

# 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 capitali<sup>1</sup>.

### 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-

<sup>1</sup> 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»<sup>2</sup>.

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»<sup>3</sup>. 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 pregiudicato<sup>4</sup>.

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»<sup>5</sup>. 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-

<sup>2</sup> 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*.

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

<sup>4</sup> 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*.

<sup>5</sup> 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 sottratta<sup>6</sup>.

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»<sup>7</sup>.

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»<sup>8</sup>.

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 membri<sup>9</sup>. 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 intracomunitari<sup>10</sup>, 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 Trattato<sup>11</sup>.

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 applicabile<sup>12</sup>.

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

<sup>6</sup> 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*.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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*.

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

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

<sup>11</sup> 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*.

<sup>12</sup> 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 concentrazioni<sup>13</sup>. 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 concentrazioni<sup>14</sup> – 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 TFUE<sup>15</sup>.

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*<sup>16</sup>, 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

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

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

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 concordata<sup>17</sup>.

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 concorrenza<sup>18</sup>; sia che detta impresa attuasse tali comportamenti restrittivi per il tramite di filiali stabilite all'interno della Comunità<sup>19</sup>; 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 Comunità<sup>20</sup>.

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 terzi<sup>21</sup>.

#### 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 concorrenza<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> C. giust. CE, 27 dicembre 1988, cause riunite 89, 104, 116-117 e 125-29/85, *A. Alstrom 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.

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

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

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

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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].»

<sup>23</sup> 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*.

<sup>24</sup> 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 concentrazioni<sup>23</sup>.

#### 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 membri<sup>24</sup>.

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 europeo<sup>25</sup>.

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 trattamento<sup>26</sup>. 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.

<sup>25</sup> 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*.

<sup>26</sup> 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]»<sup>27</sup> 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 motivo<sup>28</sup>.

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 espressa<sup>29</sup>.

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»<sup>30</sup>.

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 appresso<sup>31</sup>:

*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 accordo<sup>32</sup>.

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-

<sup>27</sup> Cfr. punto. 3 della Comunicazione.

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

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

<sup>30</sup> Cfr. punti 18 ss. della Comunicazione.

<sup>31</sup> Cfr. punti 52 ss. della Comunicazione.

<sup>32</sup> 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 dominate<sup>33</sup>.

## 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 osservato<sup>34</sup> 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 rilevante<sup>5</sup>, mentre essa non puntualizzi il grado di dettaglio con il quale occorre effettuare tale determinazione del mercato.

<sup>33</sup> Cfr. punti 73 ss. della Comunicazione

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

<sup>35</sup> 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 risolutivo<sup>36</sup>. 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 esame<sup>37</sup>. 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 necessario<sup>38</sup>.

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-

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Cfr. punti 10 e 12 della comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante.

<sup>38</sup> Concl. Kokott del 13 dicembre 2012, cit., punto 60.

vano con le proprie pratiche un oggetto anticoncorrenziale<sup>39</sup>. Allo stesso modo, alcune sentenze dei giudici dell'Unione, non richiedono la sussistenza di elementi concreti indicativi della significatività della restrizione della concorrenza ladove risultava che un accordo fra imprese aveva un oggetto anticoncorrenziale<sup>40</sup>.

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 risultati acclarato 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 interno<sup>41</sup>.

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»<sup>42</sup>.

## 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 una ad 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 Trattato<sup>43</sup>.

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

<sup>39</sup> 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*.

<sup>40</sup> 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*.

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

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

<sup>43</sup> 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 impresa<sup>44</sup>.

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 azionate<sup>45</sup>.

Il Decreto Legge n. 1/2012<sup>46</sup> ha, però, modificato il predetto art. 33, comma 2,

prevedendo che le violazioni della disciplina sulla concorrenza possano essere fatta 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*.

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

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

<sup>46</sup> 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*.