

**TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO**  
RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

---

QUADERNI

L'inserimento nei "Quaderni di Teoria del diritto e dello Stato" del presente volume è stato sottoposto alla valutazione, oltre che del direttore, di due revisori anonimi di cui uno tratto da un elenco di studiosi italiani e stranieri deliberato dal comitato di direzione e uno appartenente allo stesso comitato in funzione di revisore interno. Il volume è stato reso anonimo per la valutazione dei revisori.

# **TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO**

RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

**QUADERNI**

**6**

PAOLO GRASSI

**Il trasferimento dei poteri nella disciplina  
europea della concorrenza alla luce del  
Trattato di Lisbona**



*a Diana*

Copyright © MMXI  
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it  
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-4515-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2012

# INDICE—SOMMARIO

## CAPITOLO 1

### *La peculiarità del trasferimento dei poteri in materia di concorrenza nei Trattati comunitari originari*

- 1.1. Il trasferimento dei poteri statuali nell'ambito dell'attribuzione di competenze alle Comunità e alla luce del Trattato di Lisbona 11
- 1.2. La peculiarità del fenomeno nell'ambito delle politiche comunitarie 15
- 1.3. Retrocessione dei poteri agli Stati membri e nuove tendenze evolutive dell'ordinamento europeo sino al Trattato di Lisbona 20

## CAPITOLO 2

### *Il trasferimento di poteri in materia di concorrenza nell'ambito del Trattato C. E. C. A.*

- 2.1. Natura sovranazionale del Trattato C. E. C. A. e diversità di impostazione rispetto alla disciplina antitrust statunitense 23
- 2.2. Il trasferimento dei poteri dagli Stati all'Alta Autorità C. E. C. A. 28
  - 2.2.1. Generalità 28
  - 2.2.2. Il trasferimento di poteri in materia di disciplina delle intese restrittive della concorrenza 29
  - 2.2.3. Il trasferimento di poteri in materia di controllo delle concentrazioni 33
  - 2.2.4. La gradualità temporale del trasferimento dei poteri 39
- 2.3. La norma residuale del divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante, contenuta nell'art. 66 del Trattato C. E. C. A. e la sua influenza sull'impostazione della normativa di concorrenza del Trattato C. E. E. 41

## CAPITOLO 3

### *Il trasferimento dei poteri nell'ambito del Trattato C. E. E. nella fase applicativa iniziale*

- 3.1. Divergenze di struttura normativa e di trasferimento dei poteri tra Trattati C. E. C. A. e C. E. E. in materia di disciplina di concorrenza 43
- 3.2. Divergenze di condizioni di applicazione della disciplina di concorrenza in ambito C. E. E. e la condizione di applicabilità del pregiudizio al commercio tra Stati membri 47

## *Trasferimento dei poteri in materia di concorrenza*

- 3.3. L'applicazione giurisprudenziale della condizione del pregiudizio al commercio tra Stati membri alle intese all'interno di un singolo Stato membro e l'ampliamento del trasferimento dei poteri statuali alla Comunità 53
- 3.4. La necessità della natura sensibile delle restrizioni di concorrenza e l'estensione alla disciplina delle intese della nozione di mercato rilevante prevista per l'individuazione dei casi di sfruttamento abusivo di posizione dominante 57

### CAPITOLO 4

#### *La prima attuazione regolamentare degli originari articoli 85 e 86 del Trattato C. E. E.*

- 4.1. Il trasferimento dei poteri nella fase transitoria iniziale 63
- 4.2. L'emanazione del Regolamento C. E. E. 6 febbraio 1962, n. 17 67
- 4.3. Il problema dell'effetto retroattivo della nullità di diritto delle intese restrittive della concorrenza e del trasferimento dei poteri degli Stati alla Comunità 68
- 4.4. Il monopolio applicativo concesso alla Commissione C. E. in materia di repressione amministrativa e di esenzione delle intese 73
- 4.5. Poteri di indagini e di sanzione trasferiti alla Commissione C. E. E. 76
- 4.6. Il problema dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale della concorrenza alla luce del trasferimento dei poteri degli Stati alla Comunità: il caso *Walt Wilhelm* 78

### CAPITOLO 5

#### *L'esigenza di un ampliamento del trasferimento di poteri in materia di controllo delle concentrazioni in ambito C. E.*

- 5.1. Il tentativo di utilizzo della disciplina sul divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante per il controllo delle concentrazioni: il caso *Continental Can* 85
- 5.2. Il problema del fondamento giuridico dell'introduzione in ambito C. E. E. di una disciplina di controllo preventivo delle concentrazioni e i primi tentativi di soluzione regolamentare 87
- 5.3. Il tentativo di far ricorso alla disciplina di concorrenza delle intese per sottoporre le concentrazioni ad un controllo preventivo 93
- 5.4. Il Regolamento 21 dicembre 1989, n. 4064. in materia di controllo delle concentrazioni e il corrispondente ampliamento del trasferimento di poteri tra Stati e Comunità 97



CAPITOLO 6

*L'affermarsi della tendenza alla progressiva riduzione dei poteri e degli interventi della Commissione C. E. E. in materia di concorrenza*

- 6.1. L'ampliamento della nozione della natura sensibile della restrizione di concorrenza 101
- 6.2. La codificazione della nozione di mercato rilevante 105
- 6.3. L'autovalutazione della esentabilità delle intese restrittive di concorrenza tramite i Regolamenti di esenzione collettiva 106

CAPITOLO 7

*Il cammino verso il ritrasferimento dei poteri dalla Commissione europea verso gli Stati membri e l'attuazione della modernizzazione*

- 7.1. Il caso Pronuptia e il ritorno parziale alla Rule of reason 113
- 7.2. Il Libro Verde sulla riforma della disciplina delle intese verticali e l'emana-  
zione dei Regolamenti di esenzione collettiva di ultima generazione 116
- 7.3. Il Libro bianco sulla modernizzazione 127
- 7.4. L'emanazione del Regolamento C. E. 16 dicembre 2002, n. 1/2003 e l'attu-  
azione del ritrasferimento agli Stati membri dei poteri in materia di concor-  
renza 132
- 7.5. La riforma della disciplina sul controllo delle concentrazioni e il manteni-  
mento dello status quo dei poteri trasferiti dagli Stati alla Comunità 136

CAPITOLO 8

*Ritrasferimento dei poteri in materia di concorrenza agli Stati e pericoli di carenze di tutela del mercato alla luce del Trattato di Lisbona*

- 8.1. L'ambito del trasferimento dei poteri in materia di concorrenza antecedente  
al Trattato di Lisbona 147
- 8.2. Le prospettive e i nodi evolutivi della politica europea di concorrenza sulla  
base del Trattato di Lisbona 153



## **La peculiarità del trasferimento dei poteri in materia di concorrenza nei Trattati comunitari originari**

SOMMARIO: 1.1 L'originario trasferimento dei poteri statuali nell'ambito dell'attribuzione di competenze alle tre Comunità e alla luce del Trattato di Lisbona – 1.2 La peculiarità del fenomeno nell'ambito delle politiche comunitarie originarie – 1.3 Retrocessione dei poteri agli Stati membri e nuove tendenze evolutive dell'ordinamento europeo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

### *1.1. L'originario trasferimento dei poteri statuali nell'ambito dell'attribuzione di competenze alle tre Comunità e alla luce del Trattato di Lisbona*

L'esame del processo originario del trasferimento di poteri tra Stati e Unione Europea nell'ambito della politica di concorrenza che, come si vedrà, presenta aspetti di estrema peculiarità rispetto ad altre politiche comunitarie, richiede un preliminare inquadramento istituzionale del fenomeno del trasferimento dei poteri nel contesto delle previsioni dei Trattati comunitari antecedenti al Trattato di Lisbona <sup>(1)</sup>.

È noto, infatti, che l'originario rapporto tra Comunità e le sue Istituzioni, da un lato, e Stati membri dall'altro, non sia stato fondato su principi generali derivanti da testi costituzionali, come avviene negli Stati nazionali e in quelli federali, ma su di uno specifico principio di attribuzione di competenze derivante dai Trattati istitutivi sottoscritti dagli Stati Membri <sup>(2)</sup>, che trovava riscontro ne-

---

<sup>(1)</sup> Il Trattato di Lisbona è stato sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 modificando sia il Trattato sull'Unione Europea e sia il Trattato che istituisce la Comunità Europea e sostituendoli con il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e con il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Per la corrispondenza degli articoli dei vari trattati comunitari susseguitisi nel tempo e quelli contenuti nel Trattato di Lisbona V. oltre nota <sup>(10)</sup>.

<sup>(2)</sup> Su questo aspetto di diversità tra Stati, Stati federali e Comunità, in ordine al fondamento dei poteri e delle competenze di ciascun soggetto, V. MANGIAMELLI, *La competenza Europea, il suo esercizio e l'impatto sugli ordinamenti degli Stati Membri*, in Mangiameli (a cura di), *L'Ordinamento Europeo*, vol. II, *L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, pp. 2 e ss. ed, in particolare, p. 8.

gli artt. 5 del Trattato CE in vigore sino al Trattato di Lisbona (che imponeva alla Comunità di operare “*nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati*” dal Trattato) e 10 sempre del Trattato CE (che prevedeva un obbligo di astensione da parte degli Stati membri “*da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato*”.

Ulteriore conferma di tale impostazione era data dall’art. 7 del Trattato CE, che stabiliva che “*ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente Trattato*”.

Il Trattato di Lisbona non ha modificato tale impostazione, ma, come si vedrà, ne ha specificato più intensamente i contenuti, con la previsione in particolare di “chiusure” a possibili incrementi interpretativi striscianti, fortemente temute da molti Stati membri, con timori che si erano manifestati in particolare con la mancata ratifica da parte di taluni Stati del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, più comunemente conosciuto come Costituzione Europea e con l’accantonamento di tale Trattato <sup>(3)</sup>.

Il principio di attribuzione trova infatti più estesa definizione nel Trattato sull’Unione Europea (TFUE) L’art. 5 par. 2 del TUE infatti riprende il precedente testo dell’art. 5 del Trattato CE riaffermando il limite di azione dell’Unione alle competenze che le sono attribuite dai trattati dagli Stati, ma contiene una precisazione che può sembrare tautologica, ma che in realtà, proprio perché inesistente nel Trattato CE, assume un’importante rilevanza giuridica oltre che politica: “*qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.*”

La dottrina ha definito tale impostazione di trasferimento di competenze statuali nell’ambito di una attribuzione conferita da trattati internazionali, come espressione del c.d. principio del “*sin-golo mandato enumerativo*” <sup>(4)</sup>.

L’esistenza di una unicità di mandato derivante dai Trattati non presentava, però, già nell’epoca antecedente al Trattato di Lisbo-

---

<sup>(3)</sup> Il trattato che adotta una costituzione Europea era stato firmato a Roma, il 29 ottobre 2004 e non era mai entrato in vigore per la mancata ratifica da parte di tutti gli Stati firmatari e in particolare per le clamorose bocciature politiche derivanti dalla mancata approvazione nei referendum francese del 29 maggio 2005 e Olandese del successivo 1° giugno. La Repubblica Italiana aveva inutilmente ratificato il Trattato con la Legge 7 aprile 2005.

<sup>(4)</sup> Cfr. a riguardo, BEUTLER, *La Comunità e gli Stati Membri*, in Beutler, Bieber, Pipkorn, Weirer, *L’unione Europea, Istituzioni, Ordinamento e Politiche*, Bologna, 2001, pp. 81 e ss. ed, in particolare, p. 90 con riferimento alla dottrina tedesca ivi citata.

na, una monoliticità di attribuzione di competenze alla Comunità.

Infatti, in seno al c.d. mandato enumerativo potevano essere fatte varie distinzioni, ad esempio, tra competenze già in capo agli Stati membri e trasferite alla Comunità e competenze non ancora sviluppate in seno agli Stati membri ed esercitabili *ex novo* dalla Comunità, in base ad un Trattato comunitario, come, in particolare, tutte le competenze in materia di creazione e gestione della c.d. Tariffa doganale comune, riguardante l'import-export delle merci al di fuori della Comunità, o, comunque, non ancora esercitate da taluni Stati Membri, come proprio nel caso della stessa normativa di concorrenza non ancora posta in essere in Italia al momento della sottoscrizione del Trattato CECA e dello stesso Trattato CEE <sup>(5)</sup>.

Un'ulteriore distinzione effettuabile in seno al mandato enumerativo riguardava, all'epoca degli originari trattati comunitari, le competenze integrative (e cioè quelle che consentivano di creare politiche comunitarie distinte dagli ordinamenti nazionali, attraverso appunto l'emanazione di regolamenti direttamente applicabili previsti dal Trattato CE) e quelle di coordinamento (che riguardavano tutte le politiche che comportavano un ravvicinamento e una armonizzazione delle legislazioni in determinate materie, quali, ad esempio, quelle riguardanti la disciplina di società, appalti o tutela del consumatore). Inoltre, era parimenti possibile stabilire una distinzione tra competenze legislative e amministrative, come nel caso, ancora una volta, della stessa politica di concorrenza che comprendeva sia il potere di emanare specifiche normative direttamente applicabili sia, in forza di tali normative, il potere di emanare decisioni applicative delle disposizioni del Trattato CE e dei Regolamenti attuativi.

Altresì, poteva distinguersi tra competenze previste esplicitamente dal Trattato CE, come le c.d. competenze interne della Comunità e quelle ad esse correlate, ancorchè non esplicitamente previste e, pertanto, definite come "*Implicite*," come le c.d. competenze "esterne" della Comunità, individuabili sulla base di quelle interne proprio grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> V. infra, nota (9).

<sup>(6)</sup> Corte di Giustizia, 31 marzo 1971, causa 22/70, *Consiglio c. Commissione*, in *Raccolta di Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea 1971*, pp. 263 e ss. meglio conosciuta come Sentenza AETS perché concernente la competenza della Comunità a stipulare l'Accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada in sigla, appunto AETS; con nota

Quest'ultima distinzione apriva la strada ad un ampliamento, teoricamente illimitato, che lo stesso mandato enumerativo comunitario conteneva in sé, e cioè, la facoltà di ampliamento del mandato stesso senza necessità di modifica del Trattato, su cui il mandato stesso si fondava giuridicamente.

Infatti, il mandato enumerativo poteva trovare ampliamento attraverso il ricorso ad una specifica norma del Trattato stesso in base alla quale il mandato era conferito, e precisamente, l'antico articolo 235 del Trattato CE, divenuto art. 308 nella versione derivante dal Trattato di Amsterdam, che prevedeva che il Consiglio dei Ministri comunitario potesse prendere tutte le disposizioni occorrenti quando *“un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune uno degli scopi della Comunità “senza che il Trattato stesso “abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti”*<sup>(7)</sup>.

Proprio il testo letterale di quest'ultima norma evidenziava quindi come all'interno del singolo mandato enumerativo attributivo di competenze statali alla Comunità, fossero individuabili dei sottostanti poteri trasferiti dagli Stati alla Comunità (o non ancora trasferiti perché non attivati, come, ad esempio, per lungo tempo, le specifiche normative di tutela del consumatore, e di cui la Comunità si era nel tempo appropriata, senza necessità di modifica dei Trattati e, quindi, con un incremento del mandato enumerativo nominalmente conferito dagli Stati, ma realizzato con l'intervento del Consiglio dei Ministri comunitario, nelle ipotesi previste dall'art. 235 del Trattato).

Il Trattato di Lisbona ha mantenuto sostanzialmente immutata tale possibilità di ampliamento del mandato enumerativo, ma vi ha apposto, all'art. 352 TFUE, tutta una serie di paletti di ordine procedurale e sostanziale per la sua attuazione a livello legislativo e per le materie di utilizzo, con l'esclusione, ad esempio, della

---

TIZZANO, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenza a stipulare della CEE*, in Foro It. 1971, IV, 339 e ss; confermata dalle successive sentenze della Corte, 12 luglio 1973, causa 8/73 *Massey – Fergusson*, in *Raccolta cit.* 14 luglio 1976, cause riunite 3, 4 e 6/76, *Kramer*, in *Racc. cit.* 1976, pp. 1279 e ss. Tali sentenze si rifacevano ad un indirizzo giurisprudenziale già emerso peraltro in ambito CECA, (sentenza 16 luglio 1956, causa 8/55)

(7) Su tale norma, e sulla sua corretta portata giuridica, anche come ampliamento del mandato enumerativo e dei problemi di rilettura della norma in relazione ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, V. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari: l'art. 108 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in Mangiameli (a cura di), *L'Ordinamento Europeo cit.*, pp. 91 e ss..

sua applicazione alla politica estera e a quella di sicurezza comune. Chiarito perciò che all'interno del mandato enumerativo conferito dagli Stati alla Comunità attraverso l'attribuzione di competenze previste dai Trattati era possibile individuare l'esistenza di specifici poteri statuali di normazione e di applicazione di provvedimenti amministrativi, può essere interessante approfondire anche l'analisi "del grado di intensità" del trasferimento di poteri statali alla allora esistente Comunità e, come si vedrà, in materia di politica di concorrenza, anche del fenomeno inverso di ritrasferimento di poteri precedentemente trasferiti alla Comunità in direzione degli stessi Stati Membri ed analizzare, infine, come tali processi possano svilupparsi ancora nel quadro dei due Trattati sottoscritti a Lisbona, che hanno ridisegnato il volto dell'integrazione europea.

Il Trattato di Lisbona ha, infatti, mantenuto, anche in questo caso, l'impostazione preesistente, ma l'ha specificata in modo più rigoroso prevedendo tre categorie di competenze indicata negli articoli da 2 a 6 del TFUE distinguendole in competenze esclusive dell'Unione Europea, concorrenti tra Unione e Stati membri e di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri.

La normativa di concorrenza è inserita tra le competenze esclusive dell'Unione, ma con un limite che rende ancor più interessante e rilevante l'analisi dei poteri effettivamente trasferiti dagli Stati membri all'Unione nell'ambito di tale attribuzione di competenze e del processo di ritrasferimento tra Unione e Stati membri verificatosi nel tempo.

Infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 1 lett. b del TFUE, l'Unione ha competenza esclusiva nella "*definizione delle regole di concorrenza necessarie per il funzionamento del Mercato interno*" che si sovrappongono come norme quadro al preesistente limite di competenza delle norme comunitarie di concorrenza relativo all'esistenza di un pregiudizio al commercio degli Stati membri mantenuto negli artt. 101 e 102 del TFUE che hanno sostituito gli originari artt. 85 e 86 del Trattato di Roma del 1957.

## 1.2. *La peculiarità del fenomeno nell'ambito delle politiche comunitarie originarie*

Nell'ambito dei presistenti Trattati comunitari, già unificati come campo d'azione, nel Trattato della Comunità Europea, la politica di concorrenza costituiva forse il settore in cui il trasferimento

dei poteri dagli Stati alla Comunità poteva presentare gli aspetti più multiformi e interessanti.

Il motivo della rilevanza, tutta particolare, che la politica comunitaria di concorrenza già presentava sotto l'ottica d'esame del trasferimento di poteri degli Stati membri verso la Comunità era riconducibile a due aspetti.

Il primo di tali aspetti era costituito dall'evoluzione che la politica comunitaria di concorrenza aveva avuto nel tempo, sia sotto il profilo normativo che giurisprudenziale, e che aveva visto un andamento inizialmente crescente del fenomeno del trasferimento dei poteri statuali verso la Comunità, per poi dar luogo ad una tendenza di segno opposto

Il secondo aspetto riguardava invece la natura del fenomeno del trasferimento dei poteri tra Stati membri e Comunità, che si presentava invece come tendenzialmente divergente dall'evoluzione di quasi tutte le altre politiche comunitarie, perché comportava una singolare inversione di tendenza nel processo generale di trasferimento crescente di poteri dagli Stati alla Comunità.

Il primo di tali aspetti, che affonda le sue radici nel Trattato di Parigi, istitutivo della prima delle tre Comunità, quella del Carbono e dell'Acciaio, poi giunta a termine, <sup>(8)</sup> era caratterizzato inoltre dalla intensità particolare del trasferimento di poteri statuali e ciò a prescindere della sussistenza di poteri in questo campo già in esercizio a livello nazionale, come in Francia, o in fase di sviluppo, come nel caso tedesco, o di poteri, come nel caso italiano, la cui assenza di prospettazione di regolamentazione giuridica da parte delle forze politiche può rendere più appropriato forse dire che fossero ancora "*in mente Dei*"<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Il Trattato CECA era entrato in vigore il 23 luglio 1952 ed aveva una durata prevista di 50 anni ed è pertanto cessato alla naturale scadenza del 23 luglio 2002 in assenza di formale rinnovo e conseguentemente le competenze della CECA sono state assorbite dalla Comunità Europea e per effetto del Trattato di Lisbona dall'Unione Europea

<sup>(9)</sup> Prima della firma del Trattato CECA e addirittura prima del successivo Trattato istitutivo della CEE, in Italia non esisteva alcuna disciplina della concorrenza di profilo antitrust, ma esistevano solo le disposizioni del Codice civile in materia di concorrenza sleale e di disciplina dei consorzi. Per il primo progetto di legge italiano in materia, occorrerà attendere il 1960, con il disegno presentato il 24 febbraio 1960 dall'On. Colombo, che conteneva tanto norme per l'introduzione di una disciplina antitrust limitata al mercato italiano quanto norme di attuazione delle disposizioni comunitarie rese poi inutili in conseguenza dell'emanazione del Regolamento 17/62, attuativo delle disposizioni degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE. (V. oltre per i richiami) Decaduto per fine legislatura, tale disegno fu sostituito da un nuovo



Il secondo aspetto, quello di più recente verificarsi, va ricondotto al manifestarsi, in modo inizialmente strisciante, di un approccio normativo, avviatosi con l'apparire delle prime Comunicazioni della Commissione Europea sugli accordi d'importanza minore e con l'estensione, in senso preclusivo dell'attivazione di norme comunitarie in questo campo, della nozione di mercato rilevante, propria delle disposizioni contenute nel solo art. 86 (oggi art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) <sup>(10)</sup> del Trattato della allora Comunità

---

testo, presentato dal Ministro Medici, che riguardava solo la disciplina di concorrenza interna, ma che non ebbe miglior fortuna del precedente. Bisognò quindi attendere oltre 25 anni prima che vedesse la luce una disciplina nazionale di concorrenza, poi introdotta con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990. Con particolare riferimento a tale Legge e a ai suoi presupposti di analisi economica e normativa V. DONATIVI, *Introduzione storica*, in Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi e Ubertazzi (a cura di), *Diritto italiano antitrust. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna 1993; NAPOLETANO, *La tutela della concorrenza e del mercato in Italia*, Roma, 1993; ID. *Diritto della concorrenza*, Roma, 1996. In Germania, fu approvata invece una legge nazionale sulla concorrenza restrittiva in data 27 luglio 1957, la GWB: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* entrata in vigore nello stesso giorno del Trattato CEE il 1° gennaio 1958 e fondata su di un sistema di autorizzazione delle intese ritenute lesive della concorrenza e perciò vietate. I rapporti tra la normativa tedesca e la normativa comunitaria di concorrenza faranno oggetto di un'importante sentenza della Corte di giustizia europea di cui si dirà più avanti. In Francia la disciplina di concorrenza esistente presentava addirittura contenuti penalistici e ai sensi dell'articolo 419 del Codice Penale francese erano proibiti e sanzionati incrementi e ribassi artificiali dei prezzi. Esisteva però anche una legislazione speciale risalente al termine della seconda guerra mondiale e contenuta nell'Ordinanza del 30 giugno 1945 che istituiva una *Commission Technique des ententes* e la dotava di poteri amministrativi in materia di intese aventi l'effetto di impedire il gioco della concorrenza e che introduceva un regime riconducibile al sistema dell'eccezione legale. Tale normativa sanciva, infatti, la nullità delle intese restrittive della concorrenza su istanza delle stesse parti o di terzi, con accertamento di tale nullità demandato al giudice. Anche in Belgio non esistevano disposizioni interne in materia di concorrenza alla data di entrata in vigore del Trattato CEE, ma il Regno belga, a differenza dell'Italia, riuscì a dotarsi assai celermente e, precisamente, il 27 maggio 1960, di una legge *sur la protection contre l'abus de la puissance économique* per la verità di esecuzione assai macchinosa. In Olanda invece esisteva una legge sugli accordi tra imprese, risalente al 1935, dotata di un regolamento applicativo emanato in piena guerra nel 1941. Con l'avvicinarsi della firma del trattato istitutivo della CEE, il Regno d'Olanda emanò, il 28 giugno 1956, una legge sulla concorrenza economica, seguita dalla legge 5 dicembre 1957 che disciplinava l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE ad interventi dell'Autorità nazionale sino al momento in cui la Comunità non avesse emanato norme applicative di detti articoli. Come in Italia, neanche in Lussemburgo esisteva una normativa nazionale di concorrenza. Sul punto per più ampi cenni sulle normative nazionali esistenti v. DRAETTA, in Monaco Trabucchi e Quadri, *Commentario al Trattato CEE*, Milano, 1965, sub articolo 87, pp. 659 – 662.

<sup>(10)</sup> Con la firma del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999, si è avuto un primo mutamento della numerazione degli articoli del Trattato delle Comunità Europee (CE), secondo la nuova denominazione

Economica Europea all'intera normativa di concorrenza. Tale tendenza è stata poi completata con l'emanazione delle disposizioni del Regolamento CE 16 dicembre 2002 n. 1/2003, <sup>(11)</sup> denominato enfaticamente "*Regolamento sulla modernizzazione,*" che ha mandato in soffitta le norme, in vigore da oltre quarant'anni, del "vecchio" Regolamento 17/62 <sup>(12)</sup> del 6 febbraio 1962.

Sotto l'ottica del trasferimento di poteri tra Stati e Comunità, l'abbandono dell'impostazione strutturale, determinata dal Regolamento 17/62, in cui aveva avuto luogo, proprio nella fase iniziale della più generale applicazione, il trasferimento dei poteri statuali alla Comunità, ha sprigionato l'insorgere di un singolare fenomeno di retrocessione di poteri dalla Comunità agli Stati.

Tale fenomeno, che ha forse come padre l'affermarsi progressivo del c.d. principio di sussidiarietà tra diritto comunitario e diritto nazionale <sup>(13)</sup> e, come madre, la crescente prevalenza dell'attenzione

---

data dal Trattato di Maastricht alla Comunità Economica Europea, gli artt. 85 e 86 divengono rispettivamente artt. 81 e 82. Tale numerazione è stata ulteriormente modificata per effetto del Trattato di Lisbona, che modificando il testo del Trattato sull'Unione Europea sottoscritto ad Amsterdam e sostituendo con un nuovo trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) il trattato che istituisce la Comunità Europea nella versione di Amsterdam, ha trasfuso, sia pur con lievi modifiche formali, le norme sulla concorrenza contenute negli artt. 81 e 82 dell'ultimo trattato comunitario europeo, negli artt. 101 e 102. Per effetto del Trattato di Lisbona è invece rimasto in vigore sia pure con modifiche, il trattato che istituisce la Comunità Europea dell'Energia Atomica (EURATOM) grazie al Protocollo n. 2 dello stesso Trattato. Per chiarezza di esposizione ed in relazione all'esigenza di dare una visione anche "storica" al presente lavoro e di non creare confusione con le citazioni di dottrina e giurisprudenza antecedenti al Trattato di Amsterdam e a quello di Lisbona, che si riferiscono alla numerazione degli articoli esistente al momento, si continuerà a citare gli articoli in questione e gli altri articoli, con la numerazione originaria antecedente al Trattato di Amsterdam e il Trattato come CEE riferito all'epoca operante Comunità Economica Europea, e si adotteranno quelli introdotti in forza di quest'ultimo Trattato per tutti i riferimenti successivi alla sua entrata in vigore, adottando la denominazione del Trattato da CEE (Comunità Economica Europea) a CE (Comunità Europea). Per i riferimenti successivi al Trattato di Lisbona sarà invece adottata la numerazione degli artt. 101 e 102 del TFUE.

<sup>(11)</sup> GU CE, L 1 del 4 gennaio 2003

<sup>(12)</sup> Regolamento 6 febbraio 1962, n. 17/62, in GU CE 13 del 21 febbraio 1962, pp. 204 e ss.

<sup>(13)</sup> Il c.d. principio di sussidiarietà, derivante dalla tradizione giuridica tedesca, trova origine nei Trattati comunitari nella normativa in materia di tutela dell'ambiente introdotta con l'Atto Unico Europeo del 1986 (V. *infra* nota 14) che all'art. 130 R prevedeva che l'intervento comunitario a tutela dell'ambiente dovesse aver luogo nei limiti in cui potesse essere più efficace rispetto ad iniziative esclusivamente nazionali. Successivamente il principio è stato codificato a livello comunitario dall'art. 3 B del Trattato istitutivo della Comunità Europea come modificato dal Trattato di Maastricht, che stabiliva che "Nei settori che non sono di sua esclusiva

al momento economico della politica di concorrenza su quello giuridico, si concretizza nel ritiro progressivo dell'efficacia delle norme comunitarie di concorrenza e dell'attività della Commissione europea, come Autorità comunitaria di tutela della concorrenza, a impedire restrizioni e comportamenti abusivi di dimensione economica ritenuta non più rilevante a livello comunitario, anche a prescindere dal riconoscimento di una rilevanza esclusivamente nazionale.

Come si vedrà, tale contrazione della competenza delle norme comunitarie in materia di concorrenza sarà realizzata sulla base di valutazioni di incidenza dei fenomeni anticompetitivi da reprimere sulla necessaria base di un mercato ritenuto rilevante, in termini di consistenza economica territoriale e di campo merceologico, non sempre rilevabile in via preventiva, con buona pace della certezza del diritto, che non sembra brillare tra i valori di cui la nuova politica di concorrenza tiene conto.

È proprio in relazione a queste caratteristiche genetiche che questo secondo aspetto della manifestazione del trasferimento di poteri tra Stati membri e Comunità mostra la sua natura, assolutamente *sui generis* nel quadro dei passaggi di potere tra Stati e Comunità, che procede in direzione opposta rispetto al flusso ordinario di poteri in questo campo, perché si concretizza in una retrocessione di poteri tra Comunità e Stati, materializzando, in una manifestazione visibile, anche un diverso modo di pensare intorno alla realizzazione dell'integrazione europea in questo campo.

---

competenza, la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario". Su tale principio V. per tutti, il recente ed esaustivo lavoro di MOSCARINI, *Il principio di sussidiarietà*, in Mangiameli (a cura di), *L'Ordinamento Europeo*, Vol. II cit. p.125 e SS. Con il Trattato di Lisbona, il principio è stato ripreso nell'art. 5, par 3 del TUE che partendo dalla definizione di Maastricht introduce più chiaramente due condizioni per l'intervento dell'Unione Europea nei settori che non sono di sua competenza esclusiva e precisamente l'insufficienza delle azioni nazionali per il conseguimento degli obiettivi da perseguire e la maggior efficacia dell'intervento europeo realizzabile (*l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione*).

1.3. *Retrocessione dei poteri agli Stati membri e nuove tendenze evolutive dell'ordinamento europeo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*

Questa linea di pensiero sopra descritta non è però peculiare ed esclusiva della politica di concorrenza, ma è andata rafforzandosi nel tempo in maniera strisciante nell'intero edificio comunitario, che ha preposto, ad esempio, l'allargamento della Comunità da 12 a 27 Stati ad una più intensa contrazione, rispetto a quella determinatasi sino all'Atto Unico <sup>(14)</sup> del 1986, dei casi di unanimità decisionale

---

<sup>(14)</sup> In questa sede è sufficiente ricordare, che, con il termine "Atto Unico Europeo" sono denominati gli accordi internazionali tra gli Stati membri delle tre Comunità che realizzano le modifiche ai tre trattati istitutivi e che istituiscono la cooperazione politica europea, sulla base delle negoziazioni intervenute nella Conferenza Intergovernativa tenutasi a Lussemburgo il 9 settembre 1985. L'Atto Unico Europeo è stato firmato a Lussemburgo il 12 febbraio 1986 (da 9 Stati) e a Bruxelles il 28 febbraio dagli altri tre, tra cui l'Italia, ed è entrato in vigore il 1 luglio 1987. In ordine al passaggio dall'unanimità decisionale al voto a maggioranza ponderata in seno al Consiglio dei Ministri, può essere menzionato, in particolare, l'inserimento accanto all'art. 100 del Trattato CEE, che riguardava l'emanazione di direttive in materia di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, da effettuarsi dal Consiglio dei Ministri con voto unanime, di un art. 100 A, che prevedeva, viceversa, solo la maggioranza qualificata in seno al Consiglio per l'adozione di direttive sempre in tema di ravvicinamento delle legislazioni, ma interessanti la realizzazione del c.d. Mercato interno Europeo e cioè lo "spazio economico senza frontiere", che rappresentava, l'obiettivo introdotto proprio dall'Atto Unico. Attraverso l'art. 100 A è stato quindi superato lo stallo decisionale che aveva caratterizzato il ravvicinamento delle legislazioni nazionali negli anni precedenti, proprio per la regola dell'unanimità decisionale che vigeva in materia e sono state approvate, negli anni seguenti, centinaia di direttive di ravvicinamento legislativo nelle più svariate materie. Tra gli iniziali commenti sull'Atto Unico Europeo e la realizzazione del Mercato Interno V. BOSCO, *Commento all'Atto unico europeo, in Lezioni di Diritto Internazionale*, Milano, 1987; CALAMIA, *L'Atto unico europeo di Lussemburgo*, in *Affari Esteri*, 1987, pp. 3 e ss.; DE RUYT, *L'Acte Unique Européen*, Bruxelles, 1987; FORWOOD E CLOUGH, *The Single European Act and Free Movement. Legal Implication of the Provisions for the Completion of the Internal Market*, in *European Law Review*, 1986, pp. 386 e ss.; GLAESNER, *L'Acte Unique Européen*, in *Revue Trimestrelle de droit européen*, 1986, pp. 575 e ss.; MEIER, *The Single European Act revisited: its Implication for the Internal Market and for the Development of the European Community*, Bruxelles, 1987; PESCATORE, *L'Acte Unique Européen*, in *Atti della Journée d'Etudes de l'Institut d'Etudes Européennes de l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, 1° marzo 1986, pp. 39 e ss.; Id. *Some critical remarks on the Single European Act in Common Market Law Review*, 1987, pp. 9 e ss.; SIDJANSKI, *Du projet de Traité d'Union du Parlement Européen à l'Acte Unique Européen*, in *Revue d'intégration européenne*, 1987, pp. 109 e ss. Con particolare riferimento agli aspetti economici della realizzazione del mercato interno può essere utile menzionare tra gli altri CECCHINI, *Le promesse del Mercato Unico, in Relazioni internazionali*, 1988, III, pp. 67 e ss.; LEBEGUE, *Les enjeux du grand marché intérieur européen*, in *Revue d'Economie financière*, 1988, n. 3, pp. 40 e ss. PADOA SCHIOPPA, *Strategie internazionali e integrazione europea*, in *Relazioni Internazionali*, 1988, III, pp. 77 e ss.; THIEFFRY, VAN

in seno al Consiglio dei Ministri della Comunità. In tale contesto di attenuazione del processo di trasferimento dei poteri dagli Stati alla Comunità nei settori già interessati a tale percorso di integrazione, si trova quindi una manifestazione, proprio nella nuova impostazione “modernizzante” della politica di concorrenza, di un apparato normativo di disposizioni comunitarie, specie in materia di disciplina delle intese restrittive della concorrenza, che appaiono volte alla realizzazione di un flusso migratorio di poteri dalla Unione Europea agli Stati.

Di tale processo sono intuibili i rischi per la stessa stabilità futura di un edificio europeo volto contraddittoriamente verso la più avanzata integrazione politica, quasi che quest’ultima possa essere realizzata solo pagando il prezzo di una contrazione, a favore degli Stati, della intensità normativa e dei poteri di intervento dell’Unione in materia di tutela del mercato e della libertà di concorrenza a livello continentale.

Questa duplice e tendenzialmente bifronte peculiarità della normativa comunitaria di concorrenza rende lo studio del trasferimento dei poteri statuali in questo campo particolarmente interessante e singolarmente ricco di sfaccettature, specie alla luce del nuovo Trattato di Lisbona

Tale ricchezza discende proprio, come si vedrà, dalla strisciante tendenza normativa e soprattutto giurisprudenziale verso il ritrasferimento di poteri dalla Comunità verso gli Stati membri, che inizia con manifestazioni non immediatamente percepibili, in modo paradossalmente contraddittorio, proprio nella fase di maggior accentramento di poteri verso la Comunità e, in particolare, nei confronti della Commissione europea, per effetto della produzione normativa comunitaria sviluppatasi tra il 1962 e il 1990.

Questa tendenza troverà attuazione con il sovrapporsi, proprio della fase di più intenso trasferimento di poteri dagli Stati verso la Comunità, dei primi germi dell’inverso processo di ritrasferimento di poteri dalla Comunità agli Stati, con una realtà normativa e giurisprudenziale in evoluzione, che lega il trasferimento dei poteri verso la Comunità al processo inverso, in modo indissolubile ai fini della descrizione e della comprensione della politica europea di concorrenza, anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

---

DOORN e ALAMOWITCH, *L’achevement du marchè interieur pour 1992, Bilan au 1er mai 1988*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, pp. 243 e ss.



## **Il trasferimento di poteri in materia di concorrenza nell'ambito del Trattato C. E. C. A.**

SOMMARIO: 2.1. Natura sovranazionale del Trattato C. E. C. A. e diversità di impostazione rispetto alla disciplina antitrust statunitense – 2.2. Il trasferimento dei poteri dagli Stati all'Alta Autorità C. E. C. A. – 2.2.1. Generalità – 2.2.2. Il trasferimento di poteri in materia di disciplina delle intese restrittive della concorrenza – 2.2.3. Il trasferimento di poteri in materia di controllo delle concentrazioni – 2.2.4. La gradualità temporale del trasferimento dei poteri – 2.3. La norma residuale del divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante, contenuta nell'art. 66 del Trattato C. E. C. A. e la sua influenza sull'impostazione della normativa di concorrenza del Trattato C. E. E.

### *2.1. Natura sovranazionale del Trattato C. E. C. A. e diversità di impostazione rispetto alla disciplina antitrust statunitense*

Il punto di partenza per un esame del trasferimento dei poteri statuali alla Comunità è necessariamente l'analisi di tale fenomeno nell'ambito della prima, in ordine cronologico, delle tre Comunità europee, legata esclusivamente ai settori economici della produzione e commercializzazione del carbone e dell'acciaio.

La necessità di risalire alle disposizioni del Trattato CECA non è da ricercarsi in una mera esigenza di completezza di esame istituzionale della politica comunitaria di concorrenza, ma risiede nell'esigenza di cogliere, sin dalla fase embrionale del diritto comunitario di concorrenza, gli elementi portanti dei poteri normativi e amministrativi delle Istituzioni comunitarie in materia di concorrenza a quest'ultime affidate dagli Stati membri, proprio per poterne comprendere meglio l'evoluzione sino al Trattato di Lisbona.

La normativa CECA in questo campo è infatti importantissima per cogliere due elementi essenziali, che si ritroveranno, sia pure con una configurazione diversa, nell'ambito della fase iniziale della CEE, proprio perché emersi nel più limitato crogiuolo della disciplina europea dell'integrazione del mercato carbo siderurgico ed estesi poi al più ampio orizzonte della totalità dei settori economici.

La prima normativa comunitaria di concorrenza emergente dal Trattato CECA è, infatti fondamentale per comprendere sia la "novità", nel quadro delle relazioni pattizie internazionali, del tra-

sferimento di poteri realizzato tra gli Stati e l'istituzione internazionale dagli stessi creata e sia la profonda diversità di impostazione della nascente politica comunitaria di concorrenza, rispetto all'unico importante modello esistente all'epoca nel mondo e cioè quello operante da oltre sessant'anni oltre Atlantico, a livello federale, negli Stati UNITI.

Nel quadro dell'esperienza di creazione di organizzazioni internazionali esistente negli anni 50' del secolo scorso, il Trattato di Parigi, istitutivo della CECA, rappresentò infatti un elemento radicale di novità, non solo rispetto alle organizzazioni di tipo politico, come la vecchia Società delle Nazioni e la sorgente Organizzazione delle Nazioni Unite, ma anche rispetto alle organizzazioni internazionali di tipo economico allora di più recente creazione, come il GATT.

È universalmente noto che questo elemento di novità da riconoscersi alle tre Comunità europee, come organizzazioni internazionali, è da individuarsi nel carattere *sovranaZIONALE* che connota i relativi Trattati istitutivi e la formula organizzativa e normativa che da essi scaturisce. Tale carattere sovranazionale è altrettanto universalmente ricollegato alla capacità delle norme dei Trattati istitutivi e delle norme applicative da essi derivate di creare diritti e obblighi direttamente, non solo nei confronti degli Stati sottoscrittori, ma, soprattutto, in capo ai soggetti da essi amministrati nel senso più lato possibile, comprendente le persone fisiche residenti e le persone giuridiche, anche di natura privatistica, aventi sede legale, o anche mera operatività, nel territorio degli Stati membri dell'Organizzazione.

La sovranazionalità del Trattato CECA <sup>(1)</sup> potrebbe, a prima vista, non presentare un particolare rilievo al di là del generale carattere di creazione di diritti ed obblighi dei soggetti amministrati dagli Stati membri sia pure limitati al settore carbosiderurgico.

Tuttavia, se si guarda alla caratteristica della sovranazionalità, sotto l'angolo di osservazione dell'intensità del trasferimento dei poteri tra Stati membri e Comunità, allora emerge immediatamente la peculiarità, sin dall'inizio, della normativa di concorrenza.

Infatti, tale normativa, non era soltanto sovranazionale, nel senso di creare diritti e obblighi in capo alle imprese operanti nel settore carbosiderurgico dei sei originari Stati membri, ma compor-

---

<sup>(1)</sup> In proposito V. MASON, *The european Coal and Steel Community: experiment in supranationalism*, L'Aia, 1955; H, *Le droit de la CECA*, l'Aia, 1958; REUTER, *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Parigi, 1953; SPERDUTI, *La CECA, ente sopranazionale*, Padova, 1960.



tava un pressoché totale trasferimento dei poteri statuali dei Sei in questo campo alle Istituzioni comunitarie e, in particolare, all'Alta Autorità del Carbone e dell'Acciaio.

Questo trasferimento di poteri nell'ambito della CECA presentava, infatti, quell'intensità che caratterizzerà 11 anni più tardi il passaggio di poteri statuali alle Istituzioni della Comunità Economica Europea e, in particolare, alla relativa Commissione, ma solo per effetto dell'emanazione del Regolamento CEE 6 febbraio 1962, n 17 /62

Infatti, in materia di concorrenza, il Trattato CECA, non solo manteneva il carattere sovranazionale che sarà proprio dei tre Trattati comunitari, ma realizzava la sovranazionalità in un modo assolutamente più incisivo rispetto ad altri campi disciplinati dallo stesso Trattato carbo-siderurgico.

Così, la politica di concorrenza nel Trattato CECA non si concretizzava solo attraverso norme derivanti dal Trattato stesso, e accentuate dalla caratteristica di "*Trattato-fonte*" di tale accordo internazionale, <sup>(2)</sup> o da atti derivati dallo stesso, quali le Decisioni normative e le Raccomandazioni, come avveniva, ad esempio, in materia di trasporti del settore carbo-siderurgico, che tendevano a rendere conformi le normative nazionali in questo settore (con una funzione che nel Trattato della Comunità Economica Europea sarà assunta dalle Direttive), ma tendeva a creare una disciplina autonoma, distinta dalle normative nazionali in materia ed effettivamente riconducibile ad un ordinamento giuridico comunitario, distinto dai corrispondenti ordinamenti nazionali e prevalente sugli stessi.

Tale caratteristica, propria della normativa di concorrenza del Trattato CECA, sarà poi riprodotta, in termini pressoché identici, nel Trattato CEE, anche se con importanti differenze, di cui si dirà, e darà luogo alla forma più intensa di trasferimento di poteri dagli Stati verso la Comunità e cioè quella che, in alternativa al conferimento del potere alla Comunità di modificare le normative nazionali al fine di renderle conformi (ma sempre lasciando agli Stati

---

<sup>(2)</sup> Come è noto, infatti, il Trattato CECA è considerato un "*Trattato fonte*", ovvero *Traité Loi o Traité des règles*, in quanto il testo stesso contiene direttamente disposizioni applicative delle sue disposizioni e delle politiche in embrione come quelle di concorrenza. Il Trattato CEE, invece, è inteso come trattato quadro (*Traité cadre*) perché non presenta tale caratteristica, pur essendo Esso stesso dotato di molteplici norme, cui, come si vedrà, la giurisprudenza della Corte di Giustizia riconoscerà efficacia diretta nel senso di essere direttamente foriere di diritti e obblighi, oltre che tra gli Stati membri, anche in capo alle persone fisiche e giuridiche da essi amministrare. Su tale distinzione, per tutti V. BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, WEILRER, *L'unione europea, Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2007, p. 53.

il potere di attuazione di tali normative così armonizzate), conferirà alla Comunità stessa e, in questo primo caso, alla CECA, il potere di legiferare, vincolando direttamente i soggetti amministrati dagli Stati membri, senza necessità di normazione statale di attuazione a livello nazionale, propria della ricezione degli atti internazionali.

L'esercizio di tale potere di normazione diretta in materia di concorrenza consentiva quindi alla Alta Autorità CECA di procedere direttamente ad una completa attuazione delle finalità del Trattato stesso, attraverso la creazione di potestà amministrative, di poteri di indagine e di sanzione nonché di un controllo giurisdizionale sull'esercizio degli stessi, separato e distinto dai poteri giurisdizionali di controllo delle Autorità amministrative dei singoli Stati e tutto questo insieme di poteri veniva conferito al livello comunitario e cioè, ad un ordinamento giuridico chiaramente distinto da quelli nazionali.

Il secondo aspetto che contraddistingue la disciplina di concorrenza nel Trattato CECA e che sarà applicato, come filosofia generale, anche nell'ambito della normativa di concorrenza della Comunità Economica Europea nei primi 40 anni di vita, è rappresentato da un completo sganciamento dall'esperienza della normativa antitrust statunitense, come filosofia applicativa.

In estrema sintesi, il sistema antitrust statunitense, sia in materia di cartelli che, per certi versi, di controllo dei fenomeni di concentrazione tra imprese, si fonda infatti su una valutazione comparata da parte delle Autorità amministrative o giudiziarie dei vantaggi e degli svantaggi che una intesa, o una concentrazione, possono recare al mercato e ne vieta la realizzazione quando l'uno o l'altro dei due fenomeni potenzialmente anticompetitivi danneggino il livello di concorrenzialità del mercato ritenuto ottimale, con un procedimento valutativo denominato con il termine di *Rule of reason*.<sup>(3)</sup>

---

<sup>(3)</sup> Sulla disciplina antitrust, V. il testo classico NEALE, *The antitrust law in the United States*, Cambridge, 1970. Per la *Rule of reason* va richiamata la sentenza del 1911, nel caso *Standard Oil of N. J. v. U. N.*, 221 (U. S.) 1911, anche se, per la prima definizione di tale principio, occorre attendere la sentenza del giudice Brandeis, nel caso *Chicago Board of Trade v. U. S.*; 246 (U. S.) 1918. Più di recente in materia di *Rule of reason* va menzionato il caso *Sylvania* del 1977 in cui per la prima volta viene effettuata una distinzione tra inter-brand ed intra-brand, caso *Continental TV v. GTE Sylvania*, 433 (U. S.) 1977. Sulla *Rule of reason* in genere V. BERNINI, *Un secolo di filosofia "antitrust"*, Bologna, 1991; HAWK, *North American and Common Market Antitrust and Trade Laws*, Fordham Corporate Law Institute, 1988; JOLIET, *The Rule of reason in antitrust law*, La Haye, 1967; MANGINI, *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in *Rivista di Diritto industriale*, 1999, pp. 175 e ss.; MANZINI, *La Rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza*, *Rivista di diritto europeo*, 1991, pp. 859 e ss.; ID. *La Rule of reason nel diritto comunitario*

Nel sistema comunitario, a partire dal Trattato CECA e, come vedremo, nella prima fase applicativa del Trattato CEE, sino alla c.d. “modernizzazione”, i padri fondatori del diritto comunitario utilizzarono un criterio valutativo diverso e, cioè, quello del divieto delle intese e delle concentrazioni presentanti effetti restrittivi sulla concorrenza bilanciato dal conferimento di un potere autorizzativo esclusivo, nel sistema CECA all’Alta Autorità e nella prima fase del sistema CEE alla Commissione, in tutti i casi in cui l’intesa presentasse vantaggi per il mercato, cioè per la produzione o la distribuzione, rispettando talune condizioni negative, ovvero una concentrazione non contenesse elementi negativi derivanti dalla costituzione o al rafforzamento di una posizione dominante avente natura pregiudizievole sul mercato.

Tale impostazione autonoma del diritto antitrust comunitario a livello di Trattato CECA e, nella prima fase attuativa, del Trattato CEE, era fortemente caratterizzante il trasferimento dei poteri in questo campo per due motivi e, precisamente, in primo luogo, perché, come si vedrà, trasferiva i poteri normativi dagli Stati alla Comunità in funzione della costituzione di un diritto della concorrenza specificamente inserito in via esclusiva nell’ordinamento giuridico comunitario e chiaramente distinto e prevalente rispetto alle disposizioni di concorrenza, allora esistenti e via via in corso di emanazione, dei singoli ordinamenti nazionali e, in secondo luogo, perché sottoponeva, al contrario di altre politiche comunitarie, come ad esempio quella agricola, anch’esse fortemente caratterizzate da norme riconducibili ad un ordinamento comunitario distinto da quello nazionale, ad un vero e proprio monopolio comunitario dell’esecuzione e del controllo amministrativo della normativa comunitaria di concorrenza, conferito in esclusiva all’Alta Autorità CECA e, nei primi 40 anni della disciplina comunitaria generale di concorrenza, alla Commissione europea.

---

*della concorrenza: una analisi giuridico - economica*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1991, pp. 859 e ss.; Id. *The European Rule of reason – Corrisng the Sea of Doubt*, in *European competition Law Review*, 8/2002, pp. 392 e ss.

2.2 *Il trasferimento dei poteri dagli Stati all'Alta Autorità C. E. C. A.*

2.2.1. *Generalità*

Alla luce dell'individuazione delle caratteristiche peculiari, che caratterizzano il sistema CECA del diritto della concorrenza, è possibile ora esaminare in concreto la realizzazione del trasferimento dei poteri statuali alla Comunità all'interno del Trattato e della normativa della prima delle tre Comunità che, sia pure con taluni importanti innovazioni strutturali, con riferimento alla disciplina delle concentrazioni e delle posizioni dominanti, influenzerà considerevolmente la normativa di concorrenza nell'ambito della Comunità Economica Europea, quanto meno nella sua realizzazione iniziale.

Come si è accennato, il trasferimento dei poteri degli Stati verso la Comunità nel sistema CECA si articolava in due direzioni.

La prima direzione, che può essere individuata negli articoli iniziali del Trattato e precisamente agli artt. 2 – 5 e, in particolare, nell'art. 4 del Trattato, prevedeva l'assunzione tra i compiti della Comunità anche della previsione di norme in materia di disciplina della concorrenza, <sup>(4)</sup> che consisteva nel generico trasferimento, appunto, dagli Stati alla Comunità, del potere di normazione in materia di concorrenza.

La seconda direzione, individuabile specificamente negli artt. 65 e 66 del Trattato, caratterizzava il contenuto di tale trasferimento di poteri, da un lato, con il conferimento alla Comunità di uno specifico potere di creare una disciplina comunitaria autonoma, distinta da eventuali discipline nazionali insistenti nella stessa materia, e, da un altro, conferiva altresì, nell'ambito di tale disciplina, *specificamente* all'Alta Autorità CECA tutti i poteri in materia di applicazione della normativa di indagine, di controllo e di sanzione sull'operato delle imprese.

Corredavano tale normativa, le disposizioni del Trattato contenute negli artt. 33 e ss., che sottoponevano al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia la legittimità degli atti adottati

---

<sup>(4)</sup> La Corte di Giustizia CECA nella sua sentenza 13/60 in *Raccolta di giurisprudenza della Corte di giustizia CECA*, 1960, ha affermato in particolare la stretta connessione esistente tra gli artt. 2 e 5 del trattato e le successive disposizioni del trattato in materia di concorrenza e di intese in particolare. Sul punto v. JAEGER, *Commento all'art. 65* in MONACO, TRABUCCHI e QUADRI, *Commentario del Trattato CECA*, Milano, 1961

dall'Alta Autorità in questo campo, sottraendoli quindi a qualsiasi forma di controllo giurisdizionale nazionale degli Stati membri.

2.2.2. *Il trasferimento di poteri in materia di disciplina delle intese restrittive della concorrenza*

Seguendo un'impostazione teorica assolutamente divergente dal diritto antitrust statunitense, l'art. 65 del Trattato CECA vietava direttamente al primo paragrafo tutti gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate, che mirassero all'interno del mercato comune del carbone e dell'acciaio, direttamente o indirettamente, ad impedire, restringere o falsare il gioco normale della concorrenza e, in particolare, quelle che tendessero a fissare o determinare i prezzi, a restringere o controllare la produzione, lo sviluppo tecnico e gli investimenti ovvero a ripartire i mercati, i prodotti, i clienti o le fonti di approvvigionamento.

L'ambito del trasferimento dei poteri dagli Stati all'Alta Autorità in materia di concorrenza, relativamente alla disciplina delle intese, presentava, quindi, due limiti specifici indicati, dallo stesso articolo 65 del Trattato e cioè, l'ambito territoriale e i soggetti destinatari, vale a dire, il territorio geografico dei sei Stati membri e le imprese operanti nel settore carbosiderurgico e prevedeva altresì un terzo limite di portata generale, ricavabile direttamente dall'articolo 1 e cioè, quello della limitazione delle intese restrittive riguardanti, direttamente o indirettamente, solo i prodotti carbosiderurgici, escludendo cioè intese tra le imprese del settore estranee a tali beni e prive di effetto sul relativo mercato come le intese su altri beni eventualmente prodotti o commercializzate dalle stesse imprese.

Di tali limiti di trasferimento dei poteri quello che ha sollevato i problemi più intensi, che hanno trovato continuità poi nell'ambito della disciplina di concorrenza del Trattato CEE, come limite alla competenza della normativa comunitaria ed inizio delle residue competenze statuali in materia di concorrenza e, che, quindi, merita qui un espresso richiamo, è stato quello territoriale.

Infatti, l'inciso "*qui tendraient, sur le marché commun*", contenuto nel primo paragrafo dell'art. 65 del Trattato CECA, relativo alle intese restrittive della concorrenza, faceva chiaramente riferimento ad effetti che avrebbero dovuto svilupparsi sui territori degli Stati membri nel loro complesso, indicati nel successivo articolo 79 e cioè quelli metropolitani europei sottomessi agli Stati firmatari.

Tuttavia, le intese relative alle esportazioni ed importazioni riguardanti Stati terzi, pur non rientrando formalmente nell'ambito di applicazione della norma, non ne erano completamente escluse, restando sottomesse alle disposizioni dell'art. 65 per quanto riguardava le attività e gli effetti di tali attività, comunque sviluppate nel territorio del mercato comune <sup>(5)</sup>, come avverrà pacificamente per l'art. 85 del Trattato CEE grazie all'inciso "*che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri*" contenuto in tale norma. Proprio tale previsione consentirà di sottomettere alla disciplina comunitaria di concorrenza anche accordi esclusivamente tra imprese di Stati terzi stipulati al di fuori dell'Europa, ma aventi effetto sul territorio del mercato comune ed aventi anche la suscettibilità di *pregiudicare il commercio tra Stati membri*, determinando quindi un significativo rafforzamento dei poteri in materia di disciplina della concorrenza trasferiti dagli Stati alla Comunità.

I successivi quattro paragrafi dell'art. 65 disciplinavano specificamente il trasferimento dei poteri amministrativi dagli Stati all'Alta Autorità CECA, con una modalità esclusiva e con l'istituzione di un monopolio applicativo da parte della stessa Alta Autorità, che corrisponderà alla prima fase di applicazione della normativa comunitaria di concorrenza nel sistema generale, ma che *non* troverà riscontro testuale nelle corrispondenti norme del Trattato CEE e aprirà così la strada al citato processo di "modernizzazione," che non necessiterà di modifica del Trattato.

Infatti, in base al secondo paragrafo dell'art. 65, veniva conferito all'Alta Autorità il potere di autorizzare, per prodotti specificamente determinati, accordi di specializzazione, o anche accordi di acquisto o di vendita in comune, che contribuissero ad un miglioramento considerevole della produzione, o della distribuzione dei beni interessati, sempre che l'accordo restrittivo della concorrenza fosse essenziale per ottenere tali risultati positivi e che non avesse carattere più restrittivo di quello che il suo oggetto esigeva e, infine, non fosse in condizioni di consentire alle imprese interessate di fissare i prezzi, di controllare o limitare la produzione e gli sbocchi di una

---

<sup>(5)</sup> Sul punto JAEGER, *op. cit.* p. 874, che ritiene valida tale interpretazione anche con riferimento a intese poste in essere, oltre che da imprese aventi sede nella Comunità, anche con riferimento ad intese internazionali, citando a proprio conforto la dottrina tedesca ed in particolare DERINGER, *Zum Wettbewerbsrecht der Montanunion*, in *Der Betriebs-Berater*, 1955, pp. 113 ss. e DAIG, *Verbotene und genehmigungsfähige Kartelle nach Artikel 65 des vertrages über die Errichtung der EGKS*, Tubinga, 1957, p. 102