

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 statale 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 statale 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 Bedrijfspensioenfonds voor 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 perchè 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 Régions 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 Almelo 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.