal riguardo, è stato affermato che i potenziali ricorrenti potrebbero invocare, a loro tutela, le norme nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale²⁸.

Tre allora sembrano, in particolare, le azioni astrattamente ipotizzabili: un'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., la particolare azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. e l'azione inibitoria di cui all'art. 2599 c.c.

Sotto il primo profilo non vi sono particolari annotazioni da farsi: si tratterà di un comune giudizio ordinario da promuoversi secondo le ordinarie regole contenute nel c.p.c. Si può peraltro precisare che il requisito del «fatto doloso o colposo» richiesto dall'art. 2043 c.c. sembra integrato «*in re ipsa*» alla luce del costante orientamento giurisprudenziale secondo cui grava sul beneficiario di un aiuto di Stato un generale obbligo di diligenza circa il rispetto della procedura di cui all'art. 108, § 3, TFUE²⁹.

Sotto gli altri due profili, invece, in disparte le peculiarità dell'azione di concorrenza sleale *ex art.* 2598 c.c. e la disciplina della tutela inibitoria di cui all'art. 2599 c.c., in tale sede preme svolgere qualche precisazione circa l'individuazione del giudice competente.

Sotto tale ultimo profilo, bisogna distinguere i casi di azione di concorrenza sleale c.d. «pura»³⁰ da quella invece connessa ad una delle materie indicate nell'art. 3 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, così come riformato dall'art. 2 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

Nel primo caso, al quale possiamo equiparare l'azione di concorrenza sleale non connessa ad una delle materie indi-

cate nell'anzidetto art. 3 d.lgs. 168/2003, l'individuazione del giudice competente sarà da effettuarsi secondo le regole ordinarie di cui al codice di procedura civile.

Nel secondo caso, invece, la controversia andrà proposta al c.d. «tribunale delle imprese», per effetto del disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 3 d.lgs. 168/2003, a tenore del quale «le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2». Di conseguenza, l'individuazione del giudice competente, in questo secondo caso, non passa più dall'applicazione degli artt. 7 ss. c.p.c., bensì dal rispetto delle prescrizioni contenute nel combinato disposto di cui agli artt. 4 e 1 d.lgs. 168/2003.

IV. AZIONE DI RESTITUZIONE PER VIOLAZIONE DELLE NORME SUGLI AIUTI DI STATO

In dottrina e in giurisprudenza si è, altresì, posta la questione circa l'ammissibilità di un'azione restitutoria di somme corrisposte per un'imposta dichiarata incompatibile con il mercato comune dalla Commissione europea, perché integrante violazione delle norme in tema di aiuti di Stato.

Prima di occuparci della concreta ammissibilità di una siffatta azione, anche qui, appare opportuno svolgere alcune precisazioni in tema di riparto di giurisdizione.

Come ampiamente già riferito, il patrio legislatore, con l'art. 49 l. 234/2012, ha assegnato la materia degli aiuti di Stato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. A differenza, però, di quanto visto per la tutela risarcitoria, per l'azione di restituzione non dovrebbero sussistere dubbi nel ritenere che dal 19 gennaio 2013, giorno di entrata in vigore della l. 234/2012, non residui alcuno

²⁸ C. giust. UE, 11 luglio 1996, «Sfei», cit., punto 75.

²⁹ (V. *supra* § III-2).

³⁰ Sul concetto di azione di concorrenza sleale pura v. Trib. Roma, 14 marzo 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 847 ss., con nota di GENOVESE; Trib. Ca-

gliari, 21 gennaio 2009, in *Riv. giur. sarda*, 2011, p. 59, con nota di GIANNOTTE; Cass., 18 maggio 2010, n. 12154, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 390; Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 483.

spazio possibile per la giurisdizione del giudice ordinario.

In questa sede ci limiteremo, dunque, a svolgere alcune considerazioni sull'ammissibilità nel nostro ordinamento di un'azione di restituzione per violazione delle norme sugli aiuti di Stato; nello specifico una siffatta azione è stata ammessa con riferimento ad una nota controversia in tema di canone radiotelevisivo (c.d. canone Rai)³¹.

Nel caso di specie, è accaduto che alcuni abbonati al servizio pubblico radiotelevisivo, ritenendo incompatibile con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato la normativa interna laddove, alla mera detenzione di un televisore nel territorio nazionale, impone la riscossione di un canone di abbonamento obbligatorio da distrarre a favore della società Rai S.p.A., si sono rivolti al giudice civile al fine di chiedere la restituzione ex art. 2033 c.c. dei canoni pagati con relativi accessori, previo eventuale rinvio alla corte Europea della questione circa la compatibilità del predetto canone con la normativa comunitaria. Dopo due gradi di merito, la corte di Cassazione, richiamando la costante giurisprudenza della corte di Giustizia, secondo cui è ammissibile un'azione restitutoria di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario quando «le modalità di finanziamento di un aiuto mediante tassa costituiscano parte integrante della misura di aiuto»³², ha rigettato la domanda evidenziando che la disciplina del canone radio-televisivo italiano non urta la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato.

Ne consegue, dunque, che il nostro ordinamento consente di chiedere ed ottenere la restituzione, ai sensi dell'art. 2033 c.c., di somme di denaro per imposte o tasse dichiarate incompatibili con la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato; azione che, come abbiamo precisato, dovrà essere proposta dinanzi al giudice amministrativo.

ANDREA PERIN

Bibliografia

L. BIANCHI, «Gli incerti confini dell'onere della prova nella procedura di recupero degli aiuti di Stato illegittimi», in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 912 ss.; M. BOVE, «Applicazione del rito lavoro nel d.lgs. n. 150 del 2011», in *www.judicium.it*, p. 1 ss.; F. CAPELLO, «La giurisprudenza della corte di Giustizia in materia di aiuti di Stato», in *Dir. prat. trib.*, 2006, II, p. 803 ss.; P. DE LUCA, «Sulla legittimazione attiva delle imprese concorrenti di beneficiari di aiuti di Stato», in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 575 ss.; R. GAROFALO, «Recupero di aiuti di Stato illegittimi e (in)efficienza del rito del lavoro: le disposizioni urgenti del d.l. 59/2008», in *Lavoro giur.*, 2008, p. 787 ss.; B. NASCIBENE, «Giudice nazionale, recupero di aiuti di Stato e rinvio pregiudiziale d'urgenza alla corte di Giustizia», in *Corr. giur.*, 2009, p. 858 ss.; A. PACE, «Recupero di aiuti di Stato e tutela cautelare», in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 867 ss.; A. PERIN, *Panoramica e problemi applicativi della 'nuova' semplificazione dei riti di cui al d.lgs. 150/2011*, Velletri, 2012; P. PORRECA, «Giudizio comunitario di annullamento e sospensione ex art. 295 c.p.c.», in *Foro it.*, 2007, I, c. 1886 ss.; L. VASSALLO, «Il ruolo dei giudici nazionali nelle controversie in materia di aiuti di Stato», in *Corr. giur.*, 2010, p. 705 ss.

³¹ Cass., 26 marzo 2012, n. 4776, in *www.cassazione.net*.

³² Cass., 26 marzo 2012, n. 4776, cit. Per la giurisprudenza comunitaria cfr. C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant v. Staatssecretaris van Financiën*, in *Racc.* 2005, p. I-85; C. giust. UE, 21 otto-

bre 2003, cause riunite C-261 e 262/01, *Stato belga v. Eugene van Calster e altri*, in *Racc.* 2005, p. I-12249; C. giust. UE, 14 gennaio 1997, cause riunite da C-192 a C-218/95, *Société Comateb e altri v. Directeur général des douanes et droits indirects*, in *Racc.* 2005, p. I-165.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice tributario prima della riforma della l. 234/2012

Sommario: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – 1. Benefici fiscali ed aiuti di stato. – 2. I principi comunitari in tema di recupero degli aiuti illegali. – 3. Norme interne e prassi amministrativa per il recupero degli indebiti benefici fiscali. – II. I PRINCIPI GENERALI RELATIVI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO I PROVVEDIMENTI DI RECUPERO DEGLI AIUTI ILLEGALI IN FORMA DI INDEBITI BENEFICI FISCALI. – 1. La natura dell'azione e l'oggetto del giudizio di opposizione. – 2. Contenuto e limiti dei giudizi avverso i provvedimenti di recupero degli aiuti illegali. – 3. La disapplicazione delle norme interne incompatibili con l'obbligo di esecuzione della decisione di recupero. – 4. Le questioni relative all'illegittimità della decisione di recupero. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. – III. PROFILI PROCESSUALI DEL GIUDIZIO RELATIVO AL RECUPERO DEI BENEFICI FISCALI ILLEGALI NEL REGIME PREVISTO DALL'ART. 47-BIS DEL D.LGS. 31 DICEMBRE 1992, N. 546. – 1. La sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato. – 2. I profili di specialità del giudizio di merito. – 3. Il giudizio di appello. – IV. LE QUESTIONI PRELIMINARI E DI MERITO. – 1. Decadenza e prescrizione. – 2. Obbligo di recupero e principio dell'affidamento. – 3. La quantificazione del recupero e la determinazione degli interessi. – V. LA RIFORMA INTRODotta DALL'ART. 46 E SS. DELLA L. 24 DICEMBRE 2012, N. 234.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. *Benefici fiscali ed aiuti di Stato.* – I benefici fiscali costituiscono uno strumento sensibile di politica sociale ed economica, perché operano il bilanciamento tra il principio di capacità contributiva stabilito dall'art. 53 Cost. ed altri valori di rilevanza costituzionale che il legislatore è tenuto a perseguire (doveri di solidarietà; rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'effettiva uguaglianza dei cittadini; promozione del diritto delle libertà economiche, della cultura e della ricerca scientifica e tecnica; sostegno della cooperazione e del risparmio; tutela del paesaggio, ecc.).

¹ V. l'art. 2 del regolamento (CE) n. 69/2001, che consentiva la concessione di aiuti di importanza minore, contenuti entro la soglia di centomila euro su un periodo di tre anni (c.d. aiuti *de*

Quando incide sull'esercizio di una attività di impresa, la potestà del legislatore nazionale di concedere benefici fiscali trova tuttavia un limite nel divieto di aiuti di Stato che possano falsare le regole della concorrenza e del mercato. Pertanto, fatti salvi gli aiuti ammessi in via generale dalla normativa comunitaria¹, qualsiasi disposizione di legge o di regolamento che intenda introdurre un beneficio fiscale è assoggettata alle ordinarie procedure di interlocuzione preventiva con la Commissione U.E., alle quali devono sottostare tutte le norme che prevedono la concessione di aiuti di Stato².

In questa materia, il nostro Paese non vanta una tradizione positiva. Nel recente passato, numerose norme di legge che prevedevano la concessione di benefici fiscali sono state dichiarate in contrasto con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato, soprattutto a causa della violazione degli obblighi di notificazione delle misure adottate.

2. *I principi comunitari in tema di recupero degli aiuti illegali.* – Le decisioni di illegittimità dei benefici fiscali previsti dalla legislazione nazionale impongono di procedere al recupero dell'aiuto illegittimamente concesso, nel rispetto del tredicesimo "considerando" e dell'art. 14 del Regolamento CE del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante "modalità di applicazione dell'articolo [88 CE]". L'art. 23, n. 1, del medesimo Regolamento dispone inoltre che: "Qualora lo Stato membro interessato non si conformi ad una decisione condizionale o negativa, in particolare nei casi di cui all'articolo 14, la Commissione può adire direttamente la Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'articolo [88, n. 2, CE]".

La giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. ha elaborato principi assai ri-

minimis). Tale soglia è stata raddoppiata dall'art. 2 del regolamento (CE) n. 1998/06.

² Cfr. in proposito Cass., 26 settembre 2012, n. 16349; Cass., 23 maggio 2012, n. 8108.

gorosi, allo scopo di assicurare l'effettività dell'ordinamento comunitario. In base ad essi, lo Stato membro destinatario di una decisione che gli impone di recuperare gli aiuti illegali è tenuto, ai sensi dell'art. 288 TFUE, ad adottare ogni misura idonea ad assicurare l'esecuzione di tale decisione³. Lo Stato membro deve giungere ad un effettivo ed integrale recupero delle somme dovute, maggiorate di interessi⁴. Un recupero tardivo, successivo ai termini stabiliti, non può soddisfare i requisiti del Trattato⁵.

Il provvedimento di recupero, finalizzato a ripristinare lo *status quo ante*, non si può ritenere sproporzionato rispetto alle finalità delle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato. Infatti, esso costituisce la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità. Per effetto della restituzione dell'aiuto, il beneficiario è privato del vantaggio di cui aveva fruito sul mercato rispetto ai suoi concorrenti, ed è ripristinata la situazione esistente prima della corresponsione dell'aiuto⁶.

Secondo la Corte di Giustizia U.E., la sola esimente che uno Stato membro può addurre a giustificazione dell'inadempimento ad un tale obbligo è quello dell'impossibilità assoluta di dare corretta esecuzione alla decisione di cui trattasi⁷. La condizione dell'assoluta impossibilità dell'esecuzione non è soddisfatta quando lo Stato membro convenuto si limita a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche, politiche o pratiche che presentava l'esecuzione della decisione, senza intraprendere alcuna vera iniziativa

presso le imprese interessate al fine di recuperare l'aiuto e senza proporre alla Commissione altre modalità di esecuzione della decisione che avrebbero consentito di superare le difficoltà⁸.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, il recupero dell'aiuto indebitamente concesso non è impedito dall'asserito stato di buona fede del percipiente e dall'affidamento da lui riposto nella validità e nell'efficacia delle norme di favore. Si è infatti affermato che, tenuto conto del carattere imperativo del controllo sugli aiuti di Stato operato dalla Commissione ai sensi dell'art. 108 TFUE e del grado di diligenza cui sono tenuti gli operatori del settore, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto solo se esso sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. In particolare, se il beneficio è stato concesso senza previa notifica alla Commissione ed è perciò illegittimo per il disposto dell'art. 108 § 3 TFUE, il beneficiario dell'aiuto non può riporre alcun legittimo affidamento nella regolarità della sua concessione, ed è obbligato alla restituzione senza eccezioni⁹. Per altro verso, né lo Stato membro né l'operatore interessato possono invocare il principio di certezza del diritto al fine di impedire la restituzione dell'aiuto, essendo sempre prevedibile il rischio di un contenzioso¹⁰.

La Corte di Giustizia U.E. ha posto inoltre precisi limiti al potere giurisdizionale dei giudici nazionali chiamati a valutare la legittimità dell'azione di recupero. Invero, se da un lato il principio generale

³ Cfr. C. giust. UE, 5 maggio 2011, in causa C-305/09, punto 26, *Commissione/Italia*, che richiama la sentenza 5 ottobre 2006, in causa C-232/05, *Commissione/Francia*, punto 42 e la giurisprudenza ivi citata.

⁴ Cfr. C. giust. UE, *Commissione/Francia*, cit., punto 42, e 22 dicembre 2010, in causa C-304/09, *Commissione/Italia*, punto 33.

⁵ Cfr. C. giust. UE, *Commissione/Italia*, cit., punto 32 e la giurisprudenza ivi citata.

⁶ Cfr. C. giust. CE, 15 dicembre 2005, in causa C-148/04, *Unicredito Italiano*, punto 113, e 29 aprile 2004, in causa C-66/02, *Italia/Commissione*, punti 103 e 104, e giurisprudenza ivi richiamata.

⁷ Cfr., in particolare, C. giust. UE, 20 settembre 2007, in causa C-177/06, *Commissione/Spa-*

gna, punto 46; 13 novembre 2008, in causa C-214/07, *Commissione/Francia*, punto 44, e *Commissione/Italia*, cit., punto 35.

⁸ Cfr. C. giust. CE, 14 dicembre 2006, in cause riunite da C-485/03 a C-490/03, *Commissione/Spagna*, punto 74; 13 novembre 2008, cit., punto 46, e *Commissione/Italia*, cit., punti 36 e 37, che richiama le sentenze 1° aprile 2004, in causa C-99/02, *Commissione/Italia*, punto 23, e 1° giugno 2006, in causa C-207/05, *Commissione/Italia*, punti 46 e 50.

⁹ Cfr. C. giust. CE, *Unicredito*, cit., punto 104; C. giust. CE, 11 novembre 2004, in cause riunite C-183/02 P e C-187/02, *P. Demesa e Territorio Histórico de Álava/Commissione*, punti 44 e 45, e la giurisprudenza ivi richiamata.

¹⁰ Cfr. C. giust. CE, *Unicredito*, cit., punto 104.

dell'Unione impone di ritenere che l'atto nazionale di recupero di un aiuto di Stato illegale possa essere sempre assoggettato al controllo del giudice nazionale, da un altro lato occorre considerare che, in base all'art. 14, n. 3, Reg. n. 659/1999, i giudici nazionali sono tenuti a garantire la piena effettività della decisione che ordina il recupero dell'aiuto illegale ed a giungere ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da detta decisione. Infatti, l'annullamento di un atto nazionale di esecuzione di una decisione della Commissione che ordina il recupero dell'aiuto illegittimo, che osti all'esecuzione immediata ed effettiva di detta decisione, è incompatibile con le esigenze espresse dall'art. 14, n. 3, Reg. n. 659/1999¹¹.

In questa prospettiva, il giudice nazionale non è vincolato dalle statuizioni contenute in una precedente sentenza, passata in giudicato, che abbia disposto il pagamento dell'aiuto. Infatti, il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del c.c., che sancisca il principio dell'autorità della cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune sia stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva¹².

Infine, il diritto comunitario limita il potere del giudice nazionale di sospendere l'esecutività di una decisione della Commissione, che imponga agli Stati membri di procedere al recupero degli aiuti illegali. In particolare, un giudice nazionale può disporre provvedimenti provvisori di sospensione solo se nutra gravi riserve sulla validità dell'atto dell'Unione e provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato¹³.

3. *Norme interne e prassi amministrativa per il recupero degli indebiti benefici fiscali.* – La concreta osservanza degli obblighi di recupero che incombono sullo Stato, alla stregua dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria, costituisce oggetto di un procedimento di verifica puntuale e di monitoraggio continuo da parte della Commissione, svolto in collaborazione con le Autorità nazionali. A tal fine, nel rispetto del principio di leale collaborazione stabilito dall'art. 4, § 3 TFUE, la Commissione viene tenuta costantemente aggiornata sullo stato di avanzamento della procedura di recupero¹⁴. Qualora ravvisi ingiustificati inadempimenti e ritardi nell'esecuzione della decisione che impone il recupero, la Commissione instaura un giudizio di infrazione nei confronti dello Stato che non abbia provveduto al tempestivo ed integrale recupero dell'aiuto illegittimamente concesso ed indebitamente fruito.

In considerazione della rigidità dei principi e dei controlli comunitari nella materia, gli artt. 44 e ss. l. 24 dicembre 2012 n. 234, recante «Norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle Politiche dell'Unione Europea», entrata in vigore il 19 gennaio 2013, hanno introdotto per la prima volta nell'ordinamento nazionale una disciplina generale ed organica sulle procedure di recupero degli aiuti illegali, sotto qualsiasi forma e da qualsiasi fonte provenienti, ed hanno affidato al giudice amministrativo la competenza esclusiva a decidere sulle opposizioni avverso i provvedimenti relativi. In precedenza, in mancanza di norme generali di contenuto equivalente, si è reso necessario introdurre specifiche norme di legge che individuassero volta per volta, in relazione a ciascuna pronuncia di illegalità dell'aiuto da parte della Commissione, l'autorità competente a provvedere, le modalità del recupero ed i mezzi di op-

¹¹ V. C. giust. UE, 5 maggio 2011, cit., punti 46 e 47, e 20 maggio 2010, in causa C-210/09, *Scott e Kimberly Clark*, punti 25, 29 e 30.

¹² Cfr. C. giust. CE, 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, punto 63.

¹³ Cfr. C. giust. UE, 5 maggio 2011, cit., punto 44; 21 febbraio 1991, in cause riunite C-143/88 e

C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, e 9 novembre 1995, in causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e a.*

¹⁴ Per una esemplificazione del procedimento di controllo sull'esecuzione delle decisioni della Commissione, cfr. C. giust., 1° giugno 2006, cit., spec. punti da 7 a 17.

posizione concessi al contribuente. Ne è derivata una disciplina assai frastagliata, che non ha favorito l'elaborazione di principi uniformi ed ha provocato disfunzioni e ritardi nelle azioni di recupero.

In linea di massima, le norme pregresse hanno affidato l'azione di recupero all'Amministrazione competente nella materia alla quale l'aiuto si riferisce. In questa prospettiva, il compito di recuperare gli aiuti illegalmente concessi sotto forma di benefici fiscali è stato usualmente affidato all'Agenzia delle Entrate.

II. I PRINCIPI GENERALI RELATIVI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO I PROVVEDIMENTO DI RECUPERO DEGLI AIUTI ILLEGALI IN FORMA DI INDEBITI BENEFICI FISCALI

1. *La natura dell'azione di recupero e l'oggetto del giudizio di opposizione.* – L'originaria tendenza del legislatore ad affidare le azioni di recupero alle Amministrazioni competenti nella specifica materia alla quale l'aiuto si riferisce, implicava l'attribuzione di una specifica rilevanza alla natura del beneficio illegittimamente concesso. In questa prospettiva, l'aiuto di Stato conservava il suo collegamento genetico con il sottostante rapporto sostanziale nel cui ambito era stato concesso, e l'azione di recupero si sviluppava, come naturale riflesso, sul modello delle tipiche azioni riguardanti quel particolare rapporto.

Secondo questa impostazione, le azioni di recupero degli indebiti benefici fiscali, affidate all'Agenzia delle Entrate, si sono spontaneamente modellate sugli schemi dell'attività di accertamento dei tributi non versati, e l'oggetto del recupero si è identificato con il tributo che si sarebbe dovuto corrispondere se il beneficio non fosse stato concesso. In questo modo, i provvedimenti di recupero, assimilati a comuni avvisi di accertamento, si sono naturalmente esposti agli ordinari rimedi giurisdizionali dinanzi ai giudici tributari, nonché a tutte le eccezioni (*in primis*, quelle di decadenza) ordinariamente proponibili avverso gli atti impositivi. Tutto

ciò si è rivelato ben presto incompatibile con l'obbligo di dare tempestiva esecuzione alla decisione di recupero della Commissione ed ha determinato l'avvio di procedure di infrazione contro la Repubblica Italiana per violazione dell'art. 14 del regolamento n. 659/1999¹⁵.

L'evoluzione giurisprudenziale ed i successivi interventi normativi hanno attivato un processo di astrazione del procedimento di recupero dalla specifica natura del beneficio indebitamente concesso, nel presupposto che il denominatore comune e l'oggetto essenziale dell'azione sono costituiti dall'adempimento degli obblighi comunitari e dalla ricostituzione della situazione di concorrenza indebitamente alterata, rimanendo irrilevanti le forme e le modalità di concessione dell'aiuto. In tal modo, la prospettiva si è spostata progressivamente dal soggetto che ha erogato l'aiuto, dalla tipologia della misura e dalle regole che governano il rapporto sottostante, all'esigenza di dare immediata esecuzione all'ordine di recupero adottato dalla Commissione, nel rispetto delle norme comunitarie alle quali si è fatto riferimento innanzi¹⁶.

Per quanto riguarda gli aiuti concessi sotto forma di benefici fiscali, la principale tappa di questo processo è stata rappresentata dall'art. 2 d.l. 8 aprile 2008 n. 59, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 c. 1, l. 6 giugno 2008 n. 101, che ha introdotto nel d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, l'art. 47-*bis*, rubricato «sospensione di atti volti al recupero di aiuti di Stato e definizione delle relative controversie». Questa norma, pur salvaguardando (ed anzi implicitamente riconoscendo) la giurisdizione del giudice tributario nella materia in ragione del collegamento genetico con la natura del beneficio indebitamente concesso, ha dettato speciali disposizioni di carattere processuale, che sono chiaramente ispirate all'esigenza di recepire i principi comunitari della materia e di configurare l'azione di recupero quale mera esecuzione della decisione della Commissione.

Il processo di astrazione dell'azione di recupero dalla causa sottostante è giunto

¹⁵ Cfr. C. giust. UE, 5 maggio 2011, cit.

¹⁶ Cfr. Cass., 12 settembre 2012, n. 15207.

a compimento con la riforma introdotta dalla già richiamata l. n. 234/12, che ha unificato le procedure di recupero ed i rimedi giurisdizionali, indipendentemente dalla forma di erogazione dell'aiuto. Conseguentemente, l'art. 61, quinto comma, di tale legge ha abrogato l'art. 47-bis d.lgs. n. 546/92, che continua ad applicarsi ai soli giudizi in corso al 19 gennaio 2013 (data di entrata in vigore della riforma).

Pertanto, al giorno d'oggi il procedimento di *public enforcement* che costituisce oggetto della presente voce, non è più ammissibile, e continua ad applicarsi in via solo residuale ai giudizi iniziati prima della riforma. I principi cui esso si ispira, che costituiscono espressione del progressivo adattamento dell'ordinamento interno ai principi comunitari, assumono tuttavia una valenza generale, e potranno conservare piena validità anche nell'ambito del nuovo procedimento, rimesso alla competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo.

2. *Contenuto e limiti dei giudizi avverso i provvedimenti di recupero degli aiuti illegali.* – Dalla qualificazione dell'azione quale strumento di esecuzione della decisione di recupero della Commissione e di ottemperanza dello Stato membro agli obblighi comunitari, derivano importanti conseguenze per la determinazione dell'ambito del giudizio e delle questioni proponibili. In base ad essa, il giudice nazionale non può conoscere della legittimità delle decisioni adottate dalle istituzioni comunitarie, alle quali è tenuto ad adeguarsi, né può applicare norme interne che impediscano l'attuazione degli obblighi comunitari.

In questa prospettiva, le uniche questioni conoscibili da parte del giudice nazionale sono quelle relative ai vizi propri del provvedimento di recupero adottato dall'Amministrazione, con riguardo ai profili soggettivi ed oggettivi dell'obbligazione restitutoria. Sotto il primo profilo, tali questioni attengono alla individuazione del soggetto beneficiario dell'aiuto e del soggetto responsabile per il pagamento; sotto il profilo oggettivo, invece, i motivi di impugnazione potranno riguardare principalmente l'inapplicabilità della

decisione di recupero al caso di specie o la determinazione del *quantum debeatur*.

A questo riguardo, giova considerare che il beneficio fiscale effettivamente fruito non si identifica necessariamente con un aiuto da recuperare, nonostante la dichiarata incompatibilità della normativa interna con l'ordinamento comunitario. In particolare, esso si può legittimamente sottrarre all'obbligo di restituzione qualora non sia stato percepito nell'esercizio di un'impresa e non abbia perciò connessione con le regole della concorrenza e del mercato, che gli artt. 107 e 108 TFUE tendono a tutelare. Inoltre, il beneficio potrebbe ritenersi giustificato in base ad un regolamento di esenzione o quando sia contenuto entro la soglia prevista dalla regola *de minimis*, che – secondo la normativa comunitaria – costituisce eccezione al divieto generale di aiuti di Stato.

Altre eccezioni utilmente proponibili nel giudizio di opposizione al provvedimento di recupero riguardano poi la prescrizione del credito (nei limiti che saranno specificati *infra*, § IV, punto 1) e la quantificazione del credito dell'Amministrazione. A quest'ultimo riguardo, giova considerare che l'obbligazione restitutoria potrà riguardare l'intero importo del tributo non versato nel caso di concessione di esenzioni indebite, e dovrà essere limitata alla differenza tra il tributo dovuto in via generale e quello effettivamente versato, nel caso di benefici concessi sotto forma di aliquote agevolate o di attribuzione di particolari deduzioni o detrazioni.

Considerati la natura del provvedimento impugnato ed i limiti del potere giurisdizionale del giudice nazionale, ogni altra questione (di ordine sia sostanziale che processuale) è ordinariamente estranea all'oggetto del giudizio. Inoltre, l'inquadramento della fattispecie nell'ambito dell'esecuzione della decisione di recupero dell'aiuto illegale, piuttosto che del pagamento dei tributi non versati, può avere importanti riflessi anche sul fondamento delle eccezioni proponibili (in particolare, di quelle relative alla decadenza dal potere impositivo, alla prescrizione

del credito ed al computo degli interessi), così come si evidenzierà nel prosieguo¹⁷.

3. *La disapplicazione delle norme interne incompatibili con l'obbligo di esecuzione della decisione di recupero.* – Il carattere vincolante della decisione di recupero adottata dalle Istituzioni comunitarie impedisce al giudice nazionale di applicare le norme dell'ordinamento interno che, sotto qualsiasi forma, impediscano di dare ad essa completa esecuzione. Nel riconoscere il diritto alla tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di recupero adottati dallo Stato membro, la Corte di Giustizia precisa infatti che «i giudici nazionali sono tenuti, in base all'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999, a garantire la piena effettività della decisione che ordina il recupero dell'aiuto illegittimo ed a giungere ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da detta decisione (v. sentenza 20 maggio 2010, causa C-210/09, Scott e Kimberly Clark, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 25 e 29). Infatti, l'annullamento di un atto nazionale di esecuzione di una decisione della Commissione che ordina il recupero dell'aiuto illegittimo, il quale osti all'esecuzione immediata ed effettiva di detta decisione, è incompatibile con le esigenze espresse dall'art. 14, n. 3, del citato regolamento n. 659/1999 (v., in tal senso, sentenza Scott e Kimberly Clark, cit., punto 30)»¹⁸.

Come corollario di questo principio generale, «spetta ai giudici nazionali interpretare le disposizioni del diritto nazionale quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario. Risulta inoltre da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto co-

munitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale»¹⁹.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che le decisioni con cui la Commissione, nell'esercizio del controllo sulla compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno²⁰, in guisa che il giudice nazionale è tenuto a darvi immediata esecuzione anche in mancanza di una specifica legge di recepimento ed in contrasto con le vigenti leggi nazionali²¹.

La S. Corte ha altresì precisato che l'esigenza di dare immediata ed integrale esecuzione alle decisioni delle Istituzioni comunitarie impone di disapplicare ogni norma di legge interna, anche di carattere processuale, che possa impedirne il rispetto. Come conseguenza, in simili fattispecie i giudici di legittimità possono accedere anche alla cognizione dei fatti di causa e possono giudicare anche al di là degli specifici motivi di impugnazione proposti dalle parti; ed invero, «il poterdovere del giudice di conformarsi al diritto comunitario nella decisione della controversia comporta [...] la necessaria disapplicazione delle regole processuali di diritto interno che, precludendo in sede di legittimità l'esame di questioni non specificamente dedotte dal ricorrente e l'introduzione di nuove questioni di fatto, impediscano la piena applicazione delle norme comunitarie»²².

Nella stessa prospettiva, si è costantemente affermato che il recupero dell'aiuto indebitamente fruito non è impedito dal ricorso ad istituti a carattere premiale o a procedure di condono che consentano di definire i rapporti tributari relativi ai periodi di imposta interessati dal beneficio illegale. Ed invero «in tema di recupero di

¹⁷ Cfr. § IV, punti 1 e 3.

¹⁸ C. giust. UE, 5 maggio 2011, cit., punti 46 e 47.

¹⁹ C. giust. CE, *Lucchini*, cit., punti 60 e 61.

²⁰ Cfr. Cass., 6 luglio 2010, n. 15980; Cass., 3 febbraio 2010, n. 2428.

²¹ Cfr. Cass., 12 settembre 2012, n. 15207; Cass., 15 giugno 2011, n. 13067; Cass., 10 dicembre 2002, n. 17564.

²² Cass., 18 dicembre 2006, n. 26948; Cass., 29

dicembre 2010, n. 26285, e Cass., ord. 30 aprile 2004, n. 8319.

V. pure C. giust., 18 luglio 2007, *Lucchini*, secondo cui il giudice nazionale è tenuto a disapplicare una norma come quella contenuta nell'art. 2909 c.c., che impedisca di dare esecuzione ad una decisione di recupero per effetto di un giudicato di segno contrario intervenuto tra le stesse parti.

aiuti di Stato, non può essere applicata la disciplina nazionale relativa al condono fiscale, ove contrasti con il principio di effettività del diritto comunitario, espressamente enunciato dall'art. 14, comma terzo, del Regolamento CE n. 659 del 1999 del Consiglio in data 22 marzo 1999 in relazione al recupero degli aiuti dichiarati illegittimi con decisione della Commissione europea»²³.

4. *Le questioni relative all'illegittimità della decisione di recupero ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E.* – Un ulteriore limite del giudizio avverso i provvedimenti di recupero dei tributi non versati per effetto di un beneficio fiscale dichiarato illegale, è costituito dalla carenza di giurisdizione del giudice nazionale a conoscere delle questioni relative alla legittimità delle decisioni adottate dalle Istituzioni comunitarie. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., «i giudici nazionali non sono competenti a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune. Emerge infatti da una giurisprudenza costante che la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario»²⁴. Sebbene in linea di principio i giudici nazionali possano trovarsi ad esaminare la validità di un atto comunitario, non sono però competenti a dichiarare essi stessi l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie. La Corte è quindi la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario»²⁵.

Per queste ragioni, al contribuente non è precluso eccepire l'illegittimità derivata del provvedimento di recupero di

imposta dell'Amministrazione finanziaria per effetto dell'illegittimità della decisione adottata dalla Commissione. Tuttavia, il giudice adito non può pronunciarsi su questa eccezione, ma deve rimetterla al giudizio pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, alla quale soltanto compete la potestà di pronunciarsi su di essa.

Peraltro, il rinvio pregiudiziale non è consentito senza limiti, ma è ammesso nel solo caso in cui il ricorrente non sia decaduto dalla potestà di sollevare simili eccezioni. Infatti, la stessa Corte di Giustizia ha costantemente affermato che «una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito dall'art. [263], quinto comma, [TFUE] diviene definitiva nei suoi confronti [...]»²⁶.

Occorre dunque concludere che l'eccezione di illegittimità della decisione di recupero della Commissione può essere proposta soltanto dai beneficiari dell'aiuto, che non avrebbero potuto proporre autonomo ricorso in via principale avverso la decisione di recupero adottata in proposito dalla Commissione ai sensi dell'art. 263 TFUE. Ai sensi di tale norma, infatti, «gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti».

III. PROFILI PROCESSUALI DEL GIUDIZIO RELATIVO AL RECUPERO DEI BENEFICI FISCALI ILLEGALI NEL REGIME PREVISTO DALL'ART. 47-BIS DEL D.LGS. 31 DICEMBRE 1992, N. 546

1. *La sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato.* – Con riferi-

²³ Cass., 16 maggio 2012, n. 7663, ed altre coeve. Nello stesso senso, Cass., n. 16349 del 2012 e Cass., n. 8108 del 2012, cit.

²⁴ C. giust. UE, *Lucchini*, cit., punti 51 e 52, che richiama le precedenti sentenze 22 marzo 1977, in causa 78/76, *Steinike & Weinlig*, punto 9; 21 novembre 1991, in causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, punto 14, ed 11 luglio 1996, in causa C-39/94, *SFEI e a.*

²⁵ C. giust. UE, *Lucchini*, cit., punto 53, che richiama le precedenti sentenze 22 ottobre 1987, in causa 314/85, *Foto-Frost*, punto 20; 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, cit., punto 17, e 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, punto 27. Nella giurisprudenza nazionale, cfr. da ultimo Cass., NN 16349 e 15207 del 2012, cit.

²⁶ Corte di Giustizia CE, *Lucchini*, cit., punti 54 e 55, che richiama le precedenti sentenze 9 marzo 1994, in causa C-188/92, *TWD Textilwerke*

mento alla tutela cautelare avverso i provvedimenti di recupero, l'art. 47-*bis* d.lgs. n. 546/92 ha introdotto rilevanti elementi di specialità rispetto alla disciplina generale. Infatti, esso rinvia ai soli commi 1, 2, 4, 5, 7 ed 8 del precedente art. 47 e contiene alcune deroghe espresse alle sue previsioni.

In primo luogo, dal combinato disposto delle norme si desume che è esclusa la possibilità di richiedere la sospensione urgente del provvedimento impugnato mediante decreto presidenziale emesso *inaudita altera parte*. La decisione sull'istanza cautelare è perciò rimessa alla competenza esclusiva del collegio.

Sotto altro profilo, il presupposto della sospensione dell'atto di recupero è rappresentato non dalla semplice prospettiva di *un danno grave ed irreparabile*, ma dalla ricorrenza cumulativa dei seguenti requisiti: *a)* gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero, ovvero nell'individuazione del soggetto obbligato alla restituzione o evidente errore nel calcolo della somma da recuperare, nei limiti di tale errore; *b)* pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 47-*bis*, inoltre, se la sospensione si fonda su motivi attinenti alla illegittimità della decisione di recupero della Commissione, il giudice nazionale deve disporre la sospensione del giudizio e l'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia, con richiesta di trattazione d'urgenza ai sensi dell'art. 104-*ter* Reg. proc. Corte di Giustizia, salvo il caso in cui tale questione non sia già stata ad essa deferita. La sospensione che sia richiesta sulla base di questi motivi non può essere comunque concessa se il ricorrente: *a)* sia decaduto dalla potestà di sollevare simili eccezioni per non aver proposto autonomo ricorso in via principale dinanzi alla Corte di Giustizia U.E. ai sensi dell'art. 263 c. 5 TFUE, pur essendo

specificamente individuato o facilmente individuabile in base alla decisione di recupero; *b)* pur avendo proposto tale autonomo ricorso dinanzi ai Giudici comunitari, non abbia ivi chiesto o ottenuto la sospensione dell'esecutività della decisione di recupero della Commissione²⁷.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 47-*bis*, la misura cautelare ha una validità limitata ad un periodo di 60 giorni. Essa può essere tuttavia confermata per un periodo massimo (non prorogabile) di ulteriori 60 giorni, sulla base degli stessi presupposti e nel caso in cui la causa non sia ancora decisa nel merito.

2. I profili di specialità del giudizio di merito. – Il giudizio tributario concernente il recupero dei benefici fiscali ritenuti illegali è caratterizzato da varie norme speciali, aventi tutte funzione acceleratoria. Tali norme tendono ad adeguare il rito al principio comunitario secondo cui il recupero deve essere effettuato integralmente e senza indugio.

Sotto un primo profilo occorre osservare che, per il disposto del quarto comma dell'art. 17-*bis* d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, la proposizione della causa non è subordinata al preventivo esperimento del tentativo di mediazione, introdotto in via generale per il giudizio tributario dall'art. 39 c. 9 d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011 n. 111. La mediazione non avrebbe infatti nessuna effettiva utilità, in considerazione dell'obbligo di procedere all'integrale recupero dell'aiuto.

Il quarto comma dell'art. 47-*bis* d.lgs. n. 546/92, dispone poi che la causa è definita nel merito nel termine di 60 giorni «dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione». Si tratta di disposizione di ordine puramente programmatico: lo stesso legislatore ipotizza che tale termine non sia rispettato, laddove prevede la possibilità di prorogare oltre la sua scadenza l'efficacia delle misure cautelari concesse²⁸.

Deggendorf, punto 13, e 22 ottobre 2002, in causa C-241/01, *National Farmers' Union*, punto 34.

²⁷ Le disposizioni in esame costituiscono la fedele trasposizione dei principi espressi, sulla base della giurisprudenza comunitaria, nei punti 66-68 della Comunicazione della Commissione

relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01).

²⁸ Ai sensi dell'art. 2, comma 3, d.l. 59 del 2008, convertito nella l. 101 del 2008, «il presidente di sezione, in ogni grado del procedimento,

Nessun termine per la definizione del merito è invece previsto nel caso in cui la misura cautelare non sia stata richiesta o concessa. Sembra evidente che in tal caso il legislatore non ha ravvisato l'urgenza della decisione.

Il citato quarto comma dell'art. 47-*bis* dispone inoltre che: «non si applica la disciplina sulla sospensione feriale dei termini». Sebbene sia inserita tra le norme relative ai termini di efficacia delle misure cautelari, questa norma assume una indubbia portata generale ed appare perciò applicabile a tutti i termini processuali, compresi quelli per la proposizione del ricorso e delle eventuali impugnazioni.

Non appaiono invece convincenti le tesi enunciate in proposito dalla S. Corte, secondo cui la predetta disposizione (alla pari di tutte le altre disposizioni contenute nei commi da 4 a 7 del citato art. 47-*bis* d.lgs. n. 546/06) riguarderebbe i soli ricorsi in cui sia stata richiesta una misura cautelare, o si riferirebbe ai soli termini di efficacia delle ordinanze di sospensione²⁹. La limitazione di tutte le norme speciali alle ipotesi in cui sia stata concessa la sospensione contrasta con la lettera della legge (che fa generico riferimento alle «controversie relative agli atti di cui al comma 1», e cioè a tutte le cause relative ai recuperi dei benefici indebiti), ed appare priva di effettivo significato, nei casi in cui l'efficacia della sospensione sia stata ormai assorbita dalla sentenza di merito. La tesi secondo cui la disposizione riguarderebbe la durata delle misure cautelari appare anch'essa contraria alla lettera della legge (che si riferisce a tutti i termini processuali assoggettati alla sospensione dei termini feriali) e contraria ai canoni di interpretazione logica (perché non avrebbe senso la sospensione dell'efficacia delle misure cautelari concesse nel periodo feriale).

È vero altresì che – come rileva la S. Corte nella sentenza sopra considerata – la deroga alle ordinarie regole della so-

sensione dei termini feriali rischia di pregiudicare, piuttosto che favorire, l'adempiimento dei precetti comunitari, nei casi in cui l'Amministrazione finanziaria sia soccombente in un grado del giudizio di merito, perché la espone al rischio di impugnazioni tardive. Né può ammettersi che in tali casi la norma che abbrevia i termini possa essere disapplicata per consentire il rispetto del diritto comunitario, perché ciò si tradurrebbe in una vera e propria alterazione delle garanzie processuali delle parti, e non di una semplice disapplicazione di una regola processuale che impedisca di assolvere alle finalità del giudizio.

Infine, la norma in esame prevede la pubblicità del rito, l'immediata lettura del dispositivo in udienza ed il deposito delle motivazioni della sentenza entro 15 giorni, così da evitare pregiudizievole ritardi nella attività di recupero. La mancanza della lettura del dispositivo in udienza è causa di nullità della decisione³⁰.

3. *Il giudizio di appello*. – Come già osservato, nel giudizio avverso gli atti di recupero dell'Amministrazione non si applica la sospensione dei termini feriali. Secondo la tesi che appare preferibile, ciò implica che i termini per la proposizione dell'appello non sono suscettibili di sospensione ai sensi della l. 7 ottobre 1969 n. 742; e ciò trova ulteriore conferma nell'espreso richiamo alla regola della inapplicabilità della sospensione dei termini feriali, operata dal settimo comma, ultimo periodo, dell'art. 47-*bis* in esame.

Ai sensi del predetto comma, inoltre, «tutti i termini del giudizio di appello [...], ad eccezione di quello stabilito per la proposizione del ricorso, sono ridotti alla metà». Anche questa disposizione appare di portata generale, non potendosi condividere la già discussa tesi della Cassazione, secondo cui essa si applicherebbe ai soli giudizi in cui sia stata chiesta, in primo grado, la sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato³¹.

vigila sul rispetto dei termini di cui [...] ai commi 4 e 7, primo periodo, dell'articolo 47-*bis* del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 [...]».

²⁹ Cfr. Cass., 29 dicembre 2010, n. 26285.

³⁰ In tal senso, cfr. Cass., 27 aprile 2012, nn. 6534 e 6535.

³¹ Cfr. Cass., sentenza n. 26285 del 2010, cit.

È incerta inoltre la portata dell'eccezione al dimezzamento dei termini stabilita per la "proposizione del ricorso", dovendosi stabilire se essa si riferisca solo alla sua notificazione o anche al suo successivo deposito. Al riguardo, occorre considerare che la giurisprudenza amministrativa, nell'affrontare l'analogo problema originato dall'art. 23-bis l. 7 dicembre 1991 n. 1034, introdotto dall'art. 4 l. 21 luglio 2000 n. 205, ha accolto la prima soluzione³²; ma anche in questo caso l'alterazione dei termini ordinari può pregiudicare l'interesse pubblico al recupero dell'aiuto, rendendo più gravoso l'eventuale appello dell'Amministrazione finanziaria avverso una sentenza di primo grado sfavorevole.

Il settimo comma dell'art. 47-bis dispone infine che la trattazione dell'appello «ha priorità assoluta» e richiama le disposizioni dei commi 5 e 6, concernenti la pubblicità dell'udienza di discussione; l'obbligo di lettura del dispositivo in udienza, a pena di nullità della sentenza; l'obbligo di deposito della motivazione nel termine di 15 giorni dalla lettura del dispositivo.

IV. LE QUESTIONI PRELIMINARI E DI MERITO

1. *Decadenza e prescrizione.* – Le azioni di recupero dei tributi non versati per effetto di benefici fiscali qualificati come aiuti di Stato illegali, hanno originato frequenti questioni pregiudiziali di decadenza e di prescrizione. Secondo le tesi ordinariamente prospettate dai beneficiari degli aiuti, l'obbligazione restitutoria avrebbe natura tributaria, in guisa che si renderebbero applicabili gli ordinari termini stabiliti per l'accertamento e/o per l'iscrizione a ruolo degli omessi versamenti.

Questa tesi non può essere condivisa. Essa non considera che il recupero non costituisce espressione della ordinaria attività impositiva degli Uffici finanziari, ma rappresenta una forma di esecuzione

della decisione di recupero adottata dalla Commissione, così inserendosi nel procedimento comunitario di verifica della ammissibilità del beneficio. La giurisprudenza della S. Corte ha pertanto sistematicamente affermato che «al credito erariale per il recupero di aiuti di Stato, imposto dai competenti organi dell'Unione europea, è inapplicabile il termine quinquennale di decadenza di cui all'art. 43 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, sia perché contrastante con il principio di effettività del diritto comunitario e con l'obbligo di rispettare le decisioni della Commissione, sia perché l'azione di recupero di aiuti di Stato è vicenda giuridica diversa dal potere di accertamento in materia fiscale»³³.

L'inapplicabilità degli ordinari termini di decadenza e di prescrizione stabiliti per la riscossione delle imposte non versate per effetto dei benefici indebiti, fa sorgere il problema di individuare i termini prescrizionali concretamente applicabili all'azione di recupero. A tal riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che si possa fare diretta applicazione del termine decennale, decorrente dal giorno in cui l'aiuto illegale è stato concesso, stabilito dall'art. 15 reg. CE n. 659/99 del 22 marzo 1999 per l'esercizio dei «poteri della Commissione per quanto riguarda il recupero degli aiuti». Infatti, «tale termine non disciplina direttamente le azioni e le misure intraprese dallo Stato membro volte al recupero presso i terzi beneficiari degli aiuti dichiarati illegittimi, ma trova applicazione esclusivamente con riferimento all'esercizio dei poteri attribuiti alla Commissione europea, esaurendo la propria funzione nell'ambito della definizione del procedimento volto alla verifica di compatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario... [Ed infatti] il procedimento di verifica della compatibilità dell'aiuto si esaurisce nell'ambito del diritto comunitario ed attiene ad una fonte distinta – anche cronologicamente – dal rapporto amministrativo e

³² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 31 maggio 2002, n. 5; Id., 28 dicembre 2011, n. 6925; Id., 23 novembre 2010, n. 8154.

³³ Cass., n. 16349 del 2012, cit. Nello stesso

senso, Cass., n. 8108 del 2012, cit.; Cass., 4 maggio 2012, n. 6756; Cass. 20 maggio 2011, n. 11228; Cass., 29 dicembre 2010, n. 26286; Cass., 19 novembre 2010, n. 23418.

dall'eventuale controversia giudiziaria che si instaura tra lo Stato membro ed il beneficiario e che è regolata ... secondo le procedure previste dalla legge [n.d.r.: sostanziale e processuale] dello Stato membro interessato (art. 14, co. 3), non essendo interscambiabili i termini stabiliti in funzione della garanzia della certezza dei rispettivi ordinamenti comunitario e nazionale»³⁴.

Di conseguenza, in mancanza di una specifica norma applicabile all'azione di recupero dei benefici illegali, la giurisprudenza ha fatto riferimento all'ordinario termine prescrizione stabilito dall'art. 2946 c.c., decorrente dal momento in cui il diritto può essere fatto valere; momento che deve essere fissato in quello «della notifica della decisione della Commissione allo Stato membro destinatario, atteso che solo all'esito del procedimento di verifica, definito con decisione negativa della Commissione, l'aiuto di Stato fino allora erogato a favore dei beneficiari può essere qualificato illegale (*non jure*)»³⁵.

Il tema del recupero dei benefici fiscali che costituiscono aiuti illegali, deve essere tuttavia oggi rivisitato in base al disposto dell'art. 51 della citata l. n. 234/12. Infatti, tale norma ha introdotto per la prima volta una specifica disciplina dell'estinzione dell'azione di recupero, stabilendo che: «indipendentemente dalla forma di concessione dell'aiuto di Stato, il diritto alla restituzione dell'aiuto oggetto di una decisione di recupero sussiste fino a che vige l'obbligo di recupero ai sensi del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999».

La norma dà luogo a difficoltà interpretative. Sotto un primo profilo, si potrebbe dubitare che essa sia applicabile al caso degli aiuti concessi sotto forma di benefici fiscali. Infatti, essa si riferisce espressamente al «diritto alla restituzione dell'aiuto», e sembra perciò presupporre

che l'aiuto sia stato concesso sotto forma di sovvenzioni o contributi da recuperare (e non pure sotto forma di esenzione dall'obbligo di corrispondere i tributi nella misura ordinariamente dovuta).

È tuttavia preferibile un'interpretazione estensiva, che comprenda anche i casi in cui l'azione consista non già nella ripetizione di un aiuto indebitamente corrisposto, ma nel pagamento del tributo a suo tempo non versato per effetto dell'indebito beneficio. Il legislatore afferma infatti che la norma in esame si applica «indipendentemente dalla forma di concessione dell'aiuto», e mostra così di voler introdurre una disciplina di carattere generale, applicabile a qualsiasi genere di aiuto di Stato da recuperare in base ad una decisione di non conformità della Commissione.

Ulteriori ed ancor più gravi difficoltà interpretative riguardano la concreta determinazione del termine di estinzione dell'azione di recupero, a cui la norma in esame ha inteso fare riferimento. In base ad essa, l'azione nei confronti del beneficiario può essere esercitata «fino a che vige l'obbligo di recupero ai sensi del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999»; tuttavia, tale regolamento non stabilisce affatto il termine per l'esercizio dell'azione di recupero, ma dispone che «la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario» (art. 14 § 1 Reg. n. 659/99) e rinvia «alle procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione» (art. 14 § 3 Reg. citato).

In tali circostanze, si potrebbe ritenere che il legislatore – rinviando alla disciplina del Regolamento comunitario, che a

³⁴ Cass., 12 settembre 2012, n. 15207, conforme alla sentenza della C. giust. CE del 6 ottobre 2005, in causa C-276/03, *Scott SA*.

Nello stesso senso, cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 125 del 2009, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 9, lett. a), ultima parte, e comma 10, della l. 8 agosto 1995, n. 335, in com-

binato disposto con l'art. 15 del regolamento del Consiglio delle Comunità Europee n. 659/1999 del 22 marzo 1999, perché fondata sull'erroneo presupposto che il termine di prescrizione previsto da tale norma possa trovare applicazione nei rapporti tra lo Stato membro ed il beneficiario dell'aiuto.

³⁵ Cass., n. 15207 del 2012, cit.

sua volta fa salve le procedure previste dalla legge nazionale – abbia voluto accogliere la soluzione già accolta dalla citata giurisprudenza di legittimità, secondo cui il predetto Regolamento rende applicabile la legge (non solo processuale, ma anche sostanziale) degli Stati membri, e comporta quindi l'applicabilità dell'ordinario termine di prescrizione decennale (decorrente dal momento in cui il diritto può essere fatto valere) stabilito dall'art. 2946 c.c. Tale interpretazione appare tuttavia poco logica, essendo poco plausibile che la norma in esame abbia voluto riferirsi puramente e semplicemente, attraverso un duplice rinvio, alla comune disciplina interna.

È più verosimile che il riferimento all'«obbligo di recupero ai sensi del Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999» deve essere inteso nel senso che l'azione di recupero può e deve essere esercitata finché perdurano gli obblighi di esecuzione della decisione di recupero emessa dalla Commissione, ai sensi del predetto Regolamento. Il legislatore ha inteso dunque operare un rinvio dinamico (non alle disposizioni del Regolamento, ma) alle misure imposte dalla Commissione a carico dello Stato membro con la decisione prevista dal predetto Regolamento.

2. *Obbligo di recupero e principio dell'affidamento.* – In conformità con i principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia UE, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente riconosciuto che l'azione di recupero dell'Amministrazione non è impedita dall'asserito stato di buona fede del beneficiario dell'aiuto e dall'affidamento che egli abbia riposto nella validità ed efficacia delle norme che prevedevano i benefici fiscali dichiarati non compatibili con il diritto dell'Unione. Infatti, gli obblighi di diligenza che gravano sul contribuente impediscono di ritenere che egli potesse legittimamente confidare nella legittimità del beneficio, prima della sua approvazione da parte della Commissione, in conformità con le pertinenti disposizioni del TFUE.

Invero, «in tema di recupero di aiuti di Stato, in ragione del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 88 TCE (ora 108 TFUE: n.d.r.), le imprese beneficiarie di un aiuto non possono fare legittimo affidamento sulla regolarità dell'aiuto ove lo stesso sia stato concesso senza il rispetto della procedura o prima della sua regolare conclusione, né possono invocare a sostegno di tale affidamento l'eventuale incertezza degli orientamenti comunitari in materia [...], dovendosi altresì considerare irrilevanti sia l'esistenza di eventuali disposizioni legislative nazionali che disciplinano gli aiuti, poi giudicati illegittimi, sia eventuali pronunce dei giudici nazionali, ivi inclusa la Corte Costituzionale, in quanto la valutazione di compatibilità degli aiuti con il mercato comune di portata comunitaria è di spettanza esclusiva della Commissione»³⁶.

3. *La quantificazione del recupero e la determinazione degli interessi.* – Il recupero dell'aiuto deve essere integrale. Ciò comporta che, nel caso in cui sia superata la soglia *de minimis* (che consentirebbe di ritenere la compatibilità dell'aiuto con la normativa comunitaria, e la conseguente insussistenza dell'obbligo di recupero da parte dello Stato membro), riacquista pieno vigore la disciplina del divieto, che involge l'intera somma; con la conseguenza che il beneficiario non potrà pretendere di limitare il proprio obbligo di pagamento alla sola parte del beneficio che eccede la soglia di tolleranza³⁷.

Dalla natura dell'attività di recupero come azione di esecuzione della decisione comunitaria, piuttosto che come azione di riscossione dei tributi non pagati, deriva l'inapplicabilità delle norme in tema di interessi sui debiti di imposta, dettata dalle l. 26 gennaio 1961 n. 29 e l. 18 aprile 1978 n. 130. Si rende invece applicabile l'art. 14 § 2 Reg. CE n. 659/99, secondo cui «all'aiuto da recuperare ai sensi di una decisione di recupero si aggiungono gli interessi calcolati in base a un tasso adeguato stabilito dalla Commissione. Gli in-

³⁶ Cass., n. 6756 del 2012.

³⁷ In tal senso, v. Cass., n. 11228 del 2011, cit.

teressi decorrono dalla data in cui l'aiuto illegale è divenuto disponibile per il beneficiario, fino alla data di recupero».

V. LA RIFORMA INTRODotta DAGLI ARTT. 46
E SS. DELLA L. 24 DICEMBRE 1912, N.
234

Come si è già evidenziato, l'art. 47-*bis* d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, è stato recentemente abrogato dall'art. 61 c. 5 l. 24 dicembre 2012 n. 234, che ha dettato una nuova disciplina, generale ed uniforme, per il recupero degli aiuti di Stato illegali o incompatibili, concessi sotto qualunque forma, nel rispetto del principio di equivalenza contenuto nella disciplina comunitaria. In particolare, la riforma ha attribuito al Ministro competente il potere di procedere al recupero dell'aiuto indebito e ha affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie «relative agli atti e i provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e delle controversie «aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso». Nel caso di aiuti concessi sotto forma di benefici fiscali, il vecchio rito rimane applicabile in via residuale ai giudizi in corso alla data del 19 gennaio 2013.

In questo modo, si è definitivamente interrotto il rapporto genetico tra l'azione di recupero ed il rapporto giuridico sottostante, e si è stato portato a compimento il processo di astrazione dell'azione di esecuzione della decisione della Commissione dalla tipologia dell'aiuto concesso al beneficiario. La pregressa esperienza giurisprudenziale non può considerarsi però vana, perché i principi generali da essa elaborati sono suscettibili di essere traslati nel contesto del nuovo giudizio che si dovrà svolgere dinanzi al giudice amministrativo.

Rimane da verificare se il nuovo rito sia integralmente applicabile al caso di

aiuti illegali concessi sotto forma di benefici fiscali, o se in questa ipotesi siano ravvisabili ipotesi di specialità. In particolare, occorrerà verificare se possa essere estesa a questa fattispecie la disposizione che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie «relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea» (art. 133, comma 1, lett. z-sexies, del c.p.a., introdotto dall'art. 49, comma 2, della l. n. 234 del 2012); atti e provvedimenti che, ai sensi del successivo articolo 50 della predetta l., «possono essere impugnati davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio».

La norma in esame fa riferimento non già all'ipotesi dei ricorsi proposti dal beneficiario dell'aiuto illegale contro il provvedimento dell'Amministrazione che ne dispone il recupero, in attuazione di una decisione della Commissione (e, quindi, all'ipotesi di *public enforcement* degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE), ma al caso del ricorso proposto da un'impresa privata concorrente avverso l'atto o il provvedimento di concessione dell'aiuto concesso dall'Amministrazione in asserita violazione dei principi comunitari della concorrenza. In definitiva, si tratta di stabilire se possono configurarsi ipotesi di *private enforcement* dinanzi al giudice nazionale giurisdizionalmente competente in caso di aiuti concessi sotto forma di benefici fiscali.

Sembra che al quesito si debba dare risposta negativa, per insormontabili ragioni di ordine sia letterale che logico. Sotto il primo profilo, si osserva che la legge fa riferimento ai ricorsi proposti dal privato interessato avverso «atti e provvedimenti che concedono aiuti di Stato», e quindi avverso gli aiuti concessi dallo Stato in via amministrativa. In questa tipologia non possono rientrare gli aiuti concessi sotto forma di benefici fiscali, che – per il principio di legalità stabilito dall'art. 23 Cost. – devono essere concessi in base ad una specifica norma di legge.

Sotto il profilo logico, non sembra possibile devolvere al giudice amministra-

tivo, che è giudice della legittimità degli atti amministrativi, la cognizione della legittimità di un aiuto concesso dallo Stato in base alla legge. La concessione di un beneficio fiscale rappresenta pur sempre un'espressione della sovranità dello Stato, che non è sindacabile dal privato, se non nelle forme (che qui non ricorrono) dell'incidente di costituzionalità.

Occorre dunque concludere che, nel caso di aiuti concessi sotto forma di indebiti benefici fiscali, la riforma del rito si limita a devolvere al giudice amministrativo le controversie già conoscibili dal giudice tributario, facendo salvi i principi ed i limiti già individuati dalla pregressa giurisprudenza.

ALESSANDRO DE STEFANO

Bibliografia

AA.VV. (a cura di L. Salvini), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007; E. ALTIERI, *Competenze del giudice nazionale in materia di aiuti di Stato nel settore fiscale*, in *Rass. trib.*,

2003, 2339 ss.; V. DI BUCCI, *Aiuti di Stato e misure fiscali nella recente prassi della Commissione C.E. e nella giurisprudenza delle giurisdizioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2003, 2315 ss.; A. FANTOZZI, *The applicability of State aid rules to tax competition measures: a process of "de facto" harmonization in tax field?*, in AA.VV. (a cura di W. SCHÖN, *Tax competition in Europe*, Amsterdam, 2003, 126 ss.; ID., *Problemi di adeguamento dell'ordinamento nazionale alle sentenze della Corte europea di giustizia e alle decisioni della Commissione C.E.*, in *Rass. trib.*, 2003, 2249 ss.; F. GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, 2271 ss.; R.H.C. LUJA, *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and WTO: a view on State aids, trade subsidies and direct taxation*, Anversa, 2003; G. PIZZONIA, *Aiuti di Stato mediante benefici fiscali ed efficacia nell'ordinamento interno delle decisioni negative della Commissione U.E. Rapporti tra precepto comunitario e procedure fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2005, 384; P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Rass. trib.*, 2003, 330 ss., e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 225 ss.; W. SCHÖN, *Taxation and State aid law in the European Union*, in *C.m.l.rev.*, 1999, 935 ss.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice del lavoro prima della riforma della l. 234/2012

Sommario: I. PREMESSA: GLI AIUTI DI STATO IN MATERIA PREVIDENZIALE. – II. L'OPPOSIZIONE AL RECUPERO. – III. PROFILI PROCESSUALI. – IV. LA SOSPENSIONE DEL PROVVEDIMENTO DI RECUPERO. – V. LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA. – VI. LA PRESCRIZIONE DEL DIRITTO AL RECUPERO.

I. PREMESSA: GLI AIUTI DI STATO IN MATERIA PREVIDENZIALE

In materia giuslavoristica, e specificamente nel campo previdenziale, gli aiuti di Stato hanno assunto, in sostanza, la configurazione di sgravi contributivi, vale a dire forme di riduzione dei costi di produzione mediante un abbattimento degli oneri sociali posti a carico del datore di lavoro e dei lavoratori (con conseguente accollo del differenziale a carico della finanza pubblica). Ne è derivata, almeno per le procedure di recupero iniziate precedentemente all'entrata in vigore della l. 24 dicembre 2012, n. 234, l'applicazione del rito già previsto con riferimento alle opposizioni a cartelle di pagamento previdenziali (v. *infra* par. 2). Si tratta, tuttavia, di un regime ad esaurimento, stante le nuove forme di opposizione al recupero introdotte, appunto, dalla l. 234/2012, applicabile, *ex art.* 61, alle controversie instaurate successivamente alla sua entrata in vigore.

¹ C. giust. UE, 9 giugno 2011, cause riunite C-71/09; C-73/09; C-76/09, *Comitato «Venezia vuole vivere», Hotel Cipriani Srl e Società Italiana per il gas SpA (Italgas) c. Commissione europea* - “Comitato «Venezia vuole vivere»”, non ancora pubblicata; nonché Dec. Comm. UE, 25 novembre 1999, n. 2000/395/EC, C(1999) 4268, “misure di aiuto in favore delle imprese nei territori di Venezia e di Chioggia”, in G.U.C.E., L 150, 23 giugno 2000, p. 50 ss.

² C. giust. UE, 17 novembre 2011, C-496/09, *Commissione europea c. Repubblica italiana* - “Commissione / Italia”, non ancora pubblicata; C. giust. UE, 20 maggio 2010, C-138/09, *Todaro Nunziatina & C. Snc c. Assessorato del Lavoro, della Previdenza Sociale, della Formazione Professionale e dell'Emigrazione della regione Sicilia* - “Todaro Nunziatina & C. Snc”, in *Racc.* 2010, p. I-4561; C. giust. UE, 1° aprile 2004, C-99/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* - “Commissione delle Comunità europee contro

Ad ogni modo, riferendo l'esame all'esperienza passata, nell'ambito previdenziale sono stati considerati aiuti di Stato incompatibili con il mercato comune gli sgravi previsti dalla l. 31 maggio 1995, n. 206, e dalla l. 28 febbraio 1997, n. 97, in favore delle aziende situate a Venezia e Chioggia¹, nonché, e soprattutto, le riduzioni dell'aliquota contributiva connesse alla stipulazione dei contratti di formazione e lavoro di cui alla l. 19 dicembre 1984, n. 863².

In particolare, tale ultima questione ha particolarmente affaticato la giurisprudenza comunitaria e nazionale sia in riferimento all'entità degli aiuti erogati, che in relazione alle procedure di recupero iniziate (con notevole ritardo) dallo Stato italiano.

Più di recente, deve segnalarsi l'emersione di un nuovo filone di indagine inerente i provvedimenti di sospensione e definizione agevolata degli obblighi contributivi (e fiscali) emanati in occasione di calamità naturali (da ultimo, art. 33, comma 28, l. 12 novembre 2011 n. 183), per i quali è stata avviata una apposita indagine di compatibilità da parte della Commissione a norma dell'art. 108 § 3, TFUE³. In merito a questi ultimi, peraltro, occorre dar conto, almeno sul piano

Repubblica italiana”, in *Racc.* 2004, p. I-3353; C. giust. UE, 7 marzo 2002, C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee* - “Repubblica italiana”, in *Racc.* 2002, p. I-2289; Dec. Comm. UE, 11 maggio 1999, n. 2000/129/EC, C(1999) 1364, “regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione”, in G.U.C.E. L 42, 15 febbraio 2000, p. 1 ss. Analoga sorte hanno subito gli esoneri contributivi nel settore tessile e le integrazioni salariali concesse all'azienda siderurgica Cockerill Sambre, previste, rispettivamente, dal legislatore francese e belga; cfr. C. giust. UE, 5 ottobre 1999, C-251/97, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee* - “Repubblica Francese”, in *Racc.* 1999, p. I-6639; C. giust. UE, 12 dicembre 2002, C-5/01, *Regno del Belgio c. Commissione delle Comunità europee* - “Regno del Belgio”, in *Racc.* 2002, p. I-11991.

³ Invito della Commissione a presentare osservazioni a norma dell'art. 8 § 2 TFUE, 2012/C

sostanziale, della recente approvazione della l. n. 234/2012, che, all'art. 47, ha inteso individuare le condizioni di legittimità per la concessione di aiuti pubblici nella forma di agevolazioni fiscali e/o contributive in caso di calamità naturali, rinviando l'individuazione della regolamentazione di dettaglio ad un apposito decreto del Presidente della Repubblica, il cui contenuto sarà subordinato alla autorizzazione da parte della Commissione europea.

II. L'OPPOSIZIONE AL RECUPERO

In riferimento, più propriamente, all'opposizione avverso i procedimenti di recupero degli aiuti di Stato illegali, la configurazione di questi ultimi alla stregua di un abbattimento degli oneri sociali, in concorrenza con la lunga assenza di una disciplina legislativa unitaria, ha comportato, sin dalla prima emersione delle relative vicende, l'applicazione del rito ordinario previsto per le controversie sugli obblighi contributivi dei datori di lavoro e per l'applicazione delle sanzioni civili per l'inadempimento degli stessi, individuato dall'art. 444, c.p.c.⁴, affidando all'Inps il compito di procedere alla riscossione degli aiuti, in virtù delle sue competenze istituzionali⁵.

Peraltro, poiché la riscossione dei contributi dovuti avviene tramite ruoli e cartelle di pagamento (*ex artt.* 24 ss., d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46), le disposizioni del codice di rito sono integrate dalle relative regole speciali⁶. Tale disciplina è stata solo parzialmente innovata dal disposto dell'art. 30, l. 30 luglio 2010, n. 122, secondo cui: «A decorrere dal 1° gennaio 2011, l'attività di riscossione relativa al recupero delle somme a qualunque titolo dovute all'Inps, anche a seguito di accertamenti degli uffici, è effettuata mediante la notifica di un avviso di addebito con

valore di titolo esecutivo», atteso che, da una parte, la nuova procedura non ha inciso sui recuperi già iniziati, e, dall'altra, la stessa ha, di fatto, «solo» eliminato la fase della iscrizione a ruolo del credito contributivo e della consegna del ruolo all'agente della riscossione, confermando, di contro, sia l'esecutività del titolo; sia la ricorribilità innanzi al giudice del lavoro entro 40 giorni dalla notifica; che, più in generale, le norme riferite alla riscossione a mezzo di ruolo, in quanto compatibili (commi 14 e 15).

Nel quadro descritto, tuttavia, più di recente si sono inserite le disposizioni di cui all'art. 9 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (e prima ancora gli artt. 1 e 2, d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito in l. 6 giugno 2008, n. 101) di semplificazione dei riti, il cui effetto principale è stato quello di ricondurre i «giudizi civili aventi ad oggetto un titolo giudiziale di pagamento conseguente ad una decisione di recupero» (art. 9, comma 2) ad un unico «micro-rito», identificato, in sostanza, in quello di cui al precedente art. 6, relativo all'opposizione ad ordinanza-ingiunzione, per i giudizi instaurati a far data dall'8 aprile 2008. Ne è derivata, da un lato, una sicura innovazione in merito alle modalità di opposizione al recupero delle somme in esame, e, dall'altro, una conferma della competenza del giudice del lavoro, almeno in relazione ai titoli di pagamento emessi in materia di recupero di sgravi contributivi.

Anche l'innovazione contenuta nella disciplina della semplificazione dei riti, in ogni caso, ha avuto vita breve, trovando applicazione alle sole controversie instaurate tra l'entrata in vigore del d.l. n. 59/2008 ed il 19 gennaio 2013, quando è stata sostituita dalla recente l. n. 234/2012, che ha prodotto un nuovo «stravolgimento» della materia, da un lato, affidando ad Equitalia S.p.A. la riscossione

381/04, in G.U.U.E., C-381, 11 dicembre 2012, p. 32 ss., originata da Trib. di Cuneo, ord. 18 febbraio 2011, a quanto consta inedita.

⁴ Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6539, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3, 389; Cass., sez. un., 27 marzo 2007, n. 7399, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 3.

⁵ C. giust. UE, 4 aprile 1995, C-348/93, *Com-*

missione delle Comunità europee contro Repubblica italiana - «Commissione / Italia», in *Racc.* 1995, p. I-673; C. giust. UE, 4 aprile 1995, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana* - «Commissione / Italia», in *Racc.* 1995, p. I-699.

⁶ In merito, C. cost. 29 marzo 2007 n. 111, in questa *Giust. civ.*, 2007, I, 550.

delle somme dovute per effetto delle decisioni della Commissione in ordine al recupero degli aiuti di Stato illegali (art. 48); e, dall'altro, ponendo (quella che pare) una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva innanzi al giudice amministrativo in relazione a tutte «le controversie aventi ad oggetto gli atti ed i provvedimenti» di recupero degli aiuti illegali, a prescindere dalla forma che assumono gli stessi e del soggetto che li concede, con applicazione del rito speciale di cui agli artt. 119 ss. c.p.a. (art. 49, l. n. 234/2012).

Rinvandosi per un esame generale ed un approfondimento alle specifiche voci, in questa sede ci si concentrerà sulle peculiarità del procedimento di recupero nel caso di aiuti di Stato configurati come sgravi contributivi, emersi nella passata esperienza in relazione alla vicenda dei contratti di formazione e lavoro.

III. PROFILI PROCESSUALI

L'opposizione avverso la cartella di pagamento avente ad oggetto la restituzione di aiuti di Stato è proposta dinanzi al giudice del lavoro entro il termine perentorio⁷ di 40 giorni dalla notifica.

Quanto alla competenza territoriale, a mente dell'art. 444, comma 3, c.p.c., essa è attribuita al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio dell'ente previdenziale, intendendosi quello legittimato alla pretesa contributiva ed al relativo pagamento⁸.

Il ricorso in opposizione è indirizzato all'ente previdenziale titolare del credito ed alla società di cartolarizzazione (che assume la veste di litisconsorte necessaria ex art. 13, comma 8, l. 23 dicembre 1998, n. 448), laddove lo stesso ha per oggetto la sussistenza del debito contributivo, delle sanzioni, ovvero vizi procedurali connessi alla formazione del ruolo. Di contro, non sussiste alcun obbligo di notifica al concessionario (art. 4, comma 2-*quater*, d.l. 24 settembre 2002, n. 209, convertito in l.

22 novembre 2002, n. 265); il concessionario è, al contrario, convenuto, nel caso in cui la controversia – da proporsi nel termine perentorio di 20 giorni – riguardi i vizi formali della cartella di pagamento.

Poiché nel giudizio di cui si discute l'atto opposto è un titolo già esecutivo, il ricorrente assume una posizione assimilabile a quella dell'opponente a decreto ingiuntivo; ne deriva che nel caso di specie l'ente previdenziale convenuto assume la posizione di attore sostanziale, con applicabilità alla memoria difensiva delle specificazioni di cui all'art. 414 c.p.c.⁹, specie in relazione all'onere della prova a mente dell'art. 2697 c.c. Tale ultimo aspetto, tuttavia, nelle controversie aventi ad oggetto il recupero degli aiuti di Stato ha assunto una configurazione affatto peculiare (su cui, *infra* § IV).

Al ricorso, coerentemente, trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 416, comma 3, c.p.c. Ne deriva l'onere per l'opponente di sollevare tutte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, ivi compresa la prescrizione (v. *infra* § V), indicando i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del credito vantato dall'ente previdenziale ed i mezzi di prova di cui intende avvalersi.

Quest'ultimi, peraltro, potranno meglio essere dedotti solo a seguito della costituzione in giudizio dell'ente previdenziale, attesa la strutturazione della relativa memoria alla stregua del disposto dell'art. 414 c.p.c., che fa sì che l'onere della prova del fatto impeditivo, così come l'interesse alla prova contraria del fatto costitutivo, sorgano dopo che l'attore sostanziale (*id est*, il resistente) abbia provato i fatti costitutivi della sua pretesa.

IV. LA SOSPENSIONE DEL PROVVEDIMENTO DI RECUPERO

Con riferimento alla disciplina in vigore precedentemente all'art. 1, d.l. n. 59/

⁷ Cass., sez. VI, 19 aprile 2011, n. 8931, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 4, 628; Cass., 1° luglio 2008, n. 17978, in *Guida al diritto*, 2008, 41, 54; Cass., 27 febbraio 2007, n. 4506, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 4, 783, nota C.A. NICOLINI.

⁸ Trib. Ancona, 26 novembre 2008, n. 653, in *Dir. e lav. Marche*, 2009, 1-2, 113; Cass., 18 settem-

bre 2006, n. 20079, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2006, 544, nota C. CERESA.

⁹ Cass., sez. un., 10 dicembre 2009, n. 25790, in *Foro it.* 2010, 5, 1513; Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, in *Mass. giur. lav.* 2002, 812, nota S. CENTOFANTI.

2008 ed alla successiva evoluzione del quadro normativo, nel corso del giudizio di primo grado, il giudice poteva sospendere l'esecutività del ruolo su istanza del ricorrente, nel caso della sussistenza di gravi motivi a mente dell'art. 24, comma 6, d.lgs. n. 46/1999.

La sospensione poteva essere concessa anche *inaudita altera parte*, senza cioè contraddittorio tra le parti, con provvedimento non reclamabile¹⁰, in calce al decreto di fissazione dell'udienza di discussione; infatti, nel rito del lavoro, il deposito del ricorso in cancelleria determina la pendenza del giudizio, sicché nel momento in cui il giudice fissa l'udienza si è già nel corso del giudizio. In alternativa, il giudice fissava una udienza *ad hoc*, precedente l'udienza di discussione, avente ad oggetto, appunto, la sospensione del ruolo.

Quanto ai gravi motivi che consentono la sospensione della cartella di pagamento, gli stessi non coincidono con i motivi che consentono la sospensione degli effetti della sentenza (art. 431 c.p.c., che richiede il «gravissimo danno» per il datore di lavoro soccombente in primo grado, art. 373 c.p.c., che richiede un «grave ed irreparabile danno» ai fini della sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata innanzi alla corte di Cassazione), stante la diversità nello stato del processo incidente sul grado di certezza nel cui ambito opera la richiesta di sospensiva.

E del resto, l'esecutorietà del ruolo non è frutto del contraddittorio e di una cognizione giudiziale piena, ma di una pretesa che è il risultato di un apprezzamento unilaterale dell'ente creditore. Di talché, il riferimento al grave motivo di sospensione della cartella esattoriale è stato letto dalla giurisprudenza in riferimento alla serietà e non pretestuosità dello stesso (*rectius*, alla sussistenza del

fumus bonis iuris) ed è stato identificato, esemplificativamente, nella obiettiva entità della somma richiesta; nella palese irregolarità dell'atto di cui si richiede la sospensione; nella erroneità delle somme richieste a titolo di contributi e di sanzioni accessorie; nell'impossibilità, *medio tempore*, di ottenere il DURC¹¹ e di conseguenza il pagamento dei crediti vantati dall'opponente da parte delle pubbliche amministrazioni.

Ottenuta la sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo, il ricorrente ha l'onere (*rectius* aveva) di notificare il decreto del giudice al concessionario al fine di interrompere il procedimento di riscossione in corso.

Sennonché, come anticipato, sulla sospensione delle cartelle di pagamento emesse per il recupero di somme qualificate come aiuti di Stato è intervenuto, dapprima, l'art. 1, comma 3, d.l. n. 59/2008, quindi l'art. 9, comma 2, d.lgs. 150/2011.

La prima disposizione aveva introdotto nell'ordinamento una "sospensione a termine" dell'atto esecutivo, atteso che – salve le ipotesi di sospensione per rinvio pregiudiziale alla corte di Giustizia di cui al comma 2 – la stessa sospensione avrebbe perso efficacia allo scadere del termine concesso al giudice per la fissazione e la decisione dell'udienza (rispettivamente, 30 giorni dall'accoglimento dell'istanza di sospensione e 60 giorni dall'udienza di discussione). Tuttavia, la regola della perdita di efficacia della sospensione è stata ritenuta incostituzionale nel presupposto della violazione del diritto di difesa del ricorrente (art. 24, comma 2, Cost.) e della parità delle parti nel processo (art. 11, comma 2, Cost.)¹².

Più di recente, la seconda delle norme menzionate (art. 9, comma 2, d.lgs. n. 150/2011¹³), ha rivisto le regole per la so-

¹⁰ Trib. Lucca, 15 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 3, 686.

¹¹ Documento Unico di Regolarità Contributiva, di cui all'art. 1, commi 1175 e 1176, l. 27 dicembre 2006 n. 296. Si tratta di un certificato unico che attesta la regolarità di un'impresa nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi nonché in tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente nei confronti di INPS, INAIL e Casse Edili, necessario

alla fruizione di determinati benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale, delle sovvenzioni previste dalla disciplina comunitaria, nonché per la partecipazione a procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici.

¹² C. cost. 23 luglio 2010, n. 281, in *Giur. cost.* 2010, 4, 3535.

¹³ Che recepisce il contenuto della Comunicazione della Commissione - Verso l'esecuzione ef-

sensione dell'efficacia esecutiva degli atti di recupero degli aiuti di Stato, richiedendo l'esistenza cumulativa del *periculum in mora* e del *fumus bonis iuris*, quest'ultimo, però, valutabile solo in riferimento a motivi predeterminati, con espressa limitazione valutativa del giudice (gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero, evidente errore nell'individuazione del soggetto tenuto alla restituzione, evidente errore di calcolo). Non è stata, invece, riproposta la limitazione dell'efficacia sospensiva del provvedimento cautelare *temporis causa*.

V. LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

Come già accennato, in tema di recupero di aiuti di Stato illegittimamente concessi in forma di riduzione degli oneri sociali, l'onere della prova assume una peculiare conformazione, atteso che per le pretese contributive dell'ente previdenziale, l'esecutività dell'atto opposto fa sì che, di norma, sia il convenuto (l'ente previdenziale) il soggetto su cui grava l'onere di dimostrare gli elementi costitutivi del credito¹⁴.

Non così, tuttavia, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro ricorrente contesti la pretesa dell'ente previdenziale adducendo il possesso delle condizioni soggettive ed oggettive per il godimento di un beneficio contributivo in contestazione. In tale secondo caso, infatti, le norme nazionali sulle agevolazioni contributive configurano una eccezione alle norme ordinarie sulla imposizione contributiva; di talché grava sul beneficiario l'onere di dimostrare la ricorrenza delle circostanze attributive del beneficio¹⁵.

Ebbene, con riferimento alle procedure di recupero degli aiuti di Stato ille-

gali, la giurisprudenza, riscontrando che l'aiuto trovava origine in una norma attributiva di una agevolazione contributiva, ha applicato tale "inversione dell'onere della prova", gravando il datore di lavoro della dimostrazione della sussistenza delle condizioni legittimanti lo sgravio.

Quanto osservato ha avuto specifica rilevanza in relazione alla vicenda del recupero degli sgravi concessi per i contratti di formazione e lavoro poiché la decisione comunitaria che ha ordinato il recupero dei medesimi¹⁶ non si è riferita a tutti gli sgravi, ma ha escluso dall'obbligo di recupero le agevolazioni connesse a specifici requisiti soggettivi (assunzione di un giovane con meno di 25 anni di età o di 30 anni se laureato) ed oggettivi (assunzione di disoccupati o inoccupati da almeno un anno), ovvero quelli beneficiati nel limite della regola del *de minimis* (100mila ECU nel triennio per ciascun datore di lavoro).

E proprio in riferimento alla verifica di tali condizioni legittimanti, vi è stato un indirizzo pressoché unanime nel ritenere che fosse il datore di lavoro a dover dimostrare la sussistenza delle stesse; mentre è rimasto in capo all'Inps l'onere di provare che l'impresa beneficiaria avesse versato una contribuzione inferiore a quella ordinaria per un certo numero di lavoratori¹⁷.

VI. LA PRESCRIZIONE DEL DIRITTO AL RECUPERO

L'altro tema che ha affaticato la giurisprudenza è stato quello della prescrizione del diritto al recupero degli aiuti di Stato illegali.

Al fine di avvalersi di un più favorevole regime prescizionale, infatti, l'Inps aveva sostenuto che il recupero delle riduzioni

fettiva delle decisioni della Commissione che in- giungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili, 2007/C 272/05, in G.U.U.E. C-272, 15 novembre 2007, p. 4 ss.

¹⁴ Cass., 18 maggio 2010 n. 12108, in *Diritto & Giustizia* 2010, 275, nota F. VALERINI; Cass., 10 settembre 2009, n. 19502, in *Guida al diritto*, 2009, 46, 48; Cass., 6 novembre 2009, n. 23600, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11.

¹⁵ Cass., sez. un., 26 aprile 2012, n. 6489, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, 530; Cass., 24 luglio 2007, n. 16351, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

¹⁶ Dec. Comm. 11 maggio 1999, cit.

¹⁷ Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, in *Guida al diritto*, 2012, 26, 61; Cass., 3 maggio 2012, n. 6671, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 6671, nota M. SCOFFIERI; Cass., 26 ottobre 2010, n. 21898, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 10, 1370; Trib. Roma 23 luglio 2009, n. 12945, inedita; Trib. Ragusa 19 gennaio 2009, n. 5, inedita; App. Cagliari, sez. dist. Sassari, 16 aprile 2009, n. 163, inedita. *Contra*, Trib. Roma 13 ottobre 2009, n. 15301, inedita.

degli oneri sociali, successivamente qualificate come aiuti illegali, fosse qualificabile come una azione di ripetizione dell'indebito oggettivo, prescrivibile nell'ordinario termine decennale. Sennonché, nonostante alcune pronunce della giurisprudenza di merito¹⁸, l'indirizzo predominante è stato quello di escludere la fattispecie in esame da quella normativa¹⁹.

Ciò, tuttavia, non ha dissipato i dubbi in ordine al termine prescrizionale applicabile. Da una parte della giurisprudenza di merito, infatti, si è ritenuto di dover far riferimento alla speciale disciplina in tema di prescrizione della contribuzione previdenziale, delineata dall'art. 3, commi 9 e 10, l. 8 agosto 1995, n. 335, che prevede il più breve termine quinquennale²⁰.

Altri, al fine di dar corso al principio di effettività che deve ispirare la procedura di recupero e nel presupposto della supremazia del diritto comunitario, hanno ritenuto l'applicabilità del "periodo limite" decennale di cui all'art. 15 del Reg. n. 659/1999/CE del Consiglio, 22 marzo 1999²¹, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE²².

A dirimere parzialmente la questione è intervenuta la Corte costituzionale che, ribadendo il principio espresso in sede comunitaria secondo cui le procedure di recupero degli aiuti illegali sono effettuate secondo le procedure interne previste dallo Stato interessato (art. 14, Reg. n. 659/1999/CE, cit.) con i soli limiti dell'equivalenza in riferimento alle violazioni del diritto interno e dell'effettività del rimedio²³, ha ritenuto che il termine prescrizionale «deve essere analogo a quello previsto per i casi "interni" e deve essere ragionevolmente idoneo a rendere effet-

tiva la sentenza o la decisione comunitaria che obbliga lo Stato al recupero»²⁴.

La decisione della Consulta, tuttavia, aveva lasciato aperto il problema dell'individuazione del termine di prescrizione (quinquennale o decennale), atteso che i giudici non si erano espressamente pronunciati nel senso di ritenere applicabile i medesimi limiti stabiliti con riferimento alla contribuzione previdenziale, né quelli relativi alla prescrizione ordinaria, rinviando all'interpretazione giurisprudenziale il compito di dirimere la questione.

Ed un indirizzo "definitivo" della giurisprudenza di legittimità non si è fatto attendere: osservando che la Corte costituzionale – seppur *obiter dictum* – dubitava della circostanza secondo cui la pretesa vantata dall'Inps potesse essere ricondotta alla categoria delle obbligazioni contributive, stante la sua origine nel diritto comunitario anziché in quello interno, la corte di Cassazione ha ritenuto gli aiuti di Stato una categoria ontologicamente autonoma, non assimilabile – almeno in relazione alla prescrizione – ai contributi previdenziali.

In particolare, la Suprema corte ha affermato che il cui recupero di sgravi contributivi qualificabili come aiuti di Stato illegali non può (*rectius* poteva) essere assoggettato a termini prescrizionali variabili in base alla conformazione concreta dell'aiuto. Sicché, preso atto dell'inesistenza nell'ordinamento di una normativa *ad hoc* sul termine di prescrizione per il recupero delle somme anzidette, la corte ha ritenuto di poter applicare la regola generale fissata dall'art. 2946 c.c., in tema di prescrizione ordinaria²⁵.

¹⁸ App. Torino, 2 dicembre 2009, n. 1104.

¹⁹ Trib. Reggio Calabria 11 febbraio 2008, in *Giur. merito* 2008, 2803; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1756, in *Informazione previd.*, 2001, 1080.

²⁰ Trib. Cagliari 23 novembre 2010, nn. 3078 e 3079, in *Lav. prev. oggi*, 2011, 718; App. Firenze 2-6 febbraio 2010, n. 213, inedita; Trib. Ascoli Piceno, 20 febbraio 2009, in *Dir. e lav. Marche*, 2010, 1-2, 147.

²¹ G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss.

²² Trib. Reggio Calabria 11 febbraio 2008, cit., Trib. Milano 22 ottobre 2007, n. 3497, inedita; Trib. Roma 21 dicembre 2007, inedita.

²³ Cfr. anche Comunicazione della Commis-

sione 2007/C 272/05, cit.; nonché C. giust. UE, 21 maggio 1990, C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione delle Comunità europee* - "Regno del Belgio", in *Racc.* 1990, p. I-959; C. giust. UE, 5 ottobre 2006, C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri* - "Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH", in *Racc.* 2006, p. I-9957.

²⁴ C. cost. 22 aprile 2009, n. 125, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 795, nota A. SGROI.

²⁵ Cass., 3 maggio 2012, n. 6671, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 465, nota M. SCOFFERI; Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, in *Guida al diritto*, 2012, 26, 61.

Quanto al *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, la giurisprudenza prevalente confortata dal *dictum* della Cassazione, ha ritenuto di collocarlo alla data della decisione con cui la Commissione si è pronunciata sulla compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, stante l'efficacia diretta della stessa anche nei confronti dei beneficiari e non solo dello Stato che attua il recupero²⁶.

EMILIO ROCCHINI

Bibliografia

BASENGHI, «L'obbligo di recupero degli aiuti illegittimi: la posizione dell'Italia», in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 274; CINELLI, «Questioni aperte in tema di prescrizione dei contributi previdenziali», in *Dir. lav. Marche*, 2008 p. 189; EMILIANI, «Contratti di formazione e lavoro, recupero degli aiuti di Stato e termine di prescrizione», in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 427; FEDELE, «Contratto

di formazione e lavoro e obbligo di recupero delle agevolazioni contributive: la Corte di giustizia condanna lo Stato italiano», in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 741; GOTTARDI, «Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea», in AA.Vv., *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, Milano, 2011, p. 21 ss.; MORRONE, «Contratti di formazione e lavoro: i giudici comunitari sanciscono l'incompatibilità delle agevolazioni contributive con il mercato comune», in *Lav. giur. (II)*, 2002, p. 433; PEDRONI - CUNDARI, «Recupero degli aiuti di Stato sui CFL e Corte Costituzionale», in *Lav. giur. (II)*, 2009, 567; SGRÖI, «Sgravi contributivi incompatibili con il diritto comunitario e termine di prescrizione per il relativo recupero», in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, p. 795 ss.; VALLEBONA, «Contratto di formazione lavoro: riduzione dell'obbligo contributivo e divieto comunitario degli aiuti di Stato», in *Mass. giur. lav.*, 2002, 461; VIESPOLI, «Le azioni di recupero degli sgravi contributivi illegittimamente concessi e il contemperamento fra il principio di effettività e il principio di certezza del diritto», in *Lav. prev. oggi*, 2011, p. 718 ss.

²⁶ Cass., 3 maggio 2012, n. 6671, cit.; Cass., 4 maggio 2012, n. 6756, cit.; Trib. Roma 23 luglio 2009, n. 12945, cit.; Trib. Ragusa 19 gennaio

2009, n. 5, cit.; App. L'Aquila, 18 aprile 2011, n. 160, in *PQM*, 2011, 1, 65.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. I PRESUPPOSTI E IL FONDAMENTO DEL NUOVO POTERE NEL QUADRO COSTITUZIONALE ED EURO-UNITARIO. – III. L'AMBITO DELL'AZIONE. – IV. I PRESUPPOSTI DEL RICORSO: IL PARERE. – V. IL RITO APPLICABILE.

I. INTRODUZIONE

Nell'ambito del più vasto complesso di disposizioni che, a partire dal d.l. n. 138 del 2011, hanno rinforzato il *public enforcement* nel settore della concorrenza e del mercato, incrementando i poteri e i compiti alla relativa autorità di garanzia, chiamata a collaborare in prima linea al rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dell'effettività della concorrenza, un ruolo di primo piano spetta sicuramente al nuovo – importantissimo – potere di legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale avverso la violazione delle regole del predetto settore attribuito alla medesima AGCM dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (così detto decreto "salva Italia"), convertito nella legge 22 dicembre 2011 n. 214.

Il potere, che trova un lontano precedente nel potere di agire in giudizio originariamente riconosciuto al Garante per l'editoria, ancorché poi eliminato, e anticipa il potere di azione dell'istituenda Autorità dei Trasporti in materia di provvedimenti sui taxi, costituisce invero una novità di massimo rilievo anche nel sistema generale, per il significato e gli effetti che essa assume nel quadro della giustizia amministrativa e sui quali si è immediatamente aperto un vasto dibattito.

In particolare, l'art. 35 citato, sotto la significativa rubrica «potenziamento dell'Antitrust», ha aggiunto un art. 21-bis alla l. n. 287/1990, titolando l'Autorità a ricor-

rere secondo le regole del titolo V del libro IV del c.p.a. (e dunque dinanzi al giudice amministrativo) «contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»¹.

L'ampia formulazione della norma, che attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (anche a contenuto particolare) assunto da una pubblica amministrazione² in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, le consente, tra l'altro, di incidere in via immediata su qualsiasi procedura concorsuale che, pur astrattamente rispettosa del sistema pro-concorrenziale, integri nel suo concreto espletamento una violazione delle sue regole formali e/o sostanziali, eludendone i principi informatori.

Al di là delle problematiche che la disposizione potrà sollevare sul piano pratico (in relazione al limitato organico dell'Autorità e alla oggettiva impossibilità per la medesima di "monitorare" tutti i provvedimenti amministrativi suscettibili di contravvenire alle norme sulla concorrenza, compito per il quale dovrebbe opportunamente potersi avvalere quanto meno delle Autorità di settore), si tratta, come è agevole rilevare, di una novità di grandissimo significato, non soltanto per la forza che essa attribuisce all'AGCM e al valore primario riconosciuto alla concorrenza, ma anche e soprattutto per i potenziali effetti sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo, che, accedendo ad una lettura della norma in termini di apertura alla legittimazione pubblica all'azione «nell'inte-

¹ L'art. 21-bis, comma 1, l. 287/1990, rubricata «Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza», recita: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pub-

blica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

² La regola, in quanto eccezionale, dovrebbe quindi a stretto rigore trovare applicazione soltanto alle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 e non anche ai cd "soggetti equiparati", cfr. *infra*.

resse della legge», vedrebbe indubitabilmente potenziato il suo ruolo di garanzia della «giustizia nell'amministrazione» affermata dall'art. 100 Cost. e più volte sottolineata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004³.

II. I PRESUPPOSTI E IL FONDAMENTO DEL NUOVO POTERE NEL QUADRO COSTITUZIONALE E DELL'UE

a) Il valore della concorrenza e del mercato nel diritto UE e l'obbligo di leale collaborazione degli Stati membri per la relativa tutela.

Prima di scendere nel dettaglio della natura e della disciplina della nuova particolarissima competenza attribuita all'AGCM, merita come anticipato riflettere sulla circostanza che le nuove disposizioni costituiscono un importantissimo segnale di attenzione verso la garanzia di un valore che trae dal diritto dell'Unione europea una primaria rilevanza, in nome del quale il legislatore italiano deroga alle più tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela delle posizioni soggettive individuali, in favore della tutela di un interesse, pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico e soddisfatto attraverso il mero rispetto della legge.

La scelta può leggersi in un certo senso come uno sviluppo della visione delle autorità nazionali in termini di *amici curiae*, proposta dall'art. 15, comma 3, del Reg. 1 del 2003.

È evidente la coerenza della linea evolutiva e, al tempo stesso, l'importanza del salto in avanti compiuto dal nostro si-

stema con l'introduzione dell'art. 21-bis l. 287/1990, che addirittura trasforma l'AGCM da mero interveniente in una controversia già *sub judice* in autonomo promotore di un giudizio.

Il modello si avvicina peraltro in qualche modo alla procedura di infrazione attivabile dalla Commissione europea e al relativo giudizio di constatazione dell'inadempienza, di cui si riscontra ormai un'ampia casistica anche avverso atti amministrativi (se ne ricordano, in via esemplificativa, rispetto a singole procedure di affidamento di appalti pubblici⁴, a concessioni di trasporto⁵; al recupero di aiuti illegittimamente concessi⁶; ad accordi ["patto d'area"] per lo sviluppo industriale in zone costituenti *habitat* naturali protetti⁷; al mancato esperimento di una valutazione di impatto ambientale⁸, ecc.). Con l'effetto che gli atti amministrativi nazionali, adottati in materie coperte dal diritto UE, sono comunque esposti, oltre che alle possibili azioni giurisdizionali intentate dai soggetti che ne lamentino la lesione delle proprie posizioni giuridiche soggettive, al controllo operato, su iniziativa della Commissione, davanti alla Corte di giustizia.

E proprio in riferimento a queste ipotesi un'autorevole dottrina⁹ ebbe qualche tempo fa a chiedersi se, tale modello di garanzia dell'adempimento degli obblighi comunitari potesse essere in qualche modo utilizzato anche nel nostro sistema di giustizia amministrativa e, innanzitutto, se ve ne fosse la necessità, correlata ad eventuali nostre lacune in ordine alla garanzia di giustizia nell'azione amministrativa, soprattutto dopo l'abolizione dei

³ Si rimanda sul punto a M.A. SANDULLI, *Considerazioni conclusive*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, Atti del Convegno, svoltosi presso l'Università degli studi "Roma Tre" il 18 e 19 maggio 2007, in www.giustamm.it e in *Quaderni del Foro amm.-TAR*, 2007; *Id.*, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it, 2008.

⁴ Corte giust., Grande Sezione, 18 dicembre 2007, in causa C-532/03, *Commissione/Irlanda*; Corte giust., sez. I, 4 giugno 2009, causa C-250/07, *Commissione/Grecia*; Corte giust., Grande Sezione, 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione/Irlanda*; Corte giust., sez. III, 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione/Germania*.

⁵ Corte giust., sez. II, 9 marzo 2006, causa C-323/03, *Commissione/Spagna*.

⁶ Corte giust., Grande Sezione, 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione/Grecia*.

⁷ Corte giust., sez. II, 20 settembre 2007, causa C-388/05, *Commissione/Italia*; Corte giust., sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06, *Commissione/Italia*.

⁸ Corte giust., sez. II, 5 luglio 2007, in causa C-255/05, *Commissione/Italia*.

⁹ G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2010.

controlli amministrativi, sia in ordine agli atti degli enti territoriali minori (riforma del titolo V della Costituzione), sia in ordine agli atti amministrativi statali (riforma dei controlli preventivo di legittimità della Corte dei conti), che lascia circoscritto il controllo pubblico ai – più gravi e limitati – casi di responsabilità amministrativa e contabile.

Si rilevava dunque correttamente l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati, che peraltro, proprio nelle materie che qui interessano, trova il pesante quanto ingiusto ostacolo dell'ingente contributo unificato.

Si suggeriva pertanto l'introduzione di una possibilità di attivazione del controllo giurisdizionale da parte delle autorità appartenenti al medesimo ente la cui normativa risulta violata, quale «importante strumento per contrastare quel deficit di legalità e quelle sacche di immunità, che l'attuale nostro sistema non è in grado altrimenti di superare».

Il fondamento giuridico di tale potere di legittimazione, non potendosi riconoscere nella violazione di una propria norma la lesione di una posizione giuridica sostanziale del soggetto emanante, era individuato nell'obbligo di leale collaborazione (sancito dall'art. 120 Cost. e dall'art. 4 § 3 TUE), viepiù facilmente invocabile nei confronti dello Stato per il rispetto delle regole UE, in forza della responsabilità cui lo espone la loro violazione. Quanto meno la grave violazione di tale obbligo, come acutamente osservato dalla surriferita dottrina, implica invero la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato dell'ente la cui norma è stata violata: «Perché la sussistenza di un obbligo di leale collaborazione consente

di attribuire valenza intersoggettiva ad interessi qualificati di altro ente (Stato, Regione, ecc.), correlati ai propri compiti istituzionali (ad esempio, nel campo economico e sociale) e ad ulteriori obblighi giuridici, intestati appunto a tale diverso ente».

Ancora più agevolmente, la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato è riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell'ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse.

b) Il problema della compatibilità con l'art. 103 Cost.

La proposta ricostruzione consentirebbe agevolmente di superare i delicati dubbi di legittimità costituzionale prontamente sollevati in dottrina¹⁰ in riferimento all'art. 103 Cost., sotto il profilo della non riconducibilità dell'interesse alla tutela della concorrenza alle posizioni soggettive di interesse legittimo e, in particolari materie, di diritto soggettivo, per la cui tutela soltanto la Costituzione consente (in deroga alla regola generale di cui all'art. 102) il ricorso al giudice amministrativo.

Come già anticipato nelle prime occasioni di dibattito sul tema¹¹, la critica è superabile con la considerazione, che infatti la predetta dottrina non condivide, sul presupposto della natura indipendente dell'AGCM, che essa è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa¹² e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a conte-

¹⁰ F. CINTIOLI, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990), in www.giustamm.it, gennaio 2012.

¹¹ M.A. SANDULLI, *Il nuovo potere di ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza*, Relazione al Convegno dell'AIGE (Associazione italiana giuristi europei) sul tema Norme europee sulla concorrenza e tutela dinanzi al giudice amministrativo - *EU Competition Law and the enforcement before the administrative Courts*, svoltosi nell'Università «Roma Tre» il 19 aprile 2012, e Introduzione all'Incontro di studio su *L'azione di*

annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali, svoltosi nella stessa Università il 26 aprile 2012.

¹² In senso radicalmente contrario, F. CINTIOLI, *op. cit.* La posizione negativa sembra condivisa anche da F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012. L'impostazione è condivisa da R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

nuto normativo o generale. Sicché, nell'attuale quadro normativo, gli ostacoli al suo accesso diretto alla giustizia non sono tanto ravvisabili nella inconfigurabilità in capo alla stessa di un interesse sostanziale, «qualificato» in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall'ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti. Gli ostacoli consistono, se mai, nella difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale consistente, come noto, nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione. Proprio in quanto derivanti da prescrizioni di legge ordinaria, tali condizioni possono però trovare una deroga in fonti di pari rango, nella specie sopravvenute e speciali, che, in un'ottica di massima garanzia della giustizia nell'amministrazione (affidata al Consiglio di Stato *ex art. 100 Cost.*) identificano, per le *Authorities*, tale interesse nel rispetto delle regole della concorrenza. Del pari non sembra condivisibile l'argomento che il principio di effettività della tutela – e le regole che sul suo presupposto informano il processo amministrativo – avrebbe valenza soltanto per gli interessi dei singoli e non anche per quelli a carattere superindividuale, ancorché specificamente protetti dall'ordinamento e affidati addirittura alla cura di un soggetto appositamente istituito e deputato ad operare in posizione di «indipendenza» dall'apparato amministrativo e di Governo. Proprio la natura indipendente delle Autorità e la specifica missione ad esse affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo) giustificano infatti la scelta legislativa di attribuire *in primis* a tali soggetti la legittimazione processuale ad agire per assicurare la tutela.

In altri termini, il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore (effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo), deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato –

alla migliore attuazione del valore «concorrenza», di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti: interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito, espresso nel parere di non conformità a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini da esso all'uopo indicati.

La scelta on ordine alla possibilità di agire direttamente a tutela di tali interessi, che, ripeto, si distinguono dall'interesse generale e «vuoto» di contenuti al rispetto della legge affidato al potere giurisdizionale, è dunque una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre del resto sempre più frequenti esempi di aperture alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni ad agire a tutela di interessi superindividuali.

Si segnalano *in primis* le due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 l. 180/2011, che, per un verso legittima le associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e le loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio «sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia», ed è questo l'elemento di novità, «a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti»; e, per l'altro, legittima le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale «ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi».

Come è stato giustamente sottolineato, la speciale legittimazione riconosciuta alle associazioni di categoria, ai vari livelli e secondo il grado di rappresentatività, sta a significare non solo il definitivo superamento di alcune acquisizioni giurisprudenziali circa i limiti, i presupposti e le condizioni di azionabilità di procedure e provvedimenti nel settore della concorrenza, del mercato e dell'attività d'impresa, ma comporterà un notevole ampliamento della capacità di intervento per il

rispetto delle norme poste a tutela della libertà di impresa, e, in generale, dei principi codificati nello Statuto delle imprese¹³.

Una significativa anticipazione della progressiva apertura della legittimazione ad agire è rinvenibile nel d.lgs. 198/2009 che, in attuazione dell'art. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, aveva riconosciuto la possibilità di agire in giudizio per «ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio», oltre che ai singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, alle «associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati»¹⁴. In tale disposizione la giurisprudenza amministrativa ha trovato il sostegno normativo per individuare un criterio idoneo a riconoscere la legittimazione ad agire correlata «per un verso, all'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, per altro verso, alla riferibilità di tali interessi ad un soggetto titolare, ed infine, all'esistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi». Per questa strada, il G.A. ha così riconosciuto all'Ente locale territoriale, ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della propria comunità nelle materie di competenza istituzionale, una più ampia legittimazione per «altre materie non direttamente conferitegli dalla legge»¹⁵.

Le conclusioni sopra esposte sono state condivise dal TAR Lazio, che, con

sent. sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720, ha su queste premesse dichiarato la manifesta infondatezza delle eccezioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990 con gli artt. 24, 103, 113 e 95 Cost.

Esse trovano peraltro indiretto conforto negli argomenti utilizzati dalla sentenza n. 20 del 2013 della Corte costituzionale, che, nel dichiarare l'inammissibilità (sotto il profilo dei vizi denunciati) del ricorso proposto in via principale dalla Regione Veneto contro lo stesso art. 21-bis, ha significativamente sottolineato, a «giustificazione» dei nuovi poteri dell'AGCM, che, nell'ipotesi introdotta dal citato art. 35, «è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», (omissis) perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1)».

Anche a voler negare la possibilità di «sogettivizzare» l'interesse alla tutela della concorrenza in capo all'AGCM, il nuovo potere di legittimazione a ricorrere conferitole dall'art. 35 d.l. «salva Italia» non appare peraltro in ineludibile contrasto con l'attuale assetto costituzionale. Due, ad un'attenta riflessione, gli argomenti spendibili in questo senso. *In primis*, e con valore assorbente, la necessaria correlazione dei poteri giurisdizionali riconosciuti dall'art. 103 Cost. al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa con il surrichiamato ruolo di garante della «giustizia nell'amministrazione» che l'art. 100 Cost. riconosce allo

¹³ P. QUINTO, *Le imprese protagoniste nel processo amministrativo: una nuova dimensione dell'interesse legittimo*, in www.giustamm.it.

¹⁴ La più recente giurisprudenza amministrativa ha poi osservato che la disciplina transitoria di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, laddove subordina l'applicabilità delle norme all'adozione di decreti attuativi deputati a definire gli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, non opera nell'ipotesi in cui il legislatore abbia già delineato il comportamento esigibile dell'amministrazione. L'azione è, quindi, direttamente esperibile nell'ipotesi di omissione o tardiva emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo (TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 giugno 2011, n. 552, confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512). Da cui l'ulteriore considerazione che, una volta riconosciuta la legittimazione processuale delle associa-

zioni di categoria delle imprese e la loro rappresentatività degli interessi diffusi in quel settore, non può essere disconosciuta la legittimazione di dette associazioni a proporre azioni per l'efficienza della Pubblica Amministrazione, ricorrendone i presupposti legali ed in presenza degli interessi categoriali. Significativamente il TAR della Basilicata (sez. I, 23 settembre 2011, n. 478) accogliendo il ricorso di una associazione privata, della quale ha riconosciuto il grado di rappresentatività di interessi diffusi degli utenti, ha condannato la Regione a consentire di interloquire tramite posta elettronica certificata e a rendere visibile nella *home page* del sito l'elenco degli indirizzi di posta elettronica certificata, come imposto dalle «Linee guida» dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683.

stesso giudice, ruolo più volte sottolineato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204/ 2004 e significativamente richiamato anche dal Presidente emerito del Consiglio di Stato Giancarlo Coraggio nel suo discorso di insediamento¹⁶: un ruolo perfettamente in linea con una legittimazione di una Autorità indipendente ad agire nell'interesse del rispetto delle norme di cui è garante, anche per tutelare posizioni soggettive di terzi lesi dalla loro violazione da parte della p.a.; in aggiunta, il valore primario che l'ordinamento costituzionale e dell'Unione europea riconoscono alla concorrenza, cui si correla la già richiamata responsabilità dello Stato per la violazione delle norme UE¹⁷ e la coerente attribuzione ad un organo pubblico del potere di agire a tutela delle lesioni arrecate alle posizioni giuridiche soggettive dalla violazione delle norme che tutelano tale valore.

Come già osservato in sede di riflessione a prima lettura sulle novità legislative di fine 2011 sul processo amministrativo¹⁸, il giudizio che viene instaurato dall'Autorità si spoglia in quest'ottica dalle vesti tipiche del giudizio di parti a tutela di una specifica posizione giuridica soggettiva del ricorrente, per assumere connotazioni più propriamente oggettive, che hanno fatto addirittura parlare dell'introduzione di una sorta di «pubblico mini-

stero della concorrenza» nel giudizio amministrativo.

L'assimilazione è però a ben vedere inesatta e rischia di creare confusione. Il pubblico ministero, come il giudice, agisce nell'interesse della legge, senza farsi portatore di alcun interesse particolare. Di contro, l'AGCM, come sopra rilevato, agisce a tutela dell'interesse (proprio o di terzi) al rispetto delle regole sulla concorrenza, in termini al più assimilabili all'azione del Procuratore della Corte dei conti a tutela dell'erario. Non è quindi forse corretto parlare di superamento del processo di parti, quanto piuttosto di valorizzazione, «potenziamento» appunto, del ruolo del soggetto affidatario della tutela di un interesse pubblico particolare, fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti.

Con la conseguenza che anche i «palletti» posti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di legittimazione all'impugnazione degli atti di gara (cfr. da ultima, la discussa sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011)¹⁹ o i nuovi gravosi oneri di accesso alla giustizia potrebbero sostanzialmente

¹⁶ Leggibile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Quest'ultimo elemento è valorizzato in particolare da F. ARENA, *op. cit.*, che testualmente riconosce nello scopo perseguito dalla disposizione – id est la promozione di un valore costituzionalmente garantito, quale la concorrenza – l'idoneità a «fronteggiare perplessità, pur comprensibili, anche con riferimento al sistema di giustizia amministrativa delineato in Costituzione».

¹⁸ M.A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *Osservatorio del Foro amm. TAR*, 12, 2011.

¹⁹ Si tratta della nota sentenza sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, nella quale, in merito al particolare profilo della tutela dell'interesse «strumentale», il Supremo Consesso, nella sua composizione plenaria, ha anche affermato che: «in linea generale, il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso. In partico-

lare, a tale fine risulta del tutto insufficiente il riferimento a una utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, come avviene nella vicenda in esame, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione (...) infatti, l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione». In dottrina si veda F. SAIITA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 563 ss.; L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.; D. VAIANO, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, *ivi*, 2004, 697 ss.

essere superati attraverso una denuncia all'AGCM e un successivo ricorso da parte di quest'ultima.

La tendenza verso una maggiore oggettivizzazione del giudizio amministrativo, timidamente anticipata dall'art. 146, comma 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel testo approvato con d.lgs. n. 42 del 2004 (ma repentinamente abrogato nelle successive modifiche)²⁰, è stata per vero da più parti correttamente riscontrata anche nelle nuove disposizioni introdotte nel rito speciale sulle controversie in materia di contratti pubblici in attuazione della Dir. 2007/66, trasfusa, con alcune modificazioni, negli artt. 120 ss. c.p.a.²¹. A tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e in deroga al principio di stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il legislatore ha infatti, come noto, riconosciuto al giudice adito contro il provvedimento di aggiudicazione il potere/dovere di dichiarare in ogni caso la cessazione di efficacia del contratto stipulato in esito alle più gravi violazioni delle regole pro concorrenziali, a prescindere da una specifica richiesta in tal senso. Analoga *ratio* informa l'introduzione del nuovo sistema di sanzioni amministrative, che il giudice, d'ufficio, è chiamato a disporre in alternativa alla dichiarazione integrale di inefficacia del contratto, quando, pur in presenza delle suddette più gravi violazioni, questa non sia possibile.

Come era stato autorevolmente prospettato proprio con riguardo a tali ultime previsioni²², in coerenza con il richiamato ruolo di garanzia della «giustizia nell'amministrazione» affidato al Con-

siglio di Stato dall'art. 100 Cost., le nuove disposizioni potrebbero quindi aprire la strada ad una progressiva estensione di un giudizio amministrativo di tipo oggettivo a tutela di interessi generali primari (quali l'ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.), con nuove forme di legittimazione «pubblica» a ricorrere ovvero con meccanismi di indebolimento dello stretto rapporto chiesto/pronunciato (anche mediante l'eventuale irrinunciabilità dell'azione) o con l'introduzione di ulteriori sanzioni.

III. L'AMBITO DELL'AZIONE

Passando alla disamina della disciplina positiva, il primo tema su cui occorre fermare l'attenzione è costituito dallo stesso ambito di applicazione del nuovo potere.

L'ampia formulazione della norma, che, come si è visto, attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una pubblica amministrazione in violazione delle norme «a tutela della concorrenza e del mercato», le consente indubbiamente un vasto spettro di intervento, che, tuttavia, proprio per la sua eccezionalità, non può essere esteso al di là della specifica violazione delle disposizioni dell'ordinamento positivo effettivamente dirette alla tutela della concorrenza e del mercato, ivi compreso l'eccesso di potere, in quanto rientrante nella più ampia categoria dei vizi di legittimità, ma senza potersi spingere ad abbracciare, seguendo un approccio economico-sostanzialista, ogni astratta lesione del benessere del consumatore

²⁰ La disposizione (su cui si richiama l'immediato commento di M.A. SANDULLI, *Verso un processo amministrativo «oggettivo» (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm. - TAR*, 2004) prevedeva infatti, da un lato, un «obbligo di decisione» dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti di autorizzazione paesistica anche nell'ipotesi di rinuncia o di sopravvenuto venir meno dell'interesse da parte del ricorrente (comma 11, primo periodo) e, dall'altro, la possibilità dei soggetti legittimati a ricorrere avverso l'autorizzazione (identificati dallo stesso comma 11 nelle associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi *ex art. 13 l n. 349 del 1986* e in qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse) di proporre appello avverso le or-

dinanze o le sentenze del TAR in materia anche nelle ipotesi in cui non avessero proposto il ricorso di primo grado (secondo periodo).

²¹ Sul tema delle sanzioni alternative si vedano per tutti i rilievi di M.A. SANDULLI *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, (a cura di) G. GRECO, Milano, 2011 e R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

²² Cfr. la *Relazione* del Presidente Coraggio alla Tavola Rotonda sul tema «Verso il codice del processo amministrativo» svoltasi nell'Aula magna della Corte di cassazione il 21 aprile 2010 sullo schema di c.p.a. redatto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato.

(troppo legata a parametri di tipo soggettivo e dunque pericolosamente arbitrari).

Quanto alla tipologia delle disposizioni riconducibili alla violazione delle regole a tutela della concorrenza e del mercato, vengono innanzi tutto in considerazione, anche per l'evidente analogia con le surrichiamate disposizioni del Reg. 1/2003, gli artt. 101 e 102 TFUE, i quali, individuando rispettivamente le caratteristiche dell'intesa anticoncorrenziale e dell'abuso di posizione dominante, rappresentano le principali fonti di riferimento dell'azione *antitrust* in ambito europeo.

Il nuovo potere di azione dell'AGCM si viene così ad aggiungere all'attuale sistema di reazioni configurate dall'ordinamento, interno ed europeo a tali illeciti e, in particolare, per quanto riguarda il diritto nazionale, a rafforzare i due modelli del *private enforcement*, attraverso l'azione davanti al g.o. ex art. 33 l. 287/1990, e del *public enforcement*, affidato al potere di vigilanza e di controllo della stessa Autorità, già deputata, nell'ambito del sistema disciplinato dal Reg. 1/2003, ad esercitare un potere di accertamento e di sanzione nei confronti delle imprese ovvero di segnalazione al Parlamento (art. 21 l. 287/1990), nei confronti degli atti di natura legislativa o regolamentare nonché dei provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano o semplicemente consentono distorsioni della concorrenza o del mercato senza trovare giustificazione in esigenze di carattere generale. Quanto meno rispetto ad atti amministrativi assunti in violazione dei principi espressi da tali articoli e delle interpretazioni che ne ha dato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non sembra dunque possibile escludere l'azione diretta dell'Autorità davanti al TAR, sicuramente più efficace del suddetto potere di segnalazione al Parlamento.

Un altro possibile ambito di impugnazione è stato poi configurato dai primi autorevoli commentatori²³ negli atti ammi-

nistrativi in contrasto con il divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 ss. TFUE, per i casi nei quali l'accertamento di illegittimità dell'aiuto sia stato già effettuato dalla Commissione, alla quale l'ordinamento UE riserva la relativa competenza.

Una sfera nella quale, stante la stretta correlazione con la tutela concorrenza ripetutamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia, l'AGCM dovrebbe poter sicuramente intervenire, nonostante le perplessità espresse in sede di primo commento²⁴, è quella delle procedure concorsuali, ivi comprese quelle che, pur formalmente rispettose del sistema proconcorrenziale, integrino nei contenuti delle regole di ammissione e/o di selezione o nella loro concreta attuazione una violazione delle sue norme formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi. In senso favorevole a tale possibilità di ricorso opera del resto il già richiamato rinvio all'intero titolo V del libro IV del c.p.a., che, salvo l'art. 119, si occupa proprio del contenzioso in materia di appalti pubblici.

Si è già detto poi che il nuovo art. 21-bis l. 287/1990 riconosce in via generale all'AGCM la legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una «pubblica amministrazione». Quest'ultima precisazione è molto importante: la regola, in quanto eccezionale, non dovrebbe (il condizionale, stante lo scarso rigore del nostro sistema legislativo, è necessariamente d'obbligo) trovare dunque applicazione alle imprese pubbliche²⁵ e, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione²⁶, agli organismi di diritto pubblico, che, se sono equiparabili ed equiparati alle pubbliche amministrazioni ad alcuni fini, non sono però perfettamente identificabili con le medesime. Sembra pertanto corretto escludere il ricorso diretto contro le decisioni dei soggetti diversi dalle pubbliche

²³ F. CINTIOLI, *op. cit.*

²⁴ Il riferimento è ancora a F. CINTIOLI, *ibidem*.

²⁵ Sulla peculiare natura delle imprese pubbliche e sui limiti della loro assimilabilità alle pubbliche amministrazioni cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16 del 2011 e Cass., SS.UU., ord. n. 8511 del 2012.

²⁶ Il riferimento è alla sentenza 22 dicembre 2011, n. 28329, con cui le SS.UU. hanno affermato la giurisdizione del g.o. sulle controversie relative alla procedura indetta dalla RAI per la selezione di alcuni giornalisti.

amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 (si pensi alle società pubbliche, ai consorzi istituzionali ecc.) che pongano in essere comportamenti anticoncorrenziali.

IV. I PRESUPPOSTI DEL RICORSO: IL PARERE

I commi 2 e 3 del del nuovo art. 21-*bis* disciplinano la proposizione del ricorso²⁷. In particolare, a norma del comma 2, l'Autorità, se riscontra la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, deve preliminarmente procedere all'emanazione di un parere motivato, nel quale indica all'Amministrazione autrice dell'atto gli specifici profili di illegittimità rilevati (secondo uno schema in qualche modo analogo all'informativa di ricorso di cui all'art. 243-*bis* del d.lgs. n.163 del 2006). Se l'amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, entro i successivi trenta giorni l'Autorità può presentare (con la difesa *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato), il ricorso al TAR.

La necessità o meno del parere è già *vexata quaestio* sotto diversi profili.

La lettura testuale della disposizione e la perfetta coincidenza oggettiva con il precedente comma 1 non sembrano lasciare spazio ad un ricorso non preceduto dal parere. Considerato che peraltro il legislatore non fissa alcun termine per l'espressione del parere (che vale del resto a rafforzare il rapporto tra legittimazione a ricorrere e lesione di un interesse dell'AGCM), il modello rischia di contraddire all'esigenza di immediatezza della tutela avverso gli atti lesivi della concorrenza, confermata anche dal rinvio al rito speciale accelerato di cui all'art. 119 c.p.a.²⁸.

Proprio il diritto europeo, nella Direttiva 2007/66 sui ricorsi in materia di appalti, espressamente richiamando an-

che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche in diverse sentenze della Corte di Giustizia, pone tuttavia espressamente la sospensione immediata dell'efficacia dell'atto lesivo delle regole pro-concorrenziali come imprescindibile corollario del principio di effettività della tutela.

L'obbligo del previo procedimento stragiudiziale e la mancata previsione di termini per la relativa attivazione desta pertanto, da un lato, evidenti problemi di certezza del diritto, consentendo un intervento del giudice anche a distanza di mesi o anni e preclude dall'altro alla stessa AGCM, nel caso in cui essa riesca ad attivarsi in modo celere, di impedire che l'atto contestato produca i suoi effetti. Ciò, se sicuramente pone fondati dubbi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio della ragionevolezza, potrebbe addirittura giustificare una disapplicazione del secondo comma in nome dei principi dell'ordinamento UE, quanto meno nei casi di violazioni più gravi in cui la sospensione appaia l'unico strumento per conseguire una tutela effettiva.

Occorre invero a questo riguardo osservare che, una volta riconosciuto in capo all'AGCM un interesse qualificato ad impugnare gli atti lesivi della concorrenza, non ha all'evidenza alcuna logica privare tale interesse della forma più efficace di tutela, spesso indispensabile ad assicurare, all'esito del giudizio, quella ripristinatoria, che, proprio per la peculiarità del soggetto e del valore protetto, non può essere validamente sostituita da quella risarcitoria.

In merito a ciò, la Direttiva ricorsi – e il principio è all'evidenza valido, quantomeno, per tutte le controversie in materia di concorrenza – ha espressamente chiarito che la tutela contro la violazione delle

²⁷ L'art. 21-*bis*, commi 2 e 3, l. 287/1990, recita: «2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi

alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. // 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104».

²⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust*, in www.federalismi.it.

regole che la disciplinano non può essere adeguatamente soddisfatta attraverso il risarcimento del danno per equivalente.

E meno ancora, si ripete, tale forma di soddisfazione può dirsi sufficiente per l'interesse affidato all'AGCM, che, per la sua natura pubblica, non può essere ridotto ad una mera compensazione economica.

Proprio la natura ultraindividuale dell'interesse protetto rende poi ancora più importante la tutela cautelare, che già la novella legislativa del 2006 (introducendo l'art. 14-*bis* alla l. 287/1990) aveva consentito all'Autorità di esercitare in via diretta, con l'adozione di proprie misure cautelari, in esito ad una constatazione in via sommaria della sussistenza di un'infrazione, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

In particolare, il nuovo potere di azione dell'AGCM potrebbe poi consentire la richiesta (e l'ottenimento) della sospensione (e magari dell'obbligo giurisdizionale di riesame) di quegli atti che, per il loro contenuto non immediatamente lesivo di interessi individuali), non sono impugnabili da parte dei singoli, con l'indubbio vantaggio di impedire la prosecuzione di un procedimento o l'applicazione di regole lesive della concorrenza.

Le innegabili ragioni di certezza del diritto che il legislatore – interno ed europeo – hanno posto a base di una disciplina processuale accelerata e di rigidi termini di decadenza dall'azione (anche a prescindere da una effettiva conoscenza dell'atto lesivo, come nel caso del termine massimo semestrale per contestare la stipula di un contratto), in una con quanto sopra esposto sulla soggettivizzazione dell'interesse ad agire, spingono per altro verso ad applicare anche all'AGCM i termini di decadenza previsti per ogni altro soggetto.

V. IL RITO APPLICABILE

Riguardo al rito applicabile al ricorso proposto dall'AGCM, il comma 3 del nuovo art. 21-*bis* dispone, come anticipato, che al giudizio instaurato dall'Autorità si applica la disciplina disegnata dal

titolo V del libro IV del c.p.a. La disposizione è in questi termini assolutamente criptica: il titolo V si occupa invero tanto, all'art. 119 c.p.a., del «rito speciale comune a particolari materie» considerate economicamente o politicamente più «sensibili», tra cui, in particolare le controversie sugli atti delle autorità amministrative indipendenti (essenzialmente caratterizzato dalla dimidiazione dei termini processuali diversi dalla proposizione dei ricorsi di primo grado e da un maggiore rigore nella concessione delle misure cautelari), quanto, agli artt. 120 ss., del rito *super* speciale per le controversie sugli atti di affidamento di lavori, servizi e forniture. La novella non chiarisce tuttavia quale dei due riti trovi effettivamente applicazione ai giudizi *de quibus*. La logica farebbe ritenere che la specialissima disciplina del rito appalti trovi applicazione esclusivamente ai giudizi eventualmente instaurati dall'AGCM in questa materia, valendo in ogni altro caso le regole meno complesse di cui all'art. 119 c.p.a. A prescindere dall'anomalia dell'applicazione di un regime cautelare più rigido (in favore del resistente) per i ricorsi proposti da un organo titolare di un potere pubblico nell'interesse al migliore rispetto delle norme sulla concorrenza, sarà poi in ogni caso necessario stabilire gli opportuni adattamenti delle regole di cui agli artt. 120 ss. c.p.a. (improntate al rapporto tra impresa e stazione appaltante ed eventuali aggiudicatari, in una logica di bilanciamento dei diversi interessi, anche ai fini della tutela del contraente e dell'eventuale risarcimento per equivalente) al nuovo giudizio nell'interesse di un valore pubblico.

A ciò si aggiunge il silenzio della legge sull'individuazione del giudice competente, che non consente di estendere ai giudizi *de quibus* la competenza funzionale del TAR del Lazio, nel quale sono invece concentrate a norma dell'art. 135 c.p.a. le controversie contro i provvedimenti delle Autorità per la concorrenza, per i contratti pubblici e per le telecomunicazioni, evidentemente in considerazione dell'esigenza di riunire di fronte ad un unico giudice le questioni attinenti alle determinazioni tecnico-giuridiche assun-

te da tali particolari organismi in nome dei primari interessi economici ad essi affidati. Il generico richiamo al titolo V del libro IV, comprensivo, come già sottolineato, anche del rito sugli appalti, giustifica invero la mancata previsione di una riserva di competenza nel TAR capitolino anche dei giudizi azionati dall'Antitrust in *subiecta materia*, magari confluenti con quelli proposti contro i medesimi provvedimenti dagli operatori economici direttamente lesi: sicché non sarebbe corretto spostare la competenza in funzione della natura di uno dei soggetti ricorrenti.

MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Bibliografia

G. GRECO, «Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato

di legittimità dell'azione amministrativa in Italia», in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010; F. CINTIOLI, «Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)», in *www.giustamm.it*, gennaio 2012; M. LIBERTINI, «I nuovi poteri dell'Autorità antitrust», in *www.federalismi.it*; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012; R. GIOVAGNOLI, «Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale», in *www.giustizia-amministrativa.it*; M.A. SANDULLI, «Verso un processo amministrativo "oggettivo" (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)», in *Foro amm. TAR*, 2004; «Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990», in *www.federalismi.it*; «Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti», in *www.astrid.it*.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Gli aiuti di Stato e la concorrenza sleale

Sommario: **I.** LA VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE E DI PRESCRIZIONI PUBBLICISTICHE COME ATTO DI CONCORRENZA SLEALE. – 1. Ambiti e limiti di applicazione. – 2. Concorrenza sleale e illecito aquiliano. Cenni. – **II.** IL RAPPORTO TRA LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E LA DISCIPLINA REPRESSIVA DELLA CONCORRENZA SLEALE. – 1. Considerazioni generali. – 2. Segue. Responsabilità dell'impresa beneficiaria di un aiuto nei confronti dei diretti concorrenti. – 3. Evoluzioni giurisprudenziali. – **III.** (Segue) RIMEDI E TECNICHE DI RICOMPOSIZIONE DEGLI INTERESSI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA RILEVANTE. – **IV.** CONCLUSIONI.

I. LA VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE E DI PRESCRIZIONI PUBBLICISTICHE COME ATTO DI CONCORRENZA SLEALE

1. *Ambiti e limiti di applicazione.* – Il processo di continua amministrativizzazione dell'ordinamento e delle relazioni sul mercato, insieme alla crescente moltiplicazione di interventi legislativi (comunitari e nazionali) rivolti, a vario titolo, alla salvaguardia della concorrenza e alla tutela del mercato hanno rinnovato il dibattito sul coordinamento nell'*enforcement* delle relative discipline. In tale contesto, la rinvigorita curvatura costituzionale del bene della concorrenza coniugata alla rilevanza delle disposizioni codicistiche in particolare sulla concorrenza sleale, suggeriscono di tornare a riflettere sulle ipotesi in cui la violazione di una norma pubblicistica in generale, e specificamente della disciplina in materia di aiuti di Stato, costituisca una condotta lesiva del paradigma della correttezza professionale in contrasto con la disciplina repressiva della concorrenza sleale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2598 c.c. e seguenti.

Per inquadrare correttamente la questione sembra utile muovere da una duplice premessa: anzitutto, una medesima

condotta può al contempo violare diversi beni giuridici, così esponendosi ad altrettanti profili di censura; in secondo luogo, una stessa condotta può violare un medesimo bene giuridico che l'ordinamento protegge con diversi strumenti, nel qual caso è il criterio della prevalenza della disposizione speciale rispetto a quella generale, che arretra, a dover guidare l'interprete nell'identificazione della disciplina applicabile.

Se quelli appena ricordati sono i principi generali, si tratta ora di calarli nel particolare al fine di verificare: *i*) se ed in che limiti la violazione di una norma di diritto pubblico, ivi compresa quella che concede un aiuto di Stato, costituisca al contempo un atto di concorrenza sleale, ascrivibile all'art. 2598 c.c.; *ii*) se ed in che termini la conformità di una condotta alle norme pubblicistiche, e dunque alle previsioni in materia di aiuti di Stato, possa comunque qualificare un atto di concorrenza sleale.

Nell'un caso (*i*), e in prima approssimazione, il nodo va sciolto ricorrendo alle teorie sul cumulo di discipline e di responsabilità, rispetto alle quali si delineano tre diverse linee interpretative: la prima, appellandosi alla concezione etica di correttezza professionale, riporta ogni violazione delle norme pubblicistiche da parte di un imprenditore ad un atto di concorrenza sleale¹; la seconda, facendo leva sulla nozione corporativa di correttezza, ripudia il cumulo di responsabilità nel presupposto dell'assorbimento del rilievo concorrenziale della condotta contraria ad una norma pubblicistica in quello amministrativo o penale della condotta già sanzionato ad altro titolo; la terza, valorizzando la nozione normativa della correttezza professionale, si pone in posizione intermedia, concludendo che la

¹ Critica tale impostazione C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997, p. 127, a giudizio della quale ad identificare la scorrettezza professionale con

la violazione di norme imperative si vanifica l'autonomo rilievo normativo della scorrettezza riducendola ad una *species* della colpa.

condotta contraria ad una norma pubblicistica possa integrare o no una forma di concorrenza sleale a seconda del rilievo che la norma pubblicistica e la sua violazione assumono per il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

Diversamente dalle prime due, è la terza lettura a prevalere per flessibilità ed intrinseca capacità a cogliere la complessità ed articolazione del caso concreto così consentendo un opportuno bilanciamento. Proseguendo lungo questo filone, si tratterebbe di identificare le ipotesi in cui le norme pubblicistiche sono direttamente rivolte alla tutela della concorrenza, perché in tal caso sarebbe la stessa cornice pubblicistica a fornire gli strumenti interpretativi utili a decodificare i principi di lealtà cui gli imprenditori devono informare la propria condotta, così che in caso di violazione di tali previsioni ricorrerebbe un atto di concorrenza sleale. Là dove, invece, le norme pubblicistiche non si proponessero come fine di tutelare anche la concorrenza, allora la condotta contraria a quelle norme potrebbe sì integrare un illecito concorrenziale ai sensi dell'art. 2598 c.c., ma solo ove essa fosse capace di incidere sulla concorrenza.

D'altra parte, nemmeno questa terza ipotesi esegetica è immune da critiche, tenuto conto che, come avverte la migliore dottrina, sembra "decente ritenere che, salvo ipotesi eccezionali, la violazione di leggi dello Stato sia sempre in contrasto con i principi di correttezza"². Per scriminare dunque le condotte lecite da quelle illecite andrebbero distinte le norme pubblicistiche violate a seconda che prescrivano limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, costi o oneri. Nel caso in cui ad essere infrante siano delle norme del primo tipo, ricorrerà anche una fattispecie concorrenzialmente illecita. Nell'ipotesi in cui la violazione riguardi norme che impongono costi, essa integrerà una fattispecie complessa comprensiva di un illecito concorrenziale se a quella infrazione si colleghi un atto da cui scaturisca un danno concorrenziale. Infine, nell'ipo-

tesi in cui la violazione si riferisca a norme che impongono degli oneri, per quanto da più parti si invochi la difficoltà di ravvisare in essa la fonte di un comportamento concorrenziale, non pare che questo possa escludersi. Al pari infatti della violazione di norme che impongono costi (ad esempio, quelle sul pubblico impiego) quelle che prescrivono oneri (ad esempio, licenze o autorizzazioni) possono ben tradursi in un risparmio e a sua volta in un vantaggio concorrenziale, che, sfruttato, causi un danno concorrenziale.

Quanto all'altro caso (ii), in cui il quesito che ci si pone è se la conformità di una condotta ad una norma pubblicistica possa comunque lasciare spazio ad una sua valutazione in termini di illiceità, la risposta, tutt'altro che univoca, evoca il tema del concorso di discipline. In linea di principio, si riconosce che l'aderenza di un comportamento ad una norma anche imperativa non precluda la sua difformità rispetto ad altro *corpus* normativo. D'altra parte, per verificare in concreto la sussistenza di un illecito concorrenziale, occorre risalire alle finalità della norma pubblicistica e, solo nel caso in cui questa sia di stampo filo-concorrenziale e la condotta all'esame si limiti a realizzare quell'obiettivo, parrebbe ragionevole arrestare qualsiasi ulteriore valutazione in merito alla rilevanza della condotta nella prospettiva dell'art. 2598 c.c.

2. *Concorrenza sleale e illecito aquiliano. Cenni.* – A fronte di un comportamento attuato da parte di un'impresa in violazione di una norma pubblicistica che, sulla base delle verifiche che precedono, al contempo integri un illecito concorrenziale, il concorrente leso ovvero le relative associazioni professionali sono legittimate a tutelare i propri interessi nelle sedi giudiziali competenti ed in particolare a promuovere dinanzi al giudice civile: i) l'azione inibitoria e di rimozione degli effetti della condotta illecita, per il cui esperimento è sufficiente la prova della ricorrenza degli estremi dell'atto di concorrenza sleale, ma non del dolo o

² COSÌ. A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7^a ed., 2012.

della colpa dell'autore, né di un effettivo danno patrimoniale, essendo sufficiente il mero danno potenziale; *ii*) l'azione di risarcimento del danno, che richiede invece la prova dello stato soggettivo dell'autore (colpa che peraltro si presume una volta accertato l'atto di concorrenza sleale) e del danno patrimoniale. Nell'ambito di tale azione, il giudice può disporre la sanzione della pubblicazione della sentenza sulla stampa.

In effetti, al concorrente che ritenga di essere stato danneggiato da un atto di concorrenza sleale è fatta salva la possibilità, almeno a livello di principio, di far leva sull'art. 2043 c.c. per tutelare i propri interessi.

In giurisprudenza il rapporto tra le due norme è stato risolto considerando l'illecito concorrenziale come una *species* del più ampio *genus* dell'illecito civile³. Più in particolare la specialità della concorrenza sleale rispetto all'illecito civile andrebbe individuata con riferimento ai requisiti della legittimazione (attiva e passiva) nonché ai mezzi di reazione dell'illecito, mentre per quanto riguarda i presupposti e le conseguenze risarcitorie della responsabilità le due categorie coinciderebbero⁴. Così operando, la responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* viene ad assumere un ruolo sussidiario tale per cui si ricorre a tale disposizione ogniquale volta non vi siano i requisiti oggettivi e soggettivi per il ricorso all'art. 2598, n. 3, c.c.⁵

II. IL RAPPORTO TRA LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E LA DISCIPLINA REPRESSIVA DELLA CONCORRENZA SLEALE

1. *Considerazioni generali.* – Alla luce dell'inquadramento generale che precede, si può ora passare ad esaminare il rapporto tra le disposizioni pubblicistiche in

materia di aiuti di Stato e la disciplina repressiva della concorrenza sleale, che, come detto, promuove a livello privatistico la tutela della concorrenza nelle relazioni tra imprese direttamente concorrenti che insistono sul mercato⁶.

Dal campo dell'analisi rimane pertanto estraneo, da una parte, il rapporto, anche patologico, che si possa instaurare tra impresa beneficiaria e Stato Membro e, dall'altro, la relazione che possa intercorrere tra Stato Membro concedente l'aiuto ed imprese concorrenti del soggetto beneficiario che, nel rivendicare l'incompatibilità ovvero l'illegittimità della misura, richiedano allo Stato di risarcire i danni ingiustamente causati dalla sua concessione.

Ciò che rileva ai fini della sussistenza di un comportamento scorretto censurabile dinanzi al giudice civile nazionale è, dunque, l'autonoma rilevanza giuridica dell'atto di concorrenza sleale posto in essere dall'impresa beneficiaria di un aiuto concesso dallo Stato nei confronti di un diretto concorrente sempre che si traduca in una specifica condotta: *i*) sostanzialmente contraria alle disposizioni in tema di concorrenza e incompatibile con la disciplina degli aiuti, ovvero diretta a specifiche ricadute commerciali dell'indebita fruizione di un aiuto⁷, *ii*) causalmente e direttamente ascrivibile all'aiuto di cui ha beneficiato.

Mentre ai fini del punto *ii*) il problema che si pone è di tipo essenzialmente probatorio, dovendo il concorrente provare che la condotta che, se del caso, qualifica l'illecito concorrenziale è causalmente legata alla misura censurata, ai fini dell'*i*), il punto di partenza è che le regole relative agli aiuti concessi dagli Stati sono direttamente e specificamente volte a garantire che la concorrenza tra imprese non sia

³ Cass., n. 1829, 26 giugno 1973, in *Foro it.*, 1973, I, c. 3371. In senso contrario si veda però Cass, n. 2106, 6 luglio 1971, in *Riv. dir. comm.*, 1972, p. 108, stando alla quale «la concorrenza sleale resta autonoma e non più una semplice specie del più ampio *genus* costituito dall'illecito aquiliano». in dottrina, cfr. A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, 2005, p. 23; C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997, p. 125.

⁴ A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit.

⁵ Così. A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7^a ed., 2012.

⁶ Per una lettura aggiornata sui valori perseguiti, V. FALCE, *Appunti in materia di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 423.

⁷ A. GENOVESE, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, in *Corr. giur.* 2007, 6, p. 845.

falsata da aiuti che avvantaggino indebitamente talune imprese o talune produzioni rispetto alle loro concorrenti. Si tratta dunque di norme che, in quanto tali, qualificano la nozione di correttezza professionale ai sensi dell'art. 2598 c.c., così che l'accertamento della conformità della pratica rispetto alle previsioni in tema di aiuti di Stato determina la conformità di una condotta al paradigma della correttezza.

2. (*Segue*) *Responsabilità dell'impresa beneficiaria di un aiuto nei confronti dei diretti concorrenti*. – Se è discutibile che sull'impresa beneficiaria gravi l'obbligo di verificare la regolarità e in ultima analisi la legittimità dell'aiuto erogato (nel presupposto che tali obblighi di notifica e di *standstill* abbiano efficacia esclusivamente verticale e come tali incombono solo sullo Stato membro⁸), d'altra parte la giurisprudenza comunitaria respinge l'idea che il beneficiario di un aiuto di Stato illegale possa, sulla base del diritto dell'Unione europea, essere ritenuto responsabile del pregiudizio subito da un proprio concorrente⁹.

A prescindere dunque dal raggio di azione del generale onere di diligenza che incombe sull'*accipiens*¹⁰ e dal rischio a cui questi si espone nello sfruttare un aiuto che non sia stato preventivamente notificato e valutato favorevolmente in sede comunitaria, l'eventuale azione promossa dal concorrente nei confronti del beneficiario per concorrenza sleale potrebbe ra-

dicarsi non sulle norme di diritto comunitario (che si rivolgono esclusivamente agli Stati membri), quanto piuttosto sui principi e le prescrizioni di diritto interno in tema di responsabilità¹¹.

In concreto, dunque, essendo difficilmente perseguibile la strada della "copertura" normativa offerta dalla misura che attribuisce un aiuto in violazione della disciplina comunitaria, e risultando difficilmente invocabile il relativo legittimo affidamento da parte del beneficiario, il concorrente può sì promuovere un'azione ai sensi dell'art. 2598 c.c. sempre che sia in grado di provare ora il nesso causale tra la misura illegittima e l'atto scorretto attuato sulla base e per effetto della misura (nel caso di aiuto incompatibile) ora l'autonoma condotta anticoncorrenziale in violazione degli articoli 101 e 102 TFEU (o delle corrispondenti normative nazionali) ovvero attuata in modo abusivo¹² (nel caso di aiuto illegale). In entrambe le circostanze, il giudice nazionale svolge una funzione sussidiaria e complementare alla Commissione europea, in quanto, oltre eventualmente a compiere una serie di valutazioni preliminari, è chiamato ad accertare se la strategia intrapresa non solo sia direttamente riconducibile all'aiuto concesso, ma si sia tradotta in un atto di concorrenza sleale le cui conseguenze non siano assorbite dalle misure disposte per il ripristino dello *status quo ante* in termini di condizioni di concorrenza sul mercato. Per esigenze di coordinamento, qualora sulla conformità

⁸ C. Giust., 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)* e a. c. *La Poste* e a., C-39/94, in *Racc.* 1996, I-3547. In senso contrario si veda A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 3, 223, che critica tale orientamento ritenendolo eccessivamente formalistico e tale da trascurare del tutto che l'effetto diretto del diritto dell'Unione europea si produce anche nei confronti dei singoli.

⁹ C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Giappichelli, 2012.

¹⁰ Si veda in proposito F. FERRERO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *La "Modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di*

public e private enforcement, (a cura di) C. SCHEPISI: secondo l'Autore sarebbe sempre più difficile ammettere che i beneficiari di un aiuto di Stato ne possano ignorare la illegittimità o la incompatibilità rispetto alla disciplina comunitaria, stante la presenza di ampia giurisprudenza e di atti di orientamento che avrebbero ormai codificato la prassi delle corti e della Commissione europea.

¹¹ Corte di Giustizia, "SFEI", cit.; Commissione europea, Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U.C.E., 2009, C-85 11, § 44 e 53. In dottrina, si veda da ultimo, C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit.; A. GENOVESE, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, cit.

¹² C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit.

dell'aiuto alla disciplina comunitaria non si sia ancora espressa la Commissione europea, è fatta salva la facoltà del giudice nazionale di adottare, se richiesto, i provvedimenti cautelari più opportuni. Infine, se il giudice nazionale si pronuncia in un momento successivo rispetto alla decisione della Commissione europea sulla conformità dell'aiuto, esso deve necessariamente tenere in considerazione la decisione comunitaria.

Passando, invece, all'ipotesi in cui la pratica realizzata risulti conforme alle norme in tema di aiuti (in quanto legittimo, perché regolarmente comunicato alla Commissione europea, e compatibile, perché da questa autorizzato), ma, risultati nondimeno scorretta sensi dell'art. 2598 c.c., si tratta di distinguere tra conformità procedurale – che, non implicando alcuna valutazione nel merito, non garantisce la conformità della condotta dell'impresa sul mercato alle norme in materia di concorrenza – e conformità di tipo sostanziale, che può determinare un concorso di norme. In tal caso, la valutazione del giudice nazionale, che deve muovere dalla ricostruzione del quadro normativo e tener conto del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, non può valutare come contrarie al principio di correttezza professionale quelle condotte attuative del beneficio derivante dall'aiuto di Stato legittimo e quelle che per l'impresa beneficiaria della misura sono doverose, perché entro questi margini la tutela della concorrenza e della correttezza è assicurata dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti. Al di fuori di questi limiti, invece, il giudice può liberamente apprezzare la correttezza della condotta ex art. 2598 c.c.¹³ e se del caso avvalersi dello strumentario offerto a livello di *private enforcement*. E ciò nel condivisibile presupposto che l'accipiens occupa una posizione di privilegio che le impone la speciale responsabilità di non sfruttare il vantaggio concorrenziale conseguito oltre

la finalità, i margini e i limiti consentiti così causando un ulteriore e ingiustificato danno al mercato e ai concorrenti.

3. *Evoluzioni giurisprudenziali.* – La giurisprudenza, assai copiosa in materia di aiuti di Stato, saltuariamente si è occupata delle interferenze ed intersezioni con la disciplina repressiva della concorrenza sleale¹⁴. Tra i principali precedenti che segnano le evoluzioni della materia, si segnalano i seguenti:

Caso *Grandi Traghetti di Navigazione*

Nel caso in oggetto, l'azione è stata proposta di fronte al Tribunale di Genova da Grandi Traghetti di navigazione (GTN) nei confronti di Viamare di navigazione (VDN) per comportamenti sleali consistenti nell'applicazione di tariffe sottocosto nonché nella sollecitazione della clientela in maniera scorretta. GTN in particolare sosteneva che l'applicazione di tariffe sottocosto per i servizi di navigazione da Genova a Termini Imerese non era frutto di una autonoma politica imprenditoriale, ma diretta e immediata conseguenza dell'erogazione di aiuti di Stato concessi dal Governo Italiano a Finmare, società controllante di VDN. A tal fine GTV chiedeva al Tribunale l'adozione di misure cautelari nei confronti di VDN ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia teso ad accertare se le misure statali in questione potessero considerarsi come aiuti di Stato ai sensi della rilevante normativa.

Il Tribunale di Genova riconosceva che in linea di principio un aiuto di Stato lesivo della disciplina comunitaria qualifica un atto di concorrenza sleale, con la conseguenza che il beneficiario può essere destinatario di una misura cautelare. Nel merito, tuttavia, il Tribunale di Genova escludeva innanzitutto l'applicazione delle norme in tema di aiuti di Stato ai servizi di navigazione (cfr. Reg. EC 3577/92, art. 6) ed in secondo luogo negava che i fi-

¹³ A. GENOVESE, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, cit.

¹⁴ La prassi dimostra come siano di gran lunga più numerose le azioni promosse dal beneficiario per opporsi ad un ordine di esecuzione in-

terno, rispetto a quelle esperite dal concorrente sulla base della mera illegalità dell'aiuto, o anche a seguito di una decisione negativa della Commissione: così C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit., p. 206.

nanziamenti concessi a VDN potessero qualificare aiuti di Stato trattandosi di mezzi reperiti sul mercato.

Caso *Alitalia/Airone*¹⁵

Nella vicenda in esame, la Commissione europea aveva autorizzato nel 2004, come forma di aiuto individuale da parte dello Stato italiano alla compagnia di bandiera, la concessione di una garanzia per il finanziamento-ponte erogato a marzo del 2005 per una durata di dodici mesi ad Alitalia da alcuni istituti di credito al fine di assicurare la copertura del fabbisogno netto di contante ed evitare il rischio di insolvenza della società. La Commissione europea aveva ritenuto l'aiuto compatibile con la disciplina comunitaria sempre che venissero rispettate due condizioni: *i*) che all'erogazione dell'aiuto si accompagnasse l'adozione di un idoneo piano di ristrutturazione e *ii*) che durante la fruizione dell'aiuto si scongiurasse un aumento di capacità della flotta di Alitalia. Nel novembre 2005 Alitalia aveva manifestato "interesse a partecipare" ad una procedura di licitazione per l'acquisto del complesso aziendale del Gruppo Volare in amministrazione straordinaria. Airone, anch'esso interessato a partecipare alla procedura, aveva chiesto al giudice romano di inibire in via cautelare la partecipazione di Alitalia sostenendo che quest'ultima avrebbe in tal modo sfruttato i vantaggi concorrenziali dell'aiuto per finalità non strettamente inerenti a quelle per cui l'aiuto era stato concesso. Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 27 gennaio 2006, aveva accolto la posizione di Airone nel convincimento che alla data della manifestazione del proprio interesse alla partecipazione alla procedura Alitalia beneficiava dell'aiuto, che era stato concesso per assicurare il solo funzionamento corrente dell'azienda e non anche l'aumento delle capacità della flotta.

Alitalia aveva proposto reclamo avverso la pronuncia del giudice di primo grado ed il giudice esaminati i fatti e le argomentazioni aveva accolto il reclamo e

revocato il provvedimento cautelare. Ad avviso del Tribunale, infatti, prima della restituzione del prestito ponte garantito, Alitalia aveva manifestato esclusivamente il proprio interesse a prendere parte alla gara per l'aggiudicazione del complesso aziendale in vendita. Alitalia aveva dunque realizzato una condotta che in quanto preparatoria e preliminare era di per sé inidonea ad incidere sul mercato, sui concorrenti e sull'esito della procedura fino alla presentazione dell'offerta irrevocabile di acquisto la quale era avvenuta nel dicembre 2005, dopo cioè la ricapitalizzazione e la (anticipata) restituzione del finanziamento ponte. Ciò significava che Alitalia aveva presentato la propria offerta irrevocabile di acquisto in un momento in cui era cessata l'efficacia dell'aiuto di Stato e con essa era venuto meno l'impegno di Alitalia verso la Commissione europea di non aumentare la flotta. Nel concludere, il Tribunale aveva negato la sussistenza del *fumus boni iuris* nella pretesa di Airone in quanto, in ragione della tempistica degli atti e dei fatti in causa, Alitalia non aveva disatteso alcuna disposizione comunitaria in materia di aiuti di Stato nè attuato alcuna condotta concorrenzialmente sleale.

La vicenda è stata oggetto di accesa critica da parte della dottrina¹⁶ in quanto nella prima ordinanza, il giudice applicava il criterio del cumulo di responsabilità senza aver accertato incidentalmente la violazione di alcuna prescrizione comunitaria e senza motivare le conseguenze anticoncorrenziali della condotta di Alitalia in un mercato ben individuato. L'ordinanza che decideva sul reclamo proposto da Alitalia, invece, basava la propria decisione sugli effetti giuridici e patrimoniali connessi alla condotta di Alitalia, senza invece tener conto degli effetti restrittivi derivanti dalla strategia commerciale dell'impresa. Diversamente, il giudice avrebbe dovuto anzitutto individuare le limitazioni alla condotta di Alitalia imposte dalla decisione della Commissione che autorizzava gli aiuti, e successi-

¹⁵ Tribunale di Roma, Ordinanza 27 gennaio 2006 e Tribunale di Roma, sez. II, Ordinanza 14 marzo 2006.

¹⁶ A. GENOVESE, cit.

vamente valutare la liceità della condotta posta in essere rispetto alle più rigide coordinate del diritto della concorrenza. In questa prospettiva si sarebbe potuto sostenere che il mercato rilevante in questione era pregiudicato, dal punto di vista della concorrenza, dalla presenza di aiuto ad un'impresa ma era al tempo stesso tutelato da iniziative dell'impresa beneficiaria che amplificassero gli effetti distorsivi insiti nell'aiuto. Lungo tale traiettoria, si sarebbe potuto ritenere che la condotta di Alitalia, per quanto conforme alla norme in tema di aiuti di Stato, poteva comunque essere considerata scorretta e idonea a danneggiare i concorrenti e dunque lesiva della disciplina repressiva della concorrenza sleale.

Caso *Traghetti del Mediterraneo*¹⁷

Nella vicenda in oggetto, Fallimento *Traghetti del Mediterraneo* conveniva in giudizio la società Tirrenia Navigazione, concorrente sul mercato dei collegamenti marittimi con Sicilia e Sardegna, per aver attuato condotte in tanto sleali in quanto realizzate a fronte di aiuti di Stato concessi ai sensi della legge 684/74 che avrebbero consentito alla società di applicare prezzi sottocosto. Il ricorso respinto dal Tribunale di Napoli e, successivamente, dalla Corte d'Appello, approdava alla Corte di Cassazione che, confermando la correttezza delle decisioni dei giudici di merito, ribadiva che: *i*) gli aiuti di Stato sono in linea di principio proibiti in quanto incompatibili con il diritto della concorrenza; *ii*) l'effetto distorsivo generato dagli aiuti di Stato è irrilevante nella valutazione della compatibilità della misura statale rispetto alla disciplina comunitaria in quanto tale effetto è una componente essenziale degli aiuti ed è ammissibile qualora sia diretto alla protezione di interessi che non troverebbero altrimenti soddisfazione¹⁸. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione concludeva che le tariffe applicate da Tirrenia non erano l'espressione di proprie scelte imprendito-

riali, ma l'attuazione di una specifica normativa nazionale e che per tale ragione non residuavano margini di autonomia che potessero integrare gli estremi di un atto concorrenzialmente illecito.

IV. CONCLUSIONI

L'esplorazione degli ambiti di intersezione ed interferenza tra la disciplina in materia di aiuti e le previsioni a tutela della concorrenza rimanda ad una questione più ampia, vale a dire se, quando e a che condizioni la violazione delle regole pubblicistiche in generale e quelle in materia di aiuti in particolare integri gli estremi di un atto di concorrenza sleale, autonomamente censurabile ai sensi e per gli effetti dell'art. 2598 c.c.

Se in punto di stretto diritto la strada del *private enforcement* tesa a sindacare un comportamento scorretto è percorribile ogni volta che l'impresa beneficiaria sfrutti i vantaggi concorrenziali conseguiti oltre la finalità per la quale e per il tempo nei limiti del quale la misura è concessa, ovvero con modalità esorbitanti, eccessive e sproporzionate, d'altra parte, in punto di fatto la prova dell'illecito e della sua autonomia rilevanza risulta assai difficile, così limitando drasticamente non solo il numero di azioni incardinate ma soprattutto le *chance* di successo.

VALERIA FALCE - AURORA MUSELLI

Bibliografia

C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997; L. ARNAUDO, «Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1368; V. FALCE, «Appunti in materia di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali», in *Riv. dir. comm.*, 2009, 423; V. FALCE - G. GHIDINI, «The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection, competition law and unfair competition», in *Anti-trust fra diritto nazionale e diritto comunitario*,

¹⁷ Cass., n. 5087, 19 aprile 2000, Fallimenti *Traghetti Mediterraneo S.p.A.* c. Tirrenia di Navigazione S.p.A.

¹⁸ Per una nota critica sulla sentenza, cfr. L. ARNAUDO, *Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, p. 1368.

Milano, 2009; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, 2005, 23; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2001; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, 2012; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, 2011; M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, 1982; L.C. UBERTAZZI, «Regole pubblicistiche e concorrenza sleale», in *Riv. dir. ind.*, I, 2003, p. 308; VAN BAELE-BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, 1995; MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza nella Comunità europea*, 2004; A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7^a ed., 2012.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La tutela inibitoria del concorrente nei confronti di condotte illecite ai sensi delle norme in materia di concorrenza sleale dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato

Sommario: I. L'INIBITORIA DEFINITIVA E CAUTELARE DI ATTI DI CONCORRENZA SLEALE. – II. I PRESUPPOSTI PER L'INIBITORIA DELLA CONDOTTA DELL'IMPRESA BENEFICIARIA DI AIUTI DI STATO. – III. LA COMPETENZA.

I. L'INIBITORIA DEFINITIVA E CAUTELARE DEGLI ATTI DI CONCORRENZA SLEALE

La disposizione dell'art. 2599 c.c., che accorda tutela specifica inibitoria e/o reintegratoria all'imprenditore vittima di atti di concorrenza sleale, è considerata parte essenziale della disciplina codicistica della concorrenza. La misura specifica è infatti l'unica effettivamente funzionale al ripristino del corretto gioco della concorrenza nel mercato interessato da un illecito concorrenziale. La disposizione, peraltro, lungi dal configurarsi come attributiva di un rimedio eccezionale volto a garantire una tutela privilegiata ai soli imprenditori, nei reciproci rapporti di concorrenza e in caso di controversie interne alla categoria (i.e. fra imprenditori), deve considerarsi attuativa di un principio generale che consente di limitare la libertà d'iniziativa economica, per ragioni di interesse generale, in tutti i conflitti fra privati in cui un imprenditore sia parte convenuta.

L'inibitoria di cui all'art. 2599 c.c. è provvedimento giudiziario di condanna, recante un ordine di astensione proiettato verso il futuro, ed avente un contenuto tendenzialmente, ma non necessariamente, corrispondente ai fatti già compiuti ed accertati come condotta concorrenziale sleale. In tale caso il contenuto dell'inibitoria è determinato dal giudice *per relationem*, facendo riferimento ai fatti accertati, e vietando la ripetizione degli stessi.

La misura inibitoria dell'atto di concorrenza sleale è concessa dal giudice in base a dati puramente oggettivi, essendo

esclusa la rilevanza del dolo o della colpa dell'autore dell'atto (arg. *a contrario* dall'art. 2600 c.c.)¹. Così pure, è sufficiente l'accertamento dell'idoneità a danneggiare, e quindi di un danno anche solo potenziale, e non anche di un danno patrimoniale già verificatosi². È invece necessario l'accertamento dell'attualità del danno concorrenziale ossia del concreto pericolo di continuazione o ripetizione dell'atto di concorrenza sleale³. Se tale pericolo mancasse, mancherebbe anche l'interesse ad agire per ottenere provvedimenti diversi da quelli risarcitori.

L'inibitoria, come condanna alla cessazione di un certo comportamento, non è suscettibile di piena esecuzione forzata. Suscettibile di esecuzione forzata potrà essere solo l'obbligo derivato di reintegrare la situazione precedente (nei limiti dell'art. 2933 c.c.), o di risarcire i danni derivati dalla violazione della condanna inibitoria. È escluso anche che l'inibitoria dell'atto di concorrenza sleale possa comportare la costituzione di nuovi vincoli contrattuali⁴. Analogamente, si è ritenuto che il giudice non possa, in applicazione del rimedio in parola, imporre la modifica di un prezzo o di un'altra condizione contrattuale praticata dall'impresa⁵.

L'articolo 2599 c.c. non prevede misure cautelari tipiche. La tutela urgente per l'imprenditore però è fruibile perché si ritiene vigente, anche in questo campo, il disposto generale dell'art. 700 c.p.c. in tema di tutela processuale cautelare.

Per quanto riguarda il contenuto delle misure cautelari adottabili nell'ambito di conflitti di concorrenza, l'ammissibilità dell'inibitoria cautelare è pacifica⁶, potendo essere argomentata vuoi sulla base del nesso di strumentalità con inibitorie definitive per le quali il giudice, *ex art.*

¹ Cfr. Trib. Napoli 15 maggio 2002, in *Dir. ind.*, 2003, p. 163.

² Cfr. Cass., sez. un., 23 novembre 1995, n. 12103, in *Dir. ind.*, 1996, p. 555.

³ Trib. Catania (ordinanza) 17 agosto 2002, in *GADI*, 2003, p. 448.

⁴ App. Milano 16 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, 3, 1, c. 904.

⁵ App. Bologna 20 dicembre 1999, in *GADI*, 2000, p. 549.

⁶ Cfr., fra le altre, Trib. Catania 19 settembre 2000, in *GADI*, 2000, p. 1164.

2599 c.c., è competente, vuoi sulla base dell'idoneità dell'inibitoria cautelare a garantire l'effetto utile di successive pronunce di risarcimento⁷.

Controversi sono però i presupposti per la concessione della tutela inibitoria urgente. Ciò in ragione della tutela anche costituzionale di cui gode la libertà di iniziativa economica, oltre che della conformazione delle condotte integranti iniziative concorrenziali, e del tipo di danno che possono causare ai concorrenti.

L'adozione di un provvedimento cautelare atipico, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., richiede comunque l'accertamento del *fumus boni iuris* e del pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile per il richiedente. Tuttavia la giurisprudenza in tema di concorrenza sleale, in considerazione della dinamica e dell'imprevedibilità degli andamenti del mercato (e quindi anche della notoria difficoltà di liquidazione del danno nei processi di concorrenza sleale), tende, in alcuni casi, a ravvisare con una certa larghezza questi requisiti, o addirittura a vederli *in re ipsa* di fronte ad un atto di concorrenza sleale in corso di svolgimento⁸.

Nella pratica le decisioni, per lo più, hanno riguardo alla conformazione dello specifico pregiudizio temuto. Laddove l'illecito prospettato è idoneo a determinare sviamento di clientela (attuale o potenziale), stante l'irreversibilità e la difficile riparazione per equivalente della perdita, la giurisprudenza è incline a ritenere che sussistano sempre gli estremi della gravità e dell'irreparabilità del danno⁹. Se invece l'illecito non è immediatamente idoneo a determinare sviamento di clientela, è più incerta la ricorrenza del presupposto e l'adottabilità della misura.

I restanti requisiti richiesti per l'ottenimento della tutela cautelare sono più stringenti rispetto alla mera «idoneità a danneggiare» di cui fa menzione l'art. 2598 c.c. In particolare, è stato talora richiesto il rapporto di concorrenza attuale, ritenendo insufficiente quello solo potenziale¹⁰. Inoltre, quando l'atto lamentato non è più in corso, e se ne teme soltanto la ripetizione, l'accertamento dell'incombenza ed irreparabilità del pericolo è stato fatto con maggiore severità¹¹.

Un profilo dibattuto è se l'inibitoria cautelare possa essere pronunciata in via preventiva anche per paralizzare un tentativo di concorrenza sleale o un'iniziativa concorrenziale che si sia fino a quel momento concretizzata solo in atti preparatori suscettibili di diverso sviluppo. Una tesi più restrittiva fa leva sulla lettera dell'art. 2599 c.c. che si riferisce alla "continuazione" dell'illecito e sostiene che la condotta concorrenziale possa essere inibita, in via definitiva o cautelare, solo quando è in atto. La tesi più estensiva invece privilegia le esigenze di prevenzione dell'illecito, che sono proprie dell'inibitoria cautelare in genere, anche nell'ambito dei conflitti privati di diritto della concorrenza.

Il contenuto dell'inibitoria cautelare della concorrenza sleale, che anticipa gli effetti del provvedimento definitivo sul merito, deve essere lo stesso di quest'ultimo. In taluni casi però con l'inibitoria cautelare è ordinata anche la pubblicazione del provvedimento cautelare, se ciò costituisce mezzo idoneo ad evitare ulteriori (c.d. inerziali) conseguenze pregiudizievoli¹². Il provvedimento cautelare può inoltre essere pubblicato ad iniziativa di parte che lo abbia ottenuto purché con

⁷ Cfr. App. Milano 18 luglio 1995, in *NGCC*, 1996, p. 752 e in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1779.

⁸ Trib. Roma (ordinanza) 14 gennaio 2004, in *AIDA*, 2004, p. 827; Trib. Bari (ordinanza) 1 luglio 2002, in *GADI*, 2003, p. 335; Trib. Napoli 13 marzo 2000, *ivi*, 2000, p. 866; Trib. Napoli 10 febbraio 2000, in *Dir. ind.*, 2000, p. 348; *contra*, con valutazione più restrittiva sui presupposti di concessione della tutela cautelare, Trib. Milano 16 aprile 1998, in *Dir. ind.*, 1998, p. 631; Trib. Milano 13 febbraio 1997, *ivi*, 1997, p. 627; e, da ultimo, Trib. Bologna (ordinanza) 29 settembre 2008, in *Rep. Pluris - Utet Cedam*.

⁹ Cfr. Trib. Napoli 13 marzo 2000, *cit.*; Trib. Napoli 10 febbraio 2000, in *Dir. ind.*, 2000, p. 348.

¹⁰ Trib. Perugia 19 giugno 1985, in *GADI*, 1985, p. 636.

¹¹ Pret. Modena 5 febbraio 1985, in *GADI*, 1985, p. 441.

¹² Trib. Brescia (ordinanza) 29 aprile 2004, in *GADI*, 2004, p. 1079; Trib. Napoli 11 luglio 2000, in *Gius*, 2000, 2651; Trib. Frosinone 2 febbraio 2000, *GADI*, 2000, p. 772; Trib. Ancona 10 gennaio 2000, *ivi*, p. 605; Trib. Napoli 4 gennaio 1999, *ivi*, 1999, p. 827; Trib. Bologna 4 luglio 2007, in *Rep. Pluris - Utet Cedam. Contra*, per l'i-

modalità corrette e tali da non denigrare il concorrente¹³ e facendo espressa menzione del carattere revocabile o modificabile della decisione¹⁴.

II. I PRESUPPOSTI PER L'INIBITORIA DELLA CONDOTTA DI UNA IMPRESA BENEFICIARIA DI AIUTI DI STATO

L'ottenimento di tutela inibitoria, anche cautelare, per l'imprenditore minacciato dalla concorrenza illecita dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato scaturisce dalla possibilità di considerare tali condotte come atti di concorrenza sleale in atto o in divenire.

La tutela inibitoria definitiva o cautelare della lealtà concorrenziale pone peraltro peculiari questioni di ammissibilità. L'ipotesi che siano fatte valere da un concorrente, *ex art. 2599 c.c.*, le specifiche condizioni di legittima fruizione (compatibilità) degli aiuti di Stato o le limitazioni poste alle modalità di erogazione o utilizzazione dell'aiuto rimanda ai rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali e ai poteri di *enforcement* del diritto comunitario che competono ai giudici nazionali.

Infatti, le valutazioni in ordine alla compatibilità della misura, alle modalità di attuazione o ai limiti imposti allo Stato membro e al soggetto beneficiario di un aiuto di Stato competono esclusivamente alla Commissione (cfr. l'art. 108 TFUE). Non di meno, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni di interesse fondate sul diritto comunitario, coniugato al favore per la decentralizzazione dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, compete al giudice nazionale il potere di

valutare se una condotta dell'impresa beneficiaria sia pregiudizievole di diritti di soggetti terzi concorrenti¹⁵. Il giudice nazionale, perciò, in attesa delle valutazioni della Commissione UE, se è adito da un soggetto che assuma leso il proprio diritto alla corretta competizione sul mercato *ex art. 2598 c.c.*, può adottare, anche interinalmente, i provvedimenti cautelari più opportuni al fine di assicurare l'utilità della futura pronuncia di merito propria o della Commissione¹⁶. Può quindi anche inibire la condotta dell'impresa beneficiaria dell'aiuto che risulti contraria ai principi della correttezza professionale, ai sensi dell'art. 2598 c.c.

In tal senso il ruolo del giudice nazionale è complementare a quello della Commissione, restando esclusa ogni duplicazione, a norma dell'art. 274 del TFUE. Quando interviene *ex post*, il giudice nazionale deve fare proprio il giudizio della Commissione; invece, quando interviene *ex ante*, deve ricostruire il quadro normativo rilevante per valutare la condotta dell'impresa e deve quindi tenere conto anche delle disposizioni in materia di aiuti di Stato e/o delle prescrizioni specifiche che la Commissione abbia stabilito per l'impresa beneficiaria o per lo Stato erogatore. Il giudice nazionale può perciò, per questa via, accertare incidentalmente l'infrazione del diritto comunitario da parte dell'impresa beneficiaria di aiuti.

L'accertamento peraltro deve essere rispettoso del primato del diritto comunitario, che non consente al giudice nazionale di qualificare scorrette *ex art. 2598 c.c.* condotte imprenditoriali attuative del beneficio compatibile o autorizzate o dovevole per l'impresa beneficiaria¹⁷.

nammissibilità della misura nella fase cautelare, Trib. Torino 19 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2003, c. 956, Trib. Milano (ordinanza) 27 maggio 2004, in *GADI*, 2004, p. 1121.

¹³ Pret. Milano 19 luglio 1991, in *Foro pad.*, 1992, p. 166.

¹⁴ Trib. Reggio Emilia 29 luglio 1999, in *GADI*, 2000, p. 379.

¹⁵ Cfr. C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa C-120/73, *Lorenz GmbH*, in *Racc.* 1973, p. 1471; C. giust. UE, 22 marzo 1977, causa C-78/76, *Steinle und Weinling*, in *Racc.* 1977, p. 614; C. giust. UE, 21 novembre 1991, causa C-354/90, *FNCE*, in

Racc. 1991, I, p. 5504; C. giust. UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94 *SFEI*, in *Racc.* 1996, I, p. 3547.

¹⁶ Cass., sez. un., 4 novembre 1994 n. 9129, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3000, ha escluso la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria adita per l'ottenimento di provvedimenti cautelari in ipotesi di ipotetico contrasto tra la normativa comunitaria e la legge nazionale. Sul tema cfr. anche C. giust. UE, 2 giugno 1994, cause riunite C-69/93 e C-258/93, in *Racc.* 1994, I, p. 2355.

¹⁷ Cfr. Cass., 8 ottobre 1999 e 19 aprile 2000, n. 5087, in *Dir. giust.*, 2000, n. 23, p. 40.

Inoltre, l'acclarata violazione delle prescrizioni (procedurali o sostanziali) in tema di aiuti di Stato, non potrà in nessun caso (e neppure in presenza di aiuti di salvataggio incompatibili o utilizzati impropriamente) portare a una inibitoria che riguardi l'intera attività dell'impresa beneficiaria. L'eventuale inibitoria definitiva o cautelare infatti potrà riguardare sempre e solo una specifica condotta contraria ai principi della correttezza professionale per come rilevanti nei rapporti di concorrenza e/o nel mercato comune.

A seguito di tali vincoli, la giurisprudenza in materia di tutela inibitoria del concorrente nei confronti delle condotte di concorrenza illecita dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato risulta, ad oggi, alquanto limitata e comunque caratterizzata da ritrosia a concedere la tutela. Si rinvencono, nel panorama dei provvedimenti editi, una decisione di diniego dell'inibitoria cautelare basata essenzialmente sulla valutazione di legittimità comunitaria della condotta dell'impresa beneficiaria¹⁸; e due decisioni che considerano diversamente la correttezza di una strategia concorrenziale perseguita dall'impresa beneficiaria, in rapporto ai limiti stabiliti dalla Commissione per l'uso dell'aiuto di salvataggio autorizzato, e la possibilità di accordare o meno l'inibitoria chiesta dal concorrente.

Segnatamente, i provvedimenti in questione definiscono, accogliendo in prima istanza¹⁹ e respingendo in sede di riesame²⁰, il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* proposto da AirOne s.p.a., *ante causam*, per inibire ad Alitalia s.p.a., in qualità di impresa beneficiaria di aiuto di Stato al salvataggio, di partecipare alla gara pubblica per acquistare il complesso aziendale del Gruppo Volare, in amministrazione straordinaria *ex legge n. 39/2004*. E ciò, posto che l'aiuto di Stato ad Alitalia s.p.a., secondo le determinazioni della Commissione che lo aveva autorizzato, doveva finanziare il funzionamento corrente dell'azienda, a rischio immediato di insolvenza, e non l'aumento delle capacità

di flotta del vettore. Nella vicenda l'inibitoria cautelare viene dal primo giudice concessa, sul presupposto che la manifestazione di interesse alla gara fosse da considerare atto necessario per concorrere all'acquisizione di nuova capacità di flotta, e quindi anche atto propedeutico di concorrenza sleale in divenire da parte di impresa beneficiaria di aiuti di salvataggio per i quali tale utilizzo era interdetto. La decisione viene però in seguito riformata, sul presupposto che la manifestazione di interesse alla partecipazione alla gara dovesse essere considerato atto necessario ma non sufficiente a determinare l'aumento di capacità di flotta interdetto dalla Commissione.

III. LA COMPETENZA

La competenza per l'adozione di misure cautelari, dopo la l. 353 del 1990, è fissata secondo le regole del giudizio di merito, a norma degli artt. 669-*ter* e 669-*quater* c.p.c. Per le controversie in materia di concorrenza, rileva quindi l'art. 134 c.p.i. che attribuisce alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale (oggi, dopo le modifiche introdotte con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, «Tribunale delle imprese») «i procedimenti giudiziari in materia ... di concorrenza sleale, con la sola esclusione delle fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio di diritti di proprietà industriale». La stessa disposizione estende la competenza del Tribunale delle imprese a tutte le «materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate». Il dato testuale è dunque chiaro nel senso che non tutte le azioni di concorrenza sleale sono rimesse alla competenza del Tribunale delle imprese. Tuttavia, è altrettanto chiara l'intenzione del legislatore di attribuire alla competenza del giudice specializzato quante più controversie possibili.

¹⁸ Trib. Genova (Ordinanza) 26 aprile 1993.

¹⁹ Trib. Roma (Ordinanza) 27 gennaio 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 845.

²⁰ Trib. Roma (Ordinanza) 14 marzo 2006, in *Corr. giur.*, 2007, p. 847.

Sono esclusi dalla competenza speciale i casi di concorrenza sleale non interferente (c.d. "pura"), quelli in cui l'idoneità a danneggiare l'impresa avversaria non tocca, neanche indirettamente, la reputazione e il valore dei segni distintivi e degli altri diritti di p.i. della parte lesa: si pensi alle ipotesi di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicitistiche, così come a quelle in materia di indebita o impropria utilizzazione di aiuti di Stato. La competenza per materia per l'inibitoria definitiva o cautelare di una condotta di illecita concorrenza dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato appartiene quindi al Tribunale ordinario.

Può sorgere però una questione, squisitamente processuale: se l'erroneo avvio del giudizio dinanzi alla sezione specializzata, ovvero dinanzi ad un Tribunale ordinario, dia luogo ad un vizio di incompetenza funzionale, con le relative ricadute di ordine processuale, oppure ponga solo un problema di ripartizione di affari interni al medesimo ufficio giudiziario, risolvibile per vie brevi.

La Cassazione, che si era, in un primo tempo, pronunciata nel primo senso²¹, ha successivamente sancito che la questione è di mera ripartizione degli affari all'interno di un unico ufficio giudiziario; «ed è pertanto inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso la sentenza che abbia statuito l'incompetenza della sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, indicando come competente la sezione ordinaria del medesimo tribunale»²².

Per quanto riguarda la competenza territoriale, in materia di azione inibitoria definitiva *ex art. 2599 c.c.*, la giurisprudenza applica costantemente l'*art. 20 c.p.c.*, affermando la competenza territo-

riale del giudice del luogo in cui «è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione»²³.

Ciò determina, nella maggior parte dei casi, una competenza plurima, dal momento che l'obbligazione (di astenersi dalla prosecuzione del comportamento concorrenzialmente illecito) può dirsi sorta in qualunque luogo in cui è avvenuto (e possa continuare, o ripetersi) un atto di concorrenza sleale²⁴.

Più discusso è il problema della competenza territoriale ad emettere provvedimenti d'inibitoria d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* L'*art. 701 c.p.c.* dispone in proposito la competenza del giudice del «luogo in cui l'istante teme che stia per verificarsi il fatto dannoso». Da qui la possibilità di proporre la soluzione della competenza concorrente di diversi giudici, secondo i medesimi criteri già visti per l'inibitoria definitiva²⁵. Qualche giudice ha anche ritenuto che luogo in cui sta per verificarsi il danno è quello in cui ha sede l'impresa ricorrente²⁶.

L'orientamento prevalente è però per una interpretazione restrittiva dell'*art. 701 c.p.c.*; interpretazione che viene giustificata con la particolare esigenza di certezza, che si presenterebbe in materia di tutela d'urgenza e imporrebbe di evitare il riconoscimento di una pluralità di giudici competenti e la conseguente possibilità di provvedimenti contrastanti.

Dovendo concentrare la competenza per territorio in un unico giudice, si ritiene che questo sia il giudice del luogo in cui si svolge l'attività produttiva dell'impresa convenuta, perché è dalla sede di tale impresa che comunque si avvia il processo causale che porta alla realizzazione del danno temuto, ed è questo il luogo in cui più facilmente può curarsi l'esecuzione del provvedimento²⁷.

²¹ Cass., 25 settembre 2009, n. 20690, in *Dir. ind.*, 2010, p. 50; Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, *ivi*, 2011, p. 230.

²² Cass., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, c. 95.

²³ Trib. Napoli 4 aprile 1997, *cit.*

²⁴ Trib. Firenze 7 novembre 1981, in *GADI*, 1983, p. 235; Trib. Torino 15 aprile 1985, *ivi*, 1985, p. 570; Trib. Torino 8 giugno 1987, *ivi*, 1987, p. 596; Trib. Roma 29 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 980.

²⁵ In tal senso Pret. Verona 14 aprile 1984, in *GADI*, 1984, p. 438; Pret. Roma 5 giugno 1985, *ivi*, 1986, p. 204.

²⁶ Pret. Roma 10 luglio 1984, in *GADI*, 1984, p. 547.

²⁷ Cass., 12 luglio 1984, n. 4103, in *Mass. Giur. it.*, 1984; Cass., 23 gennaio 1985, n. 285, in *Mass. giur. it.*, 1985; Cass., 7 gennaio 1987, n. 11, in *Arch. civ.*, 1987, p. 273.

Per le controversie di carattere internazionale, in punto di giurisdizione, il Reg. 44/2001, all'art. 5.3, prevede che in materia di illeciti civili dolosi o colposi la competenza giurisdizionale speciale sia del giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire. Per luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto deve intendersi sia il luogo in cui è insorto il danno sia il luogo dove si è verificato l'evento generatore dello stesso ove non coincidente con il primo. Qualora il danno si verifichi in diversi paesi a seguito di un unico comportamento illecito, la giurisdizione appartiene al giudice del luogo dove si verifica il fatto generatore dell'illecito per tutti i danni che l'illecito abbia provocato in più paesi, mentre appartiene al giudice del luogo dove si è verificato il danno per i soli danni ivi cagionati²⁸. In materia di misure cautelare, peraltro, la giurisdizione del giudice italiano sussiste in via generale anche quando il provvedimento debba essere (solo) eseguito in Italia.

ANNA GENOVESE

Bibliografia

A. BIONDI, «Gli aiuti di Stato», in *La concorrenza*, (a cura di) A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, vol. VII, Torino, 2006, p. 447 ss.; A. CARACÒ, «Sulla tutela cautelare avverso atti di concorrenza sleale», in *Riv. dir. impresa*, 2005, 449; A. GENOVESE, «Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato», in *Corr. giur.*, 2007, p. 854 ss.; M. LIBERTINI, «Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale», in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, (diretto da) F. GALGANO, vol. IV, Padova, 1981, p. 238 s.; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004, p. 172; U. SCOTTI, «La concessione di provvedimenti cautelari inaudita altera parte ai sensi dell'art. 669-sexies, 2° comma c.p.c.», in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 151 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, p. 218 ss.; L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, p. 419 ss.; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1995, p. 851 s. e p. 890 s.; P.G. JAEGER, «Inibitoria, "pericolo di ripetizione", "tentativo" di concorrenza sleale», in *Riv. dir. ind.*, 1973, I, p. 14 ss.

²⁸ Cfr. C. giust. UE, 7 marzo 1995, n. 78, causa - 68/93, *Shevillo e A.*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 994,

seguita da Cass., sez. un., 27 ottobre 2000, n. 1141, in *Danno e resp.*, 2001, p. 599.

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nel settore degli aiuti di Stato

Sommario: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE: IL RUOLO DEI GIUDICI NAZIONALI NELL'APPLICAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI AIUTI DI STATO. – 1. Gli strumenti di cooperazione con la commissione europea. – II. L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E L'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE DA PARTE DEI GIUDICI NAZIONALI. – III. PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT DELLE REGOLE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO NELL'ESPERIENZA ITALIANA.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE: IL RUOLO DEI GIUDICI NAZIONALI NELL'APPLICAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Così come delineato dai Trattati istitutivi, il sistema di controllo nel contesto degli aiuti di Stato configura tipicamente una ipotesi di *public enforcement*, incentrato su una procedura amministrativa gestita interamente da una autorità pubblica sovranazionale, la Commissione europea.

Grazie alla Corte di giustizia, il meccanismo di controllo, informato al rapporto bilaterale Commissione – Stato, è progressivamente evoluto verso un modello decentrato di controllo che si articola anche sulle azioni che i consociati possono proporre di fronte ai giudici nazionali; un sistema in cui alla Commissione spetta valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato interno mentre i giudici nazionali hanno il compito di salvaguardare i diritti dei singoli nell'applicazione del diritto sovranazionale.

Sin dalle sue prime pronunce in materia, la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 108, § 3, TFUE ha efficacia diretta e

che all'obbligo di notifica preventiva dei nuovi aiuti e all'obbligo di *stand still* corrispondono diritti in capo ai singoli consociati che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare secondo le procedure stabilite dal proprio ordinamento¹.

Dal canto suo, la Commissione europea ha espresso per la prima volta l'esigenza di favorire il *private enforcement* per rafforzare l'efficacia e il rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato nel 1995, con la Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato².

Tuttavia, è con il Piano d'azione del 2005 che la Commissione ha posto il rafforzamento del ruolo dei giudici nazionali al centro del processo di riforma del settore degli aiuti di Stato³, evidenziandone l'importanza nell'esecuzione delle decisioni di recupero degli aiuti concessi illegalmente e nella tutela dei terzi lesi dalla concessione dell'aiuto illegale.

Sul primo aspetto la Commissione ha adottato la Comunicazione del 2007 sull'esecuzione effettiva delle decisioni di recupero degli aiuti illegali o incompatibili⁴; sul secondo è seguita la Comunicazione del 2009 sulla cooperazione tra Commissione e giudici nazionali in materia di aiuti di Stato⁵ (che sostituisce la precedente del 1995).

Prima del 2005, giova sottolinearlo, si è tentato di porre rimedio ai limiti intrinseci del sistema definito dai Trattati, oltreché attraverso l'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia, mediante l'a-

¹ V. C. giust. UE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, in *Racc.* 1964, p. 1141 ss., spec. p. 1146-47 e p. 1151; C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa 120/1973, *Lorenz*, in *Racc.* 1973, p. 1471 ss.; v. anche C. giust. UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, in *Racc.* 1991, p. 1, punti 8-9; e più di recente C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Strekgewest*, in *Racc.* 2005, p. 1-85, punto 15.

² Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, in G.U.C.E. C-312, 23 novembre 1995, p. 8.

³ Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato - Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005)107 def.

⁴ Comunicazione della Commissione -Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili, in G.U.C.E. C-272, 15 novembre 2007, p. 4.

⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U.C.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1.

dozione di una disciplina dettagliata sulla procedura di controllo degli aiuti da parte della Commissione⁶ e autorizzando quest'ultima ad emanare dei regolamenti di esenzione per categoria⁷ (v. art. 109 TFUE), per esentare i regimi d'aiuto con certe caratteristiche dall'applicazione dell'obbligo di notifica preventiva e di *stand still*.

Nell'applicazione delle regole sovranazionali in materia di aiuti di Stato, i giudici nazionali devono innanzitutto determinare se la misura contestata su iniziativa del privato costituisca o meno un aiuto di Stato ovvero se essa rientri in una delle categorie esentate dall'obbligo di previa notifica e di sospensione⁸. A questo scopo la giurisprudenza delle Corti comunitarie ovvero gli orientamenti, le comunicazioni e le decisioni adottate dalla Commissione possono rappresentare un valido ausilio.

Qualora il giudice interno ritenga che la misura esaminata costituisca un aiuto, se risulta che lo Stato ha violato l'obbligo di previa notifica e sospensione, egli può adottare tutte le misure consentite dal proprio ordinamento per la salvaguardia della posizione del privato istante, sia sul piano della validità degli atti che costituiscono esecuzione della misura d'aiuto illegale, sia su quello del recupero degli aiuti medesimi e dei loro interessi⁹.

Come la Commissione, anche il giudice nazionale può disporre in via provvisoria la sospensione dell'erogazione dell'aiuto o il suo recupero¹⁰, ma le condizioni di esercizio della tutela cautelare da parte dei giudici interni parrebbero essere

diverse rispetto a quelle stabilite dal Reg. 659/99/CE¹¹.

Osserviamo ancora che la violazione dell'obbligo di preventiva notifica e di *stand still* può far sorgere la responsabilità dello Stato¹² e che il giudice nazionale può conoscere (a differenza della Commissione) delle domande di risarcimento dei danni causati dall'illegittima concessione dell'aiuto¹³. Inoltre, se l'ordinamento interno lo consente, anche l'operatore economico che abbia accettato il sostegno illegittimo può essere chiamato a risponderne civilmente di fronte alle giurisdizioni nazionali¹⁴.

1. *Gli strumenti di cooperazione con la Commissione europea.* – Nell'esercizio di queste competenze i giudici nazionali sono chiamati a effettuare valutazioni complesse e possono avere bisogno del sostegno tecnico della Commissione che, dal suo canto, è tenuta a fornire loro la propria assistenza in forza dell'obbligo di leale collaborazione¹⁵.

Il sostegno della Commissione ai giudici nazionali può assumere due diverse forme: la trasmissione di informazioni pertinenti in suo possesso e l'adozione di pareri sull'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato¹⁶.

I giudici nazionali possono rivolgersi alla Commissione per sapere se un regime d'aiuto sia stato debitamente notificato, se essa abbia avviato un procedimento di indagine formale ovvero se essa abbia già adottato una decisione nel merito. La richiesta di informazioni può avere ad og-

⁶ Reg. 659/1999/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del trattato CE, in G.U.C.E. L 83, 27 marzo 1999, p. 1.

⁷ Reg. 994/98/CE del Consiglio, 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, in G.U.C.E. L 142, 14 maggio 1998, p. 1.

⁸ V. Comunicazione del 2009, punti 8-12. V. anche C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, in *Racc.* 2006, p. I-9957, punto 36-38.

⁹ V. C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, in *Racc.* 2008, p. I-469, punti 41 e 51. C. giust. UE, 21 ottobre 2003, C-261/01 e C-261/01, *van Calster e al.*, in *Racc.* 2006, p. I-12249, punto 75.

¹⁰ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 46. C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 52.

¹¹ V. art. 11, § 1 e 2, Reg. 659/1999/CE.

¹² V. C. giust. CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich*, in *Racc.* 1991, p. I-5357; C. giust. CE, 5 marzo 1996.

¹³ V. C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 53. C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 56. V. Comunicazione del 2009, punto 45.

¹⁴ V. C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 75. V. Comunicazione del 2009, punto 43.

¹⁵ V. C. giust. UE, 26 novembre 2002, C-275/00, *First e Franex*, in *Racc.* 2002, p. I-10943, punto 42.

¹⁶ V. Comunicazione del 2009, punto 79. V. Comunicazione del 1995, punto 28.

getto anche dati fattuali, statistiche, studi di mercato e analisi economiche.

La Commissione provvede senza indugio entro un mese dalla data della richieste, anche se, quando sono necessari dei chiarimenti ovvero si debba consultare dei terzi, il termine decorre dal ricevimento dei chiarimenti del giudice *a quo* o dalla consultazione del terzo.

Nella trasmissione delle informazioni in suo possesso la Commissione è vincolata al rispetto del segreto d'ufficio (art. 339 TFUE) e all'obbligo di salvaguardare il funzionamento, l'indipendenza e gli interessi della Comunità¹⁷.

Cionondimeno, similmente a quanto accade nel settore della concorrenza, la Commissione può trasmettere al giudice interno documenti contenenti informazioni riservate e segreti commerciali adottando le precauzioni necessarie affinché non venga leso il diritto delle imprese interessate alla tutela delle dette informazioni.

Siffatte precauzioni possono consistere nella segnalazione di documenti o di brani di documenti contenenti informazioni riservate o segreti commerciali. Spetterà poi al giudice nazionale tutelare la natura riservata o di segreto commerciale di tali informazioni¹⁸.

I giudici nazionali hanno anche la possibilità di chiedere alla Commissione un suo parere su questioni relative all'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato. Detti pareri non vincolanti possono comprendere tutte le questioni economiche, fattuali e giuridiche, che possono sorgere nel contesto dei procedimenti nazionali¹⁹.

Così, ad esempio, i giudici interni hanno la facoltà di chiedere alla Commissione se una determinata misura costituisca un aiuto di Stato oppure quali siano i requisiti giuridici fissati dall'ordinamento comunitario per le domande di risarcimento

danni e in che modo essi devono essere calcolati. Viceversa, la Commissione non può essere chiamata ad esprimersi in via incidentale e tramite parere sulla compatibilità dell'aiuto col mercato interno.

Inoltre, i giudici interni possono chiedere alla Commissione un parere in merito alla sussistenza di circostanze eccezionali tali da impedire al giudice nazionale di ordinare il recupero di un aiuto illegittimo²⁰. Questa ipotesi suscita qualche dubbio in quanto sembra implicare una questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea da sottoporre, piuttosto, alla Corte di giustizia in via pregiudiziale. Ricordiamo, infatti, che i giudici interni hanno sempre la facoltà, e in alcuni casi l'obbligo²¹, di invocare l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Gli strumenti di cooperazione che la Commissione offre ai giudici nazionali nel settore degli aiuti di Stato sono ispirati a quelli previsti in via regolamentare nel settore della concorrenza²², con alcune rilevanti differenze legate al diverso ruolo che i giudici interni sono chiamati a svolgere nell'applicazione della normativa *antitrust*.

In particolare, qui la Commissione non ha il potere di intervenire nel procedimento pendente come *amicus curiae* senza la sollecitazione del giudice interno. Ciò in quanto, considerata la competenza esclusiva nella valutazione della compatibilità dell'aiuto, la Commissione non ha l'esigenza di affermare la sua funzione di guida.

II. L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E L'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE DA PARTE DEI GIUDICI NAZIONALI

Le fattispecie nelle quali i giudici nazionali sono chiamati ad applicare la nor-

¹⁷ V. C. giust. UE, 26 novembre 2002, *First e Franex*, cit., punto 49.

¹⁸ Trib. UE, 18 settembre 1996, causa T-353/94, *Postbank*, in *Racc.* 1996, p. II-0921 ss., punto 90. V. Comunicazione del 2009, punto 85 ss.

¹⁹ V. Comunicazione del 2009, punto 90 ss. V. C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 71.

²⁰ V. Comunicazione del 2009, punto 91, lett.

d). V. pure C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 42.

²¹ C. giust. UE, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.* 1987, p. 4199, punto 15.

²² V. Reg. 1/2003/CE del Consiglio, 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1, art. 15.

mativa comunitaria in materia di aiuti di Stato sono diverse.

Accanto alle azioni intentate dagli Stati membri per il recupero di un aiuto illegittimo, vi sono quelle intraprese dai terzi lesi contro i beneficiari dell'aiuto, ovvero contro lo stesso Stato membro, per ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti a seguito della concessione dell'aiuto, la sospensione della sua erogazione e il suo recupero. A queste si aggiungano le azioni promosse dai consociati contribuenti contro le imposizioni fiscali discriminatorie o destinate a sostenere un regime d'aiuto illegittimo, e le dispute tra pubbliche amministrazioni sulla legittimità di una misura d'aiuto²³.

Nel corso del decennio passato il ricorso agli strumenti di tutela offerti dalle giurisdizioni nazionali è progressivamente aumentato: i procedimenti interni in materia di aiuti di Stato sono passati da 116 nel 1999 a 357 nel 2006, secondo una *trend* di crescita che è proseguito negli anni successivi²⁴. Italia, Francia e Germania registrano il maggior numero di casi, seguite da Olanda, Spagna, Svezia e Austria²⁵. Il contenzioso è più limitato nei paesi di nuova adesione, probabilmente in ragione della ancora scarsa esperienza dei giudici interni e degli avvocati²⁶.

Nell'ambito dei procedimenti interni in materia di aiuti di Stato, la facoltà di chiedere informazioni e pareri alla Commissione è poco esercitata²⁷.

Ricordiamo che la Commissione ha offerto ai giudici interni la possibilità di invocare il suo aiuto già a partire dal 1995²⁸, ma questa possibilità non è stata utilizzata regolarmente²⁹.

Eppure, nei pochi casi in cui i giudici interni hanno invocato l'assistenza della Commissione, la collaborazione ha dato esiti positivi.

Sotto la vigenza della Comunicazione del 1995, in una controversia del 1998 di fronte all'*High Court of Justice* del Nord-Irlanda, avente ad oggetto la compatibilità con la normativa europea in materia di aiuti di Stato di un finanziamento concesso per la realizzazione di un ampio piano di risanamento urbano, la Commissione ha fornito alla Corte alcuni chiarimenti in merito alla nozione di aiuto e alle condizioni della sua incidenza sugli scambi al livello del mercato interno in casi simili, consentendo alla stessa di stabilire che nella fattispecie al suo esame non era stato attribuito alcun indebito vantaggio (ossia un vantaggio tale da determinare una distorsione della concorrenza) al beneficiario della misura contestata³⁰.

In un altro caso di fronte il *Raad van State* olandese, la procedura di consultazione della Commissione, chiamata nel luglio del 2007 a pronunciarsi su otto distinte questioni, si è conclusa in quattro mesi, consentendo al giudice interno di adottare una decisione definitiva nel giugno del 2008³¹.

Viceversa, la mancanza di dialogo tra Commissione e giudici interni ha dato luogo a decisioni criticabili³².

Nel 2008 il Tribunale di Sassari - Sezione distaccata di Alghero ha ritenuto di non dover ricorrere al sostegno della Commissione per decidere sull'istanza di sospensione cautelare dell'erogazione di alcune agevolazioni a favore di una compagnia aerea *low cost* da parte della società di gestione dell'aeroporto di Alghero, partecipata in via maggioritaria dalla Regione Sardegna.

Il giudice interno ha rigettato la domanda statuendo che la pendenza di un procedimento di indagine formale sulla misura contestata³³ non costituisce per se

²³ V. Study on the Enforcement of State aid Law at national level, march 2006, p. 33, punti 1.2.1-1.2.2.

²⁴ V. Studio del 2006, cit., punto 1.2.1 Vedi pure 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level. Final Report, october 2009, punto 2.

²⁵ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 2.

²⁶ *Idem*.

²⁷ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

²⁸ V. Comunicazione del 1995, cit., punto 9. V. pure Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

²⁹ V. Comunicazione del 2009, cit., punto 78.

³⁰ V. Studio del 2006, cit., parte I, United Kingdom, punto 2.6.1, lett. d).

³¹ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

³² *Idem*.

³³ V. State aid C-37/07, in G.U.U.E. C-12, 17 gennaio 2008, p. 7.

indice dell'illegittimità della misura, che è il necessario presupposto per la concessione della tutela cautelare³⁴. L'indagine della Commissione è tutt'ora aperta ed è stata recentemente estesa ad altre misure di sostegno a favore della stessa compagnia aerea e di altre compagnie operanti nello scalo di Alghero³⁵.

La Comunicazione del 2009 ha inteso porre rimedio allo scarso utilizzo delle modalità di assistenza offerte con la Comunicazione del 1995 e istituire una più stretta collaborazione tra la Commissione e i giudici interni, offrendo un quadro più chiaro del ruolo e dei poteri dei giudici interni in materia di aiuti di Stato e fornendo loro dei meccanismi più pratici e semplici³⁶.

Anche dopo l'adozione della Comunicazione del 2009 non sono mancati casi caratterizzati da un fruttuoso dialogo tra Commissione e giudici interni.

Una richiesta di informazioni sollevata dal Tribunale di Cuneo il 21 febbraio 2011 ha richiamato l'attenzione della Commissione su una serie di leggi italiane emanate negli anni 2002-2003 e 2007 che introducono una forma di una riduzione del 90% delle imposte nonché dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi obbligatori a sostegno di alcune regioni italiane colpite da calamità naturali nei primi anni '90.

Il 6 luglio 2012 la Commissione ha ricevuto una richiesta di informazioni dal Tribunale di Vercelli avente ad oggetto le stesse misure d'aiuto.

Così sollecitata, dopo aver registrato il caso come indagine d'ufficio con il riferimento SA. 33083, il 17 ottobre 2012 la Commissione ha avviato contro l'Italia un procedimento di indagine formale ai sensi dell'art. 108, § 2, TFUE³⁷.

A discapito degli suoi intenti dichiarati, la Comunicazione del 2009 ha susci-

tato dei dubbi sull'efficacia degli strumenti in essa previsti. Criticato è in particolare il loro perdurante mancato inserimento all'interno di un testo normativo regolamentare (com'è avvenuto nel contesto *antitrust*)³⁸.

Nel dicembre del 2012, la Commissione ha risposto a queste critiche con la proposta di modifica del Reg. 659/1999/CE³⁹.

Il Regolamento emendato sancisce il diritto dei giudici nazionali a ottenere dalla Commissione informazioni ai fini dell'applicazione dell'art. 107, § 1, e dell'art. 108 TFUE e a sollecitare un parere della Commissione su questioni relative all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato⁴⁰.

Inoltre, la proposta introduce il diritto della Commissione di presentare osservazioni ai giudici nazionali in forma scritta o orale⁴¹. La Commissione potrà agire solo in casi di interesse pubblico dell'Unione a titolo di *amicus curiae*. I giudici nazionali non saranno vincolati al parere della Commissione e non sarà pregiudicato il loro diritto o il loro obbligo di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale.

III. PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT DELLE REGOLE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Anche in Italia il *private enforcement* registra, in linea con quanto avviene negli altri Paesi, dinamiche simili.

Come lo stesso studio del 2006 riconosce⁴², il *private enforcement* delle regole sugli aiuti di Stato al livello degli Stati membri è ancora nelle sue fasi iniziali e ciò non è dovuto a inefficienze intrinseche del sistema giudiziario, ma alle regole proprie del medesimo ed alla loro relazione con le pertinenti regole europee, ol-

³⁴ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

³⁵ V. Comunicato stampa della Commissione Europea del 27 luglio 2012, ref. IP/12/698.

³⁶ Comunicazione del 2009, cit., punto 78.

³⁷ V. State aid SA.33083 (2012/C), in G.U.U.E. C. 381, 11 dicembre 2012, p. 32.

³⁸ V. le Osservazioni delle autorità italiane sulla bozza di Comunicazione della Commissione Europea relativa alla applicazione della norma-

tiva in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali del 13 novembre 2008, p. 9.

³⁹ V. Proposta di Regolamento del Consiglio che modifica il Reg. (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato, COM(2012)275 final.

⁴⁰ *Idem*, art. 23-bis, § 1.

⁴¹ *Idem*, art. 23-bis, § 2.

⁴² V. Studio del 2006, cit., punto 1.2.2, p. 34.

tre che alla mancanza di regole nazionali procedurali uniformi circa la concessione degli aiuti di Stato.

Al riguardo, può essere utile rammentare che la cooperazione fra giudici nazionali e Commissione europea può avere effetti e conseguenze diverse a seconda dello specifico ambito in cui essa si applica.

Come abbiamo visto, i casi di cooperazione si possono raggruppare in due macro categorie.

Da un lato, vi sono le richieste di informazioni, che attengono a dati di fatto conosciuti dalla Commissione europea, che la stessa può rendere noti al giudice, eliminando, quindi, eventuali elementi di incertezza che inficerebbero le valutazioni del giudice stesso.

D'altro lato, invece, i giudici nazionali possono inviare alla Commissione europea le richieste di pareri, i quali, pur naturalmente fondati su elementi di fatto, implicano un esercizio di discrezionalità della Commissione europea e un *assessment* che, in linea di massima, non attiene alla compatibilità della misura.

Oggetto del parere, dunque, sembrano essere, in sostanza, chiarimenti economici o giuridici⁴³, che, tuttavia, non hanno carattere vincolante per il giudice, a differenza di quanto avviene con la interpretazione del diritto europeo da parte del giudice europeo, nei casi di rinvio pregiudiziale.

Pertanto, il parere che il giudice nazionale può chiedere alla Commissione europea sembrerebbe attenersi alla sussistenza di uno degli elementi costitutivi dell'aiuto di Stato, fra i quali si rammentano, solo a titolo esemplificativo e in nessun modo esaustivo, la natura selettiva della misura, l'esistenza di un vantaggio economico per i beneficiari e la imputabilità della decisione di concedere l'aiuto ad un soggetto pubblico che rientra nella nozione di Stato di cui all'articolo 107 TFUE.

Accanto agli strumenti di *private enforcement* sopra delineati, v'è il potere della Commissione di emanare i regolamenti di esenzione per categoria.

L'esercizio di tale facoltà da parte della Commissione europea, rendendo chiari i casi nei quali non è necessaria una notifica individuale e la sospensione dell'aiuto, facilita l'azione dei giudici nazionali nell'applicazione dell'articolo 108, § 3, TFUE.

D'altra parte, per la natura stessa delle norme di esenzione dalla notifica, che sono costruite come norme di compatibilità *ex ante* delle misure di aiuto, la richiesta di parere da parte dei giudici nazionali alla Commissione europea circa il rispetto delle norme dei regolamenti di esenzione assume anche il valore di un *assessment* di compatibilità, ancorché non espresso secondo le forme canoniche che le norme di procedura impongono.

In tal modo, sebbene l'oggetto delle controversie nazionali non può in nessun caso essere quello della valutazione di compatibilità delle misure, quando i giudizi medesimi riguardino norme di esenzione dalla notifica, tale profilo sostanziale emerge, ancorché indirettamente.

Un caso del tutto particolare, poi, è costituito dal regolamento *de minimis*, la cui applicazione potrebbe necessitare di chiarimenti, specie per quanto concerne le modalità di calcolo del cumulo o il suo campo di applicazione⁴⁴.

In tali casi, quindi, il *private enforcement* tende a convergere con il *public enforcement*, che attiene in maniera caratteristica ai poteri mediante i quali la Commissione europea contrasta le violazioni da parte degli Stati membri, fra cui rientrano quelli di verifica del rispetto delle norme regolamentari di esenzione dalla notifica e, conseguentemente, l'avvio di eventuali indagini per applicazione abusiva delle norme di esenzione. Sotto questo specifico profilo, occorre tener

⁴² V. Comunicazione del 2009, cit., punto 93.

⁴⁴ Un esempio tipico dei problemi inerenti al campo di applicazione del *de minimis* è quello delle imprese attive nel settore del trasporto su strada per conto terzi (per le quali il massimale è di 100.000 euro per impresa, su tre anni) e delle imprese che effettuano il trasporto in conto pro-

prio (alle quali si applica il massimale ordinario di 200.000 euro). In alcuni casi, infatti, talune imprese di trasporto svolgono entrambi i tipi di attività e si pone il problema di quali criteri applicare per distinguere, in capo alla medesima impresa, il *de minimis* ascrivibile all'una o all'altra attività.

presente che, nel caso italiano, i volumi di spesa per aiuti, pur se esigui, hanno una distribuzione percentuale che denota una preferenza per la concessione di aiuti in applicazione delle norme di esenzione dalla notifica, anche in ragione della alta percentuale di aiuti di carattere orizzontale che l'Italia concede (94%)⁴⁵.

La recente normativa nazionale⁴⁶ estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, § 3, TFUE e a quelli adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del Reg. 659/1999/CE, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso.

Viene dunque introdotto, nel contesto del *private enforcement*, un principio di concentrazione (la giurisdizione esclusiva) idoneo a favorire una sempre maggiore omogeneità nella formazione della giurisprudenza pertinente, così come un naturale progressivo approfondimento della conoscenza delle prassi e degli orientamenti europei, la cui diffusione riguarda una platea di giudici numericamente più ridotta di quanto non sia avvenuto fino ad oggi.

Inoltre, la l. 234/2012 prevede ulteriori strumenti di implementazione dell'*enforcement*, che rientrano nella piena disponibilità dei giudici nazionali, fra cui, ad esempio, la elevazione a norma di sistema⁴⁷ del c.d. principio Deggendorf, in base al quale nessuna impresa può beneficiare di aiuti di Stato se rientra tra quelle imprese che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del Reg. 659/1999/CE.

La legge citata prevede, poi, degli obblighi di carattere procedurale, come, ad esempio, quello in base al quale le amministrazioni che notificano progetti di aiuto

ai sensi dell'articolo 108, § 3, TFUE, devono trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche europee - una scheda sintetica della misura notificata. Tale nuovo obbligo consentirà ai giudici nazionali di chiedere informazioni agli organi dello Stato, oltre che alla Commissione europea, rafforzando così l'*enforcement*.

Le norme sugli aiuti di Stato contenute nella legge 234/2012 rappresentano, dunque, un ulteriore rafforzamento della convergenza tra *public* e *private enforcement*, e una facilitazione della cooperazione tra giudici nazionali e Commissione europea.

De iure condendo, poi, il *private enforcement* potrebbe trovare un sostegno aggiuntivo in una integrazione delle norme della citata l. 234/2012, qualora si prevedessero strumenti nazionali di diretta consultazione da parte dei giudici nazionali.

In via del tutto esemplificativa, una possibile integrazione potrebbe essere quella dell'adozione obbligatoria di un registro nazionale *de minimis*, che contenga informazioni complete ed esaustive su tutti i *de minimis* concessi da qualunque autorità dello Stato⁴⁸.

VALERIO VECCHIETTI - MATTEO LIBERATI

Bibliografia

ADOTTI, «Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.3 del Trattato Ce in materia di aiuti di Stato alle imprese, con riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia», in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, IV, p. 721 ss.; ADRIAANSE, «Public and Private Enforcement of EU State Aid Law», in *The European Union after Lisbon Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, (a cura di) BLANKE - MANGIAMELI, Berlin, 2012; BRAUN - KÜHLING, «Article 87 EC and the Community Courts: From Revolution to Evolution», in *Common Market Law Review*, 2008, p. 465 ss.; CERASO, «Aiuti di Stato: sulla possibilità di un singolo di chiedere la restituzione di una tassa se questa co-

⁴⁵ Vedi le tabelle allegate allo *Scoreboard* aiuti di Stato del 2012.

⁴⁶ L. 24 dicembre 2012, n. 234.

⁴⁷ V. art. 46, l. 234/2012.

⁴⁸ Nel corso dei dibattiti fra Stati membri e Commissione europea, è sembrata emergere, a volte, la intenzione di quest'ultima, peraltro ad oggi mai formalizzata per iscritto, di rendere obbligatorio un registro nazionale *de minimis*.

stituisce parte integrante di una misura di aiuto erogato in violazione dell'art. 88, n. 3, ultima frase, TCE», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, III-IV, p. 981 ss.; DERENNE - KACZMAREK, «La récupération des aides illégales: le rôle du juge national dans le "private enforcement" du droit des aides d'Etat», in *ERA Forum*, 2009, p. 251 ss.; GUZZI, «La tutela dei terzi nella procedura per il controllo degli aiuti di Stato nel regolamento n. 659/1999/Ce», in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, IV, p. 795 ss.; KLEINER, «Reforming State Aid Policy to best Contribute to the Lisbon Strategy for Growth and Jobs», in *Competition Policy Newsletter*, 2005, II, p. 29 ss.; RUSSO, «Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, I, p. 225 ss.; SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public*

e private enforcement, Torino, 2011; SIMONSSON, «On the emerging obligation for Member State authorities to Supervise and Enforce EC State Aid law, and the Resulting Need to consider Decentralization», in *Swedish Studies in European Law*, 2006, p. 233 ss.; STRUYS - ABBOTT, «The Role of National Courts in State Aid Litigation», in *European Law Review*, 2003, p. 172 ss.; TAYLOR - SOLTÉSZ - ANESTIS - NAVARRO, «Recent Developments in the Application of State Aid Rules», in *European Competition Journal*, II, 2010, p. 491 ss.; TERRASI, «Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, V, p. 1081 ss.; TUFANO, «La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement», in *Dir. Un. eur.*, 2010, II, p. 381 ss.; WINTER, «The rights of complainants in state aid cases: judicial review of the Commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC», in *Common Market Law Review*, III, 1999, p. 521 ss.