

# 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»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 divieti<sup>2</sup>.

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»<sup>3</sup>. 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

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *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»<sup>4</sup>, 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.

<sup>4</sup> *Ibidem*, punto 5.

<sup>5</sup> 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)<sup>5</sup>. 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».

<sup>6</sup> 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 TFUE<sup>6</sup>. 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 TFUE<sup>7</sup>.

Tale norma presenta rilevanti profili di illegittimità, nell'opinione di chi scrive, in quanto in violazione del principio di proporzionalità<sup>8</sup>.

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 TFUE<sup>9</sup>.

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*<sup>10</sup>. 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».

<sup>7</sup> C. giust. CE, 13 luglio 1966, *Repubblica italiana contro Consiglio della Comunità economica*

*europea e Commissione*, causa 32-65, in *Racc.* p. 296.

<sup>8</sup> Ci permettiamo di rinviare al nostro, *Diritto europeo antitrust*, Cedam, 2007, p. 199.

<sup>9</sup> 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».

<sup>10</sup> 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»<sup>11</sup>.

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. 1/2003<sup>12</sup>. Nei rapporti tra diritto *antitrust* UE e tali normative si applica quindi il

contro Commissione, causa 6-72, in *Racc.* 1973, p. 215.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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».