

**INCOMPATIBILITÀ TRA NORMATIVA INTERNA E
DISCIPLINA ANTITRUST COMUNITARIA: GLI INCERTI EQUILIBRISMI
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *CIF*.**

Gianluca Faella*

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE; sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01; Pres. RODRÌGUEZ IGLESIAS, Avv. gen. JACOBS (concl. parz. conf.); Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità garante concorrenza e mercato.

1.- Con una pronunzia atta ad avere un impatto dirompente sull'assetto regolatorio di diversi settori economici, nei quali l'intervento del legislatore tradisce una scarsa sensibilità per la funzionalità e l'efficienza del mercato, la Corte di giustizia riconosce alle autorità antitrust nazionali il potere-dovere di disapplicare la normativa interna che imponga o favorisca l'adozione di comportamenti contrari alla disciplina antitrust comunitaria, accertando l'infrazione ed inibendone la continuazione¹.

La sentenza in epigrafe rettifica e sviluppa l'orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria, secondo il quale – posto che le norme antitrust riguardano solo le condotte assunte dalle imprese di propria iniziativa – l'esistenza di una normativa interna anticoncorrenziale esclude l'applicazione degli art. 81 ed 82 del Trattato ove il disposto legislativo non lasci al soggetto alcun margine di autonomia, imponendo un comportamento restrittivo, o creando un contesto

* Avvocato. Dottorando di ricerca in “Diritto ed Economia” presso la LUISS Guido Carli. LLM in *Competition Law and Economics* presso l'Erasmus Universiteit di Rotterdam. E-mail: gfaella@luiss.it.

¹ In dottrina, per un primo commento alla pronunzia della Corte di giustizia, v. C. RIZZA, *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence (Case C-198/01 CIF)*, in *E.C.L.R.*, 2004, 126, nonché, ancora, C. RIZZA, *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defence*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 6; B. NASCIBENE-S. BASTIANON, *La Corte di Giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Corriere giur.*, 2003, 1421; S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 1129; M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, *ibid.*, 1135; G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, *ibid.*, 1138; M. ANTONUCCI, *I poteri aggiunti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Cons. stato*, 2003, 1577; M. CASTELLANETA, *Ridefiniti anche i poteri sanzionatori del garante: dalla Corte di giustizia un monito per il futuro*, in *Guida al dir.*, 2003, 36, 115.

giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di concorrenza². Invero, alcuni anni or sono, nel caso *Ladbroke*, l'Avv. gen. Cosmas e la Commissione hanno sostenuto l'applicabilità delle norme antitrust alle condotte anticoncorrenziali imposte dalla legislazione interna, rilevando che, in forza del principio del primato del diritto comunitario e dell'effetto diretto degli art. 81 ed 82, le imprese sono tenute a non conformarsi alla normativa statale anticoncorrenziale. La Corte di giustizia, peraltro, ha disatteso le argomentazioni suggerite dall'Avvocato generale e dalla Commissione, ribadendo l'inapplicabilità degli art. 81 ed 82 ai comportamenti anticompetitivi imposti dalla normativa statale, a prescindere dalla sua incompatibilità con la disciplina antitrust comunitaria³.

A pochi anni dal caso *Ladbroke*, la corte torna sul tema e, brandendo la spada del primato del diritto comunitario, infrange lo scudo rappresentato dalla normativa interna anticoncorrenziale. I giudici di Lussemburgo ricordano, anzitutto, che, per giurisprudenza costante, gli articoli 81 ed 82, in combinato disposto con l'art. 10, obbligano gli stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese⁴. La corte sottolinea, poi, che il principio del primato del diritto comunitario

² Le norme antitrust, per contro, sono state ritenute applicabili là dove la normativa interna anticoncorrenziale lasciasse sussistere lo spazio per una concorrenza residua che potesse essere ristretta, ostacolata o falsata da condotte commerciali autonome. Sul punto: v. Corte giust. 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 P e 379/95 P, *Commissione Ce/Ladbroke Racing Ltd.*, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 782, nonché *Dir. comm. internaz.*, 1998, 567, con nota di C. NIZZO, *Responsabilità delle imprese per comportamenti anticoncorrenziali imposti dal legislatore nazionale*; 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferriere Nord/Commissione Ce*, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 828; 10 dicembre 1985, cause riunite 240/82 e altre, *Stichting Sigarettenindustrie/Commissione Ce*, *Racc.* 1985, 3831; 20 marzo 1985, causa 41/83, *Italia/Commissione Ce*, in *Foro it.*, 1986, IV, 4; 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e altre, *Suiker Unie e a./Commissione Ce*, *id.*, 1976, IV, 118, con nota di A. TIZZANO; Trib. I grado 30 marzo 2000, causa T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissione Ce*, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 953, nonché *Giornale dir. amm.*, 2000, 906, con nota di M. GNES, *Tariffe Professionali e Diritto Comunitario*; *Temi romana*, 2000, 406, con nota di M. ANTONUCCI, *La vicenda delle tariffe professionali*; *Dir. comm. internaz.*, 2001, 732, con nota di M. GIORELLO, *Autonomia decisionale delle imprese e responsabilità degli Stati membri per violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza: il caso spedizionieri doganali*; Trib. I grado 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia/Commissione Ce*, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce cit., n. 1035. Nella prassi decisionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), v., in particolare, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, provv. dell'Agcm 13 luglio 2000, n. 8491 (I318), *Boll.*, n. 28/2000; *Stream/Telepiù*, 14 giugno 2000, n. 8386 (A274), *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 235.

³ Corte giust. 11 novembre 1997, *Commissione Ce/Ladbroke Racing Ltd.*, cit.

⁴ Come noto, secondo la giurisprudenza comunitaria, lo stato membro viola il combinato disposto degli art. 10 ed 81 qualora imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81, rafforzi gli effetti di tali accordi, ovvero privi la propria normativa del suo carattere pubblico, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia

implica il dovere di tutti gli organi dello stato membro – e, quindi, non solo dei giudici, ma anche delle autorità amministrative – di disapplicare la normativa nazionale in contrasto col diritto comunitario, adottando, se del caso, tutti i provvedimenti necessari ad agevolarne la piena efficacia⁵. Tanto premesso, la sentenza in epigrafe conclude che l'autorità antitrust nazionale, cui sia stato affidato il compito di vigilare sul rispetto degli art. 81 ed 82, ha l'obbligo di disapplicare la normativa interna che imponga o favorisca una condotta contraria a tali disposizioni, pena un'inaccettabile affievolimento del loro effetto utile.

Sino a questo punto, il ragionamento della corte è difficilmente censurabile: l'affermazione del potere-dovere delle autorità antitrust nazionali di disapplicare la normativa interna che pregiudichi l'effetto utile degli art. 81 ed 82 rappresenta uno sviluppo coerente di alcuni principi e valori cardine dell'ordinamento comunitario, quali il dovere di leale cooperazione, che grava su tutti gli organi degli stati membri, ed il primato del diritto comunitario. Non solo: interpretando estensivamente la sentenza in epigrafe, non pare azzardato ritenere che, sebbene la corte non lo dica espressamente, il potere di accertare ed inibire l'infrazione, mercé la disapplicazione della normativa interna anticoncorrenziale, spetti, altresì, alla Commissione, in quanto istituzione deputata, in via primaria, ad assicurare il rispetto e l'*effet utile* degli art. 81 ed 82. Del resto, sarebbe assurdo attribuire agli organi antitrust nazionali poteri d'intervento più ampi di quelli riconosciuti all'esecutivo comunitario, trattando casi simili in modo diverso, a seconda dell'istituzione che in concreto se ne occupi, all'interno della rete di pubbliche autorità introdotta dal Reg. CE n. 1/2003⁶.

2.- I giudici di Lussemburgo analizzano, quindi, la questione della responsabilità delle imprese che abbiano adottato comportamenti anticompetitivi necessitati, sollecitati o favoriti da misure normative degli stati membri. In ossequio al principio comunitario di certezza del diritto, la corte ritiene che, anteriormente alla decisione

economica: sul punto, v., da ultimo, Corte giust. 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, in *Foro it.*, 2002, IV, 188.

⁵ Cfr., in particolare, Corte giust. 22 giugno 1989, causa C-103/88, *F.lli Costanzo/Comune di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129.

⁶ In senso contrario, peraltro, v. C. RIZZA, *op. cit.*, per il quale, di fronte allo scudo rappresentato dalla normativa nazionale, la Commissione avrebbe esclusivamente il potere d'instaurare una procedura d'infrazione, ex art. 226.

di disapplicazione, i comportamenti imposti da disposizioni legislative nazionali non siano imputabili alle imprese, che restano immuni da qualsiasi conseguenza della violazione delle norme antitrust comunitarie, sia sul piano sanzionatorio, sia nei confronti di eventuali azioni di terzi. Per converso, dal momento in cui la decisione di disapplicazione sia divenuta definitiva, essa s'impone alle imprese, che non possono più asserire d'essere costrette a violare le norme antitrust e, quindi, sono passibili di sanzioni pecuniarie. Infine, la corte, in linea col suo orientamento consolidato, conferma la punibilità delle condotte pregresse che siano state semplicemente facilitate o incoraggiate dalla legislazione di uno stato membro, pur sottolineando la necessità di tener conto dell'attenuante costituita dal contesto giuridico nel quale le imprese hanno agito, ai fini della determinazione dell'ammenda.

Rispetto all'insegnamento tradizionale della giurisprudenza comunitaria, quindi, la sentenza in esame ridefinisce i limiti dell'eccezione fondata sul comportamento dello stato (c.d. *state action defence*), riconoscendo alle imprese la possibilità di avvalersene esclusivamente per le condotte anticoncorrenziali imposte dalla normativa interna anteriormente alla decisione di disapplicazione. Si noti, altresì, che la corte adotta un lessico diverso da quello utilizzato in passato: mentre la giurisprudenza pregressa ha ritenuto le norme antitrust del Trattato non applicabili alle condotte anticompetitive imposte da misure statali, escludendo in radice la configurabilità di un'infrazione, la sentenza in epigrafe definisce l'esistenza di obblighi di legge una "causa giustificatrice che sottrae le imprese interessate a qualsiasi conseguenza della violazione degli articoli 81 ed 82 CE, sia nei confronti delle pubbliche autorità sia degli altri operatori economici". La differente terminologia utilizzata nella sentenza in esame solleva la questione se la copertura legale nazionale operi – per il periodo anteriore alla decisione di disapplicazione – quale esimente che previene la configurabilità di un'infrazione delle norme antitrust, ovvero quale mera causa di esclusione delle conseguenze negative dell'illecito. L'incerta configurabilità di una violazione delle regole antitrust priva di qualsivoglia ripercussione giuridica, peraltro, suggerisce di sciogliere sollecitamente il dubbio, propendendo per la prima tesi. Non solo: tra le conseguenze negative dell'illecito antitrust rientra, senz'altro, la nullità delle intese restrittive, la quale, ex art. 81.2, si

ricollega *ipso iure* alla violazione dell'art. 81.1. Il fatto che la corte escluda – senza eccezioni o *caveat* di sorta – qualsiasi conseguenza pregiudizievole per le imprese, sia sul piano sanzionatorio, sia nei confronti di eventuali azioni di terzi, induce a ritenere ch'essa abbia inteso negare la stessa configurabilità di un'infrazione delle norme antitrust comunitarie.

3.- Ritenuto che, secondo la corte, la normativa interna anticoncorrenziale operi, per il periodo antecedente la decisione di disapplicazione, come scriminante che previene l'accertamento dell'infrazione, non si può omettere di sottolineare alcuni lati oscuri del ragionamento del supremo giudice comunitario. L'impressione è che la corte, pur ammettendo – sulla scia di alcuni principî fondamentali dell'ordinamento europeo – la prevalenza delle norme antitrust comunitarie sulle disposizioni nazionali anticoncorrenziali, abbia timore di trarne tutte le dovute implicazioni e, tirato il sasso, ritragga la mano: invocando il fondamentale principio della certezza del diritto, essa sostiene che le imprese sono tenute a conformarsi alle norme antitrust comunitarie, disattendendo le disposizioni interne anticompetitive, solo dal momento in cui la decisione di disapplicazione sia divenuta definitiva nei loro confronti, mentre i comportamenti pregressi sono *antitrust immune*, in quanto imposti dalla legislazione nazionale.

La tranciante ricostruzione operata dalla Corte di giustizia, trincerandosi dietro l'esigenza – peraltro condivisibile – di tutelare la certezza del diritto, non convince. Posto che, per giurisprudenza costante, gli articoli 81 ed 82 sono norme produttive di effetti diretti e, come tali, s'impongono ai cittadini degli stati membri, creando diritti ed obblighi in capo ai privati, non è chiaro per quale motivo, in presenza di vincoli normativi tra loro incompatibili, l'uno di fonte statale, l'altro di matrice comunitaria, le imprese dovrebbero privilegiare il primo, contravvenendo alle previsioni del Trattato, che pur prevalgono su quelle nazionali. In altri termini, alla luce dell'effetto diretto degli art. 81 ed 82, il principio del primato del diritto comunitario avrebbe imposto di riconoscere che l'obbligo delle imprese di conformarsi al regime di libera concorrenza previsto dal Trattato, disattendendo la normativa interna anticompetitiva, sussiste indipendentemente dalla decisione di disapplicazione, la quale, per inciso, dovrebbe avere natura meramente dichiarativa.

Ma v'è di più. Se l'obiettivo della corte era salvaguardare la certezza del diritto, allora non sembra ch'esso sia stato pienamente raggiunto: la decisione di disapplicazione, infatti, non espunge la norma anticoncorrenziale dall'ordinamento, sicché le imprese restano soggette a prescrizioni confliggenti, col rischio di subire conseguenze pregiudizievoli, qualunque sia la scelta operata. Secondo la corte, la decisione di disapplicazione, una volta definitiva nei confronti delle imprese, sarebbe sufficiente a rimuovere quello stato d'incertezza che giustifica la possibilità di avvalersi della *state action defence* per il periodo anteriore. Il punto, peraltro, non è se detta decisione sia definitiva *vis-à-vis* le imprese, bensì se essa sia vincolante nei confronti degli altri organi amministrativi e giurisdizionali dello stato, sì da porre gli operatori economici al riparo da eventuali sanzioni o azioni di terzi, fondate sull'inosservanza della normativa interna anticoncorrenziale. Ebbene, nell'ordinamento italiano, è difficile sostenere che la decisione di disapplicazione adottata dall'Agcm, per quanto definitiva nei confronti delle imprese, possa imporsi agli altri organi amministrativi e giurisdizionali; analogamente, la sentenza del giudice civile – cui dovrebbe riconoscersi, per coerenza, il medesimo potere di disapplicare le norme statali incompatibili col diritto antitrust comunitario, ai fini della risoluzione di controversie tra privati – fa stato esclusivamente tra le parti, ex art. 2909 c.c.

In conclusione, i giudici di Lussemburgo cercano un difficile equilibrio tra l'esigenza di garantire il primato degli art. 81 ed 82 – salvaguardandone l'*effet utile* – e quella di assicurare alle imprese un livello accettabile di certezza del diritto. Tuttavia, nel tentativo di raggiungere un equo contemperamento dei diversi interessi e valori in gioco, la corte perviene ad una soluzione perlomeno incerta sul piano giuridico, da un lato, ed inidonea a garantire una piena certezza del diritto per le imprese, dall'altro. Tanto da far ritenere insoddisfacente la soluzione offerta e necessaria un'ulteriore elaborazione sul tema.

4.- Un'ultima annotazione. Al fine di garantire una forma di tutela alla buona fede di imprese che, in adempimento di obblighi di legge, abbiano violato l'art. 81 o 82 – esigenza da cui, beninteso, non può prescindere –, si potrebbe prospettare una soluzione interpretativa alternativa: in presenza di disposizioni interne

anticoncorrenziali, la cui incompatibilità col diritto antitrust comunitario non sia palese, l'incertezza del contesto giuridico di riferimento potrebbe rilevare non già sul piano dell'esistenza della violazione delle norme antitrust, bensì su quello dell'elemento soggettivo dell'infrazione⁷. La rilevanza di tale circostanza, com'è ovvio, dipende dai singoli ordinamenti nazionali: è appena il caso di ricordare che, in Italia, il condizionamento esercitato da obblighi di legge nazionale potrebbe incidere sulla gravità dell'infrazione e, quindi, sull'*an* e sul *quantum* della sanzione – ex art. 23 Reg. 1/2003, nel caso in cui ad agire fosse la Commissione, od art. 15 l. 287/90, ove il procedimento fosse condotto dall'Agcm –, nonché sulla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano, ai fini dell'eventuale condanna al risarcimento del danno. In tale ottica, ragioni di certezza del diritto imporrebbero di non irrogare alcuna ammenda e di escludere la responsabilità aquiliana delle imprese ogniqualvolta si constati che l'incompatibilità delle disposizioni nazionali con le norme antitrust comunitarie era men che evidente, ferma restando, in ogni caso, la nullità delle intese restrittive, con la conseguente operatività dei meccanismi restitutori di carattere civilistico.

Tale soluzione interpretativa – si conviene – non garantirebbe una protezione assoluta agli operatori economici e sarebbe penalizzante sul piano della certezza del diritto, addossando ai privati l'onere della risoluzione del conflitto tra le norme statali e quelle del Trattato; ma avrebbe il pregio d'essere – oltre che più coerente con alcuni principi fondamentali del sistema antimonopolistico europeo – maggiormente flessibile, consentendo di tener conto delle circostanze particolari del caso di specie, in luogo di riconoscere indistintamente l'immunità delle condotte anticoncorrenziali pregresse, anche laddove le imprese, pur consapevoli dell'incompatibilità delle disposizioni interne col diritto antitrust comunitario, se ne siano avvalse quale scudo o pretesto per restringere la concorrenza.

GIANLUCA FAELLA

⁷ In tal senso, cfr., oltre alle conclusioni dell'Avv. gen. Cosmas nel caso *Ladbroke*, M. GIORELLO, *op. cit.*